

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

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

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

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

Na tradição do Direito Administrativo brasileiro, o processo administrativo é geralmente atrelado à produção de atos administrativos individuais e concretos. Não por coincidência leis especiais de processo administrativo se desenvolveram para condicionar a produção de atos administrativos bastante particularizados e que, em geral, tivessem alguma implicação econômica significativa para o destinatário, como é o caso da desapropriação e do processo administrativo fiscal⁷⁰⁴. Não faz parte da cultura jurídica brasileira relacionar o processo administrativo ao exercício de competência normativa, do que decorre uma literatura bastante focada no ato normativo final, que se encerra no exame de legalidade e de constitucionalidade dos regulamentos. Ainda um estranho no Direito Processual Público brasileiro, no campo prático, “o processo que disciplina a formulação

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

⁷⁰⁴ Cf. item II.3.2.1. deste trabalho.

*de regulamentos frequentemente revela-se simplista, genérico, pouco transparente e, na prática, pouco participativo*⁷⁰⁵.

Todavia, recentes desenvolvimentos são noticiados no processo administrativo normativo. Fundamentalmente dois fatores são responsáveis pela maior atenção conferida ao instituto: (i) a demanda por participação administrativa e (ii) a influência do *common law* no funcionamento da Administração Pública, em especial no âmbito das Agências Reguladoras.

Viabilizada por um Estado redemocratizado, a participação dos administrados na Administração Pública torna-se uma realidade paulatinamente mais presente no exercício de funções públicas. Em termos jurídicos, a permeabilidade da Administração decorre diretamente da previsão de audiências e consultas públicas em leis editadas após a promulgação da Constituição de 1988. Nessa linha, a edição da Lei Federal de Processo Administrativo cumpriu com o relevante papel de servir de permissivo genérico à adoção de instrumentos participativos por todos os órgãos e entes federais, ainda quando a legislação que lhes seja especificamente relacionada não os preveja. Associada a esse movimento, surge na sociedade civil uma demanda por maior participação e controle da tomada de decisão pelo Poder Público. A legitimação de diversas escolhas públicas passa pela abertura ao diálogo da Administração com os administrados, especialmente aquelas relativas às políticas públicas, em que são definidos os beneficiários e os custos do benefício⁷⁰⁶. Em geral, as decisões de implementação de políticas públicas tomadas pelo

⁷⁰⁵ Cf. NATASHA SCHMITT CACCIA SALINAS, **Legislação e Políticas Públicas. A lei enquanto instrumento de ação governamental**, 2012, p. 16. Em sua tese de doutorado, a autora analisa o papel da legislação na construção de políticas públicas, tomando por pressuposto a íntima relação em que lei e regulamento estabelecem no sentido de que a lei confere diretrizes para os gestores públicos implementarem políticas públicas. Na delimitação do tema de estudo, a mesma assim se posiciona: “[m]uitos dos atos que emergem desses processos [normativos] assumem quase que sozinhos o papel de dirigir e influenciar comportamentos, inclusive entre aquelas normas que supostamente usurpam da sua competência regulamentar, restringindo direitos e impondo obrigações a particulares sem nenhum abrigo em dispositivos legislativos. Curiosamente, muito pouco se discute, no campo do direito, sobre o modo de produção desses atos normativos e da função que estes exercem na estruturação das políticas públicas”. *Idem, ibidem*.

⁷⁰⁶ FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO indica que as políticas públicas são resultado de um processo conflitivo, em que as categorias de administrados apresentam seus correspondentes interesses à Administração Pública, que tem por função proceder ao arbitramento de interesses quando do desenho de políticas públicas. Segundo o autor, a função instrumental de composição é fundamental na elaboração de políticas públicas. **A Concessão como Instituto do Direito Administrativo**, 2013, p. 515. Ainda do mesmo autor, cf. **Entre a Legalidade e o “Puxadinho”: a universalização da banda larga no Brasil**, 2010, p. 123-136.

Poder Público são formalizadas em atos normativos, o que corrobora a valorização do processo administrativo normativo.

Por outro lado, o movimento de aproximação do Direito Administrativo brasileiro ao *common law* com a Reforma do Estado culminou na exigência de várias leis de criação de Agências Reguladoras de que as decisões regulatórias fossem precedidas de processo administrativo; algumas delas, inclusive, previram a obrigatoriedade de fase de comentário prévio⁷⁰⁷. Mais do que uma influência estrangeira na construção do desenho institucional das Agências Reguladoras no Brasil, a valorização do processo administrativo normativo decorreu de uma necessidade de legitimação do exercício do poder normativo por essas autoridades reguladoras independentes. Frente a um cenário de abertas críticas à solução de que entes administrativos independentes dispusessem de competência normativa e diante de questionamentos sobre o controle da atuação normativa das Agências, o processo administrativo recebeu a devida atenção nesse debate. Assim, a pergunta “*há um déficit de legitimidade das Agências Reguladoras?*” foi prontamente respondida pela perspectiva procedimental: o processo administrativo normativo, aberto à participação administrativa, seria o mecanismo de racionalização da tomada de decisões administrativa e de controle do exercício de poderes pelas autoridades reguladoras independentes, determinando, portanto, uma legitimação pelo processo.

Do breve relato do panorama brasileiro, constata-se que o incipiente desenvolvimento do processo administrativo normativo deve-se a contingências eminentemente práticas. Não houve um programa de ação governamental consolidado para promover o processo administrativo normativo no Brasil, nem a doutrina de Direito Administrativo cumpriu com esse papel. Na teoria do Direito Administrativo brasileiro, os estudos mais expressivos da atividade normativa da Administração Pública centram-se na constitucionalidade e na legalidade do exercício de competência normativa pelo Poder Público e, mais recentemente, na participação administrativa. Coloca-se aqui, então, pois, o desafio aos juristas de estudar o processo administrativo normativo como um todo completo, e não em tiras. A processualização da atividade administrativa no Brasil ainda não alcançou plenamente o exercício de funções normativas pela Administração Pública. Mas há que se reconhecer um dever de realizar processo para exercício da competência

⁷⁰⁷ Cf., por exemplo, Lei 9.472/97, art. 42 (ANATEL) e Lei 9.427/96, art. 4º, §3º (ANEEL).

normativa. Como coloca FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, trata-se do *dever processual de atuação estatal*⁷⁰⁸. Nessa linha, diversos são os autores que reconhecem a existência do processo administrativo normativo no Direito Administrativo brasileiro e requerem a realização de processo para exercício da competência normativa pela Administração Pública.

III.2.2. A construção do processo administrativo normativo no Brasil

O desenvolvimento do processo administrativo normativo no Brasil é eminentemente prático. Explorar a experiência concreta nos principais entes regulatórios que realizam o processo administrativo normativo mostra-se oportuno para verificar o estágio de avanço da prática, assim como apresentar as principais características que informam este procedimento no Direito Administrativo brasileiro, ainda que restrito à atividade regulatória na esfera federal. Apenas com esse reconhecimento será possível efetivar análises de direito comparado e estudar possíveis soluções jurídicas para aprimoramento do sistema regulatório nacional.

III.2.2.1. Ausência de um ente administrativo de supervisão dos atos normativos

A primeira característica que se depreende das dinâmicas de processos administrativos normativos corresponde à ausência de um ente administrativo que discipline juridicamente este procedimento e que proceda à coordenação dos atos normativos exarados pelas Agências Reguladoras, a despeito da existência do *Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (Pro-Reg)*.

⁷⁰⁸ **Ensaio sobre o Processo como Disciplina do Exercício da Atividade Estatal**, 2012, p. 266. Segundo o autor, o fundamento do dever processual de atuação estatal deve-se ao dado de que é também pelo processo administrativo que se afirma o Estado Democrático de Direito: “[o] processo é modo pelo qual, no Estado Democrático de Direito, se exerce o poder estatal com vistas a cumprir alguma das atribuições reservada pela Constituição ao ente Estado. (...) Se no Estado não democrático o que importa é a manifestação concreta do poder (o ato administrativo, por exemplo), no Estado de Direito importa também o modo (percurso, motivação, publicidade) pelo qual o poder se manifesta. Segue, então, o deslocamento da manifestação estatal do ato (decisão) para o método (processo)”. *Idem, ibidem*.

Instituído pelo Decreto 6.062, de 2007, o Pro-Reg tem cinco grandes fins de contribuição para a melhoria: (i) do sistema regulatório; (ii) da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório; (iii) dos mecanismos de prestação de contas; (iv) da participação administrativa; e (v) da qualidade da regulação de mercados (art. 1º). Não se trata, portanto, de uma instituição de revisão e de disciplina jurídica da regulação. O Pro-Reg não pode ser aclamado como *o regulador dos reguladores*. Sem dispor de qualquer poder público, sua atuação se volta prioritariamente à promoção de ações integradas, nos termos do art. 2º do Decreto 6.062/2007. Na prática, as principais atividades do Pro-Reg se voltam à consolidação de audiências e consultas públicas das Agências Reguladoras federais em seu *site* na *internet*⁷⁰⁹, edição de boletins semestrais com as principais notícias envolvendo a regulação por Agências, bem como realização de eventos e de treinamentos de capacitação do pessoal das Agências, que atualmente se volta à difusão da análise de impacto regulatório.

Recentemente o Pro-Reg tem se voltado ao estudo de dois grandes temas relacionados ao processo administrativo normativo: a ferramenta de avaliação de impacto regulatório⁷¹⁰ e a viabilidade jurídica de criação de um órgão ou ente administrativo voltado à avaliação da regulação. Consultorias foram contratadas com a finalidade de qualificar o debate, que pode eventualmente ser uma alternativa jurídica em discussão, ainda que não se verifiquem até o presente momento nenhuma iniciativa estatal nesse sentido⁷¹¹.

Dessas, a consultoria mais centrada na questão considerando as especificidades do panorama brasileiro corresponde ao estudo desenvolvido pelo consultor *ad hoc* WLADIMIR ANTONIO RIBEIRO com a finalidade de avaliar a viabilidade jurídica de constituição de um “*regulatory oversight body*”, traduzido pelo mesmo como “*unidade de supervisão da*

⁷⁰⁹ Disponível em: www.regulacao.gov.br. Acesso em 29 de outubro de 2013.

⁷¹⁰ Sobre a estruturação e funcionamento do Pro-Reg na avaliação de impacto regulatório, cf. PATRÍCIA RODRIGUES PESSÔA VALENTE, **Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**, 2011, p. 161-164.

⁷¹¹ Cf. WLADIMIR ANTONIO RIBEIRO, **Estudo para Subsidiar a Estruturação de uma Unidade de Coordenação, Acompanhamento e Avaliação de Assuntos Regulatórios**, 2009 e SEBASTIAN LOPEZ AZUMENDI, **Agencias de Mejoramiento y Control Regulatorio en la Experiencia Internacional: opciones para Brasil**, 2009. Ambas as consultorias estão disponíveis em: <http://www.regulacao.gov.br/trabalhos-de-consultoria>. Acesso em 29 de outubro de 2013.

regulação”⁷¹². Com base em estudo de direito comparado e no estudo da OCDE intitulado *Princípios de Boa Governança Regulatória* (que impactou diretamente a conformação do processo administrativo normativo de algumas Agências, como será analisado), o consultor sugere a criação de um ente colegiado na estrutura da Administração Indireta vinculado à Presidência da República para cumprir com a função de supervisão da regulação⁷¹³. O sugerido *Conselho Nacional de Regulação* reuniria as seguintes atribuições: estabelecer uma agenda de reforma regulatória; opinar sobre o mérito dos projetos de lei ou autógrafos de lei; disciplinar a avaliação de impacto regulatório; analisar as avaliações de impacto regulatório nas propostas de regulação relevantes; receber contribuições da sociedade civil e de órgãos ou entidades públicas para aperfeiçoamento da regulação; difundir as boas práticas da regulação; promover programa de treinamento de servidores públicos; prestar assessoria de apoio, mediante celebração de convênio; administrar banco de dados sobre regulação; e estabelecer relações de cooperação técnica com órgãos internacionais com atuação na simplificação e melhoria da qualidade regulatória⁷¹⁴.

O tema da instituição de supervisão da regulação é complexo, pelas próprias características do sistema regulatório brasileiro, e marcadamente político, cuja decisão pela implementação dessa instituição esbarra em questões fundamentais à independência e autonomia das Agências Reguladoras. Desviaria do foco do presente trabalho apresentar uma proposta de estrutura da autoridade de supervisão da regulação no Brasil. No entanto, cumpre apresentar ao menos dois esclarecimentos jurídicos que devem ser considerados no debate.

Primeiramente, a atividade normativa da Administração Pública não se resume às Agências Reguladoras independentes. Há que se reconhecer uma diversidade de regimes jurídicos a que se submete o exercício da competência normativa pela Administração Pública.

⁷¹² O Estudo para Subsidiar a Estruturação de uma Unidade de Coordenação, Acompanhamento e Avaliação de Assuntos Regulatórios, 2009, encontra-se disponível em: <http://www.regulacao.gov.br/trabalhos-de-consultoria/estudo-para-subsidiar-a-estruturacao-de-uma-unidade-de-coordenacao-acompanhamento-e-avaliacao-de-assuntos-regulatorios>. Acesso em 29 de outubro de 2013.

⁷¹³ Que não se confunde com a supervisão ministerial prevista no Decreto-Lei 200/67, como adverte WLADIMIR ANTONIO RIBEIRO, na medida em que a “*supervisão*” deve ser entendida no estudo como “*ter ciência, acompanhar e, no limite, avaliar*”. **Estudo para Subsidiar a Estruturação de uma Unidade de Coordenação, Acompanhamento e Avaliação de Assuntos Regulatórios**, 2009, p. 6.

⁷¹⁴ *Idem*, p. 70-71.

Há no Direito Administrativo brasileiro disciplina específica de supervisão da elaboração de projetos de lei, medidas provisórias e decretos pelo Poder Executivo ditada pelo Decreto 4.176/2002. De acordo com o texto do Decreto, à Casa Civil da Presidência da República compete “*examinar a constitucionalidade, a legalidade, o mérito, a oportunidade e a conveniência política das propostas de projeto de ato normativo*” (art. 34, inc. D). Ainda, são competências da Casa Civil a supervisão da elaboração dos projetos de atos normativos, podendo-se solicitar a participação dos órgãos competentes nos casos de declaração de inconstitucionalidade ou de deferimento de mandado de injunção pelo STF, e instar os Ministérios e órgãos competentes a editar atos normativos na hipótese de regulamentação exigida por lei. O *poder de supervisão* da Casa Civil dessas espécies normativas encontra-se expressamente prevista no art. 34, inc. V, nos seguintes termos: “[compete à Casa Civil] *zelar pela fiel observância dos preceitos deste Decreto [Decreto 4.176/2002], podendo devolver aos órgãos de origem os atos em desacordo com as suas normas*” (destaquei).

Muito embora o art. 59 do Decreto 4.176/2002 determine ser aplicável o disposto no Decreto, no que couber, “*à elaboração dos demais atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo*”, o Decreto não pode ser tomado como uma *norma geral da atividade normativa da Administração Pública*. Não há relação imediata entre atividade normativa da Administração Pública e o disposto no Decreto 4.176/2002, de modo que todos os atos normativos editados pelo Poder Público se condicionem à supervisão da Casa Civil. Nem era essa a finalidade do Decreto, conforme se extrai da leitura sistemática da norma. Entende-se que o Decreto 4.176/2002 aplica-se nos casos de exercício de competência normativa em que não haja expressa determinação dessa competência na lei formal. Se a delegação normativa se deu por meio de lei formal, apenas a lei formal pode condicionar a supervisão Presidencial do ato normativo. Ainda convém segregar as Agências Reguladoras independentes, que gozam de um regime jurídico especial, daqueles demais órgãos ou entes administrativos dotados de capacidade normativa, mas sem autonomia e independência frente ao chefe do Poder Executivo.

A autonomia e independência das Agências Reguladoras impede qualquer *revisão* governamental de suas atividades, ainda que para “*fins de interesse público*”, “*qualidade da regulação*”, “*coordenação de políticas públicas*” ou “*avaliação de impacto*”

regulatório”. Na ponta, a supervisão bem intencionada da regulação normativa pode se demonstrar em efetivo instrumento político de controle do governo central das Agências Reguladoras, colocando em risco sua independência e autonomia. Tem-se, aí, o mesmo fundamento de não cabimento de recurso hierárquico impróprio contra os atos das Agências Reguladoras. Seria plenamente constitucional a previsão em lei formal de submissão dessas entidades a um órgão ou ente de supervisão da regulação; porém, como uma medida dessa natureza, elas automaticamente deixariam de ser autônomas e independentes. Ou, ao menos, deixariam de sê-lo com relação ao tipo de norma que se submeteria ao crivo do governo federal.

Com relação à *supervisão*, isto é, à avaliação da qualidade da regulação de acordo com determinadas balizas de análise, a exemplo da análise de custo-benefício, é necessário considerar os efeitos operacionais dessa supervisão. Neste caso, o ente de supervisão se resume a avaliar a *qualidade da motivação* empregada na edição de uma determinada norma pela Administração Pública, podendo, caso entendê-la insuficiente, remeter à Agência para qualificar a motivação da decisão normativa.

De acordo com a Lei Federal de Processo Administrativo, a motivação consiste na indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos da decisão administrativa⁷¹⁵, determinação esta correspondente à *subsunção*. Isto significa que, no caso concreto, coloca-se um ônus argumentativo à Administração Pública de indicar a norma que fundamenta a decisão administrativa e sua adequação para incidir no caso concreto. Uma das leituras que se tem desenvolvido na doutrina administrativista sobre a eficiência consiste em condicionar a Administração a ponderar todas as possíveis alternativas jurídicas cabíveis no caso concreto e justificar o porquê da adoção de uma específica solução jurídica em detrimento das demais. Este argumento foi reforçado com a projeção da avaliação de impacto regulatório, segundo a qual o Poder Público deve tomar a decisão mais eficiente, assim determinada pela análise de custo-benefício ou outros métodos de investigação científica. A análise dos possíveis desenhos da regulação se faz no âmbito do processo administrativo normativo e integra a motivação, a qual deve trazer as razões para a escolha administrativa.

⁷¹⁵ Cf. art. 50, *caput*, Lei 9.784/99.

A introdução de uma entidade de supervisão da regulação muda esta tomada de decisão. O processo administrativo normativo é encaminhado a esta entidade, à qual compete analisar a qualidade da regulação por meio de elaboração de estudos técnicos a fim de verificar se a decisão tomada pela Agência é, ou não, a mais eficiente ou se todas as soluções jurídicas foram efetivamente consideradas na tomada de decisão. Caso o ente de supervisão verifique que a decisão administrativa mais adequada não foi considerada pela Agência, a motivação é considerada insuficiente e reencaminhada à Agência para que a refine, ou seja, considere o estudo do ente de supervisão na motivação. Por um lado, a participação do ente de supervisão do processo administrativo normativo incrementa a qualidade da regulação. Mas não se podem negar possíveis efeitos adversos da interação do ente de supervisão nos processos administrativos normativos das Agências Reguladoras.

Com a implosão do mérito administrativo, o controle da motivação é um efetivo controle do ato normativo, com a diferença de que não se coloca a possibilidade de invalidação da norma regulatória. Trata-se de um controle via uma nova compreensão da teoria dos motivos determinantes (“*teoria dos motivos determinantes 2.0*”).

Ainda que independente, a Agência pode se colocar em uma posição política de acatar a decisão do ente de supervisão que se encontre vinculada à Presidência da República. Esta não é uma discussão jurídica, como se percebe, mas importa salientar este aspecto porque o Direito pode endereçar alternativas jurídicas. A mais relevante consiste na configuração dessa entidade também como uma Agência Reguladora Independente, a exemplo da ACUS. A conformação dessa entidade de supervisão como Agência com autonomia reforçada frente ao chefe do Poder Executivo torna mais legítima a sua atuação junto aos processos administrativos normativos das Agências. Outro efeito adverso da atuação do ente de supervisão da regulação praticada pelas Agências Reguladoras independentes corresponde ao aumento da litigiosidade do ato normativo. Ocorre que a atuação normativa da Agência Reguladora que não se coaduna com o conteúdo proposto pelo ente de supervisão corre considerável chance de ser questionada judicialmente pelo regulado, o qual fará uso da manifestação da entidade de supervisão como argumento de impropriedade do ato normativo. Trata-se de um panorama similar ao que se verifica, por exemplo, com o questionamento em juízo de normas regulatórias sob o fundamento de que

a metodologia técnica adotada pela Agência não era a mais adequada, especialmente nos casos de registro de medicamentos⁷¹⁶.

Esses são potenciais efeitos que devem ser considerados quando da decisão pela criação de um ente de supervisão da regulação. Todavia, o mais certo é confrontar a vantagem de qualidade da regulação propiciada pelo ente de supervisão à luz dos custos e do tempo que certamente serão consumidos com a supervisão dos atos normativos das Agências Reguladoras. Também é preciso refletir sobre o que vem a ser, propriamente, uma regulação de *maior qualidade*. Considerando que as Agências Reguladoras independentes são compostas por técnicos especializados que conhecem a fundo o mercado regulado, como um ente de supervisão qualificaria a decisão normativa das Agências? Uma decisão de maior qualidade pode ser aquela que se apresenta mais rapidamente ao mercado regulado? Isso tem especial relevância para se determinar a abrangência da eventual atuação de um ente de supervisão, necessariamente criado por lei e com poderes específicos. No caso norte-americano, a supervisão do OIRA se exercita exclusivamente sobre as ações regulatórias significativas⁷¹⁷.

Tendo em vista os fins deste trabalho, a tomada de qualquer posicionamento sobre a recepção de um ente de supervisão é precipitada. Na ponta, esta decisão – política, de fato –, passa pelo *trade-off* entre qualidade da regulação vs. tempo e custos da regulação. Os efeitos adversos devem ser considerados nessa análise, inclusive a possibilidade de controle do governo central sobre a atuação normativa das Agências Reguladoras. É o que já demonstrou a experiência norte-americana com a intervenção do OMB e do OIRA no *rulemaking*, fazendo do Presidente um ator na regulação normativa das Agências. Por outro lado, o fortalecimento das exigências de análises de impacto regulatório surge nos Estados Unidos de um contexto de sufocamento das Agências Reguladoras a partir da década de 1980, com a ascensão dos Republicanos ao Poder, cuja bandeira política de longa data é refratária à atuação das Agências, vistas como mecanismos de intervenção estatal no domínio econômico. No caso brasileiro, a desconfiança das Agências alimentada pela doutrina e por partidos políticos poderia levar à má utilização da supervisão da regulação.

⁷¹⁶ Cf. REsp 1.022.258, julgado por unanimidade de votos pela Segunda Turma do STJ em 13 de maio de 2008.

⁷¹⁷ Cf. item III.2.2.2. deste trabalho.

Parece que melhor alternativa institucional ao caso brasileiro pode ser inspirada na ACUS, Agência Reguladora norte-americana voltada ao estudo do processo administrativo (*rulemaking* e *adjudication*) das Agências como forma de aprimoramento do sistema regulatório⁷¹⁸. Suas decisões são tomadas por um processo aberto à participação administrativa e envolvendo representantes dos atores que participam da regulação, bem como acadêmicos. Ainda, suas decisões não são mandatórias, mas sim *aconselhamentos*. Os principais diferenciais da ACUS são, portanto, o *foco no procedimento* e o caráter *consensual* de suas determinações. Ao lado das recomendações, suas propostas normativas são de adesão voluntária. No entanto, este é um estudo que foge ao escopo da presente tese.

III.2.2.2. O meio eletrônico como arena típica do processo administrativo normativo

Ao contrário da experiência norte-americana, em que o *rulemaking* se desenvolveu em período bem anterior à utilização de ferramentas eletrônicas pela Administração Pública, no Brasil coincide o desenvolvimento do processo administrativo normativo com a disseminação do uso da *internet*. De fato, o *governo eletrônico* é uma tendência na Administração brasileira, corroborando tanto para a eficiência no cumprimento de funções públicas quanto para democratização do acesso à Administração Pública⁷¹⁹, além de corroborar com o valor público da transparência, que propicia o controle social da Administração Pública⁷²⁰. No processo administrativo normativo, é grande o potencial de emprego de tecnologia eletrônica para edição de normas pelo Poder Público⁷²¹.

⁷¹⁸ Sobre o contexto de criação da ACUS, cf. item II.2.2. deste trabalho.

⁷¹⁹ Cf. JACQUES CHEVALLIER, **O Estado Pós-Moderno**, 2008, p. 137.

⁷²⁰ Segundo FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, “[h]odiernamente, dada a complexidade e a fragmentação da sociedade, não me parece possível que se tenha como legítima uma intervenção regulatória advinda de um processo não transparente, aberto ao acompanhamento e controle da própria sociedade. Neste contexto particularmente o advento da internet facilita sobremaneira a concretização dessa maior transparência”. **Balço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil**, 2005, p. 8.

⁷²¹ Como exemplo da projeção da *internet* no processo administrativo normativo, vale transcrever excerto do art. 37 do Regimento Interno da ANATEL (Resolução 612/2013): “§1º. A Anatel adotará procedimentos que tornem seus processos eletrônicos, inclusive com sistema de petição eletrônico, dotado da respectiva certificação digital, com o objetivo de aprimorar sua gestão de documentos e facilitar o acesso de servidores e cidadãos às informações da Agência, o que propiciará celeridade, segurança e economicidade em seus procedimentos. §2º. Regulamentação específica tratará da adoção e funcionamento de sistema eletrônico para tramitação de processos administrativos na Agência, bem como para a prática de

No Brasil, o *processo administrativo normativo eletrônico*⁷²² é caracterizado pela utilização da informática para desenvolvimento de um ou mais atos processuais para desenvolvimento e aplicação de ato normativo. Na prática regulatória, no entanto, verifica-se a utilização da *internet* fundamentalmente para divulgação de informações (agenda regulatória, proposta normativa e correspondente justificativa, por exemplo) ou para realização da fase de participação administrativa⁷²³. Esta última funcionalidade destaca-se na dinâmica do processo administrativo normativo eletrônico.

Ocorre que o avanço do emprego de recursos eletrônicos no processo administrativo normativo, que se acentuou nos últimos anos, determinou a conformação da *participação administrativa eletrônica* no instituto da *consulta pública*. Para melhor compreensão desse panorama, faz-se necessário diferenciar audiências públicas de consultas públicas.

Tendo em vista que a Lei Federal de Processo Administrativo não define categoricamente essas duas figuras, a estruturação básica e a dinâmica de funcionamento de ambos os instrumentos de participação podem variar significativamente de setor para setor⁷²⁴. No geral, porém, as audiências públicas são dispostas como instrumento de participação administrativa processual em que há dinâmica *presencial* de diálogo entre o Poder Público e os interessados na regulação. Na consulta pública, porém, este diálogo é

atos processuais. §3º. *Observada a legislação federal a respeito do acesso à informação, as deliberações da Agência e os documentos que lhes dão fundamento deverão ser indexados e divulgados por meio de sistema de busca textual, disponível a todos os interessados no sítio da Agência na Internet*”.

⁷²² A nomenclatura *processo administrativo normativo eletrônico* acompanha aquela proposta por JOSÉ FERNANDO FERREIRA BREGA, qual seja, o *processo administrativo eletrônico*. Para o autor, neste tipo de processo há utilização da informática para desenvolvimento de um ou mais atos interlocutórios, geralmente na condição de mecanismos de apoios. Assim, são reconhecidas as seguintes funcionalidades do uso da tecnologia no processo administrativo: fornecimento de modelos e formulários digitais; acompanhamento eletrônico dos autos em papel; informatização dos serviços de atendimento ao público relacionados ao processo; e sistemas de protocolo eletrônico. Desse modo, mitiga-se a simbologia do processo administrativo como um “*expediente em papel*”. Cf. **Governo Eletrônico e Direito Administrativo**, 2012, p. 246-247.

⁷²³ No âmbito do processo normativo eletrônico da Administração Pública, outros empregos da informática podem ser cogitados. Sem esgotar todas as possíveis utilizações, mencione-se o uso da *internet* como ferramenta de controle social mediante divulgação de relatórios de acompanhamento da aplicação do ato normativo, por exemplo, bem como a criação de um *site* para reunir todas as consultas públicas em curso, de modo que o cidadão possa ter fácil acesso a elas e expressar a sua opinião de modo padronizado.

⁷²⁴ Sobre os instrumentos de participação administrativa, cf. MARCOS AUGUSTO PEREZ, **A Administração Pública Democrática. Institutos de Participação Popular na Administração Pública**, 2004, p. 60-68.

desenvolvido de modo não presencial⁷²⁵, geralmente intermediado por plataforma virtual: os interessados apresentam seus comentários à proposta normativa por meio de mensagens eletrônicas em espaço virtual desenvolvido pelos entes públicos, em seus sítios eletrônicos⁷²⁶. Trata-se, portanto, de uma participação administrativa eletrônica⁷²⁷. Esta é uma orientação jurídica que parece estar sedimentada, muito embora a CVM aluda à participação eletrônica como audiência pública⁷²⁸. No caso da ANEEL, que também denomina a participação eletrônica como audiência pública, notou-se trabalho de ajustamento semântico à prática regulatória.

A disciplina jurídica da participação administrativa na ANEEL é disposta na Resolução 273/2007, inteiramente reformulada pela Resolução 483/2012. Além do aperfeiçoamento do instrumento da audiência pública, a consulta pública também foi objeto de tratamento. Nos termos do art. 15 da Resolução 273/2007, a audiência pública “*é um instrumento de apoio decisório da ANEEL, de ampla consulta à sociedade, que precede a expedição dos atos administrativos ou proposta de anteprojeto de lei*”. Para a ANEEL, a audiência pública não se resume ao diálogo presencial entre regulador e interessados no objeto da regulação, mas abrange o encaminhamento de contribuições e sugestões pelos interessados, assim como a realização de reunião presencial e de reuniões com grupos específicos. Já a consulta pública corresponde ao “*instrumento administrativo de competência dos Líderes das Unidades Organizacionais da ANEEL para apoiar as atividades de formulação e aperfeiçoamento de regulamentos, fiscalização ou implementação de suas atribuições específicas, com o objetivo de colher subsídios e informações dos agentes econômicos do setor elétrico, consumidores e demais*

⁷²⁵ Para MARCOS AUGUSTO PEREZ, “(...) a consulta pública consiste em procedimento de divulgação prévia de minutas de atos normativos (de interesse geral), visando que, no prazo determinado pela Administração (no caso analisado [ANATEL], no mínimo dez dias), todos os eventuais interessados ofereçam críticas, sugestões de aperfeiçoamento ou peçam informações e resolvam dúvidas a respeito”. *Idem*, p. 110.

⁷²⁶ Ao visitar as páginas de *internet* dos entes públicos analisados, é possível identificar algum *link* relativo à participação administrativa, geralmente com o nome de “*participação da sociedade*” e “*consulta pública*”.

⁷²⁷ Prevalece no caso brasileiro a participação eletrônica por meio de submissão de comentários às propostas normativas divulgadas na página eletrônica da correspondente instituição. No entanto, outros mecanismos de participação eletrônica podem ser aprimorados para além da participação por meio de submissão de contribuições por via eletrônica. Pode-se cogitar da utilização de *surveys* eletrônicos, por exemplo, da criação de *Blogs* para instrução da sociedade sobre regulação, bem como da criação de foros de discussão eletrônica (*reg-chat*). A Universidade de Cornell conduz o Projeto *Regulation Room* com a finalidade de explicar o funcionamento do *rulemaking* para os cidadãos e motivá-los a participar da fase de comentários. Disponível em: <http://regulationroom.org>. Acesso em 7 de novembro de 2013.

⁷²⁸ Art. 8º, §3º, inc. I, Lei 6.385/76.

interessados da sociedade, de forma a identificar e aprimorar os aspectos relevantes à matéria em questão” (art. 23, *caput*, Resolução 273/2007). Segundo o art. 24 da mesma norma, as disposições relativas às audiências públicas são também aplicáveis às consultas públicas, o que indica que, na prática, não há significativas diferenças entre ambos os instrumentos na ANEEL. A reforma da participação administrativa pela Resolução 483/2012 indica tentativa de adaptação do regime jurídico da ANEEL ao panorama regulatório brasileiro, de acordo com as funcionalidades afirmadas pela doutrina e pela prática administrativa às audiências e às consultas públicas.

Apesar de as consultas públicas serem preferencialmente exercidas em formato eletrônico, no ambiente da *internet*, entende-se ser plenamente cabível a apresentação de contribuições postais⁷²⁹. Na Consulta Pública 47/2012 realizada pela ANVISA, em que se admitiu tanto o recebimento eletrônico quanto o recebimento postal das manifestações sobre proposta de ato normativo, a seguinte distribuição das contribuições foi evidenciada:

Tabela 06 – Distribuição das contribuições à Consulta Pública 47/2012 da ANVISA quanto à via de encaminhamento

Encaminhamento	Contagem	Percentual
Eletrônica	162	98,78%
Postal	2	1,22%

Fonte: Elaboração própria a partir de levantamento estatístico disponibilizado pela ANVISA.

Como a tabela demonstra, o processo normativo no Brasil tende a se caracterizar como um processo eletrônico. Não por outra razão a ANATEL consagrou a consulta pública como o instrumento de participação administrativa por excelência no processo normativo, definindo-a como “*expressa decisão que submete proposta de ato normativo, documento ou assunto a críticas e sugestões do público em geral*” (art. 40, inc. VII, Resolução 612/2013).

Mesmo quando se apresentou a oportunidade de envio postal dos comentários, as contribuições se efetivaram maciçamente por via eletrônica. Apenas nas hipóteses de

⁷²⁹ Cf. item IV.3.3.2. deste trabalho.

ausência de fase de comentários ou de audiência pública como participação administrativa é que não será reconhecido o processo normativo eletrônico. Ocorre que o Brasil “*chegou tarde no jogo do rulemaking*”⁷³⁰. A relevância da informática no exercício de funções públicas não apenas é uma tendência, como há expressa determinação de divulgação de dados e informação relevante ao público em geral por meio de sítios oficiais na *internet* na Lei de Acesso à Informação Pública⁷³¹. Sendo assim, o desenvolvimento do processo administrativo normativo brasileiro segue o estágio no qual hoje se encontram os *benchmarks* internacionais, em que instrumentos eletrônicos são utilizados nas fases processuais.

III.2.2.3. Abertura do processo administrativo normativo à participação administrativa

Apenas com a redemocratização foi possível iniciar no Brasil um movimento, já conhecido em outros sistemas jurídicos, de diálogo entre Poder Público e particulares⁷³². A *participação administrativa* representa canais de diálogo no âmbito da Administração Pública em que os cidadãos verbalizam suas considerações sobre a estrutura e o funcionamento administrativo. Devido à sua ampla expressão, a participação administrativa também é conhecida como “*participação popular*”⁷³³ e “*participação social*”. Trata-se, acima de tudo, de uma sinalização para a mudança do papel do particular frente ao Poder Público, passando de mero destinatário da decisão final da Administração (em posição análoga a de um *súdito*) para participe da construção de políticas públicas e dos mecanismos mais eficientes para satisfação de finalidades públicas. Reciprocamente, a participação administrativa também aponta para uma gradativa superação da posição do Poder Público de um pedestal inacessível aos particulares para uma posição mais horizontalizada em relação aos particulares. A postura de *mediador ativo* da Administração

⁷³⁰ Esta expressão é original de STEVEN BALLA.

⁷³¹ Como determina o art. 8º, §2º, da Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011), “[p]ara cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (*internet*)”.

⁷³² Sobre o desenvolvimento da noção de participação administrativa no Brasil, cf. PATRÍCIA BAPTISTA, **Transformações do Direito Administrativo**, 2003, p. 137 e ss.

⁷³³ Cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, **Participação Popular na Administração Pública**, 1993.

Pública identificada por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO pressupõe a valorização do particular:

“Os interesses especiais, na medida em que se revelem legitimados perante uma parcela da sociedade e encontrem eco nos princípios estruturantes do ordenamento jurídico, não podem ser desconsiderados como interesses públicos. A partir do momento em que se revelem transcendentais aos interesses particularísticos dos atores sociais organizados, que os encampam, tais interesses passam a ser interesses públicos consideráveis, devendo ser tomados em conta no processo decisório voltado à alocação de bens, direitos e oportunidades amealhados pela coletividade. Neste particular, parece-nos que a Administração Pública se revela necessária na mediação entre os interesses especiais”⁷³⁴.

De fato, muito embora a dinâmica mais conhecida da participação administrativa corresponda à participação processual, sua abrangência é consideravelmente mais extensa, relacionando-se também ao controle social e à atuação de particulares junto a órgãos colegiados administrativos⁷³⁵. Como decorrência, seus instrumentos são notadamente diversos. Quanto à participação processual, são exemplos de instrumentos de participação administrativa a audiência e a consulta pública. Instrumentos de participação que servem ao controle social da Administração Pública são a denúncia pública, a reclamação relativa ao funcionamento de serviços públicos, o *ombudsman*, o exercício do direito de petição junto ao Poder Público, bem como as ações ajuizadas contra arbitrariedades públicas⁷³⁶, via de regra formalizadas em mandados de segurança contra “atos de autoridade”. Na perspectiva de colaboração com a Administração Pública, que não se confunde com a colaboração por delegação de serviços públicos, a participação administrativa se apresenta nos colegiados públicos, nas ouvidorias e nas assessorias externas.

Considerada como uma tendência no Direito Administrativo brasileiro, a participação administrativa é tomada como verdadeiro *valor público*. Pela participação

⁷³⁴ **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, 2002, p. 161.

⁷³⁵ Cf. ODETE MEDAUAR, **O Direito Administrativo em Evolução**, 2003, p. 232-233.

⁷³⁶ Cf. PAULO MODESTO, **Participação Popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização**, 2005, p. 7.

administrativa, as decisões tomadas pelo Poder Público revestem-se de maior legitimidade. Exatamente por corresponder ao *elemento democrático* da atuação administrativa⁷³⁷, a abertura da Administração Pública ao diálogo com os cidadãos, especialmente na arena do processo administrativo, dota de maior legitimidade o exercício de prerrogativas públicas de autoridade. Ademais, a participação administrativa fortalece a confiança legítima dos particulares às ações administrativas. Outros efeitos correlatos à participação administrativa correspondem à atenuação do atributo da unilateralidade dos atos administrativos, cujo conteúdo é preliminarmente publicado para que todos os interessados possam apresentar suas considerações em defesa de seus próprios interesses e direitos⁷³⁸. Por esta razão, a participação administrativa consiste no fundamento mais evidente da consensualidade⁷³⁹.

No Direito Administrativo brasileiro, a consagração da participação administrativa como um valor público decorre de uma combinação de fatores. Primeiramente, a doutrina de direito administrativo tem desempenhado importante papel nesse sentido ao sistematicamente afirmar a importância da participação administrativa⁷⁴⁰, indicando as linhas da *tendência da participação administrativa* e seus principais instrumentos. Reconhecida como a *Constituição Cidadã*, a Constituição democrática de 1988 dispõe de diversos preceitos que ensejam a participação dos particulares no exercício das funções de Estado, em especial na função administrativa⁷⁴¹. Saliente-se, ainda, a insuficiência da democracia representativa no atual contexto em que os cidadãos anseiam por voz ativa perante o Poder Público⁷⁴², ensejando a construção de canais de diálogo mais efetivos que os instrumentos de participação para fins de controle ou de gestão administrativa. As primeiras iniciativas de participação administrativa surgiram no setor ambiental e,

⁷³⁷ Cf. RENATA NADALIN MEIRELLES SCHIRATO, **Transparência Administrativa, Participação, Eficiência e Controle Social**, 2013, p. 124.

⁷³⁸ ODETE MEDAUAR resume precisamente as vantagens da participação administrativa: “[a] participação administrativa liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da discricionariedade; propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; liga-se também às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses”. **Direito Administrativo em Evolução**, 2003, p. 230.

⁷³⁹ Cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA, **Atuação Administrativa Consensual. Estudo dos Acordos Substitutivos no Processo Administrativo Sancionador**, 2010, p. 99.

⁷⁴⁰ Cf. FABIO GOMES DOS SANTOS, **Audiências Públicas Administrativas no Direito Brasileiro**, 2013.

⁷⁴¹ Cf. os seguintes preceitos da Constituição Federal: preâmbulo, art. 5º, incs. XIV, XXXIII, XXXV, XXXIV, *a*, LIV, LV, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, LXXVII, art. 10, art. 37, §3º, art. 58, inc. II, art. 74, §2º, art. 132, art. 198, III, art. 204, II, e art. 216, §1º.

⁷⁴² Cf. FABIO GOMES DOS SANTOS, **Audiências Públicas Administrativas no Direito Brasileiro**, 2013, p. 20-22.

posteriormente, no Direito do Consumidor⁷⁴³. Hoje cada vez mais os cidadãos são convidados a discutir desenhos de políticas públicas e a se manifestarem sobre mecanismos de ação administrativa que lhes digam respeito.

Neste trabalho, a participação administrativa será analisada apenas quanto à *participação procedimental*, ou seja, à participação administrativa que se verifica no âmbito do processo administrativo⁷⁴⁴. Mais estritamente, será objeto de estudo a participação administrativa no *processo administrativo normativo*.

A participação administrativa assume importância inquestionável no processo administrativo normativo. Na verdade, a participação confere identidade ao processo normativo. Pela definição mais acatada na doutrina de direito administrativo, o processo administrativo corresponde à sucessão de atos concatenados voltados à decisão administrativa. No processo administrativo normativo, a participação administrativa serve como eixo condutor dessas etapas processuais, em torno do qual os atos interlocutórios se articulam. A participação administrativa no processo administrativo normativo se evidencia, ao menos, em três fases: (i) na fase preparatória da minuta de ato normativo, mediante recebimento de comentários relativos à oportunidade e conveniência de determinado regulamento, bem como às suas linhas gerais; (ii) na fase de instauração, no caso em que o particular requeira o exercício do poder normativo pela Administração Pública; e (iii) na fase de instrução, por meio de instrumentos de discussão sobre a proposta de ato normativo.

Ainda que seja considerável a relação entre processo administrativo normativo e participação, não é correto afirmar que aquele se resume a um *procedimento de participação administrativa*. Ocorre que o objetivo final do processo administrativo normativo não consiste na realização de participação administrativa, mas sim no exercício

⁷⁴³ Cf. CARLOS ARI SUNDFELD, **Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão**, 2006, p. 8.

⁷⁴⁴ São diversas as formas de participação administrativa no âmbito do processo administrativo. Sem a pretensão de esgotar essas hipóteses, mencione-se, por exemplo, o requerimento de instauração de processo administrativo de licenciamento ou para outorga da autorização. No âmbito do processo administrativo sancionador, os acordos substitutivos (da instauração do procedimento, do procedimento ou da sanção) se aperfeiçoam a partir da participação administrativa, cujos diálogos entre Poder Público e particulares levam à elaboração de termos de compromisso ou ajustamentos de conduta. Na ponta, a participação administrativa, tomada em sentido amplo, encontra-se diretamente relacionada aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa que incidem sobre os processos da Administração Pública.

da competência normativa para produção de atos normativos. A participação administrativa é um elemento relevante para a produção normativa pela Administração Pública, permitindo recolher informação, reconhecer os diversos interesses envolvidos no futuro regulamento e legitimar o exercício do poder normativo. No entanto, a participação administrativa não é elemento imprescindível ao processo administrativo normativo, ressalvados os casos expressamente previstos em lei ou nas hipóteses de autovinculação administrativa. Assim, é o exercício da competência normativa que caracteriza um processo administrativo como normativo. Ainda que preferencialmente esse processo deva ser aberto à participação administrativa, a ausência de audiência ou consulta pública não invalida o ato normativo final, desde que a opção por não realizá-las conste na motivação.

E, de fato, para a grande maioria das autoridades regulatórias analisadas a fase de comentários é meramente facultativa⁷⁴⁵. No setor de telecomunicações, porém, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) estabelece o dever de submeter todas as minutas de atos normativos à consulta pública, nos termos do seu art. 42: “[a]s minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca”. Nessa mesma linha vai a Lei 9.427/96, que cria a ANEEL e disciplina as concessões de energia elétrica, cujo art. 4º, §3º, determina que “[o] processo que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL”⁷⁴⁶. Com

⁷⁴⁵ Exemplificativo do exposto é a redação do art. 35 do Regulamento da ANVISA, aprovado pelo Decreto 3.029/99, de seguinte redação: “[a]s minutas de atos normativos **poderão** ser submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público, nos termos do regimento interno” (destaquei). Nessa linha, o art. 32 do mesmo preceito normativo estabelece que “[o] processo decisório de registro de novos produtos, bens e serviços, bem como seus procedimentos e de edição de normas **poderão** ser precedidos de audiência pública, a critério da Diretoria Colegiada, conforme as características e a relevância dos mesmos, sendo obrigatória, no caso de elaboração de anteprojeto de lei a ser proposto pela Agência” (destaquei). Nessa linha, o art. 3º, §2º, da RDC 40/2011 da ANCINE determina que “[t]ratando-se de outros instrumentos normativos, a Diretoria Colegiada decidirá sobre a realização de Consultas públicas” e seu §3º que “a Diretoria Colegiada decidirá sobre a realização de Audiências públicas e sobre o tempo que a matéria ficará sob Consulta pública”. Cf., ainda, art. 32 do Regulamento da ANS (Decreto 3.327/2000); art. 34 do Regimento Interno da ANA (Resolução 9/2001)

⁷⁴⁶ No âmbito da ANEEL, as “audiências públicas” são obrigatórias quando implicarem em afetação de direitos dos agentes econômicos do setor ou dos consumidores, nos termos do art. 4º, §3º, da Lei 9.427/96. Nos termos do art. 21 do Decreto 2.335/97, as audiências públicas têm por principais objetivos recolher subsídios e informações para a tomada de decisão, propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de apresentação de seus pleitos e sugestões, identificar na medida do possível todos os aspectos relevantes à matéria objeto de audiência pública e conferir publicidade à ação regulatória da ANEEL.

redação análoga à ora transcrita, a ANP⁷⁴⁷, ANAC⁷⁴⁸, ANTAQ⁷⁴⁹ e a ANTT⁷⁵⁰ determinam a realização de audiência pública nos processos decisórios que afetarem direitos dos agentes econômicos, consumidores ou usuários. No caso específico da ANTAQ e da ANTT, o *caput* do art. 68 da Lei 10.233/2001 condiciona a alteração de normas administrativas à prévia audiência pública⁷⁵¹.

A análise do regime jurídico das instituições consideradas nesse estudo permite evidenciar que *o processo administrativo normativo é regulado a partir da participação administrativa*. Via de regra, não há previsão formal do “*processo administrativo normativo*” nos diplomas normativos que estruturam a dinâmica de elaboração normativa nos órgãos e entes reguladores analisados. A composição do regime jurídico dos processos administrativos normativos resulta, portanto, do conjunto das normas que disciplinam os processos administrativos do regulador como um todo, notadamente: preceitos constitucionais; preceitos da Lei Federal de Processo Administrativo; preceitos da lei de criação do regulador; preceitos do Decreto de regulamentação da lei de criação do regulador; e preceitos do Regimento Interno. Mesmo no caso da CVM, cujo Regimento Interno faz expressa referência ao “*processo administrativo normativo*”, seu conteúdo se volta exclusivamente à disciplina das audiências públicas no âmbito da entidade⁷⁵².

Especificamente com relação à fase de comentários, o panorama é marcadamente diverso. Além da previsão expressa de seus instrumentos de participação administrativa

⁷⁴⁷ É o texto do art. 22 do Regulamento da ANP (Decreto 2.455/98): “[o] *processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor petróleo ou dos consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei por ela proposto, será precedido de audiência pública, com os objetivos de: (...)*”.

⁷⁴⁸ É o texto do art. 45 do Regulamento da ANAC (Decreto 5.731/2006): “[a]s *iniciativas ou alterações de atos normativos de competência da ANAC, que afetem os direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor, ou de usuários de serviços de aviação civil e de infra-estrutura aeroportuária e aeronáutica serão precedidas de audiência pública, convocada e dirigida pela ANAC, com os seguintes objetivos: (...)*”.

⁷⁴⁹ É o texto do art. 13, *caput*, do Regimento Interno da ANTAQ (Resolução 3.000/2009): “[a]s *iniciativas de projeto de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública com os objetivos de: (...)*”.

⁷⁵⁰ É o texto do art. 108, *caput*, do Regimento Interno da ANTT (Resolução 646/2006): “[a]s *iniciativas de projeto de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública com os objetivos de: (...)*”.

⁷⁵¹ É o texto do art. 68, *caput*, da Lei 10.233/2001: “[a]s *iniciativas de projeto de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública*” (destaquei).

⁷⁵² Cf. art. 26 a art. 28 da Portaria 327/77 do Ministério da Fazenda.

nas leis de criação ou em seu regimento interno, a maioria dos órgãos e entes analisados dispõe de atos normativos próprios para disciplinar a dinâmica de funcionamento das audiências e consultas públicas⁷⁵³.

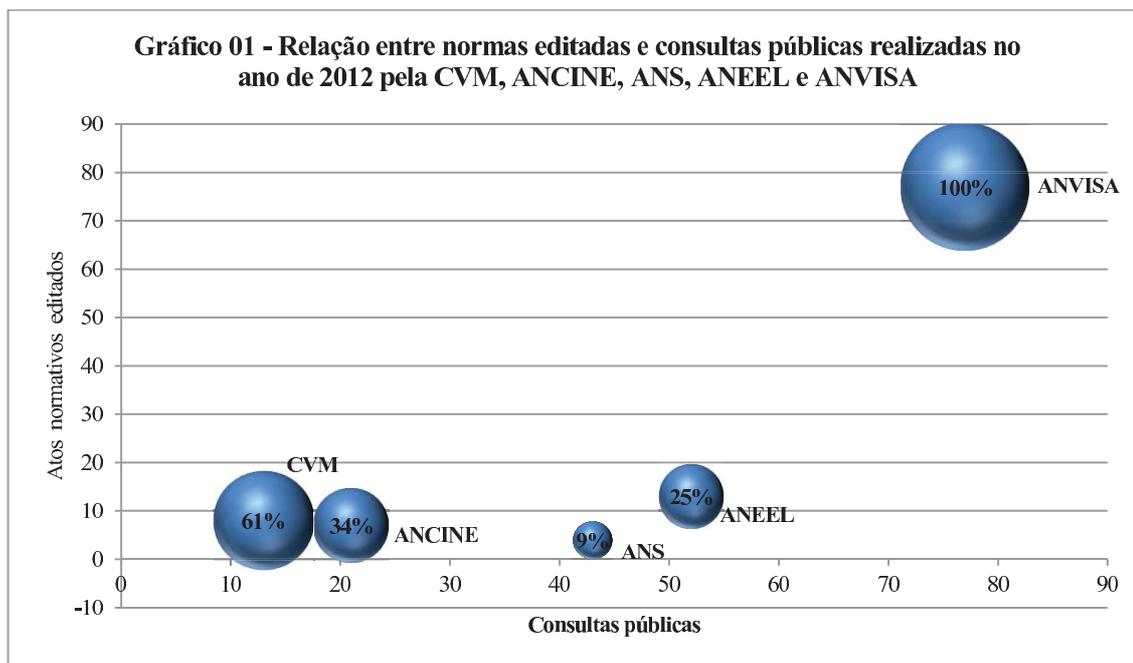
No caso específico da ANVISA, o tratamento conferido pelo Regimento Interno (Portaria 354/2006) às audiências públicas é bastante próximo ao *formal adjudication* do APA norte-americano⁷⁵⁴. Desse modo, a norma prevê que na audiência se “*ouvirá os depoimentos das partes interessadas*” (art. 51, *a*), bem como cabe interpelação do depoente, cabendo debate esclarecedor (art. 51, *c*) e que “*as atas, os depoimentos escritos e documentos conexos serão mantidos em arquivo, podendo ser reproduzidos e entregues às partes interessadas que os requererem*” (art. 51, *e*), o que remete ao dever de registro formal do exercício do contraditório nos processos de *adjudication* conduzidos pela Administração Pública norte-americana. O exposto regime jurídico, contudo, não se coaduna com a dinâmica de participação administrativa evidenciada na prática regulatória brasileira.

Na medida em que a participação administrativa é discricionária nos processos normativos da Administração Pública, importa verifica se audiências e consultas públicas são efetivamente realizadas⁷⁵⁵. O gráfico abaixo sistematiza a relação de atos normativos editados com prévia participação administrativa:

⁷⁵³ Cf. Resolução Normativa 242/2010 da ANS; Resolução da Diretoria Colegiada 40/2011 da ANCINE; Resolução Normativa 242/2010 da ANS.

⁷⁵⁴ Cf. 5 USC § 554 e § 556-557. Cf., ainda, item III.2.3.1. deste trabalho.

⁷⁵⁵ Como salientado na Introdução, a análise aqui proposta não se pretende exaustiva da experiência do processo administrativo normativo no Brasil nem trazer qualquer tipo de avaliação sobre a qualidade procedimental. A proposta é tão somente recolher dados que permitam evidenciar um panorama da regulação normativa no Brasil.



Fonte: Elaboração própria.

Nota: O percentual indicado corresponde à relação entre atos normativos editados e prévia realização de consulta pública, para cada Agência.

Analisando especificamente os setores regulados, as dinâmicas de participação administrativa variam significativamente, tendo em vista a diferença temática. A diversidade de assuntos enfrentados nos setores regulados determina, conseqüentemente, diálogos particularizados. De setor para setor variam os atores envolvidos, os interesses em jogo e a dinâmica de relacionamento entre os grupos de interesse e o Poder Público. Isso significa que o processo administrativo normativo contribui para conferir especificidade aos subsistemas regulatórios. A seguir, as consultas públicas realizadas em 2012 pela ANEEL, ANS e CVM foram sistematizadas quanto aos atores envolvidos.

Tabela 07 – Sistematização das consultas públicas realizadas pela ANEEL no ano de 2012 por ator

Categoria	Presença	Participação
Regulado	100%	77%
Associação de regulados	62%	15%
CCEE	31%	3%
Poder Público	23%	3%
Academia	15%	2%
		100%

Fonte: Elaboração própria.

Nota: A *presença* indica a quantidade de vezes que a categoria de grupo de interesse esteve presente nas consultas públicas. A *participação* indica o total de

atores em cada categoria nas consultas públicas realizadas pela Agência em 2012. Foram analisadas as 13 consultas públicas realizadas pela ANEEL no ano e 2012.

Tabela 08 – Sistematização das consultas públicas realizadas pela ANS no ano de 2012, por ator

Categoria	Presença	Participação
Operadoras	100%	77%
Consultorias	60%	5%
Consumidores	31%	4%
Prestadores de serviços	80%	3%
Gestores	40%	1%
Entidades representativas	60%	1%
Outros	80%	9%
		100%

Fonte: Elaboração própria.

Nota: A *presença* indica a quantidade de vezes que a categoria de grupo de interesse esteve presente nas consultas públicas. A *participação* indica o total de atores em cada categoria nas consultas públicas realizadas pela Agência em 2012. Foram analisadas as 5 consultas públicas realizadas pela ANS no ano e 2012.

Tabela 09 – Sistematização das consultas públicas realizadas pela CVM no ano de 2012, por ator

Categoria	Presença	Participação
Regulados	60%	29%
Entidades autorreguladoras	60%	18%
Associações de entidades de mercado	31%	27%
Cidadãos	80%	7%
Poder Público	40%	2%
Escritórios de advocacia	60%	16%
Outros	80%	2%
		100%

Fonte: Elaboração própria.

Nota: A *presença* indica a quantidade de vezes que a categoria de grupo de interesse esteve presente nas consultas públicas. A *participação* indica o total de atores em cada categoria nas consultas públicas realizadas pela Agência em 2012. Foram analisadas as 10 audiências públicas realizadas pela CVM no ano e 2012.

No âmbito da ANCINE é recolhida a experiência da *notícia regulatória*, assim definida pela própria Agência:

“[d]ivulgação prévia da intenção da agência em regulamentar determinada matéria, por intermédio de um breve texto, com redação simples e objetiva, que descreve a intenção e apresenta quesitos voltados ao debate pelo público interessado”⁷⁵⁶.

⁷⁵⁶ Cf. **A Implantação da Análise de Impacto Regulatório na ANCINE como Melhoria da Qualidade Regulatória**, 2011, p. 4. Disponível em: <http://www.ancine.gov.br/regulacao/acoes-interinstitucionais-relacionadas>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

Trata-se de uma estratégia regulatória próxima ao *advanced notice of proposed rulemaking* utilizado no Direito norte-americano⁷⁵⁷. A finalidade da técnica regulatória é antecipar a fase de comentários, buscando recolher informação dos interessados na regulação ainda em momento embrionário do ato normativo, quando ainda se estudam as linhas mais substanciais da norma. Para os regulados, este é um importante mecanismo de participação efetiva na construção do conteúdo regulatório, pois este é o momento em que a Agência se encontra mais receptiva às sugestões. Como analisado, o tempo de abertura da fase de comentários importa: quanto mais demorado for, menos propensa se encontra a Administração em modificar o texto da regulação já debatido internamente.

O fundamento da notícia regulatória corresponde ao art. 10 da RDC 52/2013, na qualidade de uma modalidade de *consulta prévia ao público externo*, a qual ainda pode se configurar como pesquisas, questionários, oitivas, reuniões e visitas técnicas, sem prejuízo de outros instrumentos que a Agência faça uso antes de iniciar o processo administrativo normativo. Apesar da utilidade do instrumento para recolher informação significativa ao desenho da minuta de norma, assim como evidenciar com antecipação os possíveis atores e interesses em jogo, a principal função da consulta prévia assinalada pela ANCINE corresponde à qualificação da análise de impacto regulatório. Nessa linha, a definição da consulta prévia e seus prazos são estipulados pelo Departamento responsável em realizar a análise de impacto regulatório.

Até o término deste trabalho, apenas uma notícia regulatória foi colocada à consulta pública pela ANCINE, qual seja, a *Notícia Regulatória sobre o Sistema de Controle de Bilheteria*, em fevereiro de 2011.

Além da participação processual, concretizada fundamentalmente nos instrumentos da audiência e da consulta pública, a *participação institucional* também tem ganhado espaço no processo administrativo normativo⁷⁵⁸. Como salienta MARCOS AUGUSTO PEREZ, os conselhos deliberativos estão entre os institutos de participação popular mais frequentes na prática da Administração Pública, sendo geralmente previstos com atribuições

⁷⁵⁷ Cf. item III.2.3.1. deste trabalho.

⁷⁵⁸ Sobre a participação institucional, cf. PATRÍCIA BAPTISTA, **Transformações do Direito Administrativo**, 2003, p. 172-173. A autora, no entanto, refere-se à participação institucional como *participação orgânica*.

deliberativas ou consultivas⁷⁵⁹. Na participação institucional, um órgão colegiado composto por representantes de diversos grupos de interesse participa do processo administrativo normativo mediante análises e contribuições ao conteúdo da minuta normativa em discussão. Em geral, este órgão é denominado “*Conselho Consultivo*”⁷⁶⁰. De acordo com o desenho que se confira ao Conselho Consultivo, além da participação nos processos normativos, o mesmo poderá indicar propostas normativas sobre questões da alçada de competência do regulador. No âmbito da ANS, por exemplo, a participação institucional fica a cargo da Câmara de Saúde Suplementar (CAMSS), cujas atribuições diretamente relacionadas ao processo administrativo normativo correspondem ao acompanhamento da elaboração de políticas no âmbito da ANS e à discussão, análise e sugestão de normas que possam melhorar as relações entre os diversos segmentos do setor⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ Cf. **A Administração Pública Democrática. Institutos de Participação Popular na Administração Pública**, 2004, p. 86. Os conselhos deliberativos terminam por participarem ativamente do processo administrativo normativo, especialmente na fase decisória. Na esteira do autor: “(...) *os conselhos deliberativos se caracterizam por serem órgãos colegiados, criados por lei ou mediante autorização legal, que contam, necessariamente, com participação de representantes da Administração e representantes da sociedade, com a missão de tomar decisões em assuntos cuja competência lhe tenha sido estendida. Concretizam os conselhos, dessa forma, um deslocamento do poder decisório do eixo central da Administração Pública (chefia do Poder Executivo) para a periferia de sua estrutura orgânica, em movimento de desconcentração*”. *Idem*, p. 87.

⁷⁶⁰ Na ANVISA, cf. art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.782/99 e art. 15 e ss. do Decreto 3.029/99.

⁷⁶¹ Cf. Resolução Normativa 237/2010 da ANS. A composição da CAMSS é notadamente fragmentada, buscando abarcar os principais grupos de interesse no setor de saúde suplementar. Nos termos do art. 3º da Resolução Normativa 237/2010 da ANS, os seguintes membros participam da CAMSS: Diretor-Presidente da ANS; Diretor da ANS; um representante de cada um dos Ministérios da Fazenda, da Previdência e Assistência Social, do Trabalho e Emprego, da Justiça e da Saúde; por um representante dos seguintes órgãos e entidades: Conselho Nacional de Saúde, Conselho Nacional dos Secretários Estaduais de Saúde, Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde, Conselho Federal de Medicina; Conselho Federal de Odontologia, Conselho Federal de Enfermagem, Federação Brasileira de Hospitais, Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços, Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas, Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional do Comércio, Central Única dos Trabalhadores, Força Sindical, Social Democracia Sindical, Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização e Associação Médica Brasileira; por um representante de cada uma das seguintes entidades representativas dos segmentos de autogestão de assistência à saúde, de medicina de grupo, de cooperativas de serviços médicos que atuem na saúde suplementar, de odontologia de grupo e de cooperativas de serviços odontológicos que atuem na área de saúde suplementar; bem como por dois representantes de entidades representativas dos segmentos de defesa do consumidor, de associações de consumidores de planos privados de assistência à saúde e de portadores de deficiência e de patologia especiais. A lista é longa e necessária para o argumento de que a participação dificilmente chegará a um consenso sobre determinada proposição normativa. Desse modo, sua dinâmica não se confunde com a dinâmica do *reg-neg*, pois o objetivo maior da CAMSS, assim como de qualquer outro órgão colegiado representativo, corresponde em seus membros apresentarem os interesses institucionais dos seus representados, o que pode ser produtivo principalmente para aquelas categorias com menor poder de barganha ou hipossuficientes. Todavia, é imprescindível que haja o registro formal dessas reuniões, pois o maior risco da participação institucional corresponde à captura do regulador. A Resolução Normativa 237/2010 da ANS determina que todas as reuniões da CAMSS devem ser gravadas e as atas assinadas por todos os presentes, conforme o art. 19.

III.2.2.4. Múltiplas formalizações da competência normativa na esfera administrativa

Outro elemento característico da atividade normativa da Administração Pública no Brasil corresponde às múltiplas formalizações do ato normativo. Como já salientado ao longo desta tese, há uma profusão de nomenclaturas para caracterizar regulamento administrativo no Brasil: regimentos internos, instruções normativas, resoluções normativas, resoluções da Diretoria Colegiada, portarias, entre outros.

A Lei Complementar 95, de 1998, dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis no Brasil, aplicando-se também “*no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo*” (art. 1º, *parágrafo único*). O diploma normativo, entretanto, não sistematiza as possíveis categorias de atos normativos. Tampouco o faz o Decreto 4.176, de 2002, que regulamenta a Lei Complementar 95/98 especificamente quanto à consolidação de leis, medidas provisórias e decretos⁷⁶². No que tange à disciplina da atividade normativa da Administração Pública, aplicam-se especialmente à atividade normativa do Poder Público os preceitos relativos à redação legislativa e à consolidação dos atos normativos.

Diante da ausência de uniformização legal dos tipos de atos normativos, há significativa margem de liberdade para a disciplina da forma que irão se revestir os atos normativos internos da Administração Pública. De fato, a definição dos tipos de atos normativos corresponde às dinâmicas regulatórias internas, razão pela qual se mostra oportuna a categorização dos regulamentos de acordo com sua funcionalidade para o ente público. Trata-se de uma disciplina jurídica abrangida pela noção de competência normativa dos entes administrativos. Considerando os setores regulados, a formalização da decisão normativa é indicada como uma peculiaridade que caracteriza cada subsistema administrativo.

Não há *standard* uniforme para classificação dos atos normativos pelo Poder Público. Para alguns órgãos e entes administrativos, a nomenclatura dos regulamentos é informada pelo costume. Outros, no entanto, trazem expressa previsão das espécies de atos

⁷⁶² Muito embora o Decreto 4.176/2002 faça alusão aos “*atos normativos*”, o Decreto tem aplicação às leis formais, às medidas provisórias e aos decretos, nos termos do seu art. 1º, *parágrafo único*.

normativos no Regimento Interno. É o caso, por exemplo, da ANS, cujo Regimento Interno lista os diversos atos regulatórios em seu art. 85, tendo os seguintes atos natureza normativa: (i) *instrução normativa*, que se volta à regulamentação de matérias e procedimentos “*de alcance externo*” e (ii) *instruções de serviço*, pela qual são especificadas normas, critérios, procedimentos, orientações, padrões e programas “*de alcance interno*”.

Ainda se pode indicar a estratégia de edição de atos normativos de sistematização dos atos praticados pela Administração Pública no exercício de competência normativa. Cite-se, por exemplo, a experiência da CVM, que em 1978 editou a Deliberação CVM n.º 1 para “*instituir a seguinte nomenclatura de atos a serem expedidos pela Comissão de Valores Mobiliários no exercício de suas atribuições*” (item I). Assim, as seguintes categorias de atos normativos são definidas na Deliberação CVM n.º 1/1978: (i) deliberações, relativas aos atos normativos editados pelo Colegiado; (ii) instruções, correspondentes aos atos normativos editados em atendimento a obrigação regulamentar definida na Lei de Mercado de Capitais (Lei 6.385/76) e na Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76); (iii) pareceres de orientação, pelos quais a CVM orienta agentes de mercado e investidores sobre matéria que lhe seja de competência regulatória⁷⁶³; (iv) pareceres, correspondentes às respostas fornecidas a perguntas direcionadas à instituição; (v) notas explicativas, que consistem na exposição dos motivos sobre as razões que levaram a CVM a propor ao Conselho Monetário Nacional a regulação de matéria que seja de competência deste órgão ou que levou a CVM a editar determinada instrução⁷⁶⁴; e (vi) portarias, para formalizar os atos de administração de pessoal^{765 766}.

Na prática do Direito Administrativo, o operador do direito se depara com esta complexidade que a Deliberação CVM n.º 1/1978 exemplifica. Como se pode observar, a longa listagem dos atos da CVM não vem acompanhada de uma clara identificação da natureza desses atos. Ainda, são indicados atos de interpretação, como os pareceres de

⁷⁶³ Os pareceres de orientação são atos normativos apenas quando dispuserem de natureza normativa.

⁷⁶⁴ A nota explicativa não corresponde propriamente a um tipo de ato normativo, mas sim a um elemento que compõe os atos normativos, qual seja, a motivação.

⁷⁶⁵ Além desses atos, a Deliberação CVM n.º 1/1978 prevê também o *ato declaratório*, pelo qual a CVM declara a existência de direito quando do exercício do poder de outorga.

⁷⁶⁶ A Deliberação CVM n.º 1/1978 não determina qualquer obrigação de realizar prévio processo administrativo à tomada das decisões administrativas por ela listada, sujeitando exclusivamente à numeração de ordem própria e publicação das deliberações, instruções, pareceres de orientação e atos declaratórios na Imprensa Oficial.

orientação e os pareceres, que constituem, a princípio, atos declaratórios, mas podem se materializar como atos normativos se apresentarem força vinculante⁷⁶⁷.

Diante da profusão normativa, a consolidação das leis e dos regulamentos foi indicada na Lei Complementar 95/98 como uma pauta de análise importante para melhor compreensão da atividade normativa da Administração Pública. Além de conferir maior efetividade à garantia de direitos, devido à facilidade de acesso à informação, a iniciativa também permite otimizar a ação estatal, determinando periodicamente o balanço das normas invalidadas, parcialmente derogadas ou revogadas. Em 2001 foi feita substancial reforma da Lei Complementar 95/98 pela Lei Complementar 107/2001, instituindo a *Consolidação de Legislação Federal*. Trata-se de documento de integração de todas as leis federais pertinentes à mesma matéria em um único diploma legal com preservação do conteúdo normativo, mas passível de alterações de harmonização, como renumeração de artigos, fusões de disposições repetitivas, atualizações (de valores monetários, da denominação de órgãos e entes administrativos, notadamente), supressão de dispositivos declarados institucionais pelo STF, assim como eliminação de ambiguidades e atualização de termos em desuso⁷⁶⁸. Essas normas são aplicáveis à esfera regulamentar⁷⁶⁹, o que abre uma janela de oportunidade para a codificação parcial do Direito Administrativo, tal qual defendida por parte da doutrina no começo do século XX.

III.2.2.5. Análises regulatórias

Muito por conta da influência da OCDE, a maior parte das Agências Reguladoras brasileiras passou a dispor sobre a *análise de impacto regulatório* (AIR), seja em seu

⁷⁶⁷ Cf. item IV.1.3.1.

⁷⁶⁸ Cf. art. 13 e art. 14 da Lei Complementar 95/98 com nova redação dada pela Lei Complementar 107/2001.

⁷⁶⁹ O dever de edição de *Consolidações de Normas Regulamentares* encontra-se no art. 16 da Lei Complementar 95/98: “[o]s órgãos diretamente subordinados à Presidência da República e os Ministérios, assim como as entidades da administração indireta, adotarão, em prazo estabelecido em decreto, as providências necessárias para, observado, no que couber, o procedimento a que se refere o art. 14, ser efetuada a triagem, o exame e a consolidação dos decretos de conteúdo normativo e geral e demais atos normativos inferiores em vigor, vinculados às respectivas áreas de competência, remetendo os textos consolidados à Presidência da República, que os examinará e reunirá em coletâneas, para posterior publicação”.

regimento interno⁷⁷⁰, seja em normas especificamente voltadas à disciplina da AIR no processo administrativo normativo⁷⁷¹. No âmbito interno, o Pro-Reg não conseguiu apresentar um estudo paradigmático ou uma proposta mais efetiva para o encaminhamento da análise de impacto regulatório no Brasil. Todavia, a instituição tem realizados diversos cursos de capacitação para manejo do instrumento da análise de impacto regulatório, que tem sensibilizado as Agências para a adoção dessa estrutura no âmbito de seus processos administrativos normativos⁷⁷². A análise de impacto regulatório tem sido tomada como o principal veículo motor da melhoria da qualidade da regulação pelo Governo e desde 2010 está em curso projeto piloto de implantação da AIR no âmbito da ANCINE, ANS, ANVISA e ANEEL⁷⁷³.

Com a Norma de Organização 40/2013, a ANEEL passou a condicionar todo e qualquer ato expedido no exercício do poder normativo pela Agência à análise de impacto regulatório⁷⁷⁴. Segundo o art. 2º da Norma de Organização 40/2013, a análise de impacto regulatório é definida como

“[o] procedimento por meio do qual são providas informações sobre a necessidade e as consequências da regulação que está sendo proposta e é verificado se os benefícios potenciais da medida excedem os custos estimados, bem como se, entre todas as alternativas avaliadas para alcançar o objetivo da regulação proposta, a ação é a mais benéfica para a sociedade”.

⁷⁷⁰ Cf., por exemplo, Regimento Interno da ANS (Resolução Normativa 197/2009) e Regimento Interno da ANVISA (Portaria 354/2006).

⁷⁷¹ A ANCINE faz expressa referência a esse estudo no documento *A Implantação da Análise de Impacto Regulatório na ANCINE como Melhoria da Qualidade Regulatória*, que fora aprovado pela Diretoria Colegiada e serve hoje como instrumento de legitimação do emprego da AIR no âmbito da ANCINE.

⁷⁷² Segundo documento editado pela ANCINE para narrar o processo de adoção da AIR em seus processos normativos, o Pro-Reg tem promovido cursos, seminários e conferências não apenas no Brasil, mas também em centros internacionais de excelência em regulação, como a *London School of Economics* e a *George Washington University*. Cf. **A Implantação da Análise de Impacto Regulatório na ANCINE como Melhoria da Qualidade Regulatória** (sumário executivo), p. 5.

⁷⁷³ *Idem, ibidem.*

⁷⁷⁴ É o texto do art. 1º da Norma de Organização 40/2013 da ANEEL: “[e]sta Norma dispõe sobre a obrigatoriedade de se fazer Análise de Impacto Regulatório – AIR – previamente à expedição de qualquer ato normativo pela ANEEL”.

Cabe aos titulares de cada unidade de organização da Agência preencherem formulário de análise de impacto regulatório, estruturado em torno das seguintes informações: (i) identificação do problema que se pretende solucionar; (ii) justificativas para a possível necessidade de intervenção da Agência; (iii) objetivos desejados com a intervenção regulatória; (iv) prazo para o início da vigência das alterações propostas; (v) análise dos impactos das opções consideradas e da opção eleita; (vi) identificação de eventuais alterações ou revogações de regulamentos pela edição do novo regulamento pretendido; e (vii) identificação de formas de acompanhamento de resultados decorrentes do novo regulamento (art. 4º).

A mesma obrigação geral de análise de impacto regulatório é evidenciada na ANATEL, cujo art. 62, *parágrafo único*, do respectivo Regimento Interno (Resolução 612/2013) estabelece que “[o]s atos de caráter normativo a que se refere o caput, salvo em situações expressamente justificadas, deverão ser precedidos de Análise de Impacto Regulatório”.

No âmbito da ANVISA inexistiu dever expresso de submissão de todas as propostas normativas à avaliação de impacto regulatório, tal qual na ANEEL. No entanto, aquela Agência desponta como o principal ente na esfera federal a fazer uso desse instrumento regulatório, dado, principalmente, a escolha da ANVISA pela Casa Civil como Agência-piloto para implantação da análise de impacto regulatório na Administração Pública federal. Nessa linha, os constantes diálogos com o PRO-REG e a comunidade acadêmica internacional terminam por sensibilizar a Agência sobre a relevância da avaliação de impacto regulatório para a qualidade da regulação. Assim, com a criação do Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação pela Portaria 422/2008, a “*análise de impacto regulatório*” passou a ter expressa previsão normativa para legitimar a adoção da técnica pela ANVISA e, em 2011, o Regimento Interno da Agência foi alterado pela Portaria 1.384 para prever a análise de impacto regulatório, sob competência do Núcleo de Regulação e Boas Práticas Regulatórias (Nureg)⁷⁷⁵.

⁷⁷⁵ Nessa mesma linha o Regimento Interno da ANS (Resolução Normativa 197/2009) foi alterado pela Resolução Normativa 331/2013 para expressamente prever a análise de impacto regulatório e a agenda regulatória.

Atualmente a ANVISA promove avaliações de impacto regulatório em três níveis de análise, que varia conforme a complexidade do tema em discussão. Na *Análise de Impacto Regulatório nível 1* (AIR nível 1), formulário padronizado de análise de impacto regulatório específico deve ser preenchido pela área responsável pela proposta de regulação, cujas perguntas direcionam a reflexão sobre a relação de custo-benefício do ato normativo, assim como a estimativa dos possíveis efeitos positivos e negativos da medida. Por sua vez, a *Análise de Impacto Regulatório nível 2* (AIR nível 2) demanda a colaboração de atores internos e externos para mensuração dos possíveis impactos da norma proposta na medida em que o tema em discussão mostra-se tecnicamente mais complexo ou controvertido. A principal diferença com relação à AIR nível 1 é exatamente o grau de depuração do material técnico para a regulação e a sofisticação dos fundamentos da regulação. A *Análise de Impacto Regulatório nível 3* (AIR nível 3) emprega técnicas avançadas de avaliação de impacto regulatório. A Agência indica que a AIR nível 3 é empregada especialmente nas “*propostas de maior impacto potencial*”, quando afetarem grande parte do orçamento ou impuserem maiores custos aos regulados, por exemplo.

Não é nítida a fronteira que aparta cada um dos níveis de AIR no âmbito da ANVISA. Saliente-se que esta metodologia de AIR é de origem eminentemente prática, sem encontrar correspondência em qualquer ato normativo geral da Agência, o que permite afirmar a existência de ampla discricionariedade para escolha do nível de avaliação que a proposta de norma será submetida. Depreende-se que quanto mais alto o nível de AIR, mais sofisticadas serão as técnicas de avaliação de impacto regulatório e, por consequência, mais qualificada será a motivação do ato normativo.

A análise de impacto regulatório é disciplinada pela RDC 52/2013 no âmbito da ANCINE. A norma estipula ser obrigatória a AIR nos processos normativos da Agência, ressalvados os casos de urgência ou de mera convalidação formal. Ao contrário da experiência da ANVISA, na ANCINE a análise de impacto regulatório não se estratifica em níveis, mas se articula em torno de formulário de impacto regulatório constante no Anexo II da RDC 52/2013, que congrega as seguintes informações a respeito da proposta normativa: delimitação do problema; justificativa; premissas adotadas; identificação de soluções alternativas; estudo dos possíveis impactos externos e benefícios esperados, considerando a inação da Agência; mensuração dos custos da regulação para os regulados;

dimensionamento dos possíveis impactos internos da norma, assim compreendidos a revisão de procedimentos, os sistemas de informática, a infraestrutura e o redimensionamento de trabalho; impacto no estoque regulatório atual; considerações sobre os processos de consulta prévia; recomendação de ação; e estabelecimento de metas e indicadores para nortear o acompanhamento da norma⁷⁷⁶. A análise de impacto regulatório é realizada pela autoridade técnica ou pelo Grupo de Trabalho competente para conduzir o processo administrativo normativo.

A análise de impacto regulatório consiste em uma prática ainda em experimentação, porém, e limitada a poucas Agências Reguladoras federais. Uma tentativa mais abrangente de implantação da racionalidade de avaliação dos impactos da regulação se verificou com o Decreto 4.716/2002, que apresenta no Anexo I as “*questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo*”. O Anexo I corresponde a uma longa enumeração de questões relacionadas à tomada de decisão normativa pela Administração Pública⁷⁷⁷, as quais devem ser consideradas pelo gestor no exercício de competência normativa. O dever de consideração desses questionamentos encontra-se no art. 37, *caput*, do Decreto em comento, quando da submissão das propostas de projetos de atos normativos à Casa Civil. Desse modo, as questões devem necessariamente ser

⁷⁷⁶ Cf. art. 9º da RDC 52/2013 da ANCINE.

⁷⁷⁷ Devido à longa lista de questões a serem enfrentadas pela Administração Pública na tomada de decisão normativa, limito-me a reproduzir apenas os dois primeiros itens para conferir a dimensão da proposta do Decreto 4.716/2002: “1. Deve ser tomada alguma providência? 1.1. Qual o objetivo pretendido? 1.2. Quais as razões que determinaram a iniciativa? 1.3. Neste momento, como se apresenta a situação no plano fático e no plano jurídico? 1.4. Que falhas ou distorções foram identificadas? 1.5. Que repercussões tem o problema que se apresenta no âmbito da economia, da ciência, da técnica e da jurisprudência? 1.6. Qual é o conjunto de destinatários alcançados pelo problema, e qual o número de casos a resolver? 1.7. O que poderá acontecer se nada for feito? (Exemplo: o problema tornar-se-á mais grave? Permanecerá estável? Poderá ser superado pela própria dinâmica social, sem a intervenção do Estado? Com que conseqüências?) 2. Quais as alternativas disponíveis? 2.1. Qual foi o resultado da análise do problema? Onde se situam as causas do problema? Sobre quais causas pode incidir a ação que se pretende executar? 2.2. Quais os instrumentos da ação que parecem adequados para alcançar os objetivos pretendidos, no todo ou em parte? (Exemplo: medidas destinadas à aplicação e execução de dispositivos já existentes; trabalhos junto à opinião pública; amplo entendimento; acordos; investimentos; programas de incentivo; auxílio para que os próprios destinatários alcançados pelo problema envidem esforços que contribuam para sua resolução; instauração de processo judicial com vistas à resolução do problema.) 2.3. Quais os instrumentos de ação que parecem adequados, considerando-se os seguintes aspectos: desgaste e encargos para os cidadãos e a economia; eficácia (precisão, grau de probabilidade de consecução do objetivo pretendido); custos e despesas para o orçamento público; efeitos sobre o ordenamento jurídico e sobre metas já estabelecidas; efeitos colaterais e outras conseqüências; entendimento e aceitação por parte dos interessados e dos responsáveis pela execução; possibilidade de impugnação no Judiciário”. Essas perguntas são bastante próximas da listagem apresentada pela OCDE no documento **Recommendation of the Council of the OECD on improving the quality of government regulation**, 1995, p. 9-10. Alcançando a mesma conclusão, cf. PATRÍCIA RODRIGUES PESSÓA VALENTE, **Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**, 2011, p. 154.

enfrentadas pelos órgãos e entes públicos federais cuja competência normativa não decorre diretamente da lei, por delegação. Para todos os demais órgãos e entes administrativos, inclusive as Agências Reguladoras, a listagem de questões é meramente sugestiva. Apesar de não ser explicitada a expressão “*avaliação de impacto regulatório*”, já é possível evidenciar no Decreto 4.716/2002 alguns elementos típicos desta metodologia de avaliação da regulação normativa⁷⁷⁸.

III.2.2.6. O planejamento normativo

A atividade de planejamento da Administração Pública corresponde a um eixo transversal que perpassa o exercício das competências administrativas em geral, de modo que o planejamento não se evidencia apenas quanto à edição de normas administrativas. No que tange à atividade fiscalizatória, por exemplo, o planejamento determina que o Poder Público siga estritamente uma agenda de fiscalização. Tendo em vista os recursos escassos da Administração, que determina a escolha das prioridades de ação administrativa, o planejamento administrativo passa a ter cada vez mais um papel destacado⁷⁷⁹. Por outro lado, o planejamento do exercício da função pública permite que o particular tome conhecimento com antecedência das futuras ações administrativas, que podem lhe dizer respeito, e se antecipar, sanando eventual irregularidade ou promovendo estudos técnicos para qualificação de suas contribuições que oportunamente serão apresentadas em sede de consulta pública. A atividade de planejamento contribui para tornar o exercício de poderes públicos mais previsível, corroborando para propiciar segurança jurídica e legítima expectativa dos particulares perante a Administração.

A maior atenção conferida ao planejamento do exercício da competência normativa pelas entidades analisadas relaciona-se à recomendação da OCDE sobre a Reforma Regulatória brasileira, que previa o planejamento regulatório como uma das frentes de

⁷⁷⁸ Nessa linha, cf. PATRÍCIA RODRIGUES PESSÔA VALENTE, **Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**, 2011, p. 151.

⁷⁷⁹ Cf. THIAGO MARRARA, **A Atividade de Planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no Anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa**, 2011, p. 3-4.

aprimoramento da regulação no Brasil⁷⁸⁰. Assim, a *agenda regulatória* passou a ser adotada por algumas das entidades analisadas.

No âmbito da ANS, a primeira Agenda Regulatória foi estabelecida para o biênio 2011/2012 e fragmentada em eixos temáticos, quais sejam: (i) modelo de financiamento do setor; (ii) garantia de acesso e qualidade assistencial; (iii) modelo de pagamento de prestadores; (iv) assistência farmacêutica; (v) incentivo à concorrência; (vi) garantia de acesso à informação; (vii) contratos antigos; (viii) assistência ao idoso; e (ix) integração da Saúde Suplementar com o SUS⁷⁸¹. Cada eixo vem acompanhado da correspondente explicação sobre a natureza do eixo, o problema diagnosticado que ensejou a criação do eixo e a ação. No exemplo do eixo de contratos antigos, o problema foi assim salientado: “[i]dosos são prejudicados com aumento de mensalidade nos contratos antigos e naqueles anteriores de 2004. Não há portabilidade para os planos antigos. O acesso à atenção é restrito ao contrato, não incluindo os procedimentos mais recentes”⁷⁸². Desse modo, foi definido como ação o estímulo à adaptação e à migração dos contratos individuais e coletivos. Como resultado, foi conduzido processo administrativo normativo no âmbito do qual foi realizada a Consulta Pública 35/2010 no período de novembro de 2010 a janeiro de 2011⁷⁸³. O ato normativo final corresponde à Resolução Normativa 254/2011, que dispõe sobre a adaptação e migração dos contratos.

Outro exemplo de agenda regulatória normativa é extraído da experiência da CVM. Em 2011, a entidade reguladora definiu as normas que seriam editadas no ano de 2012 e delimitou um indicador com a finalidade de mensurar a evolução da sua atividade

⁷⁸⁰ Com o nome de *planejamento prospectivo*, a OCDE assim assinala a utilidade desta técnica no Brasil, que ainda não dispõe de um processo consolidado ou documento indicativo do planejamento normativo: “[o] planejamento prospectivo tem provado ser útil para melhorar a transparência, previsibilidade e coordenação da regulação. Ele promove a participação das partes interessadas, o mais cedo possível, no processo regulatório, e isto pode reduzir os custos de transação por meio de uma ampla divulgação prévia de futuras regulações. Muitos países da OCDE têm estabelecido mecanismos para publicação de detalhes da regulação que planejam preparar no futuro”. **Relatório sobre a Reforma Regulatória. Brasil – Fortalecendo a governança para o crescimento**, 2008, p. 50.

⁷⁸¹ Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/transparencia-institucional/515-agenda-regulatoria>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

⁷⁸² *Idem, ibidem.*

⁷⁸³ A Consulta Pública 35/2010 recebeu ao todo 148 protocolos e 846 contribuições, distribuídas entre as seguintes entidades participantes: operadoras (75%), associação de operadoras (9%), consultoria (9%), beneficiário (3%), associação de defesa do consumidor (1%) e Instituto Brasileiro de Atuária (3%). Os dados completos da Consulta Pública 35/2010 estão disponíveis no **Relatório de Conclusão da Consulta Pública 35/2010**, disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/consultas_publicas/cp_35_relatorio.pdf. Acesso em 21 de outubro de 2013.

normativa, com foco no controle das fases do processo administrativo normativo. A avaliação da atividade normativa da CVM tomou por base dois elementos: (i) atribuição de “pesos” às minutas normativas em razão da complexidade – nível intermediário ou nível alto – e (ii) meta almejada, classificada em audiência pública, edição de norma ou arquivamento. No ano de 2012, foram alcançados 103 pontos, o que superou o objetivo traçado em 2011 de 88,2 pontos⁷⁸⁴.

Igualmente a ANEEL adota Agenda Regulatória para direcionamento do exercício do poder normativo. Para o biênio 2013-2014, a Portaria 2.453/2012 definiu 70 ações cuja execução será objeto de avaliação semestral. Como exemplos de atividades da ANEEL fixadas na Agenda Regulatória vigente, citem-se: regulamentar as condições e os procedimentos a serem observados pelos agentes de geração de energia eólica; regulamentar os procedimentos para outorga de empreendimentos de geração de energia elétrica provenientes da radiação solar; propor normativo de monitoramento de agentes da CCEE; regulamentar os indicadores de qualidade de produto; e aprimorar a regulamentação de análise de investimentos das distribuidoras⁷⁸⁵.

A primeira iniciativa de fixar agenda regulatória para o exercício de competência normativa vem da ANVISA, no contexto do *Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da ANVISA*⁷⁸⁶, que a adota desde 2009. Para tanto, a Portaria 354/2006, que dispõe sobre o Regimento Interno da ANVISA, foi alterada pela Portaria 447, de 2009, para expressamente prever a *agenda regulatória* como um dos instrumentos decisórios da Diretoria Colegiada, sendo definida no art. 54, inc. VIII, como “*expressa deliberação da Diretoria Colegiada sobre os temas prioritários para a regulamentação pela ANVISA, em determinado período*”.

⁷⁸⁴ Cf. **Prestação de Contas Ordinária Anual. Relatório de gestão do exercício de 2012**, 2013, p. 35. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/port/relgest/Relatorio_de_Gestao_2012_CVM_v.final.pdf. Acesso em 10 de novembro de 2013.

⁷⁸⁵ Cf. **Cronograma Resumido da Agenda Regulatória Indicativa contendo a programação das atividades da ANEEL para o biênio de 2013-2014**, anexo à Portaria 2.453/2012. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/prt20122453.pdf>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

⁷⁸⁶ Cf. item II.2.2.8. deste trabalho.

Após quatro edições de agendas regulatórias⁷⁸⁷, a ANVISA mudou a estratégia de endereçamento da agenda regulatória, que em 2013 passou a ser composta por metas bienais (2013-2014) e quadrienais (2013-2016). A agenda regulatória vigente na AVISA é fruto do alinhamento estratégico com o Plano Plurianual e as políticas e programas de governo, por um lado, e de diálogos internos e setoriais intermediados por formulários eletrônicos (as chamadas “*consultas públicas dirigidas*”). Além da própria agenda regulatória, foi também elaborado *Documento Orientador da Agenda Regulatória para o Ciclo Quadrienal (2013-2016)*⁷⁸⁸, no qual são explicados os eixos de ação. São ao todo 23 temas abarcados na nova agenda regulatória: dezesseis objetivam rever atos normativos já existentes, enquanto 7 se voltam à regulamentação de assunto ainda não normatizado. Isso se coaduna com o eixo de “*simplificação e racionalização de procedimentos no âmbito da ANVISA*” contemplado no Documento Orientador da agenda regulatória, no qual é prevista a prática de revisão dos marcos regulatórios da Agência para fins de simplificação e racionalização, inclusive fazendo uso de sistemas eletrônicos⁷⁸⁹.

No âmbito da ANCINE, a Agenda Regulatória relativa ao biênio 2013-2014 é composta por 17 frentes de ação, com indicativo simples de tema, objetivos e matéria. Essa mesma estrutura de agenda regulatória é adotada pela ANATEL⁷⁹⁰. Dentre as metas regulatórias listadas na Agenda Regulatória da ANCINE, as seguintes merecem destaque: regulamentação sobre dispensa de programação, distribuição e exibição de conteúdo e canais brasileiros (dispensa de cumprimento de cotas nacionais previstas na Lei 12.485/2011); revisão dos critérios de classificação de empresas do setor de audiovisual; regulamentação para criação de câmaras técnicas, em benefício da participação social; e

⁷⁸⁷ As agendas regulatórias publicadas de 2009 a 2012 estão disponíveis no sítio eletrônico da ANVISA e acompanhadas do correspondente *Acompanhamento dos Temas das Agendas Regulatórias*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/regulacao+sanitaria/Assuntos+de+interesse/Agenda+Regulatoria/Assuntos+de+interesse/Agendas+Anteriores>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

⁷⁸⁸ Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/337962004db9d9cdb5b6bdd6059e5711/Agenda_Regulatoria_Q_uadrienal_final_baixa.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em 21 de outubro de 2013.

⁷⁸⁹ Nos termos do **Documento Orientador**, “[u]m dos destaques é a adoção de práticas e procedimentos de caráter técnico-administrativo que propiciem a redução dos custos operacionais internos, a desburocratização e a previsibilidade das ações a serem implementadas pela Agência. Nesse sentido, a ANVISA desenvolve atividades voltadas à revisão dos marcos regulatórios, simplificação de procedimentos, identificação e implantação de sistemas eletrônicos que permitam maior agilidade na análise dos processos, e a reestruturação interna da Agência, que tem possibilidade de um aproveitamento mais efetivo de sua estrutura e de sua força de trabalho”. 2012, p. 29.

⁷⁹⁰ Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=304911&pub=principal&filtro=1&documentoPath=304911.pdf>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

disciplina do termo de ajustamento de conduta (TAC) como acordo integrativo de outorga de benefício via atividade de fomento⁷⁹¹.

III.2.2.7. Pluralidade de procedimentos para elaboração de atos normativos

Um dos aspectos do presente panorama sobre os processos administrativos normativos no Brasil que mais chama atenção corresponde à diversidade de procedimentos adotados pelas Agências. Por outro lado, poucas são as leis formais e os atos normativos que dispõem expressamente sobre o processo administrativo normativo. Na sequência, apresenta-se a conformação deste processo nas Agências que dispõem de experiência mais sólida, geralmente no âmbito de algum programa regulatório.

Em dezembro de 2007 a Diretoria Colegiada da ANVISA aprovou o *Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da ANVISA* (PMR), mais conhecido pela ANVISA como *Programa de Boas Práticas Regulatórias*⁷⁹². O foco do programa é exatamente o processo administrativo normativo, designado pela Agência como *processo de regulamentação*, a partir da premissa de que a regulamentação é uma das mais importantes ferramentas para cumprimento das finalidades públicas que a ANVISA tem por dever legal tutelar⁷⁹³. O PMR foi instituído pela Portaria 422/2008 e esclarecido no

⁷⁹¹ Disponível em: <http://www.ancine.gov.br/sites/default/files/conteudo/Agenda%20Regulatoria%202013-2014%20vale.pdf>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

⁷⁹² O contexto de elaboração do PMR é informado por diversos aspectos que apontaram para a necessidade de racionalização do processo administrativo normativo no âmbito da ANVISA: “(...) *face ao diagnóstico de produção normativa desordenada e fragmentada; aos problemas de custo relativos à publicação e retificação de publicação; à dificuldade técnica de elaboração de atos normativos pela ausência de padrões e sistematização do processo de regulamentação; à intensa judicialização da ação regulatória e conseqüente instabilidade regulatória, com prejuízos para a sociedade e para o próprio Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), aliado, ainda, à necessidade de aprimorar a instrução do processo decisório da ANVISA e fortalecimento dos mecanismos de participação e transparência, foi proposto à Dicol a implantação de um Programa destinado à melhoria do processo de regulamentação da Agência como estratégia para o fortalecimento da capacidade regulatória*”. Cf. **Boas Práticas Regulatórias. Guia para o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da Anvisa**, 2008, p. 2. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/pmr/GuiaBPRreg.pdf>. Acesso em 2 de outubro de 2013. Da análise dos documentos produzidos pela ANVISA, verifica-se a clara influência dos estudos da OCDE.

⁷⁹³ “*Como resultado das prioridades institucionais de 2007, o Programa Melhoria propõe padrões de qualidade, processos de trabalho, avaliação e revisão permanentes. Apoiado na preocupação de aperfeiçoar as atividades relacionadas à regulamentação, pretende estimular a excelência e a transparência das ações institucionais e atender às necessidades dos profissionais que atuam no Sistema Nacional de Vigilância*

Guia de Boas Práticas Regulatórias anexo à Portaria 1.577/2008, objetivando, principalmente, conferir racionalidade, transparência e efetividade à tomada de decisão normativa pela Agência por meio do aprimoramento do correspondente processo administrativo normativo⁷⁹⁴.

Pela Portaria 1.384/2011, o Regimento Interno da ANVISA (Portaria 354/2006) foi modificado para criar o Nureg em seu art. 35-B. Trata-se de uma “*unidade organizacional*”⁷⁹⁵, que tem por principais atribuições assessorar tecnicamente a Diretoria Colegiada no exercício de competência normativa, elaborar e acompanhar a agenda regulatória, promover e executar as atividades atinentes à análise de impacto regulatório, apoiar a Diretoria Colegiada na análise das contribuições colhidas em audiências e consultas públicas, promover a consolidação de atos normativos da ANVISA e promover estudos visando ao aperfeiçoamento da regulação praticada pela Agência.

Uma das principais frentes de trabalho do Nureg corresponde à edição de uma nova norma regulatória que disponha sobre “*boas práticas regulatórias no âmbito da ANVISA*”, colocada à disposição para comentários públicos em junho de 2013 (Consulta Pública 20/2013)⁷⁹⁶. Trata-se de uma proposta que busca sistematizar as práticas já exercidas pela Agência em seus processos administrativos normativos e trazer pontuais inovações a partir de experiências oriundas de outros setores regulados e de outros sistemas jurídicos, notadamente o norte-americano. Apesar da ambiguidade do tema objeto da minuta

Sanitária e da sociedade. Dessa forma, seu foco é sistematizar e racionalizar o processo de elaboração de regulamentos. Melhorar o processo de regulamentação significa, entre outras coisas: promover a avaliação dos aspectos envolvidos no regulamento e aumentar a participação efetiva de entidades representativas da sociedade nas audiências e consultas públicas”. **Relatório Anual de Atividades 2007**, 2007, p. 46. Disponível em:

http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/ac54c080474586638fc1df3fbc4c6735/relatorio_atividades_2007.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em 21 de outubro de 2013.

⁷⁹⁴ A Portaria 422/2008 define em seu art. 2º as seguintes diretrizes do PMR: fortalecimento da capacidade institucional para gestão em regulação; melhoria da coordenação, da qualidade e da efetividade da regulamentação; e fortalecimento da transparência e do controle social no processo de regulamentação. O objetivo geral do programa, por sua vez, é apresentado no art. 3º da Portaria 422/2008, qual seja: “*modernizar e qualificar a gestão da produção normativa da Anvisa para fortalecer a legitimidade da ação de regulação sanitária na perspectiva do conhecimento, da transparência, da cooperação, da responsabilização, da participação, da agilização, da efetividade, da descentralização e da excelência da atuação institucional*”.

⁷⁹⁵ Cf. art. 4º, inc. V, j, Regimento Interno da ANVISA (Portaria 354/2006).

⁷⁹⁶ Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/84f43b004f7018a9a239f79a71dcc661/Consulta+P%C3%BAbli+ca+n%C2%B0+13+NUREG.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

normativa, esta efetivamente se volta à disciplina do processo administrativo normativo da ANVISA. É o que esclarece a justificativa da proposta:

“(...) a presente proposta disciplina e sistematiza os procedimentos e etapas do processo de regulamentação, desde a elaboração e construção do planejamento regulatório da Agência para cada ciclo de quatro anos até a etapa final de deliberação da Diretoria Colegiada. Também estabelece diretrizes gerais para adoção de boas práticas regulatórias e institucionaliza rotinas e práticas para atuação da Agência, fortalecendo os valores e compromissos da organização junto à sociedade no que diz respeito à atuação ética e responsável como agentes públicos; capacidade de articulação e integração; excelência na gestão; conhecimento como fonte para a ação; transparência e responsabilização”⁷⁹⁷.

De acordo com a proposta de norma do processo administrativo normativo da ANVISA, cinco são as “*medidas regulatórias*” previstas no art. 4º: (i) acordo setorial; (ii) diretiva do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; (iii) recomendação técnica; (iv) regulamentação; e (v) termo de ajustamento de conduta⁷⁹⁸. Com relação ao *processo de*

⁷⁹⁷ Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/9d2298004f744061abe7ff9a71dcc661/Justificativa.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

⁷⁹⁸ De inspiração na Lei de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010), os *acordos setoriais* são previstos no art. 5º, *caput*, da proposta como “*medida de natureza contratual de alcance externo e abrangência coletiva, firmado voluntariamente entre a Diretoria Colegiada e agentes públicos ou econômicos sujeitos à atuação regulatória da Agência*”. O objetivo do instrumento regulatório é apresentado no §1º, correspondente ao “*cumprimento de compromissos regulatórios*”. Mediante chamamento público, os regulados são chamados a firmar acordo setorial, no qual são estabelecidos escopos, prazos e condições para sua elaboração. A *diretiva do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária* consiste no instrumento expedido pela Diretoria Colegiada da ANVISA para coordenação e articulação das ações regulatórias junto a órgãos estaduais e municipais de vigilância sanitária (art. 6º, *caput*). A recomendação técnica se aproxima da figura do ato de interpretação regulatória, apresentado pelo art. 7º, *caput*, como “*orientação colegiada de caráter voluntário, destinada a nortear os agentes públicos e econômicos de procedimentos, rotinas e métodos tecnicamente válidos, como forma opcional para observância e cumprimento de requisitos sanitários*”. A proposta expressamente faz referência à “*natureza subsidiária*” da recomendação técnica, de modo que “*não prevalece, nem dispensa o cumprimento de normas específicas*” (art. 7º, §1º). Já a *regulamentação* é apresentada como “*disposição de um conjunto de regras e preceitos de caráter normativo, cujo cumprimento é obrigatório*” no art. 8º, *caput*, isto é, corresponde ao ato normativo editado pela Agência no exercício de competência normativa. Por fim, o *termo de ajustamento de conduta* se volta ao ajustamento da conduta do regulado às exigências legais mediante cominações, configurando-se em título executivo extrajudicial (art. 9º, *caput*). É notável o esforço da Agência em sistematizar os principais instrumentos regulatórios relacionados ao processo administrativo normativo, acolhendo outras tipologias além do ato normativo. Há que se apontar, no entanto, certa confusão técnica e terminológica dos institutos apresentados, o que diretamente se relaciona com a incipiência da discussão doutrinária sobre regulação normativa e seu correspondente procedimento. Sem a pretensão de apresentar uma crítica, muito menos exaustiva, à proposta de regulamentação do processo normativo da

regulamentação da Agência, a minuta normativa aparta dois diferentes regimes jurídicos procedimentais. O regime comum do processo de regulamentação corresponde ao rito completo de elaboração normativa, sistematizado nas seguintes fases: iniciativa, instrução e elaboração da proposta, consulta e participação social, instrução complementar e deliberação final⁷⁹⁹. Pelo regime especial, tem-se um rito simplificado de elaboração normativa, dado que determinadas etapas do processo são suprimidas em razão de urgência ou nos casos de menor complexidade com baixo impacto⁸⁰⁰. Assim, a dinâmica do processo administrativo normativo em regime especial se articula em torno das fases de iniciativa e instrução simplificadas, elaboração da proposta e deliberação final.

Como se depreende da análise dos preceitos estruturantes da proposta de ato normativo de disciplina jurídica do processo normativo na ANVISA, tanto a avaliação de impacto regulatório quanto a consulta pública passariam a ser obrigatórias à tomada de decisão normativa pela Agência. Exceção seria a elaboração de atos normativos desprovidos de avaliação de impacto regulatório e consulta pública, à semelhança do sistema norte-americano⁸⁰¹.

No caso da ANCINE, por exemplo, a Procuradoria-Geral participa igualmente da etapa de elaboração da proposta e da etapa final, após o aproveitamento das contribuições recebidas em audiência e consulta pública. A importância da manifestação jurídica nos processos normativos da Agência fica clara no art. 18, *parágrafo único*, da RDC 56/2013: “[c]aso o Diretor-Relator não incorpore indicação feita pela PROGE [Procuradoria-Geral da ANCINE], a recusa deverá estar justificada em Relatório”.

ANVISA, cite-se, por exemplo, a impropriedade de listar o termo de ajustamento de conduta dentre as medidas regulatórias da Agência, tendo em vista que a definição que lhe fora conferida remete à competência fiscalizatória e sancionatória, e não à competência normativa. O instrumento consensual por excelência para formalizar as regras de adesão voluntária pelos regulados é o acordo setorial, cuja dinâmica operacional, no entanto, ainda merece ser especificada. Ainda, a recomendação técnica é apresentada como uma “*orientação de caráter voluntário*”, quando, na verdade, autovincula os reguladores, que devem obrigatoriamente seguir a interpretação conferida pela Diretoria para aplicação das normas regulatórias. Cf. item III.1.3.1. deste trabalho.

⁷⁹⁹ Cf. art. 22 e ss. da proposta de ato normativo da ANVISA.

⁸⁰⁰ Cf. art. 23 e art. 25 da proposta de ato normativo da ANVISA.

⁸⁰¹ De fato, a experiência do *rulemaking* no sistema norte-americano se desenvolve a partir da ideia de participação administrativa, de modo que os diferentes ritos procedimentais são aperfeiçoados conforme o tipo de desenho que se confira à fase de comentários. No caso da proposta de ato normativo da ANVISA em estudo, o regime especial de processo de regulamentação aproxima-se do *interim-final rulemaking*, mas difere significativamente deste procedimento quanto à participação administrativa, a qual é aperfeiçoada *a posteriori*. Cf. item II.2.2.2.2.a deste trabalho. Saliente-se, ainda, que não são conferidos parâmetros suficientes para determinar os casos de urgência e de “*baixo impacto para a sociedade*” que legitimariam a adoção do regime especial no exercício da competência normativa pela Agência.

O exercício da competência normativa pela ANCINE pode se formalizar fundamentalmente em dois tipos de atos normativos: as Instruções Normativas e as Resoluções da Diretoria Colegiada. A principal diferença entre ambos os institutos corresponde ao endereçamento normativo, pois enquanto as Resoluções da Diretoria Colegiada se voltam à organização administrativa da Agência e à alteração de seu regimento interno, as Instruções Normativas são editadas “*para fins normativos e de regulação das atividades cinematográficas e audiovisual, expedidas pela Diretoria Colegiada*”⁸⁰². Em 2005, a ANCINE editou a RDC 21 para dispor sobre o processo administrativo normativo para elaboração de instrução normativa, posteriormente revogada pela RDC 56, editada em setembro de 2013, para disciplina do processo administrativo normativo em geral⁸⁰³. Isso significa, portanto, que o processo administrativo normativo para elaboração de RDC ou de IN segue o rito procedimental especificado na RDC 56/2013. No entanto, o Capítulo III do referido ato normativo também regula a edição de súmula pela Agência, como medida de consolidação do entendimento da Diretoria Colegiada⁸⁰⁴.

O processo administrativo normativo da ANCINE é dividido em três fases: fase de deliberação preliminar da Diretoria Colegiada; fase inicial de elaboração; e fase final de elaboração. Em casos que requeiram urgência na tramitação, todavia, a Diretoria Colegiada poderá autorizar a supressão de uma ou mais etapas do processo administrativo normativo.

Na deliberação preliminar, a Diretoria Colegiada designa o responsável técnico que ficará encarregado de apresentar uma minuta normativa dentro de prazo previamente delimitado. Na hipótese de o conteúdo normativo envolver mais de uma área técnica da Agência, Portaria será editada pela Diretoria Colegiada para estabelecer Grupo de Trabalho. Na fase inicial de elaboração, a proposta de ato normativo é encaminhada à Superintendência Executiva para manifestação técnica, harmonização conceitual,

⁸⁰² Cf. art. 25, inc. II, do Regimento Interno da ANCINE (RDC 22/2006).

⁸⁰³ Nos termos do art. 1º, *caput*, da RDC 56/2013, o procedimento previsto no ato normativo em comento aplica-se na atividade de “*elaboração de ato normativo relativo às atividades de regulação [normativa], fiscalização e fomento desempenhadas pela ANCINE (...)*”.

⁸⁰⁴ Cf. art. 26 e ss. da RDC 56/2013. A disciplina do processo administrativo normativo e da edição de súmulas pela ANCINE em um mesmo regulamento aponta para a discussão prática sobre os diferentes tipos de regulação, notadamente a regulação via ato normativo ou a regulação via processos administrativos que resultem em atos administrativos individuais e concretos. Cf. item IV.4.1. deste trabalho.

adequação da redação e consideração sobre o impacto da norma sobre a organização e o funcionamento interno da Agência⁸⁰⁵. Na sequência, a proposta é encaminhada para a Procuradoria-Geral da ANCINE para apresentação de parecer jurídico, quando será encaminhada ao Diretor-Relator e ao Diretor-Presidente para inclusão da matéria na pauta de reunião ordinária do Colegiado, na qual uma das seguintes deliberações sobre a proposta normativa será tomada: aprovação sem ressalvas, aprovação com ressalvas ou rejeição da proposta. Aprovada com ou sem ressalvas, a proposta é encaminhada para a Ouvidoria a fim de que se realize audiência ou consulta pública, que será discricionariamente aberta de acordo com decisão da Diretoria Colegiada.

A participação administrativa, quando esta for verificada⁸⁰⁶, marca o término da fase inicial de elaboração. Já na fase final de elaboração, as contribuições serão analisadas pelo responsável técnico ou pelo Grupo de Trabalho, que promoverá as adequações que discricionariamente considere pertinentes. Novamente o processo é remetido à Superintendência Executiva para manifestação quanto ao mérito e harmonização da proposta com as demais normas da Agência. Ao receber o processo normativo, o Diretor-Relator pode tanto ratificar a proposta quanto apresentar texto substitutivo, devendo encaminhar o processo à Procuradoria-Geral da ANCINE para nova apreciação. O Diretor-Geral então envia o processo ao Gabinete do Diretor-Presidente para nova deliberação em reunião ordinária do Colegiado. Se a proposta for aprovada com ressalvas, o processo será remetido à autoridade competente ou ao Grupo de Trabalho para adequar o texto à deliberação da Diretoria Colegiada.

Em todos os processos normativos é indispensável a apresentação de Exposição de Assunto e a Análise de Impacto, ressalvados os casos de urgência ou de convalidação formal, na qualidade de documentos que integram o procedimento, nos termos do art. 2º da RDC 56/2013.

De fato, a ANCINE tem destinado significativo espaço em sua agenda de aprimoramento regulatório para o processo administrativo normativo. Apesar de esta ser uma política ainda em desenvolvimento, alguns resultados concretos já podem ser

⁸⁰⁵ Para avaliação do impacto da proposta normativa sobre a ANCINE, a Superintendência Executiva poderá contar com o auxílio técnico do Comitê de Assuntos Regulatórios. Cf. art. 6º da RDC 56/2013.

⁸⁰⁶ As audiências e as consultas públicas no processo administrativo normativo da ANCINE são disciplinadas pela RDC 40/2011.

evidenciados, em especial a edição dos três atos normativos que estruturam o processo normativo da Agência, quais sejam: a RDC 40/2011, relativa à participação administrativa; a RDC 52/2013, que disciplina a análise de impacto regulatório; e a RDC 56/2013, que estabelece o procedimento básico do processo administrativo normativo. Em grande medida o aprimoramento do processo normativo da ANCINE passa pela preocupação em torno da disciplina de fomento, que tem sido alvo de forte controle pelo Tribunal de Contas da União. Desse modo, a definição dos critérios e da metodologia de incentivos em atos normativos que sejam precedidos de processos transparentes e regrados foi um dos fatores que levou à reflexão mais atenta sobre o tema⁸⁰⁷.

Em março de 2013 a ANATEL editou o seu novo Regimento Interno (Resolução 612/2013), no qual é reservado um Título para dispor sobre os procedimentos administrativos da Agência. Neste diploma é disciplinado o “*processo normativo*” no Capítulo IV. A proposta de ato normativo pode ser formulada por órgão da ANATEL, Conselheiro, Poder Executivo, Conselho Consultivo, Ouvidor, bem como por pessoa física ou jurídica (art. 63 do Regimento Interno). Trata-se de amplo reconhecimento de capacidade postulatória junto à Agência para exercício da competência normativa e, assim, satisfação do dever regulamentar. Sorteado o Diretor Relator, este tem a incumbência de encaminhar o processo ao Conselho Diretor, instruído com as críticas e sugestões derivadas da audiência e da consulta pública, quando houver, assim como aquelas formuladas pelos Comitês de consulta interna da Agência. Compete ao Conselho Diretor deliberar sobre a proposta normativa. O desenho do processo administrativo normativo pelo vigente Regimento Interno da ANATEL é simples, inserindo-se no contexto do Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR)⁸⁰⁸.

⁸⁰⁷ É o que se depreende de um dos “*considerandos*” da Deliberação 71/2011 da Diretoria Colegiada: “[c]onsiderando que há dois expressivos acórdãos do Tribunal de Contas da União - TCU que impactam a atividade da Superintendência de Fomento, além de diversas e importantes decisões sobre casos concretos que sinalizam e apontam posturas na regulação, na regulamentação e interpretação de normas”. Assim, a Deliberação determina que sejam tomadas providências que visem a: “[s]ubstituir mecanismos de controle formais por mecanismos mais simples e eficientes; Conferir maior celeridade na tramitação de processos, com redução do número de fases e procedimentos, diferenciação de graus de hierarquia na tomada de decisões, enfatizando a identificação de gargalos, a eliminação de retrabalho e de etapas que não agregam valor ao processo; Harmonizar atribuições e procedimentos entre as Superintendências, visando à aplicação eficiente de recursos; Facilitar a relação com o regulado, por meio de um melhor atendimento, de alterações de sistema que favoreçam a interface com o usuário externo, da maior transparência dos atos, da adequada recepção de documentos, e da divulgação de manuais de procedimentos e modelos de documentos; Identificar aperfeiçoamentos nas Instruções Normativas e outras normas que simplifiquem procedimentos e os tornem mais céleres”.

⁸⁰⁸ O PGR consiste em um plano traçado pela ANATEL em 2008 para aprimoramento da qualidade regulatória da Agência, o que abrange o processo administrativo normativo. São diversas as metas traçadas,

O que se permite recolher da análise desses procedimentos é a verificação, na esfera regulatória brasileira, da *atipicidade da função normativa*⁸⁰⁹. São diversas as metodologias e as técnicas de que se valem os entes públicos analisados para elaboração de seus regulamentos. No entanto, é possível reconhecer alguns elementos comuns dos processos administrativos normativos analisados, dos quais dois são destacados. Primeiramente, a decisão do processo administrativo normativo é tomada pela Diretoria Colegiada⁸¹⁰, o que determina variação entre a *instrução processual* e a *tomada de decisão administrativa*. Em segundo lugar, há significativo envolvimento da Procuradoria-Geral nos processos administrativos normativos⁸¹¹, o que aponta para a equiparação *dos profissionais do Direito* aos gestores públicos na elaboração normativa, determinando que o seu entrosamento com a elaboração normativa vá além do binômio permitido – proibido.

III.2.2.8. O ato normativo final: volume de produção normativa

O derradeiro aspecto do panorama que se traça neste trabalho sobre o processo administrativo normativo corresponde ao estudo mais detido do ato normativo final. Além de conhecer melhor sobre a prática regulatória normativa, essa frente de análise também dialoga com a doutrina da delegação legislativa no Direito Público.

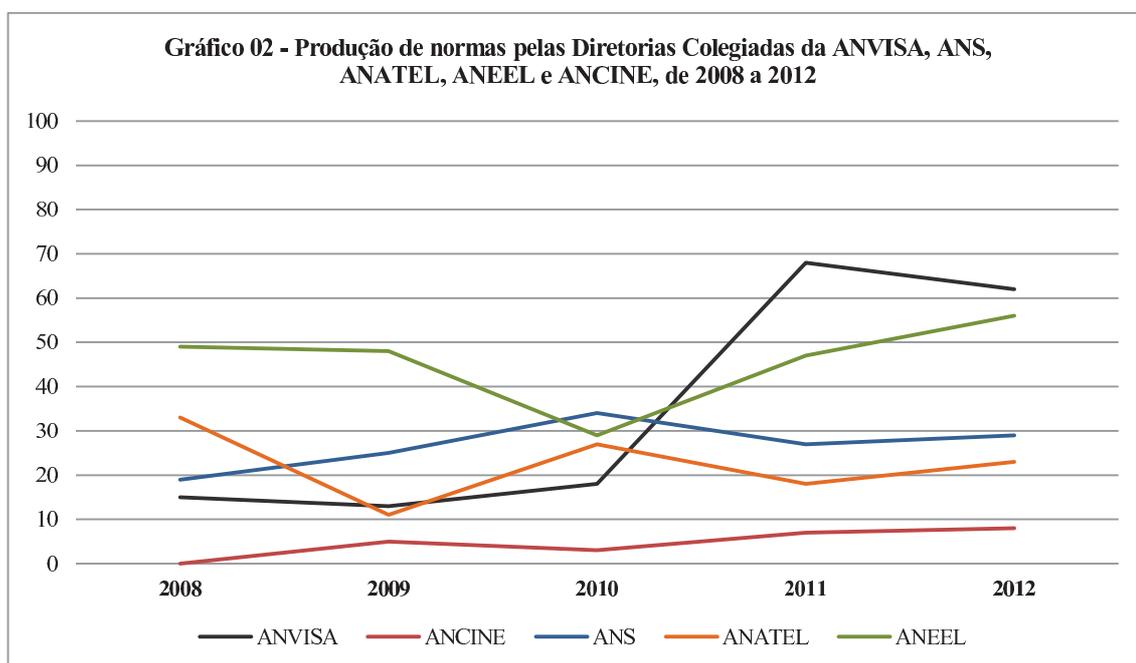
O gráfico abaixo demonstra a quantidade de normas editadas pelas Agências que dispunham dessa informação no período de 2008 a 2012:

mas as seguintes podem ser destacadas por terem direta relação com o exercício da competência normativa pela Agência: otimizar e fortalecer o papel regulador do Estado; atualização da regulamentação; simplificação da regulamentação com vistas à convergência; e fortalecimento da atuação do órgão regulador.

⁸⁰⁹ Nesse sentido também se posicionam CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA. Cf. **O Dever de Motivação na Edição de Atos Normativos pela Administração Pública**, 2011, p. 56.

⁸¹⁰ Cf. art. 18, inc. VI, do Regimento Interno da ANTAQ (Resolução 646/2006); RDC 56/2013 da ANCINE; art. 34 do Regulamento da ANS (Decreto 3.327/2000); art. 40, *parágrafo único*, Regimento Interno da ANATEL (Resolução 612/2013); art. 7º do Regulamento da ANP (Decreto 2.455/98); art. 13, inc. VIII, do Regulamento da ANTT (Decreto 4.130/2002); art. 2º, inc. II, do Regulamento da ANA (Decreto 3.692/2000); e art. 24, inc. VIII, do Regulamento da ANAC (Decreto 5.731/2006).

⁸¹¹ Cf. art. 25, inc. VI, do Regimento Interno da ANTAQ (Resolução 646/2006); art. 20, inc. II, Regimento Interno da ANEEL (Portaria MME 349/97); art. 22, inc. IV, do Regimento Interno da ANVISA (Portaria 354/2006); art. 9º, *parágrafo único*, da RDC 56/2013 da ANVISA; art. 16 do Regulamento da ANS (Decreto 3.327/2000); art. 13, inc. I, do Regimento Interno da ANP (Portaria 69/2011); art. 17, inc. VI, do Regulamento da ANTT (Decreto 4.130/2002); art. 6º, §4º, do Regulamento da ANA (Decreto 3.692/2000); e art. 28, inc. VI, do Regulamento da ANAC (Decreto 5.731/2006).



Fonte: Elaboração própria.

Muito embora o gráfico não reúna números de todas as Agências, é possível evidenciar que há significativas variações de volume normativo entre as instituições, bastando comparar os traçados correspondentes à ANCINE e à ANVISA. Esse dado corrobora para a necessidade de estabelecer programas normativos específicos para cada uma das Agências, às quais correspondem subsistemas particularizados.

Com relação à afirmação doutrinária de que às Agências Reguladoras é defesa a elaboração de políticas públicas ou normas que não disponham de expressa previsão legal, pois *administrar é aplicar a lei de ofício*, não é esta orientação o que se evidencia na prática.

A Instrução 519/2012 da CVM, por exemplo, regulamentou a Lei 12.431/2011, que dispõe sobre a atuação de agente fiduciário em emissões da mesma companhia. A Instrução 521/2012, por sua vez, passou a disciplinar a atividade de classificação do risco de crédito no mercado de valores mobiliários, atividade esta que não era objeto de regulamentação. Para tanto, foram normatizadas boas práticas internacionais à atividade de

rating no Brasil, bem como a atribuição de responsabilidade pela observância da Instrução 521/2012⁸¹². Com relação à elaboração de políticas públicas, indica-se, por exemplo, o controle do tabagismo pela ANVISA por meio da edição de atos normativos voltados a essa finalidade, que termina por se apresentar como efetiva política pública.

III.3. O processo administrativo normativo em construção no Brasil

O processo administrativo normativo no Brasil é, antes de tudo, um *instrumento em experimentação*. Embora disponha de previsão em algumas leis, o processo de elaboração normativa da Administração Pública é, curiosamente, uma construção regulamentar. Seja pela influência do sistema norte-americano na Reforma do Estado, seja pela demanda dos setores regulados, no âmbito das Agências Reguladoras as principais experiências brasileiras sobre o processo administrativo normativo se desenvolvem.

Como se pôde depreender da análise empírica, as experiências com o processo administrativo normativo variam significativamente de ente para ente da Administração Pública em termos de modo de efetivação da participação administrativa, procedimento, formalização do ato normativo final e volume de produção normativa. No entanto, constatou-se que algumas Agências apresentaram estágio de amadurecimento similar para manejo da competência normativa no processo administrativo – ANS, ANEEL, ANVISA e ANCINE –, notavelmente superior na comparação. O principal fator que levou ao aprimoramento dos processos normativos nessas Agências deve-se à existência de um programa de estímulo à qualidade regulatória, o que passa pelo desenho do processo normativo. Muito embora a prática seja limitada, pois concretada à análise de impacto regulatório, bons frutos envolvendo o processo normativo como um todo podem ser percebidos. Em grande medida, esse cenário aponta para a criação de uma instituição de aprimoramento do processo administrativo normativo como a ACUS norte-americana.

⁸¹² Tanto a Instrução 519/2012 quanto a Instrução 521/2012 foram apontadas pela CVM como “*normas de destaque*” na regulação do mercado de valores mobiliários brasileiro. Cf. **Relatório Anual 2012**, 2013, p. 70-71. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/port/relgest/RELATORIO_ANUAL_2012.pdf. Acesso em 10 de novembro de 2013.

O maior desafio à construção de uma prática efetiva do processo administrativo normativo no Brasil parece ser a compreensão de que este não é um tema circunscrito à regulação ou às Agências Reguladoras. O processo administrativo normativo é uma *obrigação que deve ser observada por todos os órgãos e entes públicos que detenham competência normativa*, quer disponham de regime jurídico especial, ou não, quer se encontrem no âmbito da Administração Direta ou Indireta. Não são as normas de estruturação do processo legislativo que devem orientar o exercício de competência normativa pela Administração Pública, mas sim as leis gerais de processo administrativo. *É chegado o momento de processualizar a atividade administrativa normativa no Brasil e construir o processo administrativo normativo brasileiro.*

Para tanto, o *Direito Administrativo Comparado*, na qualidade de método de investigação científica tem muito a contribuir. Neste Capítulo foi traçado paralelo com o sistema norte-americano em razão da longa tradição de estudo do *rulemaking*, em torno do qual foram construídas teses, práticas e toda uma linha de pesquisa empírica. Some-se a isso o fato de a experiência norte-americana já ser objeto de investigação no Brasil para desenvolvimento de alguns instrumentos relacionados ao processo normativo no Brasil, mas, infelizmente, ainda de forma descontextualizada e superficial. A construção do processo administrativo normativo no Brasil é um exercício de autorreflexão da gestão pública brasileira, o que demanda estudos empíricos para compreensão da complexidade envolta no exercício da competência normativa nos diversos setores. Porém, também é um exercício de compartilhamento de experiências com outros sistemas de direito administrativo. A União Europeia, por exemplo, encontra-se imersa em semelhante desafio que o Brasil quanto à construção do processo administrativo normativo, muito por conta da tradição de *civil law* na maior parte das Nações que a integram.

Nessa linha, cabe ao estudioso do Direito Administrativo ser, ao mesmo tempo, um comparatista e um empirista, sem recear fazer uso de métodos interdisciplinares. Esse é um dos caminhos para a construção do processo administrativo normativo no Brasil.