

Art. 29 da LINDB

Regime jurídico da consulta pública

Article 29 of LINDB

Legal regime of the public consultation

Vera Monteiro¹

RESUMO

O estudo trata do art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que trata do regime geral da consulta pública como condição prévia para a edição de atos normativos por autoridade administrativa. O artigo sustenta que realizar consulta pública é um dever. O fundamento é o devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE

Processo administrativo – consulta pública – norma administrativa – autoridade administrativa – devido processo legal – dever de motivação.

¹ Professora da FGV Direito SP. Professora da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Doutora em Direito pela USP e Mestre em Direito pela PUC/SP. *E-mail*: <vera.monteiro@fgv.br>.

ABSTRACT

The scope of the study is article 29 of the Introductory Law to Brazilian Rules (LINDB), which objective is to create a general regime for the public consultation as a previous condition to the publication of rules by administrative bodies and authorities. The study sustains that it is mandatory to realize public consultation prior to public a new administrative rule. The argument is based on the due process of law.

KEYWORDS

Administrative procedures – public consultation – administrative rule – administrative body and authority – due process of law – duty of motivation.

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 conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§2º VETADO.

1. Introdução

Este trabalho analisa o art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incluído pela Lei nº 13.655, de 2018, que regulou a consulta pública como condição prévia para a edição de atos normativos por autoridade administrativa.

O tema não é novo, mas sua previsão em norma de caráter geral para o direito público confirma que a autoridade administrativa responsável pelo ato deve consultar os interessados, avaliar as manifestações recebidas e respondê-las para cumprir o dever de motivar o ato normativo. O artigo dissecou a anatomia desse dever, a função que a consulta pública exerce no seu cumprimento e aponta as consequências da sua não observância.

Não se trata de um trabalho sobre o processo de edição de atos de caráter normativo da Administração Pública, ou seja, sobre o modo do exercício de sua competência normativa.² É certo que o estudo da consulta pública tem relação com o tema da atividade administrativa normativa, mas com ele não se confunde. A consulta pública é uma das etapas do processo administrativo para edição de atos normativos, como também é o planejamento, a elaboração de estudos e a realização de análise de impacto regulatório.³

O artigo também não é um compilado sobre a experiência brasileira em matéria de consulta pública.⁴ O que pretendo demonstrar é o conteúdo da regra incluída na LINDB para, ao final, refletir sobre o seu impacto nas muitas normas esparsas existentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema.

2. O que pretende a norma

A partir do final da década de 1990 dois movimentos contribuíram muito para colocar a consulta pública nos debates do Direito Administrativo. O primeiro foi a edição das leis de processo administrativo, que passaram a reger os métodos de decisão na Administração Pública. Em especial, a Lei Paulista nº 10.177/98 (Lei Paulista de Processo Administrativo) e a Lei Federal nº 9.784/99 (Lei Federal de Processo Administrativo).

O segundo movimento a que me referi, e que impulsionou a realização de consulta pública no Brasil, foi o de criação de agências reguladoras, que nada mais são do que autarquias com processos próprios definidos em lei para regulação setorial. Há muitas normas sobre o tema, com algumas variações acerca das soluções que trazem. Via de regra, elas tomam emprestado o mesmo temário trazido pelas leis de processo administrativo, com algumas variações (grau de obrigatoriedade, forma de publicidade e fixação de prazos para manifestação dos interessados e resposta do ente público).

² Para uma visão abrangente sobre o processo normativo da Administração Pública brasileira, e sua confrontação com o paradigma do *rulemaking* norte-americano, v. Palma (2014).

³ Em junho de 2018 a Casa Civil da República publicou estudo por ela coordenado chamado *Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR)*. Trata-se de guia para ajudar as agências reguladoras (em especial, mas não só) a tomarem decisões com a garantia de maior transparência e certeza jurídica. A busca é de maior precisão regulatória, coerência entre soluções e problemas diagnosticados e robustez técnica de cada escolha. A consulta pública é uma das etapas do que o Guia chamou de “ciclo regulatório”. Para aprofundamento sobre o AIR, v. Valente (2013).

⁴ Para análise da experiência envolvendo consulta pública, v. Alencar (2017, p. 217).

Na Lei Paulista de Processo Administrativo, que foi a primeira lei de referência sobre processo administrativo no Brasil, a consulta pública é uma faculdade aberta à autoridade administrativa quando a matéria do processo envolver *assunto de interesse geral*, para que terceiros se *manifestem* no prazo fixado pela autoridade. A norma ressalva que a abertura da consulta não pode gerar prejuízo para a parte interessada no processo, o que supõe que a consulta pública pode surgir de processo com partes diretamente identificadas. Todos que contribuírem no prazo da consulta têm o direito de ter resposta fundamentada da Administração. Vejam-se os dispositivos que tratam do tema:

Lei Paulista de Processo Administrativo

Art. 31. 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.

§1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais. [...]

Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Na esfera federal, a Lei de Processo Administrativo, que acabou se tornando referência para estados e municípios que não têm lei própria sobre o tema,⁵ reproduziu, na íntegra, a mesma solução legislativa paulista.⁶ Em síntese,

⁵ Sobre a aplicação da Lei Federal de Processo Administrativo a estados e municípios, v. Di Pietro (2010, p. 185).

⁶ As normas sobre consulta pública da Lei Federal de Processo Administrativo são reprodução da Lei Paulista. Confira-se:
Artigo 28. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, autorizar consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

previram a consulta pública como instrumento (facultativo) à disposição da autoridade administrativa para colher manifestação de terceiros em assunto de interesse geral.

Há 20 anos, portanto, a consulta pública é instrumento de participação popular previsto na legislação brasileira para apoiar atividades públicas em geral, com potencial para contribuir para a qualidade da decisão de autoridade administrativa.

Rosolea Miranda Folgosi comentou o instituto da consulta pública logo nos primeiros anos de vida das agências reguladoras federais e foi muito feliz ao apontar que o diálogo que ela viabiliza deve se dar a partir da

ampla publicidade aos elementos que serão levados em consideração na elaboração do ato estatal. Minutas do ato, planilhas, explicações sobre a técnica, quantitativos esclarecimentos, depoimentos de técnicos, laudos técnicos etc., tudo deve ser aberto. Se a Administração Pública já tiver escolhas, deve demonstrar as razões e os motivos de tais escolhas, para que a sua discricionariedade seja avaliada.⁷

A grande novidade surgiu com a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que obrigou a submissão das minutas de *atos normativos* do setor de telecomunicações à consulta pública (art. 42).⁸

Fora deste setor (cuja submissão de ato normativos à consulta pública tornou-se obrigatória por lei), haveria uma obrigação geral no ordenamento jurídico brasileiro? Em sendo afirmativa a resposta, qual seria o seu fundamento? Este é o tema que será tratado no próximo tópico.

§1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que os autos possam ser examinados pelos interessados, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado no processo, mas constitui o direito de obter da Administração resposta fundamentada. [...]

Artigo 31. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação dos administrados deverão ser acompanhados da indicação do procedimento adotado.

⁷ FOLGOSI, 2004, p. 31.

⁸ Confira-se o dispositivo da Lei Geral de Telecomunicações: “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. O dever de motivação de ato normativo

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara foram os primeiros a afirmar que a Administração Pública está obrigada a motivar seus atos normativos. Para eles, decorre do *devido processo legal* o direito de os interessados conhecerem a fundamentação dos atos administrativos normativos produzidos.⁹ Advertem não ser razoável sustentar que a Administração se sujeite ao princípio apenas quando profere decisões individuais e concretas, estando imune à sua observância quando toma decisões de caráter geral, como quando edita atos normativos. Dizem que “a diferença de tratamento não faria sentido, pois, tanto numa situação quanto na outra, direitos individuais podem ser afetados”.¹⁰

Para atender o devido processo legal no curso da edição de um ato administrativo de caráter normativo é preciso que as decisões de caráter regulamentar sejam motivadas. Para além de arrolar artigos e incisos de leis ou normas constitucionais, dizem os citados autores, a Administração

deve explicar e expor os motivos que a levaram a decidir daquele modo e não de outro. Deve apontar os estudos de natureza técnica, econômica, científica que tenham servido de base para aquela regulamentação. A Administração deve, para resumir tudo numa só frase, expor de modo fundamentado as razões do ato normativo que expede.¹¹

Dito de outro modo, o *dever de motivação* que cabe à Administração na edição de *atos normativos* não é mero capricho, nem mera formalidade, é decorrência direta do art. 5º, LIV e LV, da Constituição de 1988.¹² Em razão

⁹ Rafael Hamze Issa afirma que o dever de motivação dos atos normativos deve abranger detidamente todos os aspectos técnicos, jurídicos e fáticos que foram levantados no procedimento administrativo, com a finalidade de que se possa compreender o que foi decidido. Além disso, diz que “a motivação deve ser certa e determinada para o caso concreto, sem que se possa valer de conceitos amplos e vagos, tais como ‘interesse público’, ‘saúde pública’ etc. como única ou uma das principais razões de decidir” (ISSA, 2015, p. 142). No mesmo sentido, v. Eduardo da Costa Lima Caldas Machado, para quem “a validade dos atos regulatórios expedidos pelas Agências Reguladoras, é peremptório que os mesmos sejam da fundamentação técnica. Além do mais, devem estar demonstradas a razoabilidade e proporcionalidade justificadora da decisão que atingirá todo um subsistema regulado” (MACHADO, 2016, p. 26).

¹⁰ SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p. 59.

¹¹ SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p. 59.

¹² Confira-se os dispositivos constitucionais: “Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

desses dispositivos constitucionais, se houver perspectiva de interferência da Administração Pública na esfera de direitos dos administrados, nasce o dever de motivação dos atos normativos da Administração.¹³

O dever de motivar atos administrativos normativos, a seu turno, só é legitimamente cumprido se a Administração der acesso a todos os elementos que embasaram a sua provocação regulatória. Portanto, dar acesso a todos os elementos que suportam a minuta de ato normativo é condição necessária para o exercício do *direito de defesa* dos interesses por ela atingidos.¹⁴

Apesar de a Constituição ter se preocupado com o detalhamento apenas do processo legislativo, ela determinou a aplicação do devido processo legal também no âmbito administrativo. Decorrem do devido processo legal na esfera administrativa as garantias ao contraditório e à ampla defesa, que permite aos interessados conhecer a fundamentação dos atos normativos por ela produzidos.

O art. 20 da LINDB, por sua vez, reforçou que motivar, com base nos dados do processo, é um dever das decisões administrativas (publicar um ato normativo é decidir). Ao estabelecer que na esfera “administrativa... não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, o art. 20 fortaleceu a ideia de que não serão aceitas motivações vazias, apenas retóricas ou principiológicas. O voluntarismo deve ceder à adequada instrução do processo.¹⁵ A LINDB toda, aliás, é a reafirmação do dever de motivação.

Contudo, vale o alerta de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara de que o ônus da motivação prévia, detalhada e de conteúdo de ato administrativo normativo só é exigível quando há, diretamente, perspectiva de confronto com a esfera de direitos dos administrados. Nas palavras dos autores:

¹³ Em 2014 foi editado o Decreto Federal nº 8.243 que instituiu a Política Nacional de Participação Social e o Sistema Nacional de Participação Social. A norma vai no mesmo sentido de reconhecer que a consulta pública não é formalidade inútil. Deve haver a sistematização das contribuições recebidas e o compromisso de resposta às propostas apresentadas (art. 17).

¹⁴ Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas afirmam que, em decorrência do art. 5, LV da Constituição, a obrigação de que ato administrativo de efeito normativo seja praticado num “ambiente permeado pela processualidade administrativa”. Devem ser aferidos os impactos, equilibrados interesses e comparadas alternativas (MARQUES NETO, FREITAS, 2018). No mesmo sentido, sobre a consequência do art. 5º, LV da Constituição nos processos normativos da Administração Pública, v. Alencar (ob. cit., p. 223) e Torreão (2011).

¹⁵ Carlos Ari Sundfeld e José Guilherme Giacomuzzi, em artigo que comentam a LINDB, afirmam que “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as circunstâncias práticas da decisão”, e avaliadas as “possíveis alternativas”. É, segundo os autores, é “considerar o mundo real para aplicação do Direito” (SUNDFELD; GIACOMUZZI, 2018).

Excluem-se desse rol, portanto, os atos regulamentares de caráter interno, como são, por exemplo, os de organização administrativa e os que aprovam normas de licitação. Outra categoria em que, por ausência de terceiros titulares de direitos atingidos, não há obrigação de apresentar motivação de conteúdo, envolvem os atos que instituem um marco regulatório original em setores nos quais ainda não sejam encontrados interessados. A regulação original de um novo serviço público e a disciplina regulamentar sobre o uso de um bem público até então inacessível ao uso privativo de particulares constituem alguns exemplos de situações desse gênero.¹⁶

Porém, a exclusão dos atos regulamentares de caráter interno do dever de motivação prévia não significa, em absoluto, a liberação do dever de realização de consulta pública. Uma coisa é não precisar motivar previamente tais atos para fins da consulta pública. Outra, bem diferente, é concluir que eles podem ser publicados sem prévia consulta. Isso não é aceitável. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas apontam corretamente que a consulta pública se tornará obrigatória sempre que a minuta de ato normativo colida com a esfera de direitos dos administrados. Dão como exemplo um normativo que interdite a exploração de uma substância que é o insumo principal de uma indústria.¹⁷

4. Realizar consulta pública é um dever

Qual seria, então, diante da afirmação do dever de motivação dos atos administrativos normativos, o papel da consulta pública?

A consulta pública é o caminho (o procedimento,¹⁸ portanto) por meio do qual se materializa a efetiva motivação dos atos normativos da Administração.¹⁹

¹⁶ SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p. 60.

¹⁷ MARQUES NETO, FREITAS, 2018, p. 2.

¹⁸ Marcos Augusto Perez define consulta pública como “procedimento”. Para ele, é o “procedimento de divulgação prévia de minutas de atos normativos (de interesse geral), visando que, no prazo determinado pela Administração..., todos os eventuais interessados ofereçam críticas, sugestões de aperfeiçoamento ou peçam informações e resolvam dúvidas a seu respeito. A Administração tem o dever de documentar todas as consultas e responde-las publicamente, antes de tomar sua decisão final, de modo a instruir e fundamentar o processo decisório” (PEREZ, 2004, p. 177).

¹⁹ André Cyrino aponta que “quanto maior a processualidade exigida para o exercício do poder regulamentar, menor será a necessidade de detalhamento legislativo..., o processo

Ainda que haja outros instrumentos de participação popular no processo administrativo, a consulta pública é instrumento fundamental para ouvir e dialogar. O cumprimento do dever de motivação surge do diálogo que só a consulta pública propicia.²⁰ É válido dizer, portanto, que a Administração Pública tem o dever de realizar consulta pública prévia à publicação de ato administrativo normativo. Sem ela, a motivação do ato administrativo normativo seria unilateral – e não pode ser. Mesmo sendo exercício de uma competência discricionária, sua justificativa não é dispensável.²¹ Os terceiros interessados têm o direito, garantido na Constituição, de defender seus interesses. É, em suma, a aplicação do devido processo legal no processo administrativo.²²

Um exemplo hipotético ajudar a enxergar a obviedade do que se está afirmando. Tome um processo administrativo com potencial para aplicação de sanção (p.ex., multa por uso irregular da propriedade urbana, em desacordo com a legislação de uso e ocupação do solo). Ninguém duvidará que, para que a Administração municipal possa efetivamente sancionar o proprietário imobiliário, ela precisará abrir processo administrativo, notificar o interessado, dar-lhe oportunidade de defesa para, só então, decidir com base nos elementos produzidos nos autos. Sem isso, a decisão é inválida por não observar o devido processo legal.

Agora suponha que a mesma Administração municipal, diante das novas tecnologias, queira disciplinar o transporte individual privado remunerado de passageiros, criando exigências, por decreto, relativas aos aplicativos de intermediação do serviço de transporte. Tal como no caso do processo

administrativo é um grande trunfo que o legislador possui para dirigir a vontade administrativa a fins democráticos. Por meio do processo, incrementa-se a participação, possibilita-se a consideração de pontos de vista diversos e legitima-se a ação governamental” (CYRINO, 2018, p. 253).

²⁰ Sérgio Varella Bruna aponta que não haveria nenhum sentido em a lei prever a possibilidade de serem realizadas consultas ou audiências públicas, “se a autoridade não estivesse obrigada efetivamente a examinar as contribuições dos interessados, acatando-as ou não, sempre de forma fundamentada”. Procedimentos normativos da Administração e desenvolvimento econômico (BRUNA, 2002, p. 256).

²¹ A consulta pública é uma das etapas da produção normativa/regulatória, como aponta Marçal Justen Filho. Para ele, “Não é válida decisão regulatória resultante de cogitações puramente subjetivas. Justamente por isso, a validade da regulação depende da observância de um procedimento adequado a identificar os problemas, a avaliar consequências das soluções cabíveis, a permitir a ampla discussão das propostas e a demonstrar que a escolha adotada é a mais satisfatória. [...] Em suma, a competência discricionária não legitima decisões impen-sadas ou mal formuladas” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 669-670).

²² Cf. SUNDFELD, 2006.

administrativo sancionatório, ela não pode proferir a decisão (ou seja, publicar o decreto) sem prévia consulta pública aos interessados. A publicação da consulta pública, neste exemplo, com todos os estudos realizados pela prefeitura, equivale à notificação inaugural do processo sancionatório. Ela oportuniza que os interessados se manifestem sobre o conteúdo na minuta de norma administrativa. Noutras palavras, permite o exercício do direito de defesa pelos interessados.

Assim como o proprietário do imóvel só pode ser sancionado pela prefeitura após sua defesa e efetiva consideração de seus argumentos e elementos de prova, a mesma prefeitura só pode publicar o decreto cogitado depois de ouvir os interessados e efetivamente considerar suas manifestações e estudos apresentados. As razões de decidir, no primeiro caso, estarão nos motivos de fato e de direito assumidos pela autoridade para editar o ato administrativo sancionatório. No segundo caso, as razões de decidir não estarão no próprio ato administrativo normativo; os motivos que suportam a nova norma estarão na avaliação e resposta às contribuições recebidas durante a consulta pública, as quais devem permanecer à disposição de quaisquer interessados.²³

Portanto, os interessados atingidos por ato administrativo normativo encontram fundamento jurídico no devido processo legal para obrigar a Administração Pública a realizar consulta pública previamente à publicação da nova norma. Consulta pública é exigência geral de participação da sociedade nos processos, necessário para justificar e motivar a deliberação.

Como, então, explicar o art. 29, que textualmente diz que atos administrativos normativos *poderão* ser precedidos de consulta pública?

O texto original do artigo, antes de ter sido alterado no Congresso, tinha a seguinte redação:²⁴ “Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, *será* precedida de consulta pública para *manifestações escritas* de interessados, a qual será considerada na decisão”.²⁵

A proposta original não foi mantida porque realizar consulta pública dá (muito) trabalho ao gestor. Considerar e responder todas as considerações

²³ Ao tratar do direito tributário, Carlos Ari Sundfeld tratou da LINDB e da necessária motivação da norma: “A ausência de consulta pública, de ampla discussão de todos os aspectos envolvidos, impede a adequada motivação da norma administrativo-tributária e tende a gerar obscuridades que, por mínimo dever de coerência, terão de ser interpretadas contra a administração” (SUNDFELD, 2018).

²⁴ No projeto de lei, a consulta pública correspondia ao art. 28.

²⁵ Como anota Marcos Perez, a intenção do art. 29 era uniformizar o tema e estabelecer a obrigatoriedade da consulta pública (PEREZ, 2015, p. 40).

recebidas demanda tempo e trabalho árduo, incluindo a disposição para rever posicionamentos e ideias. Não acredito que a mudança da redação tenha sido originada por um movimento parlamentar contrário à consulta pública.²⁶ É mais realista crer que o ônus decorrente da obrigatoriedade, que consome tempo e muito esforço, pautou a deliberação – e não a obrigatoriedade em si.²⁷

Contudo, é preciso interpretar o art. 29 a partir de sua redação final. Nessa linha, há dois bons argumentos para afirmar que o *poderá* deve ser lido como dever (e não poder). O primeiro decorre da própria exceção prevista no *caput* do dispositivo. De fato, só faria sentido haver uma exceção se houvesse um dever, de modo que a ressalva feita aos atos “de mera organização interna” fortalece o dever de realização de consulta pública prévia relativamente aos atos administrativos normativos.

Além disso, a LINDB trouxe uma única regra de transição, prevista no seu art. 2º, segundo a qual a vigência do art. 29 só se dará após decorridos 6 meses de sua publicação (realizada em 25 de abril de 2018).²⁸ Só há um sentido possível para a postergação da vigência do art. 29: se a realização de consulta pública para a publicação de atos normativos fosse obrigatória.

Interpretar a facultatividade do art. 29 como um poder-dever não é algo tão inusitado assim. Mesmo com relação à Lei Federal de Processo Administrativo (art. 31), Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara já diziam que, apesar de estabelecer uma faculdade, ela jamais poderá ser vista como uma autorização para que a Administração venha a editar atos normativos sem consultar previamente as pessoas cujos direitos serão atingidos. Nas palavras dos autores:

²⁶ O efeito benéfico de concretizar a participação popular na formulação de normas, realizando, inclusive, o princípio constitucional da soberania popular. Cf. Tebet (2016).

²⁷ Aliás, vale mencionar o veto havido ao §2º do art. 29. O dispositivo dizia que “É obrigatória a publicação, preferencialmente por meio eletrônico, das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo”. As razões de veto são as seguintes: “Configura-se de todo louvável o comando do dispositivo de tornar obrigatória a publicação das contribuições oriundas das consultas públicas que precedam a edição de atos normativos. Não obstante, a extensão dessa obrigatoriedade à publicação também das respectivas análises, e de modo concomitante à edição do respectivo ato normativo, 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.”

²⁸ Confira-se o dispositivo: “Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, salvo quanto ao art. 29 acrescido à Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), pelo art. 1º desta Lei, que entrará em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.”

A opção prevista em Lei diz respeito à realização de procedimento participativo que envolva a sociedade de um modo geral. No que tange à participação dos afetados diretamente, a Lei é peremptória ao assegurar o direito de prévia manifestação (art. 3º, III, da Lei de Processo Administrativo Federal, supratranscrito). Assim, ao editar normas que tenham reflexo direto na esfera de direitos dos administrados, a Administração deve necessariamente colher a manifestação individualizada dos afetados diretamente pela medida, podendo fazê-lo (faculdade) por intermédio de mecanismos abertos ao público em geral (como são a audiência pública e a consulta pública).²⁹

A esta altura não resta mais dúvida de que o art. 29 da LINDB trouxe um dever, e não uma faculdade. Por decorrência direta da Constituição Federal (art. 5º, LIV e LV) a Administração Pública não pode publicar ato administrativo normativo sem a devida motivação. Para cumprir esse dever, ela deve disponibilizar a minuta de norma e os elementos que lhe dão suporte, ouvir os interessados e responder circunstanciadamente. Sem isso, haverá decisão administrativa sem motivação ou com motivação vazia.³⁰

A consulta pública surge, então, como requisito de validade do ato administrativo normativo. A falta de consulta pública (ou a realização de consulta pública vazia de sentido), e a consequente omissão da Administração Pública, afeta a validade da norma, por implicar em ausência de motivação. Sem isso, o controle fica prejudicado (verificação acerca da existência ou não de motivação e da congruência das variáveis que conferem racionalidade ao processo normativo). Como diz Vitor Rhein Schirato,

É um ônus da Administração reguladora a apresentação pormenorizada dos fundamentos de sua decisão, atestando sua razoabilidade e sua compatibilidade com a situação fática subjacente. Não há que

²⁹ SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p. 63. No mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marque Neto e Rafael Vêras de Freitas (2018, p. 1) afirmam que decorre da Lei Federal de Processo Administrativo o dever de motivação qualificada das manifestações de vontade administrativa (tanto para atos administrativos de natureza concreta quando os de natureza normativa).

³⁰ Nas palavras de Rafael Hamze Issa: “a agência reguladora deverá analisar todas as manifestações ofertadas pelos interessados, com a exposição motivada a respeito da opção adotada, tendo em vista que de nada adiantaria estabelecer-se um procedimento amplo e com a participação de diversos interessados, se a agência viesse posteriormente a selecionar as manifestações sobre as quais irá tecer comentários” (ob. cit., p. 141).

se falar, em hipótese alguma, em presunção de validade dos atos administrativos regulatórios. Sua validade e sua aplicabilidade ao caso concreto devem ser explicitados pela Administração Pública.³¹

No mesmo sentido, assevera Alexandre Santos de Aragão: “A não observância da participação é causa invalidadora do ato normativo expedido”.³² E, conseqüentemente, pode levar ao desfazimento da norma pelo exercício do controle judicial.³³

A propósito, lembro que na redação do projeto de lei que deu origem à LINDB havia um parágrafo no artigo da consulta pública (na origem era o art. 28) que acabou sendo retirado pelo Congresso. Dizia o dispositivo que “Em caso de relevância e urgência, a consulta pública poderá ser iniciada quando da edição do ato, que, se não confirmado na forma deste artigo, deixará automaticamente de vigorar em 120 dias”. Era a expressa previsão em lei da consequência da não realização de consulta pública.

A obrigatoriedade da consulta pública suscita, por fim, a seguinte dúvida prática: caso tenha havido consulta e, após análise das considerações recebidas, a Administração revê a minuta disponibilizada, haverá necessidade de nova consulta pública? A resposta será afirmativa sempre que haja alteração relevante no conteúdo da proposta. Novas ideias e alterações só poderão ser feitas via nova consulta pública.

Ainda é frequente a abertura de consulta pública com minutas parciais (ou seja, em elaboração) e sem os documentos referenciais. Nesses casos, o que se faz é uma simulação de consulta pública. Se houver a publicação da versão final após episódio como esse, é óbvio que houve vício no processo normativo.³⁴

Se a Administração Pública não tem dúvida acerca de parte do todo de uma minuta de norma, caberá a ela fazer a consulta pública em etapas.

³¹ SCHIRATO, 2013. No mesmo sentido, v. Sérgio Varela Bruna: “o ato normativo só terá validade quando se mostrar que a participação dos interessados tenha sido provada de significado prático” (BRUNA, 2003, p. 259).

³² ARAGÃO, 2006, p. 15.

³³ Cf. VILLELA SOUTO, 2005, p. 250.

³⁴ Marçal Justen Filho esclarece: “Em muitos casos, esses atos são realizados sem a existência de propostas definidas, mediante a participação de agentes que não dominam o conhecimento da controvérsia. Não há raro que a formalidade seja encerrada sem o fornecimento de informações para a comunidade e com ausência de esclarecimento das dúvidas e questionamentos. Isso configura um arremedo de participação social, especialmente porque a decisão final adotada pela autoridade pública não apresenta qualquer vínculo com a audiência ou a consulta” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 675).

É possível que a Administração construa suas decisões em etapas sucessivas. Nada impede de a decisão final ser resultado de várias consultas públicas.

Por óbvio que a Administração Pública não deve fazer consulta pública infinitamente e manter-se disponível para receber sugestões quando elas não mais serão aceitas. Em casos assim, cabe à Administração decidir *motivadamente*.

5. Quais são os “atos normativos” referidos no art. 29 e a quem se destina

Os atos normativos sujeitos à regra do art. 29 são aqueles editados por autoridade administrativa que tenha caráter geral e abstrato, tais como regulamentos, resoluções, circulares, portarias ou qualquer outra espécie de ato administrativo normativo geral e abstrato que afete direitos dos particulares.

A Administração Pública produz um número imenso de normas, infinitamente superior ao produzido pelo legislativo. Num rápido esforço é possível listar a atuação das agências reguladoras, em todas as esferas federativas; a Administração direta; os órgãos que não receberam o nome de agência mas regulam setores específicos (ex. CVM, BACEN, CONAMA, IBAMA, IPHAN...). São normas para a orientação geral de diferentes setores econômicos regulados (telecom, energia, sistema financeiro...); para a preservação da segurança, do meio ambiente e da saúde pública; para regulamentação de trânsito; para o licenciamento ambiental; para comercialização de medicamento e assim por diante.

Enfim, o foco da norma são todos os órgãos e entes administrativos compreendidos na Administração direta e indireta de todas as esferas federativas que exercem poderes normativos.³⁵ Mas não só. Além do poder executivo, são

³⁵ Em alguns casos, inclusive, a legislação setorial já incluiu o dever. É o caso da Lei nº 13.334/16 (Programa de Parceria de Investimentos), que tem regra expressa obrigando a realização de consulta pública, nos seguintes termos: “Art. 6º Os órgãos, entidades e autoridades da administração pública da União com competências relacionadas aos empreendimentos do PPI formularão programas próprios visando à adoção, na regulação administrativa, independentemente de exigência legal, das práticas avançadas recomendadas pelas melhores experiências nacionais e internacionais, inclusive: I - edição de planos, regulamentos e atos que formalizem e tornem estáveis as políticas de Estado fixadas pelo Poder Executivo para cada setor regulado, de forma a tornar segura sua execução no âmbito da regulação administrativa, observadas as competências da legislação específica, e mediante consulta pública prévia.”

também seus destinatários as autoridades com competência administrativa dos poderes legislativo e judiciário.

Os exemplos citados são todos de atos administrativos normativos unilaterais. Porém, pode ocorrer que, a partir de uma relação contratual, ou mesmo a partir de um processo administrativo individual, a Administração Pública venha a decidir com efeitos gerais e abstratos.³⁶

É o caso, p.ex., do contrato de concessão rodoviária que fixa valor tarifário e condições para os usuários. Só pelo fato de a celebração desse contrato interferir na esfera de terceiros já caberia inseri-lo no art. 29 da LINDB. A Lei nº 11.079/04 (Lei de PPP), por sua vez, ao tratar da minuta de edital e contrato, determinou sua submissão à consulta pública como condição prévia à abertura da licitação, tendo fixado prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões e prazo mínimo de 7 dias para avaliação e resposta (art. 10, inc. VI). Eventuais aditivos contratuais que venham a ter efeitos gerais e abstratos também deveriam ser submetidos a consulta pública e, junto com eles todos, os estudos econômicos e setoriais realizados que dão suporte à proposta.

6. Conclusão

O art. 29 da LINDB é norma geral em matéria de direito público. Estabelece o dever de o gestor público, realizar consulta pública prévia como condição de validade de ato administrativo normativo. Todo aquele que maneja competência administrativa, em quaisquer dos poderes, está sujeito ao dever de que trata a norma sempre que publicar ato administrativo normativo.

³⁶ Marcelo Pires Torreão traz os seguintes exemplos: “Da mesma forma, uma autorização concedida pela Agência Nacional de Aviação para a exploração de serviços aéreos é capaz de criar direitos para uma empresa, alterar o cenário de competição para os demais sujeitos que já encontram no mercado, o que se insere no conceito de processo da regulação. O cancelamento do certificado de boas práticas emitido pela Agência Nacional de Vigilância consiste, igualmente, em espécie de processo regulador, por se tratar da extinção de um direito que pode resultar em prejuízo para o ente regulado ou até mesmo em desequilíbrio para o mercado” (TORREÃO, 2011).

Referências

ALENCAR, Letícia Oliveira Lins de. Participação popular na elaboração de atos normativos por agências reguladoras federais: uma análise da experiência acumulada nos últimos 20 anos. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coords.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. A legitimação democrática das agências reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CASA CIVIL DA REPÚBLICA. *Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR)*, junho de 2018. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/pasta-retirados/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo-para-elaboracao-de-analise-de-impacto-regulatorio-air/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo-para-elaboracao-de-analise-de-impacto-regulatorio-air>>. Acesso em: 6 set. 2018.

CYRINO, André. *Delegações Legislativas, Regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Lei de Processo Administrativo: sua ideia matriz e âmbito de aplicação. In: *Processo administrativo: temas polêmicos da lei 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 185-201.

FOLGOSI, Rosolea Miranda. A participação social na regulação: as audiências e consultas públicas: vinculação. *Revista do Direito da Energia*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 28-40, abr. 2004.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionabilidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ISSA, Rafael Hamze. *O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16062015-154504/pt-br.php>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MACHADO, Eduardo da Costa Lima Caldas. Atos regulatórios e a esfera do insindicável. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 16, n. 179, p. 20-40, jan. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A função normativa da Administração Pública e a Lei 13.655/2018. *CONJUR*. 14 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/opiniao-funcao-normativa-administracao-publica-lindb>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – USP, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18052017-131051/pt-br.php>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas. Desafios de uma sociedade democrática*. Comentário ao art. 28 do PL 349/2015. Brasília, Senado Federal, Coordenação Flávio Henrique Unes Pereira, 2015, p. 40.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari Sunfeld. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI006.aspx?pdiCntd=34582>>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____. *LINDB: o direito tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada pela Lei 13.655/18*. Qual o âmbito de incidência dos novos dispositivos? 10 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lindb-direito-tributario-esta-sujeito-a-lei-de-introducao-reformada-10082018>>. Acesso em: 3 set. 2018.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011.

_____; GIACOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei 13.665/2018: Impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 40, abr./jun. 2018.

TEBET, Simone. Projeto da Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro [parecer da relatora do Projeto de Lei 349/2015 na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado]. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 209-238, abr./jun. 2016.

TORREÃO, Marcelo Pires. Devido Processo da Regulação: o encontro entre o Direito Flexível e a instrumentalidade processual administrativa nas agências reguladoras. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 9, n. 33, abr./jun. 2011.

VALENTE, Patrícia Pessôa. *Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.