

Direito Administrativo brasileiro de genuíno? Mais do que um estudo comparado, o tema da confluência de sistemas se volta fundamentalmente a conhecer o sistema interno e todas as nuances que o caracterizam. Apenas assim seria possível aprimorar as ferramentas de satisfação de finalidades públicas, inclusive mediante uso de soluções jurídicas originárias do direito comunitário ou do *common law*, por exemplo⁴⁹⁸.

Tendo em vista a alusão à influência norte-americana na Reforma Regulatória brasileira pelos comentadores, passa-se a analisar com maior profundidade o *Administrative Procedure Act*, de 1946, que dispõe sobre o processo administrativo na esfera federal dos Estados Unidos, para, na sequência, analisar a confluência dos sistemas de *civil law* e de *common law* pela perspectiva da codificação do processo administrativo.

II.3.2.3.1. A construção do modelo regulatório no Brasil e o processo administrativo

Na doutrina brasileira, o processo administrativo é indicado como um dos pontos de confluência entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, especialmente com a edição da Lei Federal de Processo Administrativo em 1999 (Lei n.º 9.784/99). O contexto de reforma regulatória seria, nessa linha de entendimento, o cenário propício à edição de leis gerais de processo administrativo.

Como política de governo na Reforma do Estado, as Agências Reguladoras não tiveram o MARE como *locus* de elaboração, mas sim a Casa Civil⁴⁹⁹. Sem previsão

⁴⁹⁸ A proposta de estudo da confluência de sistemas jurídicos no âmbito do Direito Administrativo brasileiro para melhor recepção de iniciativas jurídicas de *common law* não é, todavia, consensual entre os doutrinadores. Isso porque a adoção de institutos tipicamente de *common law* é rechaçada por expressiva corrente doutrinária do Direito Administrativo, que nega tal aproximação ou minimiza os efeitos da confluência na medida em que a influência do *common law* não seria verdadeiramente uma novidade implantada com a Reforma do Estado diante do quadro histórico de desenvolvimento do Direito Administrativo no Brasil, do qual o *common law* teve sua participação. Seriam os novos institutos das Agências Reguladoras e da regulação, portanto, meramente transplantados e inadequados ao modelo de Direito Administrativo no Brasil.

⁴⁹⁹ Cf. REGINA SILVIA PACHECO, **Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle**, 2006, p. 528. Segundo a autora, ainda no ano de 1995 o primeiro projeto de criação de uma Agência Reguladora – a ANEEL – foi enviado ao Congresso, mas sob o formato de autarquia convencional, sem a nota da autonomia que caracteriza o modelo de agência reguladora. Coube ao Congresso questionar o modelo tradicional e sugerir alternativas de independência e eficiência, seguindo a experiência internacional. *Idem, ibidem*.

explícita no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, era breve a referência às *Agências Autônomas* para indicar o plano de trabalho do *Projeto das Agências Autônomas*, em que se destaca que novas abordagens seriam aplicadas em determinadas autarquias, funcionando como verdadeiros “*laboratórios de experimentação*”⁵⁰⁰. Foi o que se verificou com a reforma regulatória das telecomunicações, em que a elaboração da Lei Geral de Telecomunicações (LGT, Lei 9.472/97) foi minuciosamente estudada por uma equipe de especialistas para delimitação do modelo regulatório que orientaria a criação da ANATEL. Como reporta CARLOS ARI SUNDFELD, a consultoria jurídica acadêmica externa para reformar as telecomunicações no Brasil⁵⁰¹, sem os “*vícios*” de quem já se encontrava no setor, ficou incumbida de “*escrever uma lei para privatizar rapidamente a TELEBRÁS, viabilizar uma regulação dos serviços que garantisse competição, universalização, investimentos e qualidade e, ainda, para criar uma agência reguladora que funcionasse de verdade e fosse independente*”⁵⁰². O resultado dessa investida não seria apenas a criação da LGT, mas também a delimitação de um modelo de disciplina jurídica da estrutura e do funcionamento das Agências Reguladoras no Brasil, que, efetivamente, foi reproduzido nas demais leis setoriais⁵⁰³.

O principal escopo na elaboração da LGT foi delimitar uma *lei-quadro*, fixando as diretrizes, estrutura organizacional básica, competências e processos para a regulação. Em outros termos, a reforma regulatória nas telecomunicações se articulava em torno do binômio *estrutura – função*, razão pela qual o processo administrativo recebeu especial

⁵⁰⁰ “A responsabilização por resultados e a conseqüente autonomia de gestão inspiraram a formulação deste projeto, que tem como objetivo a transformação de autarquias e de fundações que exerçam atividades exclusivas do Estado, em agências autônomas, com foco na modernização da gestão. O Projeto das Agências Autônomas desenvolver-se-á em duas dimensões. Em primeiro lugar, serão elaborados os instrumentos legais necessários à viabilização das transformações pretendidas, e um levantamento visando superar os obstáculos na legislação, normas e regulações existentes. Em paralelo, serão aplicadas as novas abordagens em algumas autarquias selecionadas, que se transformarão em laboratórios de experimentação”. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, 1995, p. 59. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 30 de junho de 2013.

⁵⁰¹ **Meu Depoimento e Avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações**, 2007, p. 1-2.

⁵⁰² *Idem*, p. 2.

⁵⁰³ Há, inclusive, debate sobre a impropriedade de adoção do modelo de agência reguladora da área de infraestrutura para as agências de governo – a exemplo da ANS, da ANVISA e da ANA –, responsáveis por aplicar políticas de governo. Cf. LUCIA HELENA SALGADO, **Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: um panorama do atual desenho institucional**, 2003, p. 45-46. Digno de nota, ainda, a reforma de leis de disciplina das Agências Reguladoras já existentes – embora não sejam nominalmente chamadas de “*Agências Reguladoras*” – para aprimoramento da estrutura institucional de acordo com a LGT. É o caso, por exemplo, da Lei 6.385/76, que instituiu a Comissão de Valores Mobiliários, cujos artigos de organização administrativa foram modificados pela Lei 10.303/2001, adotando-se redação semelhante aos preceitos correlacionados na LGT.

atenção na conformação do novo regime jurídico para a autoridade regulatória que se constituía. Ao lado da autonomia reforçada da ANATEL, que lhe conferiria destacada posição de independência frente ao Governo, a valorização do processo administrativo e seu engajamento em todas as funções regulatórias da Agência seria a grande inovação trazida pela LGT. Assim, o art. 38 da LGT expressamente condiciona a atividade da Agência, em sua integralidade, ao princípio do devido processo legal⁵⁰⁴, determinando o *dever de realizar processo administrativo* como regra fundamental de funcionamento da ANATEL.

A regra geral de elaboração de processo pela ANATEL também pode ser depreendida do art. 19, inc. XXII, da LGT que reconhece a competência da Agência de “*resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos, bem como quanto à nomeação, exoneração e demissão de servidores, realizando os procedimentos necessários, na forma em que dispuser o regulamento*” (destaquei). Como se pode depreender do preceito transcrito, a processualização da atividade regulatória da ANATEL também alcança a competência normativa, determinando que a Agência edite duas próprias normas processuais, às quais se deve autovincular. Assim, incute-se o modelo de processo administrativo à constante reflexão da Agência.

O processo administrativo foi elevado à condição de mecanismo básico de funcionamento da ANATEL. Sua realização é obrigatória no manejo do *poder disciplinar*⁵⁰⁵, bem como no exercício de *poderes exorbitantes* nas relações travadas com os regulados, condicionando o ato de intervenção, a caducidade de concessão e a extinção da autorização a prévio processo administrativo⁵⁰⁶. Em prestígio às diretrizes de isonomia e competição, o processo administrativo foi definido como arena de escolha do delegatário na prestação do serviço de telecomunicação, ensejando processos específicos como o *processo de outorga*⁵⁰⁷. O *procedimento licitatório*, no entanto, foi consagrado como o tipo processual para conferência de permissão⁵⁰⁸ e autorização⁵⁰⁹. No caso específico do direito

⁵⁰⁴ É o texto do art. 38 da LGT: “[a] atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade”.

⁵⁰⁵ Cf. art. 19, inc. XXII, e art. 46 da LGT.

⁵⁰⁶ Cf. art. 111, §2º, art. 114, §2º, e art. 144 da LGT.

⁵⁰⁷ Cf. art. 87 da LGT.

⁵⁰⁸ Cf. art. 119 e art. 121 da LGT.

⁵⁰⁹ Cf. art. 136 da LGT.

de exploração de satélite brasileiro para transporte de sinais de telecomunicações, a LGT assegurou em seu art. 172, §2º, que este direito será conferido mediante processo administrativo quando inexigível a licitação, garantindo-se, assim, a competitividade e a isonomia entre os regulados. Para os *processos administrativos normativos*, a LGT determinou em seu art. 42 a obrigatoriedade de submissão das minutas de atos normativos à consulta pública, fazendo deste instrumento de participação administrativa obrigatório para a regulação normativa⁵¹⁰. Some-se a isso o dever de conferir publicidade a seus documentos⁵¹¹, abertos a qualquer pessoa, e de motivação de suas decisões, o que se conecta diretamente com o processo administrativo. Por fim, saliente-se a minuciosa disciplina do *procedimento de contratação pública*, inclusive com a previsão das modalidades consulta e pregão para regência das licitações no âmbito da ANATEL⁵¹², bem como a previsão do *processo especial de desestatização*⁵¹³. Na Exposição de Motivos E.M. 231/MC elaborada pelo Ministério das Comunicações, de 1996, o processo administrativo nada mais é do que indispensável:

*“O projeto traça as linhas mestras que devem orientar a atuação da Agência, comprometida com as modernas exigências de uma administração que se quer livre do esclerosamento burocrático de que tanto se ressentem a administração pública em geral. Impõe-se, na gestão da Agência, uma atuação inspirada no modelo que se costuma designar como gerencial, com traços característicos que, sem prejuízo da necessária formalização de atos e procedimentos, do indispensável processo, não permitam o formalismo despropositado, comprometedor da agilidade e da eficiência do órgão regulador”*⁵¹⁴.

Em resumo, o processo administrativo no âmbito da ANATEL é o instrumento de viabilização da regulação, em consonância com os ideais de permeabilidade.

⁵¹⁰ A mesma obrigação de submeter minutas de atos administrativos à consulta pública foi estabelecida com relação ao modelo de reestruturação e desestatização de empresas estatais de telecomunicação (art. 195, LGT), bem como a elaboração de medidas regulatórias que devem ser formalizadas por Decreto, nos termos do art. 18 da LGT, como a eliminação da prestação na modalidade de serviço público no regime público, a aprovação do plano geral de outorgas e do plano geral de metas, bem como a autorização de empresa brasileira a participar em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações (art. 19, inc. III, LGT).

⁵¹¹ Cf. art. 153, §1º, da LGT.

⁵¹² Cf. art. 54, art. 55 e art. 89 – art. 92 da LGT.

⁵¹³ Cf. art. 195 e ss. da LGT.

⁵¹⁴ Disponível em: http://www.wisotel.com.br/acoes_de_governo/leis_e_decretos_lei/em_231.htm. Acesso em 30 de junho de 2013.

Primeiramente, é o processo administrativo o meio de *exercício das competências* assumidas pela ANATEL e, assim, o caminho para se alcançar as finalidades de interesse público que direcionam a ação regulatória da Agência, como as metas de universalização e de modicidade tarifária. Também o processo consiste no *foro de diálogo* entre regulador e regulado na elaboração de normas setoriais, especialmente diante da obrigatoriedade de participação administrativa em todo e qualquer processo administrativo normativo. A importância do processo administrativo como *mecanismo de controle* foi consagrada na LGT e serviu de resposta à consternação que se colocou com relação à autonomia das Agências Reguladoras, sintetizada na seguinte indagação: *há um déficit democrático nas Agências Reguladoras?*⁵¹⁵ O controle pelo processo seria, então, mais um argumento favorável à legitimidade democrática das Agências Reguladoras, notadamente a ANATEL, como esclarece a Exposição de Motivos E.M. 231/MC, de 1996:

*“[s]em embargo do controle mediante processo, indissociável da atuação do Estado no exercício de suas funções normativas e ordenadoras, deve ser encarecida a importância do controle por resultados. De nada adianta uma atuação escoreita, do ponto de vista legal, substancial e formal, se os resultados que a Agência deve buscar não forem sendo paulatinamente alcançados”*⁵¹⁶.

A dedicação da LGT ao processo administrativo remete à necessária associação das Agências Reguladoras ao processo regulatório, o que foi reverberado nas demais Agências brasileiras. Na cúpula do Executivo à época, a Recomendação de 31 de maio de 1996 do Conselho de Reforma de Estado, referente à *“construção do marco legal dos entes reguladores”*, fez alusão ao processo administrativo como elemento imprescindível à formulação da política regulatória no Brasil⁵¹⁷. Na verdade, a necessária relação entre

⁵¹⁵ Cf. item I.4.2. deste trabalho.

⁵¹⁶ Disponível em: http://www.wisetel.com.br/acoes_de_governo/leis_e_decretos/lei/em_231.htm. Acesso em 30 de junho de 2013.

⁵¹⁷ *“Recomenda-se a observação dos seguintes princípios na elaboração dos anteprojetos de lei de criação de entidades de fiscalização e regulação de serviços públicos portados, em regime de concorrência, no âmbito da administração federal: (...) b) ampla publicidade das normas pertinentes ao ente regulador, de seus procedimentos e decisões e de seus relatórios de atividades, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei; c) celeridade processual e simplificação das relações mantidas entre o ente regulador e os consumidores, usuários e investidores; d) participação de usuários, consumidores e investidores no processo de elaboração de normas regulamentares, em audiências públicas, na forma que vier a ser regulada em lei.”* O Conselho de Reforma de Estado, *Recomendação de 31 de maio de 1996*, 1996, p. 27. Disponível em:

Agências Reguladoras e processo administrativo não é uma inovação jurídica nacional, mas solução jurídica já acatada nos sistemas que influenciaram a criação de Agências Reguladoras no Brasil, especialmente o sistema norte-americano. Por um lado, os administrativistas incumbidos de desenhar o modelo de agências reguladoras no Brasil eram sensíveis à importância do processo administrativo e, desse modo, buscaram fazer da regulação uma dinâmica processual. Por outro, a comparação com outros sistemas jurídicos, com destaque para o sistema norte-americano, lançou luzes ao processo administrativo: se a estrutura desenvolvida no Brasil era análoga à norte-americana – Agências Reguladoras –, também a função deveria ser, o que seria crucial para a adoção do processo administrativo como mecanismo de ação regulatória.

II.3.2.3.2. Regulação e processo nos Estados Unidos e no Brasil

Para bem entender o argumento de que o processo administrativo consiste em um fator de confluência entre os sistemas de *civil law* e de *common law* no Brasil, é necessário compreender que a regulação nos Estados Unidos é marcadamente processual. Na verdade, foi a criação das Agências Reguladoras que determinou a edição do *Administrative Procedure Act*, em 1946.

As Agências Reguladoras já existiam nos Estados Unidos desde 1887, com a criação da *Interstate Commerce Commission* e, até 1990, um terço das Agências hoje existentes já eram conhecidas⁵¹⁸. Com a Grande Depressão e a Crise Econômica de 1929, o movimento de criação das Agências se intensificou, alcançando o seu ápice na administração de FRANKLIN D. ROOSEVELT, como peça fundamental do programa *New Deal*, lançado em 1933, para disciplina regulatória dos mercados. A regulamentação do processo administrativo nos Estados Unidos não é, portanto, concomitante à estruturação das Agências.

http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno08.PDF. Acesso em 30 de junho de 2013.

⁵¹⁸ Sobre o movimento de criação das Agências Reguladoras, pela perspectiva da época de edição do APA, cf. ALBERT R. BEISEL JR., *Federal Administrative Procedure Act and the Administrative Agencies*, 1947, p. 271-274. Na doutrina brasileira, cf. GUSTAVO BINENBOJM, *Uma Teoria do Direito Administrativo*, 2008, p. 265-272.

O APA surge fundamentalmente de um compromisso assumido entre conservadores e democratas liberais (capitaneados pelos democratas do sul), de um lado, e *New Deal* democratas, de outro, sobre o modelo de reforma administrativa para a disciplina e controle das Agências Reguladoras que se debatia desde a criação das primeiras Agências Reguladoras. Nas palavras de GEORGE B. SHEPHERD, que possui o mais completo artigo sobre o registro histórico da edição do APA nos Estados Unidos, trata-se de um “*compromisso feroz*” (“*fierce compromise*”)⁵¹⁹. Não havia consenso sobre a sensível balança entre direitos individuais e poderes das Agências Reguladoras que estivesse traduzido no APA, e nem certeza sobre a adequação do formato do novo estatuto para determinar os contornos das políticas de *New Deal* que as Agências implementariam. Simplesmente, “*o apoio do Congresso ao projeto de lei foi unânime apenas porque muitos legisladores reconheceram que, embora o projeto de lei fosse imperfeito, era melhor isso do que nenhum projeto*”⁵²⁰.

Segundo relata o autor, até meados de 1937, o tema do controle da regulação praticada pelas Agências Reguladoras afinada com a política do *New Deal* não era uma pauta relevante, pois as Cortes conservadoras cumpriam com o seu papel de frenagem às propostas mais audaciosas da gestão ROOSEVELT. Desse modo, os oponentes do *New Deal* focavam sua resistência no Judiciário: seria notório o *Black Monday*, quando, no dia 27 de maio de 1935, a Suprema Corte por unanimidade declarou inconstitucional o *National Industrial Recovery Act*, considerado um dos principais planos de governo. A estratégia muda, porém, quando o *justice Robert* muda de lado na Suprema Corte, possivelmente influenciado pela popularidade da reeleição de ROOSEVELT, passando a posicionar-se invariavelmente favorável às medidas do governo. Doravante, a Suprema Corte seria conhecida como “*ROOSEVELT Court*”. Com as portas do Judiciário fechadas aos opositoristas, o caminho pela via legislativa passou a ser mais certo para o controle da regulação das Agências.

⁵¹⁹ Trata-se do artigo **Fierce Compromise: The Administrative Procedure Act emerges from *Neal Deal* politics**, 1995-1996. Trabalho de semelhante envergadura e proposta foi desenvolvido por WALTER GELLHORN, **The Administrative Procedure Act: the beginnings**, 1986. Para contato com a discussão histórica sobre o APA nos Estados Unidos à época, cf. NATHANIEL L. NATHANSON, **Some Comments on the Administrative Procedure Act**, 1946-1947, p. 368-377; JOHN W. GWYNNE, **The Architecture of the New Administrative Procedure Act**, 1946, p. 550-551; e WILLIS SMITH, **Drafting the Proposed Federal Administrative Procedure Act**, 1945-1946, p. 133-134.

⁵²⁰ *Idem*, p. 1560. Tradução livre. Do original: “*Congressional support for the bill was unanimous only because many legislators recognized that, although the bill was imperfect, it was better than no bill*”.

GEORGE B. SHEPHERD indica que o cenário era de discussão sobre o equilíbrio entre os Poderes com o advento das Agências Reguladoras não apenas nos Estados Unidos, mas também no Reino Unido. Dentre os principais fatores da consternação figura a publicação de estudos sobre o aumento dos poderes regulatórios das Agências, mas especificamente: *The New Despotism*, de LORD HEWART, em 1929, e *Our Wonderland of Bureaucracy*, de JAMES BECK, em 1932. Assim, diversos projetos de lei foram apresentados com o único e exclusivo propósito de controle e contenção do exercício de poderes pelas Agências Reguladoras. O primeiro projeto de lei apresentado foi o *Norris Bill*, em 1929, que previa a constituição de uma Corte Administrativa e o estabelecimento da dualidade de jurisdição no sistema constitucional norte-americano. Também é digno de menção o *Logan Bill*, de 1933, apresentado pelo Senador MILLS LOGAN⁵²¹ logo após o episódio conhecido como *100 Days*, em que pelo período de cem dias todos os projetos de lei de originários do Executivo foram aprovados e transformados em leis. O que há de especial neste projeto é a proposta de tratamento jurídico do processo como mecanismo de controle das Agências Reguladoras.

A partir de então, o principal personagem da construção do APA seria a comissão especial criada pelo *American Bar Association* (ABA) para discussão sobre a reforma administrativa, qual seja, *American Bar Association's Special Committee on Administrative Law* (ABA Committee), criado em 1933. De um modo geral, o ABA Committee era contrário ao *New Deal* – especula-se que seus membros eram sócios de grandes escritórios de advocacia e contratados por grandes empresas reguladas – e ao longo de mais de dez anos trabalhou para a edição de uma lei de contenção das Agências Reguladoras. Três eram as soluções aventadas: (i) edição de uma lei que estabelecesse de modo mais rígido regras processuais; (ii) a uniformização do controle judicial das Agências Reguladoras; e (iii) a criação de uma justiça administrativa especializada.

⁵²¹ O foco processual do controle das Agências Reguladoras no *Logan Bill* deve-se ao fato de o Senador MILLS LOGAN – cujo sobrenome empresta ao projeto de lei que apresentou ao Senado – ter tido direto envolvimento na Administração como gestor público, tendo participado de diversos Conselhos, como o *State Board of Education* e o *State Board of Sinking Fund Commissioners*, além de ter sido incumbido de criar e administrar um novo sistema tributário em Kentucky. Conhecedor das práticas administrativas, e crítico aberto da informalidade nas ações administrativas, MILLS LOGAN desenhou um projeto de lei para tornar o processo administrativo o meio de ação regulatória do Estado, em substituição às decisões *ad hoc* e costumeira, bem como disciplinar a revisão judicial dos atos regulatórios. *Idem*, p. 1568-1569.

Em um primeiro momento, de 1933 a 1936, a linha de ação do *ABA Committee* era a constituição de uma Corte Administrativa. Dentre os trabalhos que mais se destacam estava o anteprojeto de lei que foi apresentado no Senado e na Casa dos Representantes, respectivamente, em 1936, pelo Senador MILLS LOGAN e pelo Representante EMANUEL CELLER, recebendo o nome de *Logan-Celler Bill*. Outro evento digno de nota corresponde à aprovação, em 1935, do *Federal Register Act*, previamente uma proposta do *ABA Committee*, que determina a publicação de todas as normas editadas pelas Agências no Registro Federal. A partir de 1937, o *ABA Committee* mudou de estratégia de tentar a aprovação de uma Corte Administrativa para a edição de uma lei que disciplinasse o processo de regulação que as Agências passariam a se condicionar e que também previsse o controle judicial das decisões regulatórias. Este seria o prelúdio do APA. A proposta era inovadora: disciplina dos processos de resolução de conflitos (*adjudication*), com previsão explícita do direito de defesa, tratamento do processo para elaboração de normas (*rulemaking*)⁵²² e disciplina aprofundada do controle jurisdicional (*judicial review*). Contudo, ela não ganharia maior atenção no âmbito do Legislativo.

O assunto seria revigorado com a substituição da Presidência *ABA Committee*, de O.R. MCGUIRE por ROSCOE POUND, então Diretor da Faculdade de Direito de Harvard, o que conferiria à futura proposta legitimidade científica, eis que a Comissão já era acusada de ser simples opositorista ao *New Deal*, sem maiores preocupações com o aprimoramento da regulação. Em 1938, o projeto de APA, ainda mais rigoroso para a Administração Pública que os antecedentes, foi novamente apresentado ao Senado e, nessa nova oportunidade, ganhou destaque na arena política. Trata-se do *Walter-Logan bill*, vetado por ROOSEVELT em 1940. Como reação, ROOSEVELT encomendou ao Procurador-Geral MURPHY anteprojeto de lei sobre processo administrativo e, em 1939, o Procurador-Geral instaurou uma comissão de estudos (*The Attorney General's Committee on*

⁵²² Seria a primeira vez que o *rulemaking* seria considerado em um projeto de lei, com determinação de que toda e qualquer norma editada pelas Agências Reguladoras tivessem previamente a correspondente minuta informada à sociedade para que pudesse se manifestar sobre o seu conteúdo (*notice and comment*). Na visão de GEORGE B. SHEPHERD, esta seria a mais relevante inovação trazida pelo APA. Porém, a proposta de previsão do *rulemaking* não necessariamente se coaduna com um propósito garantista, mas pode ter sido um oportuno instrumento de desaceleração da política do *New Deal* implementada pelas Agências Reguladoras: ao subordinar a competência normativa à realização de processo administrativo, significativa parcela de tempo e recursos seria consumido. Cf. **Fierce Compromise: The Administrative Procedure Act emerges from New Deal politics**, 1995-1996, p. 1583. A justificativa oficial, porém, prezava pelo direito de participação dos cidadãos na atividade normativa das Agências Reguladoras. Nesse sentido, cf. o artigo **The Federal Administrative Procedure Act (1946-1947)**, p. 11-13, de DAVID REICH, que teve participação na redação do *Final Report of Attorney General's Committee on Administrative Procedure*, de 1941.

Administrative Procedure) com esta finalidade, aproveitando para convidar WALTER GELLHORN⁵²³ – único advogado que havia se posicionamento contrário ao projeto no *ABA Committee* – e KENNETH CULP DAVIS como seu assessor. A partir de então, seria travado legítimo duelo legislativo sobre o projeto de lei do APA, tendo diminuído de intensidade apenas quando do envolvimento dos Estados Unidos na II Guerra Mundial.

Um dos efeitos da II Guerra Mundial sobre a edição do APA foi inaugurar um período de cooperação política, resultando na aprovação do APA em 1946. Logo, as duas grandes chaves de transformação do APA estavam presentes: *adjudication vs. rulemaking* e *formal vs. informal procedures*⁵²⁴.

Ao comparar o panorama de desenvolvimento das Agências Reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos, diversos administrativistas sustentam que, apesar da similitude de diversos aspectos das Agências brasileiras com o modelo norte-americano, haveria uma substancial diferença entre ambos os sistemas: enquanto a criação das Agências reguladoras se daria no contexto de incremento da regulação nos Estados Unidos, com expressivo aumento das normas estatais de disciplina da iniciativa privada, no caso brasileiro as Agências Reguladoras seriam criadas em um contexto de deslegalização. No entanto, assim como nos Estados Unidos, as leis de processo administrativo surgem em um momento de intensificação da atividade normativa estatal, seja com a edição de significativa quantidade de novas leis pelo Legislativo⁵²⁵, seja com a intensificação do movimento de edição de regulamentos pela Administração Pública, que passaria a contar com uma estrutura especializada para tanto em alguns mercados regulados, qual seja, a estrutura das Agências Reguladoras.

⁵²³ Futuramente, WALTER GELLHORN se tornaria Professor de Direito Administrativo da Columbia Law School, sendo apontado como um dos mais influentes administrativistas nos Estados Unidos. Sua obra introdutória sobre o processo administrativo – **Administrative Process in a Nutshell** – é considerada uma referência no tema, apesar do despretensioso objetivo de tão somente introduzir alunos de graduação ao estudo do processo administrativo.

⁵²⁴ Cf. ASHLEY SELLERS, “**Informal**” **Dispositions under the Administrative Procedure Act**, 1946, p. 646.

⁵²⁵ Opõe-se ao argumento da deslegalização, segundo o qual se verificaria no Brasil um fenômeno de redução da intensidade da atividade legislativa e consequente aumento da atividade normativa da Administração Pública, resultando na perda de espaço da lei formal em favor do regulamento. Fato é que também a atividade legislativa se intensificou, bastando verificar a quantidade de leis lançadas desde 1990 para noticiar o quanto do regime de direito administrativo foi reconfigurado com as novas leis, muitas delas efetivos marcos regulatórios, como as leis de criação das diversas Agências Reguladoras, as leis de concessão (Lei 8.987/95) e de PPP (Lei 11.079/2004), a lei de consórcio público (Lei 11.107/2005), dentre outras. Segundo CARLOS ARI SUNDFELD, o que se verifica é a *intensificação normativa*. Cf. **Direito Administrativo para Céticos**, 2012, p. 152.

Assim como no sistema norte-americano, as leis de processo administrativo surgem em um contexto de pluralidade normativa, com a intensificação da atividade normativa de um modo geral, abrangendo leis, regulamentos, contratos e precedentes normativos do Supremo Tribunal Federal. Contudo, *não houve transplante* do APA norte-americano para o panorama legislativo nacional. As leis gerais de processo administrativo, como analisado, não foram originariamente delineadas visando à regulação⁵²⁶. Em grande medida, a codificação do processo administrativo no Brasil esteve diretamente relacionada à redemocratização após longo período de ditadura, como mais uma medida de garantia de direitos individuais frente ao Poder Público. Contudo, não se pode negar a conveniência da existirem leis gerais de processo administrativo para afirmação da reforma regulatória no Brasil.

O contexto de Reforma do Estado e criação de Agências Reguladoras enfatizou a importância de uma lei geral de processo administrativo. A clara *influência do common law* na criação das Agências Reguladoras no Brasil determinou não apenas a modelagem da estrutura das autoridades reguladoras, mas também ensejou a adoção de um modo de funcionamento análogo, em que o processo administrativo permeável à participação administrativa fosse o percurso obrigatório de uma regulação válida. Estrutura e função, ambas seriam peças fundamentais à instrumentalização da regulação no Brasil, sendo o processo administrativo elemento imprescindível para viabilizar a dinâmica regulatória, minimamente caracterizada pelas leis gerais de processo administrativo. Nessa medida, o movimento de criação das Agências Reguladoras no Brasil contribuiu para a edição das leis gerais de processo administrativo, ainda que com baixa influência sobre seu conteúdo. Assim como no caso norte-americano, uma lei geral de processo administrativo contribuiria ao menos em três aspectos para o incremento da dinâmica regulatória: (i) controle do exercício de poderes públicos pelo regulador; (ii) racionalização da tomada de decisão regulatória; e (iii) permeabilidade da regulação, com a previsão de instrumentos de participação administrativa.

⁵²⁶ Excepciona-se a Lei Paulista de Processo Administrativo, cujo encaminhamento do então Governador MÁRIO COVAS do anteprojeto para apreciação pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo esteve diretamente relacionado à reforma administrativa no Governo do Estado de São Paulo, com vistas à atração de capital estrangeiro para investimento no Estado. Nessa linha, contribuíram para a edição da Lei Paulista de Processo Administrativo a privatização das COMGÁS e o programa de concessão de rodovias. É o que afirmou CARLOS ARI SUNDFELD em aula ministrada na Direito GV no dia 18 de outubro de 2012.

As leis gerais de processo administrativo *reforçariam o controle da regulação*, sem que as garantias dos regulados e dos usuários em geral se limitassem à previsão em lei específica, via de regra, a lei de criação das Agências Reguladoras. A projeção das leis gerais de processo administrativo às Agências Reguladoras acresce, portanto, direitos oponíveis ao regulador⁵²⁷. No exemplo da participação administrativa, ainda que a lei de criação de uma determinada Agência Reguladora federal não preveja instrumentos de audiência e de consulta pública, encontra-se o regulador legalmente autorizado a adotá-los nos processos administrativos normativos em razão da aplicação subsidiária da Lei Federal de Processo Administrativo. Ademais, prazos, procedimentos, direito de defesa, dever de motivar e exercício do contraditório são todos exemplos de como a processualidade na regulação praticada pelas Agências Reguladoras favorece o controle do exercício de poderes regulatórios e, por consequência, corrobora com a garantia dos direitos particulares. Nessa medida, as leis gerais de processo administrativo conferem uniformidade, ainda que mínima, à atuação das Agências Reguladoras, uniformização essa que confere maior efetividade à defesa de direitos individuais.

A *racionalização* do processo de construção das decisões das Agências Reguladoras também figura dentre os aspectos que determinam a processualização da atividade regulatória. Ocorre que esta processualização determina que a decisão final seja uma decisão construída, objeto de detida reflexão e discussão no curso de um processo. Formada por uma sucessão de atos administrativos, a *instrução processual* volta-se a discutir estudos técnicos, interpretações de fatos, normas jurídicas, efeitos esperados e alternativas de modelagem da regulação (*e.g.*, regulação por ato individual e concreto *vs.* regulação por contrato) e, nessa dinâmica, qualifica a tomada de decisão pelo regulador. Potencialmente, uma decisão tomada nessas circunstâncias tende a apresentar melhor qualidade, mostrando-se mais efetiva no alcance das finalidades setoriais. Em outros termos, a regulação se torna mais racional. Por esta razão se afirmar ser inválida uma decisão final absolutamente destoante do processo administrativo, por vício de motivação.

⁵²⁷ Segundo FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, o manejo de ampla gama de poderes pelas Agências Reguladoras determina a submissão delas a rigorosas normas processuais. Cf. **Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu regime jurídico**, 2005, p. 66.

A melhor interpretação ao dever de motivar que hoje pode ser conferida corresponde ao dever de exposição das razões de fato e de direito deduzidas no processo administrativo⁵²⁸.

Ainda na relação Poder Público – administrado, a codificação do processo administrativo propicia a aproximação saudável entre ambos, dada a disciplina das formas básicas de *participação administrativa*. Uma vez que as leis gerais contemplaram regras sobre a participação do administrado na máquina pública, abre-se um direito ao cidadão de ter a sua voz ouvida pelo Poder Público ao mesmo tempo em que aproximações ilícitas são repudiadas pelo sistema (a exemplo do conluio, das diversas formas de corrupção e captura). O desenho do sistema processual administrativo em uma lei geral determina a composição dos múltiplos interesses que se pode apresentar no âmbito do processo administrativo. Neste ponto, o comportamento da Administração Pública será de arbitramento de interesses, buscando conciliar todos os interesses legítimos processualizados.

Todos esses fatores elevam o valor do processo administrativo no âmbito da regulação econômica, integrando-se no que FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO denominou como *transformações metodológicas* do modo de exercício das competências regulatórias, ao lado da transparência, da participação administrativa e da especialização técnica e jurídica⁵²⁹. Nessa linha, as leis gerais de processo administrativo mostraram-se oportunos marcos jurídicos para a afirmação do modelo regulatório de intervenção estatal na esfera privada⁵³⁰. Dispondo de uma lei geral de processo administrativo, que positivaria e unificaria a atuação processual básica dos órgãos e entes administrativos, novas Agências Reguladoras poderiam ser criadas, eis que a função já estaria minimamente prevista.

⁵²⁸ Cf. item IV.3.3. deste trabalho.

⁵²⁹ Cf. **Balances e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil**, 2005, p. 4.

⁵³⁰ Segundo FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, “[n]ão é mera coincidência que ao surgimento desse novo paradigma regulatório corresponda também um forte avanço na tendência de procedimentalização da atividade administrativa, do qual a edição recente de leis e códigos de processo administrativo é exemplo ilustrativo. Na verdade, a mudança nos métodos de se exercer a atividade regulatória é consequência direta dos outros dois vetores anteriormente vistos. Quando, de um lado, se coloca o interesse do indivíduo como razão e finalidade justificadoras da intervenção estatal e, de outro, se introduz uma nova forma de relacionamento Estado-sociedade, coloca-se a necessidade de que a atividade regulatória ofereça maiores oportunidades de efetiva participação e acompanhamento, pelo indivíduo, da atividade regulatória estatal. Afinal, estes dois outros vetores impõem novos parâmetros de legitimidade e de legitimação da autoridade, para o que os mecanismos de limitação, transparência e permeabilidade do exercício do poder são imprescindíveis”. *Idem*, p. 7.

Com incidência em toda a Administração Pública, aplicando-se, inclusive, subsidiariamente aos processos administrativos específicos⁵³¹, as leis gerais de processo administrativo marcam o *dever de realizar processo administrativo* a todos os órgãos e entes administrativo. Com essas leis, o Direito Administrativo brasileiro não mais recepciona outro modo de atuação administrativa que não por meio de processo, ressalvados os casos excepcionais em que o desenvolvimento prévio do processo administrativo prejudicaria a satisfação de finalidades públicas. Trata-se de um modo de relacionamento entre Administração Pública e administrados, assim como de exercício de prerrogativas públicas, que passa a ser orientação geral para toda a Administração Pública, especialmente às Agências Reguladoras, em que o processo administrativo tem destacada importância.

II.3.3. Tendência à codificação do processo administrativo no Brasil vs. disciplina especial: contraposição ou coexistência?

Após a descrição do contexto de aprovação da Lei 9.784/99 e edição das leis gerais de processo administrativo no plano dos Estados e Municípios, é possível desde já afirmar a tendência à codificação do processo administrativo no Brasil. Contudo, esta é uma informação que merece um tratamento mais aprofundado para se posicionar sobre qual é o estágio dessa codificação, bem como quais são os limites à disciplina jurídica do processo administrativo por meio de leis gerais. Não é possível descolar o estudo da codificação do processo administrativo do contexto de crescente produção normativa que se apresenta no Brasil. Afinal, haveria mesmo uma tendência à codificação diante de uma série de normas especiais sobre processo administrativo?

⁵³¹ A Lei Federal de Processo Administrativo é bastante clara com relação à *incidência geral* de seus preceitos logo no art. 1º: “[e]sta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”. Quanto à aplicação subsidiária da Lei 9.784/99, o correspondente art. 69 assim dispõe: “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”. No caso da Lei Paulista de Processo Administrativo, preceitos análogos são apresentados: “art. 1º. Esta Lei regula os atos e procedimentos administrativos da Administração Pública centralizada e descentralizada do Estado de São Paulo, que não tenham disciplina legal específica. Parágrafo único. Consideram-se integrantes da Administração descentralizada estadual toda pessoa jurídica controlada ou mantida, direta ou indiretamente, pelo Poder Público estadual, seja qual for seu regime jurídico. Art. 2º. As normas desta Lei aplicam-se subsidiariamente aos atos e procedimentos administrativos com disciplina legal específica”.

A prática do Direito Administrativo demonstra que o fenômeno de aumento da produção normativa alcança o processo administrativo. No âmbito legal, crescem as *leis que estabelecem processos administrativos específicos*, direcionados a lidar com um dado objeto de forma peculiar. Também é notável o crescimento de *normas infralegais que disciplinam os diversos procedimentos* adotados pelo Poder Público. Trata-se de uma decorrência pragmática para adequar o funcionamento dos órgãos e entes administrativos às finalidades que têm por função pública satisfazer, conferindo, assim, maior aderência dos processos às necessidades que cada matéria ou setor predica. A regulamentação do processo administrativo em esfera infralegal se volta à disciplina de procedimentos especiais, como visto, bem como à instituição de instrumentos processuais específicos. Tal se verifica, por exemplo, com os acordos administrativos, que não têm previsão na Lei 9.784/99, mas são previstos em diversas normas processuais das Agências Reguladoras.

Além dos processos administrativos disciplinar, tributário e antitruste já mencionados, é de se considerar também as diversas leis que criam as Agências Reguladoras que, por vezes, estabelecem prazos específicos e orientações particulares. Nessa medida, a lei geral de telecomunicações (Lei 9.472/97) fixa como prazo para decidir 90 dias (art. 44, LGT) e determina a obrigatoriedade de realizar consultas públicas antes a edição de atos normativos (art. 42, LGT) ao contrário da Lei 9.784/99, que estipula em 30 dias o prazo para decidir e coloca à disposição do gestor público, como mera faculdade, as audiências e consultas públicas.

Coloca-se hoje interessante dinâmica de definição de *standards* legais para ensejar ampla disciplina normativa pelas autoridades públicas no exercício de competência discricionária. As normas resultantes deste trabalho complexo e plural terminam por ser mais consentânea com as especificidades e as finalidades setoriais. Nessa medida, a Administração Pública se autovincula aos comandos normativos que ela mesma cria, abrindo-se o dever de observar não apenas os preceitos constitucionais e legais contemplados no bloco de legalidade, mas também os diversos atos normativos que orientam a atuação administrativa.

Esse é um dado que deve ser observado na análise da tendência à codificação do processo administrativo. Na verdade, não haveria uma oposição entre disciplina por meio de código e disciplina especial do processo administrativo, mas sim complementariedade: a lei geral estabelece a dinâmica básica do processo administrativo, essencial para a racionalidade na tomada de decisões pelo Poder Público e para a tutela dos direitos dos cidadãos, ao passo que as normas especiais modelam o processo administrativo em razão das especificidades do objeto tutelado, bem como as finalidades públicas que se apresentam.

II.4. Processualização da atividade administrativa no Brasil: uma tarefa inacabada

Uma das mais relevantes conquistas democráticas no Brasil corresponde à edição das leis gerais de processo administrativo, que marcam relevante capítulo na trajetória da processualização da atividade administrativa. Mas até o final da década de 1990, quando as primeiras leis foram editadas, a luta para fazer da função pública uma função processualizada foi longa e envolveu diversos atores.

Precocemente órfão da jurisdição administrativa, o Direito Administrativo brasileiro voltaria a novamente debater o tema do processo administrativo em suas principais doutrinas com a edição do Estatuto dos Funcionários Públicos, no qual também o processo administrativo disciplinar seria objeto de disciplina jurídica. Trata-se de um exemplo de codificação parcial do Direito Administrativo, em discussão por direta influência do movimento de sistematização de outros ramos do Direito em complexos e exaustivos Códigos, a exemplo do Direito Processual Civil e do Direito do Trabalho. A partir deste momento, o processo administrativo se deslocaria nos manuais do Capítulo sobre contencioso administrativo para o Capítulo dos servidores públicos e, nessa toada, passaria a ser compreendido a partir dos processos especiais, notadamente o processo de desapropriação e a licitação, além do mencionado processo administrativo disciplinar. No âmbito constitucional, a previsão do processo administrativo nas Constituições anteriores à vigente também estaria adstrita ao tema dos servidores públicos, cabendo ao Supremo Tribunal Federal garantir a efetividade da ampla defesa e, desse modo, construir uma

jurisprudência que foi fundamental para o reconhecimento da processualidade ampla. A pesquisa empírica demonstrou que o Supremo cumpriu com os papéis de regulador e revisor do processo administrativo (função esta mais recentemente renegada, porém) diante da ausência de leis gerais de processo administrativo.

Pode-se afirmar que o desenvolvimento do processo administrativo no Brasil tem direta relação com as necessidades de operacionalização administrativa. A disciplina jurídica do processo administrativo no Brasil avançou de acordo com as contingências que se apresentaram à Administração Pública, razão pela qual, até a edição das leis gerais de processo administrativo, as *leis de procedimento* eram fundamentalmente voltadas à determinação de competências, afirmação de poderes públicos e previsão de garantias mínimas ao administrado, com destaque para a garantia da ampla defesa.

A redemocratização do Estado, o trabalho doutrinário e a criação das Agências Reguladoras foram fatores de alavancagem da edição de leis gerais de processo administrativo. Se era uma característica do Direito Administrativo brasileiro a ausência de disciplina geral do processo administrativo, paulatinamente parte dos Estados e Municípios dispuseram sobre suas leis gerais de processo administrativo, enquanto os entes que não contam com leis gerais próprias fazem aplicação da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99).

O instituto do processo administrativo adquiriu diferentes conformações no curso do desenvolvimento do Direito Administrativo, revestindo-se de características reflexas do modelo de Administração Pública e dos valores públicos amparados pelo regime administrativo. Na ponta, a transformação do processo administrativo é resultado da transformação da atividade administrativa, mais permeável à participação administrativa e consentânea com a governança pública. Este é um cenário que não se limita ao panorama brasileiro.

JAVIER BARNES, por exemplo, sintetiza o movimento de transformação do processo administrativo em três gerações⁵³². A *primeira geração* de processo administrativo tem por finalidade proteger os direitos individuais, controlar a discricionariedade administrativa e

⁵³² Cf. **Transforming Administrative Procedure. Towards a third generation of administrative procedures**, 2009, p. 3-11.

aplicar a lei no caso concreto, ou seja, tomar decisões individuais. A *segunda geração* de processo administrativo corresponde ao processo administrativo normativo (*rulemaking*), ou seja, desloca o foco da decisão da aplicação concreta da lei, estruturada em soluções individuais e concretas, para soluções gerais e abstratas. Por fim, a *terceira geração* de processo administrativo não tem por principal finalidade a tomada de decisão pela Administração Pública – individual e concreta ou geral e abstrata – mas sim estabelecer uma permanente comunicação entre órgãos e entes administrativos, bem como Poder Público e particulares na dinâmica de governança pública.

Os dois principais modelos de lei geral de processo administrativo no Brasil, correspondentes às Leis adotadas na União e no Estado de São Paulo, aproximam-se da primeira geração de processo administrativo, como demonstra o estudo empírico sobre os processos legislativos da Lei federal 9.784/99 e da Lei paulista 10.177/98. De fato, a principal preocupação demonstrada pelos elaboradores das leis mencionadas era com relação às garantias de direitos, o que correspondeu substancialmente ao texto final dessas Leis, marcado por substancial carga de direitos dos administrados face ao Poder Público que terminaram por consubstanciar verdadeiras sujeições, como os deveres de motivar, conferir publicidades aos atos interlocutórios e aos atos finais, assim como de ouvir aqueles diretamente interessados no objeto da decisão administrativa. Exatamente por terem sido editadas em contexto posterior à primeira geração⁵³³, essas leis já eram conhecedoras do valor do processo administrativo normativo e das políticas públicas como modo de satisfação de finalidades públicas. Assim, elementos como participação administrativa, dever de motivar e intervenção dos terceiros interessados no conteúdo da decisão administrativa final estiveram presentes em ambas as leis gerais de processo administrativo. Por isso sustenta-se que o Brasil é um caso especial na comparação com os demais sistemas jurídicos, não se aplicando em sua totalidade a esquematização – científica e acurada, todavia – de JAVIER BARNES para o movimento de codificação do processo administrativo no Brasil.

⁵³³ JAVIER BARNES delimita a seguinte cronologia para as gerações de processo administrativo: primeira geração, do século XIX ao século XX, tendo por principal marco a Lei espanhola de processo administrativo, de 1889; a segunda geração, após a II Guerra Mundial, cujo principal marco normativo corresponde ao APA norte-americano, de 1946; e a terceira geração, na virada do século XX para o século XXI, que tem como principal marco normativo a *Strategic Environmental Assessment Procedures*, de 2001. *Idem*, p. 6.

Tomando como referência as variáveis de análise da legislação de processo administrativo propostas por JAVIER BARNES, adaptadas para os fins dessa pesquisa, a seguinte tabela sistematiza o movimento de codificação do processo administrativo no Brasil:

Tabela 04 – Sistematização das fases da disciplina jurídica do processo administrativo no Brasil

	CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	LEIS DE PROCEDIMENTO	LEIS GERAIS DE PROCESSO
<i>Período</i>	Monarquia	Década de 1930 a 1995	A partir de 1996
<i>Exemplo simbólico</i>	Inexistente	Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União (Decreto-Lei 1.713/39)	Leis Federal e Paulista de Processo Administrativo
<i>Regime político</i>	Monárquico: soberano vs. súdito	Ditadura: Administração vs. administrado	Democracia: Administração vs. cidadão
<i>Modelo de gestão</i>	Administração patrimonialista	Administração burocrática	Administração gerencial
<i>Administração</i>	Administração centralizada	Administração piramidal	Administração policêntrica
<i>Contexto de reforma administrativa</i>	<i>Teorie du Pouvoir Neutre</i>	Reforma Burocrática de 1936	Reforma do Estado
<i>Escopo da lei</i>	Resolução de conflitos no âmbito da jurisdição administrativa	-Exercício de prerrogativas públicas -Organização administrativa -Previsão de garantias	-Exercício de prerrogativas públicas -Organização administrativa -Previsão de garantias -Tomada de decisão administrativa -Elaboração de políticas públicas
<i>Abrangência da lei</i>	Cidadãos individuais	Cidadãos individuais	Cidadãos individuais e coletividade
<i>Equilíbrio da relação autoridade vs. liberdade</i>	Autoridade	Autoridade	Liberdade
<i>Dinâmica procedimental</i>	Equivalente ao contencioso judicial	Equivalente ao contencioso judicial	Equivalente ao contencioso judicial quanto à adjudicação e dinâmica colaborativa para edição de normas
<i>Regime jurídico</i>	-Constituição -Costumes	-Constituição -Leis especiais -Deliberações do DASP até o advento do Decreto-Lei 200/67 -Costume	-Constituição -Leis gerais -Leis especiais -Regulamentos -Costume -Súmulas vinculantes após 2005
<i>Decisão administrativa típica</i>	-Ato administrativo individual e concreto	-Ato administrativo individual e concreto	-Ato administrativo individual e concreto -Ato administrativo geral e abstrato -Acordos administrativos
<i>Foco do processo</i>	Decisão final: ato administrativo	Decisão final: ato administrativo	Decisão final: ato administrativo com maior atenção ao processo e ao envolvimento do administrado
<i>Dever de realizar processo</i>	Existente apenas com relação à atuação do Conselho de Estado	Existente apenas com relação aos processos com disciplina em lei especial	Dever geral de realizar processo administrativo
<i>Controle</i>	Inexistente	<i>Ex ante</i>	<i>Ex ante</i> , com abertura para o controle <i>ex post</i>
<i>Finalidade do exercício de competências</i>	Julgur	Exercer prerrogativa pública para bem do serviço público ou do interesse público	Satisfação de finalidades públicas
<i>Funções do processo</i>	Formalidade para trâmite do conflito no Conselho de Estado	Assegurar a legalidade	-Assegurar a legalidade -Mecanismo de controle -Racionalização da decisão administrativa -Arena de participação administrativa -Arbitramento de interesses -Conformação da decisão final

Processamento	Bilateral e adversário	Bilateral e adversário	Bilateral e adversário ou colaborativo quanto à adjudicação e multilateral e colaborativo quanto aos processos normativos
Papel dos particulares	“Parte”: sujeitos da decisão final	“Parte”: sujeitos da decisão final	“Parte” – sujeitos da decisão final na adjudicação – e “cidadãos”, partícipes na construção da decisão normativa
Fluxo de informação	Inquisitório	Investigativo	Investigativo nos processos de adjudicação e colaborativo nos processos normativos
Participação administrativa	Inexistente	Inexistente	Restrita aos processos normativos e não obrigatória, ressalvado nos casos de autovinculação
Relação Legislativo – Executivo	Inexistente diante do Poder Moderador	Rivalidade e aplicação da legalidade formal	Complementariedade, com aplicação da legalidade formal apenas aos procedimentos de restrição de direitos

Fonte: elaboração própria.

Não se pode negar que o desenvolvimento do tema processo administrativo no Direito Administrativo brasileiro é substancial. Porém, a evolução do processo administrativo ainda está em curso no Brasil.

Como analisado no Capítulo I deste trabalho, o exercício da competência normativa pela Administração Pública nunca foi condicionado à realização de prévio processo administrativo, assegurada a participação administrativa dos cidadãos interessados. Tampouco a atividade normativa da Administração Pública foi encarada como uma arena racional de construção lógica do ato normativo, visando a efeitos futuros desejados e, preferencialmente, precedida de avaliação de impacto regulatório. Ainda hoje paira no imaginário publicista a figura do processo administrativo como um procedimento litigioso bilateral do qual o Poder Público participa na qualidade de parte. Com partes bem delimitadas, o processo administrativo se destinaria a alcançar uma decisão de natureza individual, especificamente endereçada à situação concreta de exercício de prerrogativa pública sobre direito individual. A dinâmica do processo administrativo seria orientada pelo contraditório dual, pela ampla defesa e pela imparcialidade em sucessivos atos concatenados até a decisão final tomada pelo Poder Público e sujeita a controle externo pelo Judiciário. Trata-se de uma visão do processo administrativo ainda forte e que, em grande medida, influenciou o desenho das leis de processo administrativo nos países tradicionalmente filiados à matriz europeia-continental de Direito Administrativo⁵³⁴.

⁵³⁴ Cf. JAVIER BARNES, **Transforming Administrative Procedure. Towards a third generation of administrative procedures**, 2009, p. 2.

Atividade administrativa normativa e processo administrativo são dois elementos que ainda hoje dificilmente são indicados como correlacionados, de modo que para edição de ato abstrato e geral seja imprescindível o prévio desenvolvimento de *processo administrativo normativo*. Eis o legado ditatorial que há tempos o Direito Administrativo tem guardado. Ainda hoje a regra no exercício da competência administrativa pelo Poder Público é de edição de atos normativos *one shot*. A regra que ainda se verifica na prática do Direito Público no Brasil é de exercício da competência normativa em absoluta verticalização das relações administrativas, nas quais o cidadão é mero destinatário do ato normativo, e não colaborador do Poder Público para edição do ato normativo, cujos anseios e interesses sejam considerados antes da tomada de decisão. Outras vezes, as leis federais de processo administrativo não são tomadas como referência, mas sim o processo legislativo da Câmara dos Deputados⁵³⁵. *A Processualização da atividade administrativa no Brasil é uma tarefa inacabada*: ainda é preciso alcançar em sua plenitude a atividade normativa da Administração Pública.

⁵³⁵ É o que se verifica, por exemplo, nos principais órgãos relacionados ao exercício de competência normativa pela Presidência da República, que aplicam subsidiariamente o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Em aula do *Curso de Elaboração Normativa* no âmbito do Programa de *Intercâmbio da Secretaria de Assuntos Legislativos* (SAL), do Ministério da Justiça, realizada em Brasília no dia 29 de janeiro de 2013, foi apresentado o processo político normativo do chefe do Poder Executivo. O rito processual é, em linhas gerais, o seguinte: primeiramente, o Ministério faz a análise técnica e jurídica do objeto que, com o aval do Ministro, é encaminhado para os demais Ministérios cuja pasta se relacione com o tema em discussão para nova avaliação técnica e jurídica. Conseguídos os avais dos Ministros acionados, o projeto é encaminhado ao Sistema de Geração e Tramitação de Documentos Oficiais do Governo Federal (SIDOF) da Casa Civil, incumbida de realizar a mediação entre os órgãos governamentais para redação final. No âmbito da Casa Civil, o projeto é analisado por dois órgãos distintos: primeiramente pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG), que realiza a análise do conteúdo do projeto, e, posteriormente, pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República (SAJ), que fundamentalmente se incumbem de analisar a qualidade regulatória do projeto. Dentre os principais elementos analisados pelo SAJ, os seguintes parâmetros de avaliação são considerados: atendimento à finalidade pública; capacidade de produzir os efeitos pretendidos; análise de custo-benefício; potencialidade de aplicação e efetividade da futura norma, inclusive quanto ao risco de questionamento judicial; harmonização com o ordenamento jurídico existente, notadamente a questão de constitucionalidade; e atendimento aos requisitos de técnica legislativa previstos na Lei Complementar 95/98. Após a análise do SAJ, o projeto é encaminhado para a Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República (SRI) com a única e exclusiva finalidade de apreciar o contexto político, a fim de evidenciar (i) se o momento é adequado para a edição da norma e (ii) qual é o formato que a norma deve adotar, se Medida Provisória, se Decreto ou se Lei. Neste último caso, a SRI elabora mensagem à Câmara dos Deputados para submissão de Projeto de Lei da Presidência da República.