

JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X
91771807179000 0 01232
Edição 123 - Outubro de 2010
R\$ 16,90

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI
PRESIDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

A LEI DA FICHA LIMPA SOB A VISÃO DE UM JURISTA

Editorial: AS ESPERANÇAS COM O NOVO CHEFE DA NAÇÃO

AUDIÊNCIAS E CONSULTAS PÚBLICAS: O CONTRADITÓRIO COMO REQUISITO DE VALIDADE FORMAL DO ATO NORMATIVO REGULATÓRIO

Cesar Luis Pereira de Campos
Procurador Federal

A intervenção estatal na economia pelo mecanismo das agências reguladoras foi uma importante etapa da reforma do Estado brasileiro promovida a partir de 1995. Sua implementação visava promover uma despolitização do processo decisório na disciplina de setores econômicos estratégicos, como os ligados à energia, à telefonia e ao petróleo. Um dos objetivos da reforma era atrair investimentos privados, com a criação de um ambiente regulatório menos influenciado pela lógica político-eleitoral e mais voltado para uma gestão técnica e imparcial. A ideia era de que o Estado atuaria de forma mais eficiente como regulador do que como executor direto da atividade econômica. Posteriormente, o modelo das agências independentes também foi adotado para a regulação de outros setores relevantes, a exemplo da saúde suplementar e da vigilância sanitária.

No entanto, apesar de a pretendida autonomia ser salutar e até mesmo necessária, o exercício da função normativa pela Administração Pública, notadamente pelas agências reguladoras, encontra limites e condições, de ordem formal e material. Como um dos requisitos formais de validade do ato regulatório, pode se sustentar, com base no direito constitucional ao contraditório e nas normas gerais do processo administrativo, que qualquer entidade da Administração Pública, em todas as esferas de governo (federal, estadual, municipal e distrital), tem o dever de possibilitar a manifestação prévia de todos aqueles que tenham direitos ou interesses substancialmente afetados por um ato normativo

seu, independentemente de haver previsão legal específica impondo-lhe essa obrigação.

É desse dever que surge a necessidade de se processualizar a produção de normas regulatórias, não apenas para preservar o interesse individual daqueles a serem afetados pela regulação, como também o interesse público, garantindo que os demais princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública sejam observados.

Em última análise, independente da existência ou não de previsão legal expressa, o devido processo administrativo na regulação — que possibilita a concretização do exercício de garantias constitucionais —, deve sempre ser respeitado, sob pena de o ato regulatório constituir-se sob vício de validade formal. É nesse contexto que as audiências e consultas públicas tornam-se importantes instrumentos nas hipóteses em que o ato normativo extrapole matérias *interna corporis* da agência reguladora, impactando direitos materiais e obrigações dos agentes e usuários do setor regulado.

Limites Constitucionais ao Exercício da Atividade Regulatória

As agências reguladoras, ao expedirem uma norma, ainda que criadora de direitos e obrigações, na realidade não atuam no mesmo patamar do legislador ordinário, mas sim em nível hierárquico inferior e, portanto, se subordinam não apenas à legislação que as instituiu, mas a toda estrutura superior do ordenamento jurídico, nela incluídos, logicamente, os



princípios constitucionais. Ou seja, para serem válidas, as normas regulatórias precisam respeitar, além da legislação específica que lhes é aplicável, as normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes ao exercício geral da atividade administrativa, bem como aos regulamentos expedidos pelo Chefe do Executivo.

Subsidiariedade

Dentre os princípios que orientam a intervenção econômica estatal, destaca-se o da subsidiariedade. Derivado dos princípios da proporcionalidade e da ponderação, a subsidiariedade prega o caráter excepcional da intervenção do Estado na economia. A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso IV, trata a livre iniciativa — juntamente com os valores sociais do trabalho —, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Portanto, a restrição desse valor fundamental pela regulação estatal somente pode ocorrer, segundo o princípio da subsidiariedade, de forma supletiva, i.e, se a intervenção do Estado for estritamente necessária para que sejam alcançados os demais valores perseguidos na Constituição, diante da incapacidade da iniciativa privada em efetivá-los.

Eficiência

O exercício da atividade regulatória também sofre influência do princípio constitucional da eficiência, pressupondo o melhor alcance de resultados com os recursos disponíveis. Ou seja, envolve a utilização racional de recursos, bem como

preocupação com a efetivação das finalidades propostas, associando-se à noção de rendimento, de produtividade. Nesse contexto, destaca-se, por exemplo, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) como um importante instrumento (meio) para se obter maior eficiência e proporcionalidade na produção regulatória, na medida em que procura antever, por meio de estudos técnicos, os efeitos da regulação pretendida prevenindo potenciais danos à economia.

Proporcionalidade

No âmbito da regulação econômica, o princípio da proporcionalidade também adquire relevância ao pressupor que, para a validade da norma regulatória, ela deve ser: (i) *necessária*, promovendo a menor restrição possível da liberdade privada para alcançar as finalidades fixadas nos regulamentos, nas leis e na Constituição; (ii) *adequada*, como numa relação de causa e efeito, a norma deve ser apta a alcançar as finalidades exigidas pelo interesse público; e (iii) *proporcional em sentido estrito*, i.e, o custo da implementação da regulação deve ser menor que os benefícios esperados com a sua efetivação.¹

Porém, somente por meio de um devido processo administrativo que, sob a ótica da intervenção do Estado na economia, corresponde à processualização da atividade regulatória, é que a Administração Pública atenderá a proporcionalidade e os demais princípios incidentes sobre o exercício dessa função normativa, garantindo a efetividade das normas constitucionais que regem a sua atuação.



O Devido Processo Administrativo na Regulação

A possibilidade de participação de qualquer interessado no processo administrativo e o desenvolvimento de instrumentos que permitam o diálogo e a consensualidade nas decisões estatais assumem grande expressão no Estado contemporâneo. O fenômeno processual expande-se a todas as funções que exprimem a manifestação da vontade estatal, não mais se restringindo exclusivamente à função jurisdicional. O exercício do poder passa, assim, a vincular-se à existência de uma processualidade administrativa na qual estejam preservados princípios, preceitos e garantias apropriadas às relações inter-subjetivas que se formam no processo.

Esse exercício também se encontra limitado pelos fins previstos no ordenamento jurídico, “*implica deveres, ônus, sujeições, transmuta-se em função, o que leva o ordenamento a determinar o filtro da processualidade em várias atuações revestidas de poder*”,² como ocorre, por exemplo, na atividade regulatória, na qual uma entidade da Administração Pública indireta cria normas para determinado setor da economia,

restringindo a livre iniciativa dos agentes nele atuantes em prol do interesse coletivo.

Se a própria produção legislativa submete-se a um procedimento previsto em leis e na Constituição como requisito formal de validade, com muito mais razão o exercício da atividade regulatória necessita ser devidamente processualizado. Esse também é o posicionamento de MARÇAL JUSTEN FILHO que, inclusive, já ressaltou em mais de uma oportunidade que a procedimentalização da atividade administrativa “*deriva da Constituição Federal e da sua condição de instrumento inafastável de realização de garantias constitucionais democráticas*”.³

É, portanto, na formação do ato administrativo que o contraditório ganha relevo como instrumento de promoção da impessoalidade inerente à Administração Pública, pavimentando um dos caminhos para a redução do subjetivismo da vontade estatal.

Quem ataca a função normativa da agência reguladora habitualmente argumenta com a arbitrariedade e a falta de legitimidade das decisões por ela proferidas. Uma decisão que seja fruto de um processo administrativo que tenha

observado os princípios constitucionais supera esses vícios e, provavelmente, obterá maior efetividade e legitimidade perante os agentes regulados, com menor chance de impugnação judicial. Permite-se, dessa forma, que o regulado não seja limitado a uma postura passiva, de mera sujeição, e torne-se um participante ativo do processo regulatório, participando e contribuindo com a sua experiência prática para o aperfeiçoamento da decisão estatal. Desse modo, a processualização da atividade normativa confere à entidade reguladora maiores subsídios para a defesa de seus atos e transparência para o controle social e judicial.

Aliás, um processo decisório mais transparente e aberto à participação social é essencial à regulação econômica, pois desenvolve um ambiente onde a consensualidade, legitimidade e razoabilidade promovem a estabilidade e a redução do chamado “risco regulatório”, que é um dos custos considerados na avaliação de novos investimentos privados em determinado setor econômico.

Os Direitos Básicos da Lei n.º 9.784/99: Normas Gerais para a Administração Pública

No âmbito da Administração Pública Federal, o processo administrativo é disciplinado pela Lei n.º 9.784/99. Apesar de seu artigo 1º restringir sua aplicação à “Administração Pública Federal direta e indireta”, suas normas gerais e princípios também devem ser observados pelas Administrações Públicas das demais esferas de governo (estadual, municipal e distrital). MARÇAL JUSTEN FILHO, partindo da premissa de que a União detém competência privativa para legislar sobre direito processual (art. 22, I, CF) e concorrente para tratar de ritos procedimentais (art. 24, XI, CF), também coaduna dessa opinião, ao afirmar que “*as normas gerais e os princípios fundamentais contemplados na Lei federal n. 9.784/99 são de observância obrigatória para todos os entes federativos*”.⁴

A Lei n.º 9.784/99 traz diversas normas gerais que concretizam direitos constitucionais fundamentais, as quais não podem, portanto, ser restringidas somente ao âmbito federal, ainda mais se considerarmos que a intervenção estatal na economia pode ocorrer nas quatro esferas de governo e o fato de muitos municípios e estados possuírem (quando as possuem) leis sobre processo administrativo descompassadas com a evolução do direito constitucional.

O Direito Básico de Formular Alegações e Tê-las Apreciadas

Acerca do direito de participação no processo administrativo de produção de normas regulatórias, merecem destaque as normas gerais contidas nos artigos 2º, 3º e 9º da Lei n.º 9.784/99.

O artigo 2º, que positivou um rol de princípios norteadores do processo administrativo, é expresso ao determinar que a Administração Pública deve: (i) atuar conforme a lei e o Direito; (ii) divulgar oficialmente os seus atos; (iii) promover a adequação entre meios e fins, vedando a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

(iv) indicar os pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão; (v) observar as formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; (vi) adotar formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; e (vii) garantir os direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos.

O inciso II do artigo 9º confere a quem tenha direitos ou interesses que possam ser afetados por uma decisão da Administração — *mesmo que essa decisão se materialize num ato normativo* — legitimidade para atuar no processo como interessado, possibilitando, desse modo, o exercício do contraditório pelos direitos insculpidos no artigo 3º da Lei.

Esse terceiro enunciado, por sua vez, estabelece importantes direitos dos administrados, a exemplo de (i) “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos, conhecer as decisões proferidas”; e, (ii) em especial, “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”.

Para viabilizar o exercício desses direitos básicos, a realização de audiências e consultas públicas torna-se um importante instrumento, pois permite que as partes tenham ciência prévia do teor da regulação e possam formular alegações, contribuindo para o processo decisório. Em suma, constituem um rito para o exercício dos direitos insculpidos nos artigos 2º e 3º da Lei n.º 9.784/99.

Audiências e Consultas Públicas: sua Importância para um Contraditório Efetivo

Apesar de alguns sustentarem a inexistência de lei geral obrigando à realização de audiências e consultas públicas⁵ no processo de produção regulatória, defendendo ser facultativa a oitiva dos interessados na ausência de lei específica — muito embora a legislação instituidora de algumas agências estabeleça esse dever —, a Lei n.º 9.784/99 confere a qualquer administrado que venha a ter direitos ou interesses substancialmente afetados pela regulação criada por entidades de qualquer esfera de governo os direitos previstos nos incisos do seu já mencionado artigo 3º que, basicamente, instrumentalizam a garantia constitucional do contraditório.

Assim, não se pode condicionar a existência do direito ao contraditório à previsão legal das audiências e consultas públicas, uma vez que o contraditório pode ser exercido sob variadas formas. Em outras palavras, a existência de um direito não se condiciona à existência de previsão legal expressa de procedimento para seu exercício.

Outro ponto que merece esclarecimento é a identificação de duas partes distintas nas audiências e consultas públicas. De acordo com o artigo 31, §2º da Lei n.º 9.784/99, a participação na consulta pública é aberta não apenas aos interessados, mas a qualquer terceiro que queira dela participar, o que a lei ressalta, aliás, não lhe conferir, por si só, a condição de interessado no processo. Pode haver, portanto, dois atores distintos nas



Se a **própria produção legislativa** submete-se a um **procedimento previsto em leis e na Constituição** como **requisito formal de validade**, com muito **mais razão** o **exercício da atividade regulatória** necessita ser devidamente **processualizado**.



consultas e audiências públicas: (i) os *interessados*, que são aqueles que possuem direitos ou interesses a serem diretamente impactados pela futura decisão administrativa e que participam com fundamento não apenas no direito à participação social, mas também com base na garantia do contraditório e nos direitos previstos no artigo 3º c/c 9º da Lei n.º 9.784/99; e (ii) os *terceiros*, não afetados diretamente pela futura decisão, que participam da consulta ou audiência pública meramente contribuindo para sua instrução, numa atuação semelhante ao do *amicus curiae* do processo judicial.

A abertura do processo administrativo à participação de *terceiros*, sim, é facultativa no procedimento de consulta pública previsto na Lei n.º 9.784/99. Por sua vez, a abertura do processo administrativo à manifestação dos *interessados* — ou seja, daqueles que serão diretamente afetados pela decisão administrativa — é obrigatória e fundamenta-se não apenas no direito à participação social, mas também no direito constitucional ao contraditório e no disposto no artigo 3º c/c 9º da Lei n.º 9.784/99.

Trata-se de uma noção mais ampla de contraditório, que supera a tradicional associação à relação tripartite do processo jurisdicional. A própria legislação mais recente coaduna-se com essa postura ao reconhecer o contraditório na formação do ato regulatório. Por exemplo, a Lei n.º 11.182/2005, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), estabelece em seu artigo 26 que: “O processo decisório da ANAC obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, eficiência, moralidade e publicidade, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.”

Mas como o contraditório se manifesta no processo administrativo regulatório? Para responder a essa indagação,

precisamos lembrar que a regulação geralmente importa numa restrição da livre iniciativa, mediante a criação de deveres aos agentes econômicos. Conforme já mencionado, a atividade regulatória encontra-se adstrita ao princípio da proporcionalidade, que pressupõe a necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu* da decisão a ser tomada. O contraditório a ser formado no processo regulatório normalmente abrangerá um ou alguns desses três aspectos da proporcionalidade. E isso valerá tanto para os agentes econômicos do setor regulado, quanto para os usuários desse setor. De um lado, teremos a agência reguladora propondo uma minuta de normatização, na qual poderão ser criados direitos e obrigações tanto para os agentes econômicos, quanto para os usuários. Do outro, geralmente em posições contrapostas, teremos figurando essas duas outras partes, as quais possuem o direito de questionar a proporcionalidade da regulação a ser instituída, demonstrando, por exemplo, que existem alternativas menos restritivas ou custosas àquela proposta pela agência reguladora, ou questionando a própria adequação da norma para alcançar os fins por ela almejados.

Por conseguinte, nessas situações em que a regulação estabelece direitos e/ou obrigações, diante do espaço discricionário gerado para atuação da função administrativa normativa, encontraremos campo para um conflito dialético entre os interesses público e privado, exercido sob o prisma da proporcionalidade, da subsidiariedade e da eficiência, atraindo para sua composição a garantia constitucional do contraditório.

Deve-se ainda considerar que o ato administrativo normativo — que normalmente se origina de uma decisão colegiada da agência reguladora — pode produzir efeitos socioeconômicos amplos e afetar interesses individuais, coletivos

e difusos, resultando num grande número de pessoas e associações juridicamente interessadas, que podem participar do processo regulatório com fundamento nos incisos III e IV do artigo 9º da Lei n.º 9.784/99, e na garantia constitucional do contraditório.

Diante do grande número de partícipes, se faz necessário um rito que garanta aos interessados a oportunidade de exercerem efetivamente o contraditório, preservando, ao mesmo tempo, a celeridade e a economicidade do procedimento. Tendo em vista as limitações temporais e de custo enfrentadas pela Administração Pública nessas situações, as audiências ou consultas públicas, tornam-se uma alternativa viável para lidar com essa espécie de litisconsórcio multitudinário no processo administrativo.

As regras para a execução desses procedimentos administrativos devem ser positivadas pela autoridade reguladora, mesmo que internamente. Além disso, o procedimento deve ser regido por regras *simples* e *suficientes* para propiciar adequado grau de *certeza*, *segurança* e, principalmente, *respeito* aos direitos dos administrados, conforme orienta expressamente o artigo 2º, VI, da Lei n.º 9.784/99.

O artigo 27 da Lei de criação da ANAC, por exemplo, talvez por ter sido a última das agências a ser criada no âmbito federal, já sob uma concepção mais amadurecida, prevê a realização de audiência pública sempre que a regulação afetar direitos dos agentes econômicos, constituindo um importante parâmetro para demais entidades que pretendam regulamentar internamente seu processo decisório, *verbis*: “As iniciativas ou alterações de atos normativos que afetem direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários de serviços aéreos, serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANAC”.

Verifica-se, portanto, que a processualização da produção normativa não é um empecilho à atuação regulatória. Pelo contrário. O agente público necessita ter consciência do caráter legitimador que ele confere ao seu ato, bem como da efetiva contribuição que pode colher da oitiva dos partícipes e usuários do setor econômico sob o qual sua atuação incide. Não deve ser tratada como uma mera formalidade, mas sim como um direito de o interessado ter suas considerações efetivamente apreciadas e respondidas pela autoridade competente, conforme preceitua a parte final do inciso III do art. 3º da Lei n.º 9.784/99.

A própria noção de regulação econômica está ligada a uma atuação mais consensual do Poder Público. Aliás, essa evolução na atitude da Administração Pública foi bem identificada por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO: “A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (*eficiência*); propiciam mais freios contra o abuso (*legalidade*); garantem a atenção a todos os interesses (*justiça*); proporcionam decisão mais sábia e prudente (*legitimidade*); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (*civismo*); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (*ordem*)”⁶.

Conclusão

Os limites ao exercício da atividade regulatória e os princípios constitucionais atinentes à função administrativa atraem as garantias constitucionais do devido processo legal, obrigando à processualização e à abertura da produção normativa à oitiva das pessoas interessadas.

Nessas situações, a Administração Pública deve instituir um procedimento que respeite tais garantias e princípios, permitindo que atue de forma mais legítima, proporcional e eficiente.

A eventual ausência de norma expressa prevendo o direito de participação social na produção de normas reguladoras não pode servir de escusa para que a Administração Pública vede a manifestação das pessoas que terão direitos e interesses substancialmente afetados por aquelas normas, ou deixe de apreciar, de forma efetiva, tais manifestações, sob pena de constituir um ato com vício formal de validade.

As normas gerais da Lei n.º 9.784/99 concretizam as garantias constitucionais do devido processo legal e do direito de petição; e, nesse sentido, tornam-se uma importante diretriz a ser seguida pelas entidades de todas as esferas de governo, nas hipóteses em que as iniciativas regulatórias que, ao alterarem ou criarem direitos e obrigações, impactem substancialmente os agentes e usuários do setor regulado.

Sem prejuízo de uma abordagem jusfilosófica, baseada na democracia deliberativa de Habermas e no direito à participação social, é a partir desse arcabouço legislativo e principiológico constitucional que o processo para a formação do ato administrativo normativo e o direito de manifestação das partes interessadas tornam-se requisitos para a validade da decisão a ser tomada.

Diversas agências reguladoras — como a ANATEL, ANAC e ANP — instituíram procedimentos que, em linha com as normas gerais da Lei n.º 9.784/99, observam essas garantias, constituindo um exemplo que pode ser seguido por outras entidades das quatro esferas de governo para uma atuação mais democrática.



NOTAS

¹ CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório – elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 57.

² MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 32.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 225.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 226.

⁵ Uma diferença apontada pela jurisprudência entre audiência e consulta pública refere-se ao fato de que na primeira há a participação direta e verbal dos interessados e da sociedade em geral, ao passo que a segunda é mais formal, ao permitir uma participação apenas indireta, com a apresentação de peças e memoriais escritos. Decisão monocrática proferida pelo Des. Fed. Jirair Aram Meguerian do TRF da 1ª Região no AG 2008.01.00.070691-0/DF.

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 41.