
Processo administrativo e globalização: um diálogo entre os direitos brasileiro e norte- americano

*Administrative process and globalization: a
dialogue between Brazilian and American law*

Marcos Augusto Perez¹

RESUMO: O presente artigo objetiva proceder a uma análise comparativa entre as principais inovações legislativas na matéria de processo administrativo nos últimos 21 anos no Brasil em relação à disciplina desse tema no sistema jurídico norte-americano. Para tanto, serão analisadas a Lei de Processo Administrativo Federal, a reforma à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a Lei Geral

-
- 1 Mestre, doutor e livre docente pela Universidade de São Paulo (FDUSP). Professor Associado do Departamento de Direito do Estado e Presidente da Comissão de Cultura e Extensão da FDUSP; Vice-chefe do Departamento de Direito do Estado; Titular da Cadeira nº 63 (Geraldo Ataliba) da Academia Paulista de Direito; Presidente da Comissão Especial de Infraestrutura da OAB-SP. Atua em diversos conselhos editoriais. Entre eles, o Conselho da Revista da Escola Superior do Ministério Público da União; dos Cadernos de Dereito Actual, da Universidade de Santiago de Compostela; da Revista Magister de Direito Administrativo; da Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura; da Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública; da Revista do Conselho Nacional do Ministério Público; da Polifonia – Revista Internacional da Academia Paulista de Direito. É colunista da Rádio USP, do programa semanal “Olhar da Cidadania”.

de Agências Reguladoras e postas em comparação com o processo administrativo norte-americanas. Com tal análise comparativa, se pretende investigar a existência de uma tendência global de reconhecimento do processo administrativo como forma de racionalização e democratização do processo decisório da Administração Pública sob a liderança do direito norte-americano.

PALAVRAS CHAVE: processo administrativo, direito comparado, formação da decisão administrativa, discricionariedade, controle.

ABSTRACT: This article aims to carry out a comparative analysis between the main legislative innovations in the matter of administrative process in the last 21 years in Brazil in relation to the discipline of this topic by the United States legal system. Therefore, the Federal Administrative Procedure Law, the reform of the LINDB and the General Law of Regulatory Agencies will be analyzed and compared to some American rules and principles of administrative process. With such comparative analysis, we intend to investigate the existence of a global trend of recognition of the administrative process as a way of rationalizing and democratizing the decision-making process of Public Administration under the leadership of American law.

KEY WORDS: administrative process, comparative law, decision-making process, discretion, judicial review.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Notícias do direito brasileiro: a Lei nº 9.784/1999 (Lei Federal de Processo Administrativo), a Lei nº 13.655/2018, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e a Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras); 3. O processo no direito administrativo norte-americano; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. Introdução

O processo administrativo ganhou ao longo dos últimos anos uma relevância muito grande no plano global. Há, de fato, uma grande movimentação envolvendo ordenamentos jurídicos de todas as latitudes do planeta, no sentido da valorização do processo como instrumento de construção das decisões administrativas, como demonstra o impressionante conjunto de estudos reunidos em 2016, por AUBY, congregando mais de 50 (cinquenta) autores, de diferentes países, sobre esse tema².

AUBY liga essa globalidade do fenômeno processual à consagração de valores jurídicos fundamentais, relacionados com o estado de direito e com a democracia, que vão sendo progressivamente assimilados por distintos ordenamentos constitucionais:

“Nós sabemos atualmente que o processo administrativo não é somente uma questão de conveniência, de simplificação das formalidades burocráticas. É um lugar essencial de diálogo do Poder Público com os cidadãos, muito sensível como tal”³.

Por outro lado, a recente valorização (ou revalorização) do processo administrativo tem a ver também com a expansão global do capitalismo e da economia de mercado, que demandam maior homogeneidade na criação de ambientes jurídicos (e, assim sendo, maior homogeneidade dos custos de transação), para a realização de negócios, bem como maior segurança e maior previsibilidade, especialmente no que se refere à atuação do Estado na economia e, mais propriamente, à regulação econômica.

Não é por outra razão que, desde 1995, a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) tem insistido na publicação de orientações a respeito da *“melhoria da qualidade da regulação governamental”*⁴ - [C(95)21] -, dos *“princípios orientadores da qualidade e*

2 Cf. AUBY, 2016.

3 Cf. AUBY, 2016., p. 4. Traduzido livremente pelo autor.

4 Cf. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD->

desempenho regulatório”⁵ - [C(2005)52 e CORR1] - e, mais recentemente, editou a “*recomendação do conselho sobre política regulatória e governança*”⁶. Por meio de todos esses documentos realiza-se uma clara e contínua tentativa de induzir os países (membros da OCDE ou não) a processualizarem seus hábitos público-administrativos, seus métodos para a tomada de decisão, ou ainda, seu roteiro para a elaboração e acompanhamento da regulação governamental.

Observe-se *e.g.* os itens “35” e “36” do chamado “*checklist de referência da OCDE para a tomada de decisões regulatórias*” [OCDE/GD(95)95]⁷, cujo impulso à processualidade administrativa é patente, observe-se:

“35. As regulamentações devem ser desenvolvidas de maneira aberta e transparente, com procedimentos apropriados para a participação efetiva e oportuna das partes interessadas (...). Para obter os benefícios da consulta pública, as administrações devem disponibilizar ao público o máximo de informações possível (...).

36. Verificou-se que a consulta e a participação do público na tomada de decisões regulatórias contribuem para a qualidade regulatória (i) trazendo à discussão a experiência, as perspectivas e as idéias para ações alternativas das pessoas diretamente afetadas; (ii) ajudando os reguladores a equilibrar interesses opostos; (iii) identificar efeitos não intencionais e problemas práticos; (iv) prover uma verificação de qualidade na avaliação de custos e benefícios pela administração; e (v) identificar interações entre regulamentos de várias partes do governo. Os processos de consulta também podem melhorar a conformidade voluntária, reduzindo a dependência de aplicação e sanções”⁸ – grifos do autor.

LEGAL-0278, consultado em 27/07/2020.

5 Cf. <http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>, consultado em 27/07/2020.

6 Cf. <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>, consultado em 27/07/2020.

7 Cf. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0278>, consultado em 27/07/2020.

8 Ainda que não seja membro da OCDE, o Brasil, atualmente em processo de integração à organização, aderiu em 15/05/2020 à Recomendação do Conselho para Melhoria da Qualidade da Regulação Governamental

Note-se que o instituto aqui denominado como processo administrativo⁹ assemelha-se ao que os ordenamentos europeus, que adotam a dualidade de jurisdição proveniente da tradição francesa, chamam de “*procedimento administrativo*”, uma vez que estes ordenamentos reservam a expressão “*processo*” especificamente para a jurisdição administrativa. O direito brasileiro caminhou em sentido diverso, ao menos sob o aspecto terminológico, na medida em que fundou, na teoria geral do processo, o pensamento de que há processos específicos para o desempenho das distintas funções estatais (de modo genérico: legislação, administração e jurisdição) e que, para a nomenclatura de todos esses instrumentos de concretização das respectivas funções estatais, dever-se-ia utilizar a expressão “*processo*” identificado com a ideia de um “*procedimento em contraditório*”¹⁰. Assim, no direito brasileiro, se fala em processo administrativo para se referir ao que muitos europeus denominam “*procédure*” ou, simplesmente, procedimento.

O mais importante, no entanto, não é a terminologia, por vezes distinta, mas o fato de que vários ordenamentos jurídicos contemporâneos dialogam e se influenciam reciprocamente, de modo a dotar o processo administrativo de maior centralidade no debate do direito administrativo.

O presente artigo tem como objetivo conhecer em parte esse ambiente de diálogo e de influências recíprocas. Analisar como o processo administrativo vem sendo genericamente tratado no ordenamento norte-americano, que direta ou indiretamente tem influenciado o direito brasileiro, para verificar temas e as questões coincidentes, comparar as abordagens e eventuais dessemelhanças no desenvolvimento e nas soluções conferidas. A comparação vai se dar a partir do exame das linhas

[C(95)21].

9 Muitos utilizam as expressões processo administrativo decisório ou processo de tomada de decisão administrativa, a quais considero redundantes, pois o objetivo de todo processo administrativo é justamente a tomada de uma decisão administrativa.

10 Cf. DINAMARCO, 1993, p. 67.

gerais da legislação posta como da teoria jurídica e da jurisprudência construídas.

O ordenamento escolhido para comparação, o norte-americano, é uma velha fonte de influências do direito público brasileiro, tendo sido utilizado, por ocasião da Proclamação da República, como principal referência para a reconstrução de nossas instituições estatais¹¹. Mesmo que não fora assim, o direito norte-americano tem efetivamente se tornado um grande influenciador global em matéria de regulação e processo administrativo e, assim, a existência de uma eventual ascendência sobre o direito brasileiro merece ser conferida.

O caminho proposto para o presente estudo passa inicialmente pela verificação dos desenvolvimentos mais recentes do tema no direito brasileiro, examinando-se a Lei nº 9.784/1999 (Lei Federal de Processo Administrativo), a Lei nº 13.655/2018, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e a mais recente Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras), para daí partir para a comparação com o ordenamento norte-americano.

2. Notícias do direito brasileiro

Durante muito tempo, o direito brasileiro praticamente se calou sobre o processo administrativo, apesar deste instituto já ser muito estudado e regulado mundo afora¹². É no final do século XX, após a democratização e a Constituição de 1988, que a doutrina brasileira começa a considerar mais seriamente o processo de formação das decisões administrativas. Não é sem assombro que se constata essa tardia

11 Curioso notar, nessa linha, que o art. 386, do Decreto nº 848/1890, que criava a Justiça Federal, estabelecia que o direito norte-americano se aplicava subsidiariamente à “*jurisprudência*” e ao “*processo federal*” brasileiros, o que efetivamente aconteceu, sob testemunho principal da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, durante décadas, a partir da proclamação.

12 Vale citar como exceções as reflexões de DANTAS e CAIO TÁCITO, que já defendiam a importância do processo administrativo. Cf. DANTAS, 1953, p. 48-51; TÁCITO, 1975, p. 13-16.

aproximação do direito administrativo brasileiro em relação ao tema da processualidade, nascido no final do século XIX, na Espanha, e que ganharia impulso no período pós-guerras com a edição do APA (Administrative Procedure Act) norte-americano. O tema de fato só passou a ocupar os estudos nacionais a partir de trabalhos inovadores de alguns autores, dentre os quais, seguramente o mais extenso e profundo é o de MEDAUAR¹³, para quem o processo corresponderia a um modelo de gestação da decisão administrativa voltado à racionalidade, à eficiência e à transparência dessas decisões¹⁴.

A partir de então o processo administrativo passa a ser visto, por um número cada vez maior de autores nacionais, como um instrumento voltado a aumentar a racionalidade, a eficiência e a transparência das decisões administrativas, objetivos estes que são atingidos, em primeiro lugar, porque o processo obriga a autoridade administrativa a declarar os fundamentos de sua decisão; em segundo lugar, porque leva a Administração a se abrir à participação dos interessados, possibilitando-lhes carrear provas e argumentos em defesa de seus interesses; e, por fim, porque se impõe ao administrador o dever de considerar ou ponderar nos fundamentos de sua decisão os múltiplos interesses afetados pela atuação administrativa, decidindo a partir da prova recolhida na instrução do processo¹⁵. O processo é, em suma, uma técnica de controle interno que acaba servindo de parâmetro para a atuação do controle externo. Como bem diz MEDAUAR:

13 Cf. MEDAUAR, 1993.

14 Vale citar também os trabalhos identicamente pioneiros de SUNDFELD, DINAMARCO e GRINOVER. Cf. SUNDFELD, 2000, p. 17-36; SUNDFELD, 1987, p. 66 e seguintes; DINAMARCO, 1993, p. 65-66; GRINOVER, 1990 e, mais recente, GRINOVER, 2016, p. 13-30.

15 Nesse sentido, FERRAZ e GOUVEIA, 2016, p. 498: “Reconhece-se (...) que a atuação da Administração Pública (como Poder Administrativo do Estado) deve ser obrigatoriamente desempenhada num esquema processual, assegurando aos particulares atingidos pelas medidas administrativas, o direito de postulação perante órgãos e entidades administrativos na defesa de seus direitos e contra os abusos de poder”

“(...) a formação do ato administrativo resulta não mais da vontade pessoal, subjetiva, da autoridade, mas de um contraditório entre a Administração e interessado ou de vários interessados ante a Administração, havendo um confronto visível de todos os interesses presentes na situação. (...). No processo administrativo, os interessados são ouvidos, apresentam argumentos e provas, oferecem informações. Contribuem, portanto, para a determinação do fato ou da situação, objeto do processo”¹⁶.

Compreenda-se que foi justamente essa linha de pensamento que, alguns anos depois da tese defendida por MEDAUAR, guiou a edição Lei nº 9.784/1999, a qual passou a regular o processo administrativo “no âmbito da Administração Pública Federal”. A Lei nº 9.784/1999 representou um enorme avanço no direito administrativo brasileiro, pois fincou as bases de uma administração mais transparente, mais racional e menos autoritária. Cria-se efetivamente, a partir de seu texto, as ferramentas básicas para a introdução no direito brasileiro do processo como uma regra geral comportamental da Administração. Melhor dizendo, a Lei nº 9.784/1999 estabeleceu normas suficientes para a caracterização do processo como elemento de estruturação ou formação da atividade administrativa, das decisões administrativas ou dos atos administrativos em geral.

Apesar da autolimitação perpetrada pela própria Lei nº 9.784/1999, que restringiu seu âmbito de abrangência à Administração Federal, a grande maioria dos Estados e muitos Municípios editaram leis próprias, inspirados diretamente pelo diploma legislativo federal. Isso não bastasse, é fundamental lembrar que a Lei nº 9.784/1999 regulamenta os direitos fundamentais do art. 5º, LIV e LV, ao contraditório e devido processo legal, constatação que, se não lhe autoriza, por si só, a ser reconhecida como um conjunto de normas gerais e nacionais, seguramente possibilita que algumas de suas normas, especialmente as de caráter mais genérico, possam ser vistas como as melhores, senão como a versão mais bem acabada do dever de regulamentar os princípios inseridos no referido art. 5º da Constituição, e, desse modo, que sejam consideradas

16 Cf. MEDAUAR, 1993, p. 61 e 64.

de vigência nacional sempre que inexistir lei local que preencha essa lacuna de regulamentação.

De qualquer modo, em que pese as polêmicas que podem vir a surgir a respeito de seu âmbito de aplicação, a Lei nº 9.784/1999, retome-se, contém o ferramental básico para a disciplina do modo de formação das decisões administrativas, pois, a saber: (1) estabelece os princípios aplicáveis ao processo administrativo (em todas as suas espécies); (2) fixa de forma razoavelmente ampla a figura jurídica do “*interessado*” no processo administrativo como titular de direitos e obrigações; e (3) descreve de forma genérica, mas muito clara: (3.1) as normas de legitimação para iniciar, recorrer ou intervir no curso do processo; (3.2) as normas de instrução do processo; (3.3) as normas que regulam o dever de decidir; e (3.4) o dever de motivar a decisão administrativa.

Observe-se que o art. 2º, da Lei nº 9.784/1999, em seu *caput*, descreve uma série de princípios reitores da atuação administrativa, dentre os quais: a **motivação**, a **proporcionalidade**, o **contraditório** e a **segurança jurídica**. Ainda como desdobramento dessas normas, o mesmo artigo erige nos incisos V, VI, VII, XII e XIII as regras de transparência; a adequação entre meios e fins; a indicação dos pressupostos de fato e de direito da decisão; e o impulso de ofício e irretroatividade de nova interpretação de norma administrativa. Ressalte-se que todas essas normas, ainda que dotadas de grande generalidade, orientam a produção de todas as decisões administrativas, sem exceção.

Além disso, quando devidamente combinados, os artigos 3º, 5º e 9º, da Lei nº 9.784/1999 são bastante incisivos sobre a *universalidade* do processo, melhor dizendo, sobre a obrigatoriedade de instaurar-se processo previamente às decisões administrativas e de permitir a participação de todos aqueles que sejam em tese interessados no resultado da deliberação administrativa. O art. 3º crava o direito dos interessados de ter ciência (inciso II) e de participar do processo, formulando alegações (inciso III). O art. 5º, por seu turno, destaca que o processo será iniciado de ofício ou mediante provocação de um interessado, o que, dito de outro modo, importa reconhecer que, mesmo que a Administração não venha a co-

mandar a abertura de processo previamente a uma determinada decisão, a provocação do interessado é o que bastaria para impor à esta, o dever de instaurá-lo. Por fim, o art. 9º não deixa dúvidas sobre quem seriam os interessados que, no exercício do direito de participar da formação das decisões administrativas, poderiam obrigar a Administração a instaurar um processo quando esta não proceder a essa abertura “*de ofício*”.

Em resumo, titulares de direitos ou interesses individuais, aqueles que têm direitos ou interesses que possam ser comprometidos pela decisão e organizações e associações voltadas à defesa de direitos e interesses coletivos ou difusos, todos têm o direito de requerer a abertura de um processo administrativo ou de intervir no seu curso de forma ampla em defesa de seus próprios interesses ou de seus representados. A utilização da expressão *interesse* amplia ainda mais o espectro subjetivo dessa norma, de modo a não limitar a participação no processo àquele que se julgue titular - ou que demonstre ser titular - de um direito subjetivo. A mera afetação pela decisão, de forma direta ou indireta, dos objetivos, das atividades, do patrimônio ou dos valores sociais tangentes à atuação daqueles interessados, indicados pelo art. 9º da Lei, é o suficiente para legitimá-los a atuar no processo administrativo.

Também muitíssimo importantes na dinâmica do *processo de construção da decisão administrativa* são as normas gerais de instrução, constantes dos artigos 29 e seguintes da Lei nº 9.784/1999. Nesse ponto, vale destacar, desde logo, o *caput* do art. 29, que estabelece textualmente que a finalidade da instrução é “*averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão*”. A norma parece simples e até certo ponto óbvia, mas é aqui fundamentalmente que se ligam de forma indissociável o *processo administrativo* e os *motivos* enquanto elementos estruturadores da legalidade externa e interna da decisão administrativa.

O art. 29 estabelece, em outros dizeres, que é obrigação das autoridades administrativas coletar as evidências necessárias que forneçam lastro ou motivos de fato para a que a decisão administrativa seja editada. Ou seja, no ambiente jurídico formado pelo processo administrativo, os fundamentos de fato da decisão são tratados como prova, como evidên-

cias. Ademais, nesse ambiente, compete às autoridades administrativas responsáveis pela decisão dar o impulso oficial à correta instrução do processo, ou, caso se prefira, compete a essas autoridades realizar, de ofício, a completa coleta das provas enquanto ingredientes factuais imprescindíveis à legalidade da decisão a ser tomada.

A norma do *caput* do art. 29 é reforçada pela obrigação de fazer, instituída pelo § 1º, do mesmo artigo, segundo o qual: o “*órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo*”, cravando, sem deixar qualquer margem de dúvida, o dever das autoridades administrativas de corretamente instruir os autos do *processo administrativo*. Esse dever expressa um compromisso da Administração com a correta, completa e isenta instrução do processo enquanto instrumento de realização da legalidade.

Ainda quanto à instrução do processo, saliente-se que, em que pese responsabilizar as autoridades administrativas pelo impulso do processo e pela sua correta instrução, a lei faculta aos interessados o direito de participar da instrução do processo, de solicitar a produção de provas e de arguir as alegações que acharem cabíveis. O próprio art. 29, *caput*, estabelece que a instrução se realiza: “*de ofício ou mediante impulso do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias*”, disposição que é reforçada pelo art. 38, segundo o qual: “*O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo*”.

Além disso, vale destacar que, para a instrução das decisões de impacto geral, a lei disciplina a realização prévia de procedimentos participativos, tais como a *consulta pública* (art. 31) e a *audiência pública* (art. 32)¹⁷, entre outros meios de participação eventualmente convenientes (art. 33).

17 A respeito das características das consultas e audiências públicas e dos obstáculos na concretização do controle social através destes instrumentos, CARDOSO e SOUZA, 2018.

Por fim, mas não menos importante, dentre as normas básicas para a conformação do ambiente processual voltado à gestação ou ao modo de produção das decisões administrativas, a Lei nº 9.784/1999 consagra o dever da Administração de emitir uma decisão em prazo razoável (art. 48) e de cumprir com o dever de motivação (art. 50), outro elemento estruturador da legalidade dos atos administrativos na contemporaneidade¹⁸.

Na prática, entretanto, em que pese o amplo tratamento oferecido ao processo administrativo pela Lei nº 9.784/1999 e por toda a legislação relacionada editada pelos Estados e Municípios, a processualização dos meios decisórios caminhou menos do que deveria, desde a entrada no século XXI.

A administração brasileira ainda continua majoritária e infelizmente apegada aos velhos hábitos autoritários, patrimonialistas e personalistas. Arbítrio e insegurança jurídica ainda sobrevivem e esse estado de coisas gerou a edição de um novo conjunto legislativo, muito recente, num esforço de reintroduzir o debate sobre o processo administrativo e reduzir o ambiente de grande insegurança jurídica em que ainda nos encontramos mergulhados.

Sendo assim, dois diplomas legais vieram somar força à lei de processo, para reforçar e explicitar alguns deveres administrativos: a Lei nº 13.655/2018, que alterou os artigos 20 a 30 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e a Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) que estabelece normas de gestão, organização, “*processo decisório*” e controle social das agências reguladoras.

As duas leis retomam o movimento feito no final dos anos 1990 em favor do controle processual das decisões administrativas e explicitam normas que, embora pudessem ser deduzidas do texto original da Lei nº 9.784/1999, não eram aplicadas de forma geral no plano da União e suas entidades ou com uniformidade no território nacional.

18 Cf. PEREZ, 2020, p. 191 e seguintes e, em linha muito próxima, PIRES, 2017, p. 208 e seguintes.

A Lei nº 13.655/2018 introduziu todo um novo vocabulário, senão um novo ferramental para o direito brasileiro.

A impossibilidade de decidir com base exclusiva em **valores jurídicos abstratos**, sem considerar as “*consequências práticas da decisão*” (art. 20), poder-se-ia dizer: sem considerar os **impactos da decisão** no meio social e econômico é a primeira dessas novas ferramentas.

O adensamento do dever de explicitação dos motivos de fato que orientam a decisão administrativa, proveniente da referida regra, é acompanhado pela demonstração da **necessidade e da adequação** – ou proporcionalidade – da escolha realizada “*inclusive em face das possíveis alternativas*” (art. 20, parágrafo único), poder-se-ia dizer: os **custos-benefícios** comparativos da escolha realizada, inclusive os relacionados aos seus impactos sociais e econômicos, no cotejo com outras decisões cogitáveis.

Tudo isso ainda se combina com a obrigação de explicitação das “*consequências jurídicas e administrativas*” (art. 21) da escolha realizada, seja para efeito de seu cotejo com os objetivos gerais do ordenamento jurídico (finalidade), seja para efeito de controle de resultados e a necessária mitigação ou modulação de impactos desproporcionais ou iníquos, que importem em **perdas anormais ou excessivas** aos particulares afetados pela decisão (art. 21, parágrafo único).

Mas o quadro de inovações da Lei nº 13.655/2018 não acaba nessas questões. Ainda na construção dos motivos da decisão administrativa, estabelece: (1) a obrigação de consideração das “*dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas*” (art. 22); (2) o dever de **coerência**, de observância de precedentes administrativos e de não retroação e modulação no tempo das alterações interpretativas (arts. 23, 24 e 30) e (3) o dever de abertura de **consulta pública** nos processos administrativos normativos, quando constatada conveniência e adequação da medida (art. 29), além de (4) a introduzir no ordenamento a noção “*erro grosseiro*” (art. 28), um vício de legalidade por equívoco evidente na constatação factual, jurídica, ou ainda na qualificação jurídica dos motivos, ainda que a lei venha a abordá-lo para referir-se à limitação da responsabilização pessoal do agente.

Todos esses dispositivos reforçam diretamente a necessidade de dotar as decisões administrativas (notadamente as discricionárias e as mais complexas) de motivações que contenham maior densidade do ponto de vista fático e jurídico. Todas as normas referidas, na linha do que já se disse anteriormente, enfatizam a importância do processo administrativo, enquanto instrumento que possa possibilitar a instrução e o contraditório em doses suficientes para iluminar as razões de decidir do administrador.

Observe-se que a Lei nº 13.655/2018 tem obrigatoriedade no plano nacional, o que revela uma clara tentativa de superar-se o equívoco cometido pela Lei nº 9.784/1999, aplicável somente à União (talvez um dos motivos da excessivamente lenta difusão dos hábitos processuais na Administração brasileira).

Na mesma senda caminha a Lei nº 13.848/2019, esta, por sua vez, com uma preocupação mais explícita com o processo administrativo ou, para usar as expressões da própria lei, com o *“processo decisório das agências reguladoras”*.

Mais uma vez a motivação e a processualidade estiveram no centro das atenções do legislador nacional, ao estabelecer normas que claramente dialogam com a Lei nº 13.655/2018 e com a Lei nº 9.784/1999: (1) a necessidade de que a decisão se baseie em pressupostos que demonstrem a *“adequação entre os meios e os fins”* instituídos, vedada a instituição de obrigações, restrições ou sanções desproporcionais (art. 4º); (2) obrigação de motivar com indicação dos *“pressupostos de fato e de direito”* para a tomada de decisão (art. 5º).

Importante notar que, no campo da instrução processual, a Lei nº 9.784/1999 estabelece a obrigação de realização de **AIR (Análise de Impacto Regulatório)**¹⁹ prévia à edição de atos normativos que afetem a

19 As análises de impacto regulatório são também previstas na Lei nº 13.874/2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica - DDLE) e já vinham sendo, na prática, adotadas pela maioria das agências reguladoras federais, mas agora ocorre um movimento normativo mais intenso, de modo a torna-las pressuposto de validade jurídica dos atos normativos editados pelas referidas agências e demais órgãos e entidade

sociedade e o mercado (art. 6º), a qual conterà “*dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo*”.

Ainda nesse tópico, a Lei nº 9.784/1999 preconiza a necessidade de transparência e participação dos interessados na **instrução do processo** (art. 6º, §4º, art. 9º, caput e §§ 2º, 3º e 4º e art. 10), mediante realização de consultas e audiências públicas e o dever de ponderar ou apreciar as contribuições encaminhadas ao processo pelos distintos interessados (art. 9º, § 5º).

Observe-se que, há poucos dias da conclusão deste texto, a Lei nº 13.848/2019 foi regulamentada pelo Decreto nº 10.411/2020, que traz detalhamentos importantes sobre o AIR, de sorte a deixar mais claro o modo pelo qual este é elaborado e a sua **importância na instrução das decisões administrativas normativas**, com especial relevo aos artigos 6º e 7º, que trazem especificações bastante úteis para a compreensão dessa forma de instrução processual.

Como se vê, a realização do devido processo administrativo ou do processo de construção da decisão administrativa repousam, no direito brasileiro atual, como um requisito necessário para a edição de atos ou decisões administrativas. Outrora confundido com a forma – no sentido de que esta abrangeria as formalidades prévias necessárias para a edição de um ato administrativo – e por vezes mal acomodado no elemento identificado teoricamente como **motivo**, o processo, é, em verdade, um elemento autônomo que tangencia a forma, o motivo e até mesmo a finalidade. É um elemento relacionado à formação das decisões administrativas, que permite a correta identificação dos requisitos da motivação e da finalidade, porém não se confunde nem com um, nem com outro, pois tem densidade e significado jurídicos suficientes para ser tratado autonomamente em relação aos demais.

O processo não constitui mera formalidade ou meio de externalização, mas também não se expressa por meio da simples identificação dos motivos ou da finalidade para decidir. A dinâmica processual, em

da Administração que afetem o interesse de agentes econômicos ou de usuários dos serviços públicos.

termos jurídicos, estabelece uma relação complexa entre os interessados na decisão (a sociedade, em sentido mais amplo) e a Administração, relação essa que se guia fundamentalmente pela participação e pelo contraditório, dois caminhos seguros para a construção de uma decisão legal, impessoal e racional. Como dizia MERKL²⁰, o processo é um caminho previsto juridicamente para se chegar a um fim; o fim, no caso do *processo administrativo*, é a legalidade da decisão administrativa; o caminho é um procedimento com regras claras de participação e de contraditório que possibilitem a correta, completa e imparcial coleção dos motivos justificadores da decisão tomada.

Dito isso, é importante reconhecer que, no direito brasileiro atual, o processo administrativo é um dos elementos ou requisitos para a aferição da legalidade das decisões administrativas e que, portanto, a validade ou a invalidade de um ato ou norma editados pela Administração dependem diretamente de seus antecedentes processuais.

Portanto, não se pode ignorar o processo administrativo e sua relevância jurídica entre nós. Mas também é fundamental que se compreenda como o direito brasileiro chegou ao estágio em que se encontra, e que se busque identificar quais as principais influências que impulsionaram a legislação nacional por esse caminho. Nesse ponto, parece imprescindível analisar a contribuição do direito norte-americano.

3. O processo administrativo no direito norte-americano

Grande parte da teoria do direito administrativo norte-americano gira em torno da noção e da extensão do chamado *judicial review*, ou seja, da revisão jurisdicional do que é decidido pela Administração²¹ e grande parte desta tem como eixo principal o *processo de elaboração da decisão administrativa*²².

20 Cf. MERKL, 2004, p. 272.

21 Cf. SCHWARTZ, 1991, p. 493; e CASS et al, 2016, p. 109-110.

22 Cf. PIERCE, SHAPIRO e VERKUIL, 1999, p. 35-36 e 222.

Os Estados Unidos da América do Norte podem ser vistos como a pátria mãe do processo administrativo contemporâneo, uma vez que o APA (*Administrative Procedure Act*), de 1946, se não é a primeira legislação a vigorar nesse tema²³, é seguramente a que mais influenciou e ainda influencia a edição mundo afora de ordenamentos desse tipo.

Os processos administrativos norte-americanos são divididos em dois tipos: o *rulemaking* e a *adjudication*. O *rulemaking* é o processo de produção de atos normativos pela Administração (*agencies*), o qual é dividido basicamente em dois tipos: um de mais longa duração, chamado de processo formal – *formal rulemaking* – e regulado pelas seções 556 e 557 do APA; e outro chamado de processo informal – *informal rulemaking*, regulado pela seção 553 do APA. A diferença fundamental entre os processos regulados na seção 553 e pelas seções 556 e 557 é a exigência legal de audiências públicas (que vão ocorrer no chamado processo formal). Apesar dessa diferença, os dois tipos de processo contemplam ampla publicidade e possibilidade de manifestações escritas e orais de todos os interessados. Em termos gerais, o processo se inicia com uma notícia pública que contém o detalhamento dos objetivos da Administração, inclusive, se for o caso, com o texto preliminar da norma. A Administração abre, então, aos interessados a oportunidade de participar por meio de sugestões escritas, críticas e argumentos, com a realização ou não de audiências. Após a instrução, a agência decide declarando de forma concisa os fundamentos da decisão e seus propósitos²⁴.

23 A Lei Azcárate, espanhola, de 1889, é citada geralmente como a primeira legislação sobre processo administrativo. Há também como precedentes a lei polonesa de 1928 e a lei austríaca de 1925, inspirada por Hans Kelsen – Cf. CORSO, 2015, p. 216.

24 A ideia aqui não é fazer uma exposição exaustiva dos processos decisórios no direito norte-americano, mas simplesmente transmitir uma visão geral, ainda que ligeiramente imprecisa, do tema. Vale, porém, observar que o APA não regula todas as formas de processo normativo atualmente, pois há processos específicos em certas agências (Cf. MASHAW, MERRIL e SHANE, 1992, p. 431), além de existir leis mais recentes regulamentando processos normativos tais como o RFA – *Regulatory Flexibility Act* – de 1980 (5USC §§601 e seguintes); o NRA – *Negotiated Rulemaking Act* – de 1996 (5USC §§ 561 e seguintes) e várias outras normas tais como ordens

Mas o APA também estabelece regras sobre o processo de formação de atos de efeitos concretos, denominado *adjudication*. Como salientam MASHAW, MERRIL E SHANE²⁵, *adjudication* é um conceito muito largo e que corresponde ao processo para a formação de um comando – *order* – que, por sua vez, refere-se a qualquer decisão tomada pela Administração que não seja a edição de uma norma. É, enfim, o processo para a formação de um ato administrativo em sentido estrito, não normativo, de efeitos jurídicos específicos, como, por exemplo, a aplicação de uma sanção, o deferimento ou indeferimento de uma autorização ou o licenciamento ambiental de uma atividade. Importante é saber que, previamente à edição desses atos, a Administração também tem a obrigação de facultar ao interessado sua manifestação em um ambiente processual regido pelo princípio do devido processo legal.

Aliás, toda essa preocupação com o devido processo legal administrativo, tanto na produção de normas quanto na *adjudication*, tem o intuito de produzir decisões que não se configurem como *desvio de poder* – *ultra vires* –; que obedeçam ao *princípio da razoabilidade*; que estejam baseadas em análises de *custo-benefício*²⁶; que sejam devidamente discutidas em audiências públicas e, quando for o caso, por comitês consultivos; e que, enfim, sejam proferidas por *autoridades imparciais*.

O processo administrativo é, neste sentido, o instrumento que resume o papel do direito administrativo na missão de conter o abuso de poder (*unlawful and arbitrary, capricious and abuse of discretion*)²⁷, assim entendidas as decisões tomadas com finalidade imprópria; mediante erro (de direito ou de fato); com incoerência da motivação jurídica; sem consideração de aspectos relevantes; incoerente com precedentes ou

executivas - *Executive Orders* - e memorandos - *Memorandum* - endereçados diretamente pelo Presidente dos Estados Unidos às agências.

25 Cf. MASHAW, MERRIL e SHANE, 1992, p. 267.

26 Cf. SCHWARTZ, 1991, p. 171-173 e 177-180, e CASS et al, 2016, p. 626.

27 Cf. SCHWARTZ, 1991, p. 189-191; PIERCE, SHAPIRO e VERKUIL, 1999, p. 39; MASHAW, MERRIL e SHANE, 1992, p. 267-268.

com práticas comuns – *inconsistency* –, bem como a omissão ou o atraso excessivo²⁸.

Será, insista-se, a instrução do processo administrativo o ponto nodal do acionamento do controle jurisdicional que centrará sua atenção em questões como: houve cumprimento do APA ou, enfim, das normas processuais? Houve uma correta instrução do processo, isto é, uma instrução com a amplitude necessária, para fundamentar a decisão tomada? A decisão, em termos de cabimento jurídico, possui coerência com os fatos apurados no curso da instrução processual?²⁹

Daí a relevância do chamado *fact finding*, ou seja, do efetivo empenho das autoridades administrativas na **instrução do processo** com as evidências necessárias à preparação de sua decisão. Nesse sentido, as autoridades devem buscar instruir o processo com provas ou **evidências substanciais** que poderão vir a ser examinadas e compreendidas pelo Judiciário³⁰. A qualificação jurídica dessas provas também merece especial atenção do controle jurisdicional, que realiza sobre elas os testes de equidade – *fairness* –, razoabilidade e lógica³¹. Esses testes tendem a

28 Cf. SCHWARTZ, 1991, p. 662; AMAN e MAYTON, 2001, p. 308; PIERCE, SHAPIRO e VERKUIL, 1999, p. 123-124; BREYER et al, 2002, p. 489.

29 Cf. SCHWARTZ, 1991, p. 627-632; AMAN e MAYTON, 2001, p. 450; DUDLEY e BRITO, 2012, p. 49-115; CASS et al, 2016, p. 210-225.

30 Cf. SCHWARTZ, 1991, p. 634-637; AMAN e MAYTON, 2001, p. 451-471; Cf. PIERCE, SHAPIRO e VERKUIL, 1999, p. 359-365; MASHAW, MERRIL e SHANE, 1992, p. 740-742; BREYER et al, 2002, p. 250-259.

31 Cabe nesse ponto a referência a dois casos emblemáticos da jurisprudência norte-americana: o caso *Chevron USA Inc v. Natural Resources Defense Council Inc* (467 US 837 – 1984) e o caso *United States v. Mead Corp.* (533 US 218 – 2001). Em *Chevron* o precedente firmado traduz em duas premissas: (1) se o Legislativo fixa uma diretriz precisa com intenção clara o papel da jurisdição é verificar o cumprimento dessa norma; (2) entretanto se o Legislativo foi omissivo ou ambíguo o papel da jurisdição é verificar se a Administração interpretou o direito de forma razoável (*reasonable interpretation*), ao aplicá-lo. Já em *Mead*, mais recentemente, duas outras ferramentas são acrescentadas: (1) quando o Legislativo expressamente deixa de regular um tema e o delega à Administração os regulamentos administrativos são de obrigatoria observância pelos tribunais, a menos que se verifiquem defeitos processuais, arbitrariedade (*arbitrary or*

verificar se as evidências foram amplamente buscadas, se todos os interesses foram levados em conta ou se houve certa parcialidade na captura dos fatos; se foram razoáveis as conclusões sobre as evidências ou se estas levariam a outras conclusões; se há lógica, enfim, nas conclusões da autoridade administrativa acerca das evidências reunidas nos autos. Quando esses requisitos não se encontram presentes na decisão, o controle jurisdicional pode se dar com fundamento em erro claro – *clearly erroneous* – da decisão administrativa³².

Como se isso tudo não bastasse, com fundamento na chamada *hard look doctrine*, as autoridades administrativas devem ser capazes de fornecer considerações adequadas e explicações sustentáveis para o exercício do poder de decidir discricionariamente. Devem demonstrar que consideraram as alternativas existentes no caso concreto, que possuem resposta a contra-argumentos; que ouviram os interessados afetados, que consideraram seus argumentos e que, mesmo assim, conseguem explicar detalhadamente os motivos de suas decisões³³.

Afinando-se, por fim, com as diretrizes da OCDE, na perspectiva do aperfeiçoamento dos processos administrativos e, assim, da qualidade da regulação vale especial referência à *Executive Order* nº 13.563/2011³⁴. Caminhando pela estrada, também trilhada pelo direito administrativo brasileiro mais atual, o referido decreto presidencial é explícito quanto

capricious) em substância ou ilegalidade manifesta; (2) por outro lado, quando não há expressa delegação, as escolhas administrativas devem ser defrontadas caso a caso, em função das circunstâncias, coerência, cuidados tomados pela Administração, especialização técnica e persuasão dos motivos adotados pela decisão. Sobre o tema confira-se CASS et al, 2016, p. 160-198 e JORDÃO, 2016, p. 290-353.

32 Cf. SCHWARTZ, 1991, p. 640-645; Cf. PIERCE, SHAPIRO e VERKUIL, 1999, p. 365-369.

33 Cf. BREYER et al, 2002, p. 415-416. O precedente mais referido da doutrina *hard look* é o caso SEC v. Chenery Corp, 318 U.S. 80 (1943), e DUDLEY e BRITO, 2012, p. 50 de 115; e CASS et al, 2016 p. 126-129.

34 Cf. <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/01/18/executive-order-13563-improving-regulation-and-regulatory-review>, consultado em 29/07/2020 – traduzido livremente pelo autor.

à necessidade de proteção da segurança jurídica (*predictability*), como também com relação à necessidade de transparência, abertura à participação, completude da instrução e motivação das decisões tomadas. Vale a citação:

[...] “Nosso sistema regulatório deve proteger a saúde pública, o bem-estar, a segurança e nosso meio ambiente enquanto promove o crescimento econômico, inovação, competitividade e a criação de empregos. Ele deve estar embasado na melhor ciência disponível. Ele deve permitir a participação do público e a aberta troca de ideias. Ele deve promover a previsibilidade e reduzir a incerteza. (...)”

Os regulamentos devem ser adotados através de um processo que envolva participação do público. (...) Para os regulamentos propostos, esse acesso deve incluir, na medida do possível e do permitido pela lei, uma oportunidade para comentários públicos sobre todas as partes pertinentes do resumo da regulamentação, incluindo evidências científicas e técnicas relevantes. (...) Antes de emitir um aviso de proposta de regulamentação, cada agência, quando for possível e apropriado, deve buscar a opinião daqueles que provavelmente serão afetados, incluindo aqueles que provavelmente se beneficiarão e aqueles que estão potencialmente sujeitos a essa regulamentação.”

Observa-se pelo citado regulamento uma clara referência ao que se poderia identificar como a agenda atual do processo administrativo: transparência, participação, instrução processual isenta e decisão motivada. Parece então restar claro que o direito norte-americano exerce um papel relativamente vanguardista na regulamentação e no aperfeiçoamento constante do processo administrativo, vez que, há muito, incorporou em seu ordenamento (muito antes que europeus e latino-americanos) um sistema jurídico que estabelece a verificação do modo de formação das decisões administrativas como requisito fundamental para a garantia dos indivíduos, da sociedade e do mercado frente aos eventuais abusos governamentais.

4. A influência norte-americana sobre o processo administrativo brasileiro

Anos antes da aprovação do célebre APA, em 1940, POUND³⁵ defendia a aprovação de alterações legislativas que (1) pudessem enfatizar o direito de todos em serem ouvidos de forma ampla antes que decisões administrativas fossem tomadas contra os seus interesses; (2) proibissem a utilização de um fundamento para a decisão administrativa sem que prévios escrutínios, explicações e eventuais refutações fossem facultados ao interessado afetado; (3) que obrigassem as autoridades administrativas a se basearem em provas de fato devidamente realizadas e em conclusões racionais, fundamentadas nessas evidências e, por fim que um procedimento simples fosse estabelecido:

“mediante o qual as ordens e decisões possam ser revisadas para determinar se houve uma audiência completa de todos os lados, se os fatos considerados têm suporte em evidências de força probatória racional, se a ordem ou decisão está de acordo com a lei, interpretada e aplicada corretamente, e se a Administração aplicou, de acordo com a lei, uma norma geral (standard) estabelecida por lei ou se aplicou uma norma diferente (talvez de sua própria construção) ou se não agiu de acordo com qualquer norma”.

Esse é o espírito que levou à aprovação do APA e que também se encontrava, 50 (cinquenta) anos depois, a estimular a aprovação da Lei nº 9.784/1999: o devido processo legal administrativo é uma garantia do cidadão contra o arbítrio, mas também um modo de induzir as autoridades públicas a tomarem decisões melhores, seja do ponto de vista de sua efetividade (da realização dos impactos concretos esperados), seja em função de seu custo-benefício.

Da mesma forma, esse é o espírito que, nos Estados Unidos da América, orientou a legislação posterior ao APA e os precedentes judiciais acima referidos, e que levou o Brasil a editar as recentes alterações

35 Cf. POUND, 1942, p. 84.

do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e a Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras).

Em comparação mais analítica, pode-se reconhecer grandes semelhanças entre o direito norte-americano e o direito brasileiro atuais.

Hoje é inequívoco no direito brasileiro que se deva assegurar ao particular, interessado na decisão administrativa ou potencialmente afetado por esta, a faculdade de participar ativamente do processo administrativo, antes que a decisão seja tomada. Contraditório, portanto, e transparência são direitos e deveres estabelecidos pela legislação brasileira atual, tanto quanto pelo APA (§ 553, “c” e § 554, “b”)³⁶.

O dever de indicação de pressupostos de fato e de direito da decisão administrativa, que já constava das normas da Lei nº 9.784/1999 (o qual, aliás, encontrava-se dentre os pressupostos de validade dos atos administrativos tanto segundo a posição da doutrina, como pela norma expressa do art. 2º, “c”, da Lei nº 4.717/1965, Lei da Ação Popular) e vem agora reforçado, como acima verificado, por várias disposições do renovado Decreto-Lei nº 4.657/1942 e da Lei nº 13.848/2019 (art. 5º), também encontra correspondência tanto nas normas originais do APA (§ 554), quanto em textos normativos mais recentes³⁷.

O dever de coerência, tratado como a impossibilidade de impor efeitos *ex tunc* para um novo juízo interpretativo ou orientação emitidos pela Administração, estabelecido tanto na Lei nº 9.784/1999 (art. 2º), quanto no Decreto-lei 4.657/1942 (arts. 23, 24 e 30) é uma inspiração direta do dever de “*consistency*” do direito norte-americano (APA § 552, “a”, 1, “E”), fruto de uma longa tradição jurídica, prévia, inclusive, ao APA. Um dever reconhecido, ademais, por muitos julgados (e.g. *Del Mundo v. Rosenberg*, 341 F. Supp. 345, C.D. Cal. 1972, e *Arizona Grocery Co. v.*

36 Cf. <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title5-chapter5-subchapter2&edition=prelim>, consultado em 25/01/2021.

37 E.g. Ex. Ord. No. 13892, Oct. 9, 2019, 84 F.R. 55239 (Promoting the Rule of Law Through Transparency and Fairness in Civil Administrative Enforcement and Adjudication). Cf. <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title5-chapter5-subchapter2&edition=prelim>, consultado em 25/01/2021.

Atchinson, T. & S. F. Ry. Co. et al., 284 U.S. 370, 52 S. Ct. 183, 76 L. Ed. 348, D. 1932)³⁸.

Até mesmo a ideia de “*erro grosseiro*” veiculada pelo Decreto-lei 4.657/1942 (art. 28), muito debatida atualmente pela doutrina nacional, parece diretamente ligada ao standard norte-americano que possibilita ao judiciário invalidar decisões que contenham “*erro claro*” (“*clearly erroneous test*”)³⁹, aplicado quando a análise das evidências e dos fundamentos (de fato e de direito) levados em conta pela autoridade administrativa para decidir produz uma clara convicção de erro.

Por fim, vale destacar não um ponto de absoluta dissonância, mas de incompletude ou falta de perfeita clareza da legislação brasileira quando comparada com a norte-americana: os cuidados que as autoridades devem tomar para a instrução do processo (dever de engajamento do administrador no sentido da correta, completa e isenta instrução do processo).

Aqui, é verdade, não faltam elementos de confluência entre os sistemas: o direito do interessado de participar da instrução do processo, como visto acima, requerendo pareceres, diligência e perícias (art. 5º, da Lei nº 9.784/1999 e art. 6º, 9º e 10 da Lei nº 13.848/2019); o dever das autoridades de realizar uma instrução processual voltada “*a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão*” (art. 29); o dever de instruir os autos com elementos ou estudos comparativos que possibilitem verificar as “*consequências práticas da decisão*”, suas “*possíveis alternativas*” (art. 20, do Decreto-lei nº 4.657/1942) e “*as dificuldades reais do gestor*” (art. 22) e o dever instruir o processo com Análise de Impacto Regulatório, nos termos do art. 6º, da Lei nº 13.848/2019.

Mas há uma clareza maior na legislação norte-americana (APA, §552a, “p”, “1”. “B” e “2” e §557), especialmente em textos mais recentes,

38 Cf. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/341/345/1456888/>, consultado em 25/01/2021 e <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/284/370>, consultado em 25/01/2021.

39 E.g. United States v. United States Gypsum Co., 333 U.S. 364 (1948). Cf. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/333/364/#395>, consultado em 25/01/2021.

quanto ao dever de engajamento das autoridades administrativas na instrução dos processos. Observe-se, por exemplo, o texto acima transcrito da E.O. nº 13.563/2011. Nesse caso, o regulamento utiliza várias expressões, sempre se referindo a deveres das autoridades: (1) permitir a participação do público e a aberta troca de ideias; (2) basear-se no intercâmbio aberto de informações; (3) esforçar-se em proporcionar ao público a oportunidade de participar do processo regulatório; (4) oferecer ao público uma oportunidade significativa de comentar pela Internet qualquer regulamento proposto (com um período de comentários de pelo menos 60 dias); (5) fornecer, para as regras propostas e finais, acesso on-line oportuno, incluindo evidências científicas e técnicas relevantes, em um formato aberto que pode ser facilmente pesquisado e baixado; (6) dar oportunidade para comentários públicos, inclusive sobre evidências científicas e técnicas relevantes; (7) buscar a opinião daqueles que provavelmente serão afetados, incluindo aqueles que provavelmente se beneficiarão e aqueles que estão potencialmente prejudicados pela nova regulamentação.

Não parece restar dúvida, note-se, sob a regência do direito norte-americano, a respeito da obrigação das autoridades de manter uma postura ativa em prol da participação dos interessados e da completa instrução do processo administrativo, regras que, entre nós, ainda não são tão evidentemente contundentes.

Mas tudo isso demonstra que o direito norte-americano tem, sim, influenciado a edição das leis brasileiras sobre processo. Entre nós, boa parte das diretrizes relacionadas à adoção da processualidade administrativa enquanto modo comum de atuar é coincidente com as normas fundamentais do direito norte-americano. Ou seja, o direito brasileiro, sem tradição em disciplinar o modo de produção das decisões administrativas, vem tentando purgar o seu atraso nesse tema, alinhando-se às tendências globais, sob inequívoca liderança do direito norte-americano.

5. Conclusão

Como salientado inicialmente, há um claro movimento global pela expansão da regulação do processo administrativo, e o Brasil, a partir das influências recebidas como consequência dessa mobilização, como acima restou claro, tem aperfeiçoado sua legislação, com o intuito de criar um ambiente de maior previsibilidade, segurança jurídica e racionalidade para as decisões administrativas.

Por outro lado, o direito norte-americano, imperfeito que seja, carente de constante aperfeiçoamento, encontra-se em estado de bem maior maturidade que o direito brasileiro. Seus institutos são, com grande frequência e há quase um século, invocados pelos tribunais, e suas normas, em especial as mais recentemente editadas, intensificam os deveres de uma postura ativa das autoridades administrativas pela correta, completa e isenta instrução processual.

Ademais, a partir do que se constatou neste estudo, parece inequívoca a influência do direito norte-americano sobre o brasileiro no que se refere à regulação do processo administrativo. As sucessivas leis brasileiras analisadas utilizam expressões e institutos diretamente inspirados no direito norte-americano, seja no antigo APA, seja no direito mais recente.

A obrigação de divulgação prévia do objetivo dos variados tipos de processos administrativos, que permita a participação dos interessados e possibilite o debate dos interesses envolvidos; a instrução processual em contraditório e isenta, e a ideia de que as decisões administrativas devem ser motivadas, e motivadas, frise-se, não só em termos jurídicos, mas factuais, não só nos temos da intenção do agente, mas a partir de evidências e de análises que permitam a predição dos impactos a serem gerados e, até mesmo, os testes como o de consistency (coerência) ou de *clearly erroneous* (erro claro ou grosseiro), tudo isso mostra como tem sido intenso o diálogo entre esses dois países, em matéria de processo administrativo.

Espera-se, particularmente, que a legislação e a regulamentação brasileiras, bem como a posição de nossos tribunais e dos intérpretes legais evoluam nos próximos anos, de modo a reconhecer plenamente os direitos e deveres processuais já reconhecidos, na prática, pelo direito norte-americano e consagrados em nosso direito positivo, de forma a reagir contra o arbítrio das autoridades administrativas e reduzir a insegurança jurídica, que tanto atrapalha o avanço da democracia, mas também o desenvolvimento e a maior integração da economia brasileira ao cenário da economia global de mercado.

Referências bibliográficas

AMAN, Alfred e MAYTON, William. *Administrative law*. St. Paul: West Group, 2001.

AUBY, Jean-Bernard. *Droit Comparé de la Procédure Administrative*. Bruxelas: Bruylant, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass e SPITZER, Matthew. *Administrative Law and Regulatory Policy*. Nova York: Aspen Publishers, 2002.

CARDOSO, H. R.; SOUZA, P. V. N. C. S. DE. Participação popular e controle social: uma análise dos conselhos públicos à luz da teoria habermasiana. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 116, 29 jun. 2018.

CASS, Ronald; DIVER, Colin; BEERMANN, Jack; FREEMAN, Jody. *Administrative Law: Cases and Materials*. 7ª Ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2016.

CLARICH, Marcello. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Bolonha: Il Mulino, 2013.

CORSO, Guido. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2015.

DANTAS, Santiago. *Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

DUDLEY, Susan; BRITO, Jerry. *Regulation: A Primer*. 2ª Ed., Edição digital, Kindle. Arlington: Mercatus Center, 2012.

FERRAZ, L. DE A.; GOUVEIA, J. B. Procedimento Expropriatório e Administração Pública Dialógica: estudo comparativo da expropriação no Brasil e Portugal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 113, 29 dez. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a Processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/341/345/1456888/>, consultado em 25/01/2021.

<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0278>, consultado em 27/07/2020.

<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/01/18/executive-order-13563-improving-regulation-and-regulatory-review>, consultado em 29/07/2020.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/333/364/#395>, consultado em 25/01/2021.

<https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title5-chapter5-subchapter2&edition=prelim>, consultado em 25/01/2021.

<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>, consultado em 27/07/2020.

<http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>, consultado em 27/07/2020.

<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/284/370>, consultado em 25/01/2021.

JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MASHAW, Jerry; MERRIL, Richard; SHANE, Peter. *Administrative Law The American Public Law System*. St. Paul: West Publishing, 1992.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Granada: Comares, 2004.

PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de Legalidade. Métodos para o Amplo Controle da Discricionariedade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PIERCE, Richard; SHAPIRO, Sidney; VERKUIL, Paul. *Administrative Law and Process*. Nova York: Foundation Press, 1999.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

POUND, Roscoe. *Administrative Law. Its Growth, Procedure and Significance*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1942.

SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*. Nova York: Aspen Publishers, 1991.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A Importância do Procedimento Administrativo*. In: RDP (Revista de Direito Público), nº 84. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e Procedimento Administrativo no Brasil*. In: SUNDFELD, Carlos Ari e ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo (Org.). *As Leis de Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

Recebido em: 26/01/2021

Aprovado em: 18/04/2022

Marcos Augusto Perez

E-mail: marcos.perez@usp.br