

PALMA, Juliana Bonacorsi. A proposta de Lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas, Sociedade Brasileira de Direito Público: São Paulo, 2018. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-Proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>>, acesso em 24.04.2018.

SICHES, Luis Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y legia "razonable"*, México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

ARTIGO 29

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º. (VETADO)

COMENTÁRIOS GERAIS AO DISPOSITIVO

COMENTÁRIOS AO ART. 29 DA LINDB¹

Gustavo Justino de Oliveira

1. A EXPANSÃO DA CONSULTA PÚBLICA: VETORES DE EFICIÊNCIA, RESPONSABILIDADE E LEGITIMIDADE DA ATIVIDADE NORMATIVA ADMINISTRATIVA

O caput do art. 29 da LINDB expande e generaliza o uso da consulta pública no ordenamento jurídico brasileiro para além da atividade administrativa decisória – prevista e reforçada pelo art. 26 da própria LINDB – passando a abarcar a edição dos atos normativos por autoridade administrativa, em qualquer órgão ou Poder.

Nos termos do art. 84, inc. IV, da Constituição de 1988, cumpre ao Poder Executivo “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, *bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução*” (g.n.). Trata-se do denominado *poder regulamentar*, espécie do gênero *poder normativo administrativo* definido

¹ Agradecimentos sinceros ao estagiário e acadêmico quintanista Eduardo Dumont Araújo, da excelente Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, pela prestimosa pesquisa e diligente revisão do presente texto.

por MEDAUAR como “faculdade de emitir normas para disciplinar matérias não privativas de lei”. Prosegue a juspublicista paulista, asserverando que “tais normas podem ter repercussão mais imediata sobre pessoas físicas, jurídicas, grupos, a população em geral, ou mais imediata sobre a própria Administração, podendo ter ou não reflexos externos”.²

Com efeito, expedientes democratizantes como a consulta pública detêm fortes potencialidades para imprimir maior qualidade aos atos normativos editados por autoridades administrativas no exercício dos poderes normativo e regulamentar. Entretanto, há de se buscar uma proceduralização mínima das consultas públicas com a finalidade precípua de evitar riscos de má utilização destes mecanismos participativos, muitas vezes empregados como meros recursos *pro forma*, que nada contribuem para o aperfeiçoamento da ação pública. Reside justamente aqui o caráter inovador e transformador do art. 29, caput e §1º, da LINDB.

Ao lado da audiência pública, a consulta pública é mecanismo de participação popular na Administração pública previsto na Lei federal n. 9.784/99, diploma legislativo que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Segundo o art. 31 da Lei Federal de Processo Administrativo, “quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada”.

Porque inserida na fase processual de instrução, a finalidade primordial da realização de consultas públicas é, sob o ponto de vista da Administração pública, a de angariar por escrito ou por via eletrônica – mas sempre em momento anterior à tomada de decisão administrativa que envolva assunto de interesse geral – informações consideradas essenciais ou indispensáveis para o adequado tratamento da matéria. Obviamente o objetivo visado com a consulta pública é o de melhor instruir o processo administrativo, e viabilizar a tomada de uma decisão administrativa dotada de conteúdo de melhor qualidade e alinhamento aos anseios e interesses gerais da população, respectivamente imprimindo-lhe maior **eficiência e responsividade**.

Por outro lado, sob o ponto de vista do cidadão, empresa ou organização da sociedade civil interessada em fornecer dados e informações à Administração

pública, a finalidade da consulta pública é a de materializar e efetivar o direito fundamental à participação na gestão pública, influenciando ativamente a ação pública, conferindo assim maior **legitimidade** à decisão administrativa.

Portanto, a lógica promovida pelo uso da consulta pública é a de que, uma vez viabilizada adequadamente a participação do interessado no processo de tomada da decisão administrativa, a qualidade da decisão em si tende a aumentar, o que provavelmente facilitará a aderência e o cumprimento pelos seus destinatários do comando emanado pela decisão.

Assim, a inovação legislativa promovida pelo art. 29 da LINDB ora em comento refere-se (i) ao alargamento da consulta pública para a atividade normativa da Administração pública (p. ex., regulamentos, portarias, resoluções, etc) e (ii) ao possível emprego da consulta pública para a atividade administrativa normativa em geral, pois em situações específicas a consulta pública já era prevista no ordenamento pátrio, comumente envolvendo atividade normativa de Agências Reguladoras, caso pioneiro do art. 42 da Lei federal n. 9.472/97 referente à ANATEL,³ entre diversos outros diplomas legislativos.

Este conjunto de previsões legislativas que estimulam o uso amplificado e generalizado da consulta pública como mecanismo participativo inserido nos processos de tomada de decisão administrativa e de edição de atos normativos em geral – hoje compreendidos como parâmetros interpretativos para a criação e aplicação do direito público brasileiro nos termos dos artigos 26 e 29 da LINDB – alinha-se sobremaneira a um cenário institucional transformador da gestão pública brasileira, nos aspectos da Governança Pública, Democracia Administrativa e da maior institucionalização da participação popular.

Parece-me que o ambiente hoje prevaletente na Administração Pública brasileira já não é mais aquele de implementação de um modelo meramente burocrático ou mesmo exclusivamente gerencialista veiculado pela Emenda Constitucional n. 19/98, e sim do modelo de **Nova Governança Pública**.⁴ Pri-

² Art. 42. As 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.

³ Sobre Governança Pública, cf. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro. *Governança Pública na Administração Contemporânea*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2017; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Governança pública e parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública*. RBDP, Belo Horizonte, a. 6, n. 23, p. 137-144, out./dez. 2008; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Administração Pública brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988*. Fórum Administrativo – Direito Público, Belo Horizonte, a. 9, n. 95, p. 23-34, jan. 2009; OSBORN, Stephen P. (Ed.). *The New Public Governance: Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*. New York, Routledge, 2010 e WORLD BANK, *Governance and the Law*, 2017.

⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 143. Sobre o tema, cf. brilhante tese de doutoramento da Faculdade de Direito da USP, escrita por Juliana BONACORSI DE PALMA, intitulada “Atividade Normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo” (2014).

meiro, vieram a Lei federal n. 13.303/16 e o Decreto n. 8.945/16 estabelecendo novos padrões de atuação e controle para as empresas estatais, notadamente a partir das noções de governança e integridade. Depois, no plano federal, vem o Decreto n. 9.203/17 que amplia estes novos *standards* para a Administração direta, autárquica e fundacional, considerando governança pública “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesses da sociedade” (art. 2º, inc. I).

A finalidade maior da implantação de uma política de governança no setor público é imprimir a atualização dos controles internos frente ao que existe de melhor em termos de inovação no setor público, a cargo da própria gestão pública, sempre em prol da busca por maior qualidade dos resultados a serem atingidos pela Administração como um todo.

Existem outras leis e atos normativos que reforçam e evidenciam a busca atual pela implementação da Nova Governança Pública no Brasil, e dialogam com a pertinente expansão da consulta pública para a edição de atos normativos da Administração pública. Destaque para o art. 4º do referido Decreto n. 9.203/17, o qual explicita serem diretrizes da governança pública: “I – direcionar ações para a busca de resultados para a sociedade, encontrando soluções tempestivas e inovadoras para lidar com a limitação de recursos e com as mudanças de prioridades; (...) VIII – manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade; IX – editar e revisar atos normativos, pautando-se pelas boas práticas regulatórias e pela legitimidade, estabilidade e coerência do ordenamento jurídico e realizando consultas públicas sempre que conveniente; (...) e XI – promover a comunicação aberta, voluntária e transparente das atividades e dos resultados da organização, de maneira a fortalecer o acesso público à informação”.

Por seu turno, a consulta pública ao lado de outros mecanismos participativos como a audiência pública – a ela similar, porém mais episódica e que prestigia a oralidade – consubstanciavam e se relacionam no país com a **Democracia Administrativa**,⁵ compreendida como a democratização formal e material da estrutura e da função administrativas, a partir de critérios e parâmetros de legitimidade, responsividade e eficiência da ação administrativa (decisória e normativa), permanentemente vinculada aos valores constitucionais

e fortemente implementada por meio da efetivação do direito fundamental à participação popular na Administração pública.

Finalmente, para além do Texto Constitucional – o qual prevê e estimula a participação popular na Administração pública em inúmeros temas e matérias⁶ – a promulgação da LINDB, mormente seus artigos 26 e 29, acaba por reforçar a **institucionalização da participação popular** no sistema administrativo brasileiro, contexto em que a participação popular concomitantemente consagra-se como (i) direito fundamental, (ii) política pública, (iii) instituições participativas (p. ex. Conselhos Temáticos Participativos de Políticas Públicas) e (iv) técnica de eficiência administrativa a ser difundida no país.

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONSULTA PÚBLICA: POR QUE A VACATIO LEGIS DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS?

É de natureza discricionária a competência administrativa conferida pelo caput do art. 29 da LINDB a qualquer órgão ou Poder para, previamente à edição de seus atos normativos, viabilizar a manifestação de interessados para angariar informações por meio da realização de consultas públicas.

Primeiramente, ressalte-se que esta competência administrativa discricionária é conferida a todos os órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, naquilo que diz respeito ao exercício do poder normativo administrativo (“edição de atos normativos por autoridade administrativa”). Como a LINDB tem caráter amplo e geral, todo e qualquer órgão de controle da atividade administrativa, como Tribunais de Contas e Ministério Público, também deverão considerar a oportunidade e pertinência de realizarem consultas públicas antes da edição de seus atos normativos que tenham caráter geral.

Em segundo lugar, excluem-se do âmbito material de incidência desta competência discricionária, os atos normativos “de mera organização interna”, mais relacionados ao exercício do denominado poder hierárquico, e portanto afetos aos interesses ordinatórios de coordenação e subordinação internos do próprio órgão, normalmente não gerando efeitos para fora do seu espaço interno. O poder normativo administrativo pressupõe e decorre do poder hierárquico da Administração pública, razão pela qual parece razoável não se cogitar da realização prévia de consultas públicas para editar tais atos normativos.

5

Cf. trabalho precursor sobre o tema de MEDAUAR, Odele. Administração pública ainda sem democracia. *Problemas Brasileiros*, São Paulo, a. 23, n. 256, p. 37-53, mar./abr. 1986. Para aprofundar o tema, ver OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

6

Por todos, cf. nosso Administração Pública Democrática e efetivação de direitos fundamentais. CLIVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PACILARINI, Alexandre Coutinho (Coords.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 307-329.

Embora trate-se de uma opção discricionária e não vinculada da autoridade administrativa competente, uma vez dado início ao processo de consulta pública a partir das regras firmadas pelo órgão – o caput do art. 29 é categórico ao determinar que a consulta pública, aqui compreendidos seu processo, fases, conteúdo e resultado final – “será considerada na decisão”. Tal estipulação afina-se plenamente com a lógica da participação popular na gestão pública, uma vez que por meio da consulta pública o órgão permite a manifestação dos interessados (considerados principalmente aqueles que serão os destinatários da norma a ser editada) mas ao mesmo tempo angaria informações, dados e documentos tidos como essenciais ou pertinentes para a edição de um ato normativo de melhor qualidade (eficiência da atividade normativa administrativa).

Materializam-se aí as garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal administrativos (art. 5º, incs. LIV e V, da Lei Maior), em uma dimensão mais coletiva do que individual (o tema comumente envolverá interesses gerais), com a finalidade de se conferir maior legitimidade e responsividade, e por isso o processo normativo obrigatoriamente terá de considerar a consulta pública em toda a sua extensão, para fins de configuração e edição do correspondente ato normativo.

Nesse particular, cumpre referir-se ao veto presidencial ao §2º do art. 29, que originalmente prescrevia: “É obrigatória a publicação, preferencialmente por meio eletrônico, das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo”. As justificativas do veto foram no sentido de que embora elogável a intenção do legislador, a extensão da regra (publicação das contribuições trazidas pela consulta, bem como sua análise pelo órgão competente), “poderia tornar extremamente morosa e ineficiente a sistemática por parte dos órgãos ou Poderes, ou mesmo retardar sua implementação, indo de encontro ao interesse público e recomendando, assim, o veto do parágrafo”.

A rigor, a regra do §2º seria ideal, pois a garantia do contraditório exige não somente a informação necessária para a oferta de um ponto de vista antagônico em relação aos fatos que devem ser ponderados, mas também ciência de que os argumentos trazidos pelo interessados foram devidamente considerados na decisão final. Todavia, ao menos nesta fase mais imediata das inovações advindas da LINDB, e mesmo considerando tratar-se a realização (ou não) de consultas públicas uma competência discricionária da autoridade administrativa, impende asseverar que a democratização da estrutura e do funcionamento da máquina administrativa exige tempo, energia e planejamento por parte dos órgãos públicos.

O incentivo às consultas públicas foi institucionalizado pela LINDB, porém a sua implementação vai implicar mudanças estruturais e culturais no modo de exercício das competências normativas pelos órgãos e autoridades administrativas. Com efeito, o veto à regra emanada pelo §2º por ora revela-se pertinente, sem prejuízo de ser discutida oportunamente a sua reinserção na LINDB. Ademais disso, considerando-se que a consulta pública integra processo de natureza normativa, como se trata de uma dimensão mais coletiva do contraditório, não necessariamente a efetivação desta garantia demandará a análise de cada uma das ponderações e/ou sugestões de cada um dos interessados, mas exclusivamente uma análise mais geral do conjunto dos argumentos colhidos no transcurso da consulta pública.

Finalmente, no mesmo sentido acima vão as ponderações acerca do cabimento da estipulação de uma *vacatio legis* especial para o art. 29, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da publicação oficial do texto legislativo (parte final do art. 2º da Lei federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018). A Lei Complementar n. 95/98, a qual dispõe sobre elaboração das leis, reserva a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão (art. 8º). Conferir-se competência administrativa discricionária para a realização de consultas públicas previamente à edição de atos normativos, para ser totalmente eficaz e efetiva, irá demandar um grande planejamento e programação por parte dos órgãos públicos, sendo absolutamente pertinente a previsão de uma vacância mais estendida para a aplicação do art. 29 da LINDB.

3. A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA CONSULTA PÚBLICA NA LINDB COMO GARANTIA FORMAL E MATERIAL DO DIRETO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

Finalmente, consentâneo com a ideia de que o art. 29 da LINDB, assim como o seu art. 26, expandiram o uso da consulta pública na Administração brasileira, visando a real implementação da Democracia Administrativa por meio da efetivação do direito fundamental à participação popular na estrutura e funcionamento dos órgãos e entidades públicas de todos os Poderes, a existência de um **mínimo procedimental** aplicável às consultas públicas revela-se absolutamente salutar.

Conforme consta no §1º do art. 29, a consulta pública deverá ser previamente convocada por ato formal. Este ato de convocação – provavelmente na forma de Edital – deverá ser tornado público, com o estabelecimento das condições para a realização da consulta. Algumas condições foram previstas no próprio art. 29, caput e §1º, sem prejuízo de outras que poderão ser previamente

estabelecidas pelo órgão ou autoridade competente. Uma condição explicitamente exigida na regra ora em comento diz respeito ao prazo de realização da consulta pública, o qual deverá ser razoável e adequado para que os interessados possam conhecer do tema e elaborar suas ponderações e sugestões de maneira efetiva. Outra condição é que o Edital, para ser considerado válido, deverá ser publicado contendo a minuta do ato normativo, também para fins de viabilizar a informação adequada para que os interessados possam dele conhecer e se manifestar a respeito.

A forma da consulta pública, nos termos do caput do art. 29 da LINDB, será preferencialmente eletrônica, também devendo observar “as normas legais e regulamentares específicas, se houver”, nos termos do §1º do mesmo artigo. Em outras palavras, o processo de consulta pública deverá observar diligentemente o devido processo legal previamente estabelecido para a realização de consultas públicas naquele órgão ou entidade administrativa, sob pena de macular de vícios insanáveis todo o processo e resultado da consulta pública.

Todas as regras, condições e requisitos fixados pela LINDB e pelos atos normativos que estabeleçam regras para a realização da consulta pública integram no seu conjunto o **devido processo legal da consulta pública**, uma procedimentalização que configura formal e materialmente autêntica garantia da efetivação do direito fundamental à participação popular na gestão pública, aplicável para a melhoria dos processos de edição dos atos normativos administrativos de todos os Poderes.

Em face do exposto, louváveis e salutares são as inovações trazidas pela LINDB, sobretudo ampliação e intensificação, por meio de reais incentivos da participação popular no exercício das competências normativas administrativas de todos os Poderes, especialmente sob a forma de consultas públicas. Tais inovações, ao prestigiarem a legitimidade, responsividade e eficiência dos atos normativos administrativos, servem de reforço das bases formais e materiais do Estado de Direito Democrático em nosso país, tornando mais possíveis e cotidianas – e não somente ideais e episódicas – as tratativas dialógicas entre o Estado e a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONACORSI DE PALMA, Juliana. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. *Atividade Normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo*, São Paulo, 2014.
- CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro. *Governança Pública na Administração Contemporânea*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FRETAS, Rafael Vêras de. *A função normativa da administração e a Lei n. 13.655/2018*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/opiniao-funcao-normativa-administracao-publica-lindb>>.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19ª ed. São Paulo: RT, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Administração pública ainda sem democracia*. Problemas Brasileiros, São Paulo, a. 23, n. 256, p. 37-53, mar./abr. 1986.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*, 3ª edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2007.

NOHARA, Irene. MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei n. 9.784/99 comentada*. Editora Atlas. São Paulo, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Administração Pública brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988*. *Forum Administrativo – Direito Público*. Belo Horizonte, a. 9, n. 95, p. 23-34, jan. 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança pública e parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. *RBDP*, Belo Horizonte, a. 6, n. 23, p. 137-144, out./dez. 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Administração Pública Democrática e efetivação de direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clenerson Merlim; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coords.) *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 307-329.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OSBORNE, Stephen P. (Ed.). *The New Public Governance? Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*. New York, Routledge, 2010.

WORLD BANK, *Governance and the Law*, 2017.

INSTITUTOS, CONCEITOS E ELEMENTOS DO DISPOSITIVO

CONSULTA E AUDIÊNCIA PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES SOBRE

O ART. 29 DO DECRETO-LEI N. 4.657/1942 (LEI DE

INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO)

Alexandre Levin

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.655/2018 promoveu relevantes modificações no texto do vetusto Decreto-lei n. 4.657/1942, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB).

A LINDB é um *direito coordenador de direito, um conjunto de normas sobre normas*.⁷ Contém prescrições sobre a aplicação da lei no tempo e no espaço

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v.1: teoria geral do dir. civil*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58-59.