
A&C

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

 **Editora Fórum**

ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 11	n. 45	p. 1-258	jul./set. 2011
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Bibliotecários: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral	Secretário Editorial Executivo
Romeu Felipe Bacellar Filho	Daniel Wunder Hachem
Diretor Editorial	Conselho Diretivo
Paulo Roberto Ferreira Motta	Adriana da Costa Ricardo Schier
Editora Acadêmica Responsável	Edgar Chiuratto Guimarães
Ana Cláudia Finger	Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Odilon Borges Junior (UFES)
Eros Roberto Grau (USP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)	Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	Sérgio Ferraz (PUC-Rio)
Juarez Freitas (UFRGS)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)	Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG)	Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil)	Prof. Dr. Michele Carducci (Università del Salento – Itália)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR)	Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUCPR)	Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG)	Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba)	Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP)	Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá)

O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública

Carlos Ari Sundfeld

Professor Doutor da Faculdade e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e Coordenador de sua Especialização em Direito Administrativo. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público.

Jacinto Arruda Câmara

Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP.

Resumo: O presente estudo pretende demonstrar a necessidade de a Administração Pública obedecer a parâmetros procedimentais e motivar seus atos normativos. O setor de telecomunicações foi escolhido como objeto de observação em virtude de sua legislação instituir, expressamente, o dever de realização de consulta pública prévia sempre que forem editados atos normativos. Fez-se também um apanhado de situações concretas nas quais, de modo exemplificativo, apontam-se vícios procedimentais em atos normativos editados pelo órgão regulador das telecomunicações.

Palavras-chave: Devido processo legal administrativo. Atos normativos da Administração. Motivação.

Sumário: 1 Introdução – 2 Fundamentos gerais do dever de a Administração motivar atos normativos – 3 Tratamento da matéria no setor de telecomunicações – 4 Vícios procedimentais na edição de atos regulamentares: alguns casos extraídos do setor de telecomunicações – 4.1 Introdução de mudança regulamentar que não foi objeto de proposta submetida a consulta pública – 4.2 Vício decorrente de incompatibilidade entre a fundamentação e o texto normativo aprovado – 4.3 Necessidade de divulgação de estudos técnicos em medidas de impacto econômico-financeiro no setor – 5 Conclusão

1 Introdução

O exercício de competência normativa pela Administração Pública é estudado, na maioria das vezes, apenas sob o seu enfoque material. Discutem-se, em suma, questões de legalidade referentes à pertinência e abrangência da norma administrativa em face da legislação aplicável. O pano de fundo dessa relevante discussão acadêmica é, sem dúvida, a Separação de Poderes, posta em xeque pelo exercício de função típica do Legislativo (criação de normas gerais e abstratas) por entidades integrantes da Administração Pública (Executivo, Agências Reguladoras ou outros entes integrantes da organização administrativa).

A temática tradicionalmente vinculada ao poder normativo da Administração, sem dúvida, é das mais importantes e pertinentes.

Entretanto, não menos relevante é investigar os requisitos formais, procedimentais, para o exercício de tal competência. Ou seja, além de se saber o quê deve e pode ser editado, também se mostra necessário investigar como tais normas devem ser lançadas.

O viés procedimental da competência administrativa regulamentar propõe uma série de questões instigantes. A Administração estaria obrigada a motivar seus atos normativos, a exemplo do que deve fazer em relação a suas decisões individuais e concretas? Existiria um dever ao “contraditório” nos procedimentos administrativos de produção de atos normativos, que assegure a interessados atingidos pelas futuras normas o direito de externarem e defenderem seus pontos de vista?

A discussão pode ser travada sobre dois planos. O primeiro é o da Administração Pública tomada de modo geral. Trata-se de uma situação que, atualmente, conta com pouca ou nenhuma disciplina legislativa. As proposições e conclusões que venham a ser feitas dependerão, basicamente, da adaptação de normas gerais de processo administrativo cunhadas para disciplinar a edição de atos individuais e concretos ou da aplicação ao caso de princípios gerais de direito. O outro campo de discussão envolve setores da Administração Pública nacional em que já existem, ainda que de modo incipiente, dispositivos legais voltados para a disciplina do procedimento de criação de normas.

O presente estudo busca, de um lado, posicionar o tema no contexto da Administração Pública em geral, expondo as possíveis dificuldades em aplicar regras de procedimento sem esteio em dispositivos legais próprios. Quanto à visualização do tema em setores já regulados, será tomado como objeto de observação o exercício da competência normativa atribuída à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Além da análise da legislação desse setor, também serão expostos casos concretos que auxiliam na fixação de diretrizes procedimentais que devem ser observadas no procedimento de elaboração de normas desse setor.

Ao final, buscaremos reunir, em tópico conclusivo, as principais observações colhidas em torno desse intrincado assunto.

2 Fundamentos gerais do dever de a Administração motivar atos normativos

Diante da atipicidade da função normativa no âmbito da Administração Pública, parece correto buscar-se inspiração para a análise

jurídica dos requisitos dessa competência no Poder estatal que, tipicamente, recebeu tal incumbência. Isto é, parece correto e desejável comparar a produção de normas administrativas, para eventualmente conferir-lhe tratamento semelhante, com o procedimento adotado no órgão próprio para tanto: o Legislativo. Por essa linha, numa análise superficial, o observador menos atento estaria inclinado a afastar maiores requisitos formalísticos, tal como o dever de motivação, de um procedimento para a edição de atos normativos.

A caracterização do dever de motivar, no processo legislativo, não é prática destacada. Assim, tomando-se o processo legislativo como parâmetro de comparação e modelo de atuação a ser adotado na criação administrativa de normas, seria natural que também fosse esquecida qualquer alusão à exposição de razões factuais e jurídicas como antecedente necessário à publicação de textos normativos. A comparação posta em termos tão simplórios, no entanto, não procede.

Em primeiro lugar, porque não é correta a imputação de um absoluto informalismo ao processo legislativo, que seja marcado pela ausência de motivação de suas decisões. É óbvio que não são encontrados no processo legislativo padrões de fundamentação semelhantes aos existentes nas decisões individuais da Administração Pública ou mesmo nas decisões judiciais. Todavia, o processo legislativo é permeado por fases e requisitos que proporcionam à sociedade o conhecimento a respeito das intenções e justificativas das propostas de intervenção legislativa. É o que se vê, por exemplo, na exposição de motivos que acompanha a apresentação de projetos de lei ou de emendas parlamentares. Também se observa uma discussão e fundamentação no trâmite legislativo nas diversas comissões, temáticas (onde são discutidas as questões de mérito) e de constituição e justiça (onde são abordadas as discussões de cunho jurídico). A sociedade em geral e os grupos de interesse específico encontram, desse modo, um ritual próprio que lhes confere meios de participação e de obtenção de informações acerca das decisões legislativas.

Seria própria, ou cabível, a formulação de um procedimento semelhante no âmbito da Administração Pública, quando esta fosse editar seus atos de caráter normativo?

As estruturas, perfis e funções típicas distanciam o modo operacional do parlamento e da Administração Pública. Seria inapropriada e de difícil viabilidade a identificação de procedimentos decisórios nessas

distintas matrizes de atuação estatal. Isso, porém, não significa dizer que a Administração não deva também possuir, a seu modo, um procedimento decisório que permita aos interessados conhecer a fundamentação dos atos normativos por ela produzidos. A questão é saber se tal providência decorre de um dever jurídico, imputável à Administração, ou seria apenas uma medida a ser adotada voluntariamente, se e quando as autoridades responsáveis estiverem dispostas a fundamentar e a divulgar previamente os motivos que as levaram a expedir atos normativos.

No que toca ao plano legislativo, a própria Constituição Federal estabelece normas de cunho procedimental para disciplinar um mínimo da atuação parlamentar. A complementação é feita por normas regimentais, que tratam com detalhe o tema e traçam um verdadeiro processo de produção de leis, processo este de observância obrigatória, sob pena de nulidade da decisão que venha a ser aprovada. E no âmbito administrativo, haveria algum parâmetro constitucional a impor um procedimento ou um dever de motivar?

De modo direto, não houve preocupação do constituinte em disciplinar a produção normativa da Administração Pública. Mas existem normas gerais, de caráter processual, aplicáveis à atuação administrativa. É o que veremos.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a aplicação do princípio do devido processo legal também no âmbito administrativo. Situações litigiosas envolvendo a Administração Pública e os particulares, bem como aquelas situações em que direitos (liberdade ou bens) de particulares são atingidos por ato administrativo, passaram a depender, por determinação constitucional, da observância de procedimento que assegure garantias mínimas. São as garantias ao contraditório e à ampla defesa.¹

Normalmente, o direito ao devido processo legal é invocado diante de atos administrativos individuais e concretos. Isto ocorre, por exemplo, no questionamento de atos que aplicam sanções, ou que respondem a um específico requerimento, ou que rescindem um contrato, e assim por diante.

¹ A Constituição Federal inseriu-as em seu art. 5º, que reúne os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Os dispositivos que consagraram o princípio do devido processo legal, inclusive na esfera administrativa, são os seguintes: "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 a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Mas o princípio em tela também se aplica às decisões administrativas de caráter normativo. Isto é, também é necessário observar o devido processo legal quando se vai editar regulamentos, resoluções, circulares, portarias ou qualquer outra espécie de ato administrativo geral e abstrato, que afete direitos dos particulares. A afirmação acima é óbvia. Não seria sustentável defender que a Administração se sujeitasse ao princípio do devido processo legal apenas quando proferisse decisões individuais e concretas, estando imune à sua observância quando tomasse decisões de caráter geral (atos normativos). A diferença de tratamento não faria sentido, pois, tanto numa situação quanto na outra, direitos individuais podem ser afetados.

Dada essa premissa, põe-se uma questão mais objetiva e difícil de enfrentar: como se atende ao devido processo legal no curso da edição de um ato administrativo de caráter normativo? A expressão ou princípio jurídico “devido processo legal” é por demais ampla para precisar um conjunto de práticas que vinculem a atuação da Administração Pública em situações como essa. Estaria o “devido processo” atendido com a observância das regras de competência e de publicidade dos atos administrativos? Bastaria, como fundamento, que a Administração indicasse, no preâmbulo de seus atos normativos, os dispositivos legais que pretende regulamentar para, com isso, atender ao requisito de motivação?

A tese que se pretende defender, por óbvio, não se resume a sustentar que a Administração deva, a cada regulamento, indicar apenas a base legislativa formal de sua competência. Esta prática é corrente e, sobre ela, não paira qualquer tipo de discussão. A ideia aqui lançada busca sustentar a existência de um dever de motivar as decisões de caráter regulamentar num sentido forte. Não basta arrolar artigos e incisos de lei ou constitucionais. A Administração, ao motivar, 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.

A raiz desse dever, como já se falou, está na garantia ao devido processo legal e no seu consentâneo, o direito de defesa. No caso, para que tenha efetiva oportunidade de defesa, o interessado cujos direitos ou bens tenham sido afetados por uma decisão de índole normativa da

Administração Pública precisa ter acesso aos reais motivos e justificativas que embasaram a decisão. Tome-se o exemplo de um direito restringido normativamente em função de alegada proteção à saúde; nesse contexto, seria fundamental que o interessado soubesse quais os argumentos de ordem científica utilizados pela Administração, sob pena de não ter como, no mérito, apresentar defesa consistente de seus direitos. A motivação densa e de conteúdo é exigível porque, sem ela, a Administração estaria tolhendo direito dos administrados sem propiciar os meios necessários à sua defesa. A ausência de motivação, nesses casos, implicaria violação aos incisos LIV e LV, do art. 5º, da Constituição Federal.

Há de se reconhecer que, diante desse perfil, o dever de motivação dos atos normativos da Administração não é de cunho geral. Ou seja, nem todos os atos normativos da Administração precisam de uma motivação prévia, detalhada e de conteúdo. Tal exigência só se perfaz quando há, diretamente, perspectiva de confronto com a esfera de direitos de administrados.

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.

Além do Texto Constitucional, é possível identificar na legislação ordinária fundamentos importantes para o dever de a Administração motivar suas decisões de caráter normativo.

A Administração Pública Federal conta com lei própria para disciplinar seus processos administrativos. Trata-se da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a Lei de Processo Administrativo Federal. Referida lei não distingue as decisões individuais e concretas das de caráter normativo (gerais e abstratas), tomadas pela Administração. Há de se presumir que, sempre que cabível, as previsões ali constantes incidem sobre o exercício da função administrativa em geral. Vale ainda ressaltar que, embora a lei em exame seja destinada a disciplinar o processo decisório

da Administração Federal (art. 1º), o Judiciário vem reconhecendo sua aplicabilidade, de modo subsidiário, quando entes administrativos de outras esferas federativas (estaduais e municipais) não contam com disciplina legal sobre a matéria.² As normas presentes nesse diploma, portanto, transcendem à aplicação aos entes de nível federal, podendo ser vistas como diretrizes gerais da atuação administrativa no direito brasileiro.

Uma primeira disposição importante, aplicável aos processos administrativos em geral (incluindo-se, por óbvio, os normativos), estabelece como diretriz o dever de motivar as decisões, bem como o de adotar formalidades essenciais ao respeito dos direitos e garantias de particulares (administrados). Eis os dispositivos em referência:

Lei de Processo Administrativo Federal – Lei nº 9.784/1999

Art. 2º. (...).

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

Especificamente sobre o dever de motivar, a Lei de Processo Administrativo Federal indica um rol de situações em que ele seria aplicável (art. 50). Entre outras hipóteses, a lei prevê o dever de motivação em relação aos atos que “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses” (inciso I) ou que “imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções” (inciso II). É óbvio que, apesar do caráter abstrato, atos regulamentares podem afetar, diretamente, a esfera de direitos de administrados, seja por intermédio da criação de limitações ou pela imposição de novos encargos. Seria o caso, por exemplo, da criação de norma administrativa que criasse nova obrigação para concessionária de serviço público ou que, em relação a exploradores de espaço público, criasse um novo encargo econômico.

Mas não é só. A Lei de Processo Administrativo confere aos administrados o direito de formular alegações e apresentar documentos, antes

² O STJ em relação à aplicação do prazo decadencial referente à possibilidade de a Administração anular seus próprios atos “firmou o entendimento de que, à míngua de lei estadual específica, pode a Administração Estadual rever seus próprios atos no prazo decadencial previsto na Lei Federal n. 9.784/99” (AgRg no Resp nº 1016764/MG, 5ª Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, v. u., j. em 3 de março de 2009).

que a Administração profira suas decisões. No caso de ato normativo, isto significa que a Administração tem o dever de dar oportunidade de manifestação e de apresentação de documentos (estudos técnicos, laudos, pareceres etc.) antes da edição da norma. Eis o artigo que confere o direito de manifestação prévia aos administrados:

Lei de Processo Administrativo Federal – Lei nº 9.784/1999

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

(...)

III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

A legislação ainda prevê os mecanismos de instrução processual que podem ser empregados a fim de materializar uma efetiva motivação dos atos normativos da Administração: a audiência pública e a consulta pública.³

No primeiro caso, a Administração define data e local para a realização de uma audiência na qual os interessados serão ouvidos a respeito do tema a ser objeto de regulamentação. As manifestações tanto servem para influenciar a decisão final da Administração Pública, como também, quando menos, exigem fundamentação específica sobre a definição tomada quanto à matéria objeto de questionamento ou comentário.

Na consulta pública, a Administração divulga previamente uma minuta de texto normativo e abre prazo para que os interessados possam encaminhar contribuições e questionamentos por escrito. Findo o prazo, a Administração deve analisar e responder às contribuições.

Perceba-se que a Administração, empregando quaisquer dos instrumentos vistos acima, além de assegurar a observância do direito ao contraditório, também propicia o atendimento do dever de motivação das decisões administrativas. Mediante provocação dos interessados, a Administração se vê obrigada a expor as razões que fundamentam cada uma das opções seguidas no ato regulamentar. Sem esse tipo de estímulo, corre-se o risco de se editar ato normativo sem a devida motivação (que, além de fundamentos jurídicos, deve conter as razões de fato que justificam a decisão tomada).

³ Eis os artigos da Lei de Processo Administrativo Federal que disciplinaram os institutos da Audiência Pública e da Consulta Pública: “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.”; “Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.”

Tais regras, porém, apesar de estabelecerem uma faculdade, jamais poderiam ser vistas como uma autorização para que a Administração venha a editar atos normativos sem consultar previamente as pessoas cujos direitos serão atingidos. 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 administrativos, 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).

3 Tratamento da matéria no setor de telecomunicações

No caso específico do setor de telecomunicações, o dever de realizar consulta pública e, conseqüentemente, de motivar suas decisões administrativas e de ouvir as partes atingidas pelas futuras decisões foi encampado expressamente pela Lei Geral de Telecomunicações — Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Em seu art. 42, a Lei impôs o dever de realização de consulta pública, como requisito formal inafastável à edição de qualquer ato normativo pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Confira-se o texto legal:

Lei Geral de Telecomunicações (LGT)

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.

É indiscutível, portanto, que, no setor de telecomunicações, a ausência de consulta pública para a edição de novo ato normativo conduz à sua nulidade. É importante destacar que tal requisito não é mera formalidade. Para ser atendido, é importante que ele cumpra efetivamente as finalidades para as quais se destina. Isto é, a consulta pública deve, além de possibilitar a oitiva dos interessados, expor as razões de fato e de direito que levaram a Agência a propor tais soluções. Trata-se de um instrumento fundamental para o cumprimento de outro importante preceito de índole processual: o que impõe o dever de motivação das decisões administrativas.

O dever de justificação tem de ser cumprido já quando da submissão do texto à consulta pública. A Administração deve divulgar os estudos que elaborou e que demonstrem a necessidade e as consequências da medida planejada. Do contrário, as regras projetadas surgiriam como soluções arbitrárias, sem que ninguém pudesse compreender suas razões, sentido e alcance.

Como já foi dito, além da já citada Lei de Processo Administrativo Federal, onde são encontrados dispositivos que impõem o dever de motivar a toda a Administração Pública Federal, a LGT também traz dispositivo com teor semelhante, ou seja, que impõe o dever de apresentar as razões que serviram de base às decisões da Anatel. Confira-se:

Lei Geral de Telecomunicações (LGT)

Art. 40. Os atos da Agência deverão ser sempre acompanhados da exposição formal dos motivos que os justifiquem.

A regra não exclui qualquer decisão da Agência desse dever genérico de motivar. Ela é aplicável, portanto, tanto para as decisões de caráter individual e concreto quanto em relação às de caráter normativo (gerais e abstratas).

Apesar da clareza dos requisitos procedimentais acima expostos, a rotina de produção normativa da Anatel revela uma série de vícios que podem redundar no esvaziamento de tal instituto e, por isso, têm de ser eliminados. Passamos, a seguir, a relatar alguns dos casos mais emblemáticos, como contribuição para o aprimoramento da atuação da Agência.

4 Vícios procedimentais na edição de atos regulamentares: alguns casos extraídos do setor de telecomunicações

A experiência normativa da Anatel propicia uma rica coletânea de situações nas quais problemas jurídicos relevantes são postos em virtude da inobservância de requisitos procedimentais. Segue a exposição de alguns desses casos, a partir dos quais foram elaboradas algumas diretrizes de caráter procedimental.

4.1 Introdução de mudança regulamentar que não foi objeto de proposta submetida a consulta pública

Uma situação muito interessante decorre da abrangência das alterações que podem ser feitas em relação ao texto normativo originalmente

submetido a consulta pública. A questão é saber até que ponto é possível, após a divulgação de uma minuta, introduzir modificações no momento da edição do texto final.

Uma situação extrema foi constatada numa proposta de alteração da regulamentação do Serviço Móvel Pessoal (SMP), implementada por intermédio da Consulta Pública nº 642/2005. Referido procedimento, destinado a realizar a atualização do regulamento do SMP preexistente, adotou um modelo por meio do qual seriam objeto de consulta — e, pois, de futura modificação — apenas os temas considerados relevantes pela Agência. Assim, os dispositivos do regulamento até então vigente que não fossem sofrer qualquer alteração ficaram de fora do procedimento de consulta pública.

Uma das matérias abordadas foi o da “segunda chamada em roaming”,⁴ no qual o objetivo almejado pela Anatel, consubstanciado no item 4.13.8 do Informe nº 565/2006, era “possibilitar o retorno à situação vigente no Serviço Móvel Celular, desonerando o usuário em roaming na rede de sua própria prestadora”. Dito de outra forma, propunha-se a eliminação da cobrança da “segunda chamada em roaming” quando tal chamada fosse realizada dentro de uma mesma Área de Prestação e coberta por uma mesma prestadora (hipótese do DSL-1). Essa medida seria tomada por intermédio da inserção do §3º no art. 77 do Regulamento do SMP então vigente.

Ocorre que, editada a Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2007 (que aprovou o novo Regulamento do SMP), a modificação proposta terminou por não ocorrer. Por outro lado, o texto final do Regulamento, alterado pelo Conselho Diretor da Agência após o recebimento das contribuições oriundas da Consulta Pública nº 642/2005, mexeu na redação do §2º do mesmo art. 77, que passou a ser o art. 87 na norma atualmente em vigor, com a seguinte redação: “a segunda chamada é considerada uma chamada SMP e tem origem na Área de Registro

⁴ De acordo com a regulamentação de telecomunicações, há uma série de chamadas definidas como integrantes do STFC Longa Distância. Entre elas, encontra-se aquela cursada quando um usuário do Serviço Móvel Pessoal (SMP) busca comunicação com outro usuário situado em Área de Registro distinta daquela em que seu número de acesso encontra-se habilitado. Em situações tais, cobra-se um preço que, tecnicamente, considera-se como oriundo de uma chamada de STFC Longa Distância. Quando o Usuário Visitante (em roaming) encontra-se na mesma Área de Prestação onde seu número de acesso está habilitado, está-se diante de deslocamento tipo 1 (DSL-1). Quando, ao contrário, o Usuário Visitante encontra-se em Área de Prestação diferente, está-se diante de deslocamento tipo 2 (DSL-2). Cabia às prestadoras do STFC Longa Distância, portanto, a titularidade das receitas advindas dessa modalidade de ligação, que, no jargão do setor, ficou conhecida como “segunda chamada em roaming”.

do Usuário e destino no local em que este se encontra, cabendo seu pagamento ao Usuário Visitante”.

Em outras palavras, incluiu-se na norma, sem submissão à manifestação dos interessados, uma nova norma atinente à “segunda chamada em roaming” que antes não existia e que não fora objeto de consulta. Tal mudança teria o condão de transferir a titularidade de tal receita do STFC Longa Distância para o SMP, o que, confirmando-se, causaria grande impacto sob o ponto de vista regulatório.

No caso sob análise, contudo, há uma peculiaridade relevante. A Agência, ao lançar a Consulta Pública nº 642/2005, assumiu que não pretendia, com a edição do novo Regulamento do SMP, promover alterações de fundo nas regras que balizam o serviço, mas apenas aperfeiçoar alguns temas presentes na regulamentação, adaptando-os à realidade atual da telefonia móvel no Brasil.

É cabível, então, o questionamento: tal modificação poderia ter sido implementada sem nova submissão a consulta pública, para que se pudessem conhecer eventuais manifestações e impugnações daqueles por ela atingidos?

A questão de fundo, como se vê, diz respeito aos limites do dever de submissão de atos normativos ao procedimento de consulta pública. Seria a consulta pública um procedimento interativo, de tentativa e erro, em cujo trâmite qualquer nova alteração introduzida pela Administração Pública após a consolidação das contribuições dos interessados deveria ser novamente levada à ausculta da sociedade? No caso da Anatel, então, a prevalecer essa lógica, qualquer alteração que o Conselho Diretor introduzisse num texto normativo advindo de consulta pública deveria, necessariamente, ser aberta a novas manifestações? Decerto que não. Se assim fosse, a Administração correria o risco de sujeitar-se a um processo interminável, sujeito a manobras protelatórias daqueles que se considerassem prejudicados pelo disposto no ato normativo em elaboração, com evidentes prejuízos à concretização do interesse público. A consulta pública perderia seu sentido, transformando-se em mecanismo de embate entre o Poder Público e os administrados, quando deve ser encarada exatamente como a antítese, isto é, um exemplo de aplicação da ideia de consenso na produção de atos administrativos.

Todavia, no caso em tela, a alteração levada a cabo no art. 87, §2º do novo Regulamento do SMP deveria, sim, ter sido alvo de consulta pública. Duas são as razões fundamentais a embasar essa conclusão.

A primeira delas diz respeito à incongruência facilmente perceptível entre a metodologia empregada pela Anatel ao lançar a Consulta Pública nº 642/2005 e o dispositivo posto em xeque. Ora, se, como a própria Agência frisou, foram colocados em consulta apenas determinados aspectos da regulamentação do Serviço Móvel Pessoal, selecionados com vistas à “adaptação de alguns pontos específicos e relevantes”, a modificação empreendida por intermédio do §2º do art. 87 não poderia ter sido deixada de lado. Trata-se de tema dos mais importantes, na medida em que pode ser interpretado como verdadeira subversão do modelo de tarifação do serviço, ao transformar em chamada de SMP algo que a regulamentação do setor até então definia inquestionavelmente como chamada de STFC. Por isso, qualquer alteração promovida pelo Conselho Diretor a esse respeito deveria ter passado pelo crivo de um procedimento de consulta pública.

É fácil demonstrar a utilidade prática e, portanto, a necessidade da submissão do novo texto a uma nova rodada de contribuições. Os prejudicados teriam oportunidade de questionar o mérito da decisão, ou de apresentar, ainda antes da entrada em vigor do regulamento, os argumentos pertinentes para a defesa de seus direitos. De outro lado, quem tivesse a expectativa de auferir benefício, teria a oportunidade de apresentar argumentos favoráveis à sua adoção. O objetivo de assegurar-se o direito ao contraditório e à ampla defesa no âmbito dos processos administrativos é justamente o de propiciar esse amplo debate, mormente quando em causa tema reconhecidamente relevante para o serviço cuja regulamentação é objeto de consulta. Quando a Agência optou por, de maneira simplista, alterar o texto do Regulamento do SMP suprimindo essa etapa, agiu em desacordo com a legislação, inquinando de nulidade a norma regulamentar modificada.

Diante dos argumentos arrolados, não há como negar o vício formal em que incorreu a Anatel ao editar o art. 87, §2º, do novo Regulamento do SMP. Por intermédio desse dispositivo, teria havido uma alteração de fundo no serviço — que macularia seu modelo de tarifação, e, por conseguinte, transferiria a titularidade de certas chamadas, bem como a receita delas advinda, do STFC Longa Distância para o SMP. Tudo isso sem que se tenha aberto, às partes atingidas por essa mudança, oportunidade para externarem, amparadas no procedimento de consulta pública previsto na normatização setorial, eventuais contribuições, impugnações ou críticas.

4.2 Vício decorrente de incompatibilidade entre a fundamentação e o texto normativo aprovado

Os atos administrativos em geral devem apresentar coerência entre fundamentação e conteúdo. Uma eventual incompatibilidade é capaz de gerar, inapelavelmente, a nulidade de um ato. Assim, se for apresentada fundamentação diversa do que se observa na realidade, o ato se mostrará nulo (teoria dos motivos determinantes). Do mesmo modo, se a Administração aponta como justificativa de agir um dado argumento e, ao decidir, faz o inverso, há falha insanável no ato, levando à sua nulidade. Tal raciocínio, desenvolvido inicialmente para atos individuais e concretos, pode muito bem ser transposto para o campo da edição de atos normativos, especialmente quando produzidos no âmbito de um processo formal, como é a consulta pública.

Na regulamentação do polêmico tema da cobrança dos chamados pontos-adicionais (ou pontos-extras) do serviço de TV por assinatura, a Anatel produziu um raro exemplo de incoerência. Enquanto a fundamentação técnica fornecida pela Agência no bojo da consulta pública refuta a gratuidade de tais facilidades,⁵ o Conselho Diretor da Agência aprovava regulamento em sentido oposto, isto é, proibindo acobrança por ponto-extra.

É curioso que, após oferecer bem fundamentada resposta no processo de consulta pública, a Anatel tenha, ao final, editado um regulamento que assegura justamente o direito ao ponto-extra sem ônus. O resultado contraria frontalmente os argumentos lançados pela própria Agência, que refutavam de modo peremptório a medida.

A incompatibilidade entre esta motivação e o regulamento aprovado é razão formal suficiente, por si só, para tornar nula a medida.

4.3 Necessidade de divulgação de estudos técnicos em medidas de impacto econômico-financeiro no setor

As normas no setor de telecomunicações, em sua imensa maioria, causam impacto econômico na prestação dos serviços atingidos por ela. Elas são editadas, justamente, em função da avaliação que se faz a

⁵ Em conclusão, a análise da Anatel concluiu que "isentar o ponto-extra de toda e qualquer cobrança fará com que quem usufrui menos o serviço pague por aquele que usufrui mais, promovendo o enriquecimento sem causa justamente daquele que pode e deve pagar mais. Não se cogita uma hipótese em que um estado democrático de direito se coadune com isso" (Relatório de Contribuições da Consulta Pública nº 712, p. 1-2. Extraído do site: <www.anatel.gov.br>. Acesso em: 30 maio 2008).

respeito de dado aspecto econômico e, sempre, tendo-se em vista a repercussão que elas podem acarretar (análise de viabilidade). Se a proposta de norma tem como premissa ou objetivo uma dada situação de natureza técnica ou econômica, é imprescindível que, no cerne da própria consulta pública, estejam presentes os estudos que serviram de base para as propostas da Administração.

Em mais de uma ocasião, o setor foi submetido a processos de consulta pública em que foram propostas alterações de normas com inquestionável impacto nos contratos de concessão de STFC. Foi o caso de algumas medidas constantes da proposta de alteração do Plano Geral de Outorgas (como a de cisão das empresas concessionárias, em função dos serviços prestados, de telefonia e de banda larga) e da proposta de modificação do Plano Geral de Metas de Universalização. Ambos textos normativos, de competência do Presidente da República, merecem prévia divulgação e encaminhamento por parte da Anatel. Pois bem, no que pese a repercussão sobre contratos de concessão de telefonia, protegidos por cláusulas que asseguram a preservação do equilíbrio econômico-financeiro, a divulgação foi feita sem que todas as medidas contassem com a prévia divulgação dos estudos econômicos que lhe serviram de base.

A propositura de qualquer mudança regulatória deve ser acompanhada de justificativa técnica, jurídica e econômica explicando a viabilidade da medida. É preciso apontar o porquê da supressão ou criação de uma dada obrigação às prestadoras de serviços. Mais ainda quando se tratar de concessionária, em função do inafastável dever de obediência ao equilíbrio econômico-financeiro, a medida deve ser respaldada em demonstrativos que indiquem que a alteração não afeta o referido equilíbrio. Assim, criado um novo ônus, há de se demonstrar quais as fontes de receita que cobririam as necessidades de investimento adicionais.⁶ De outro lado, se houver proposta para suprimir obrigações inócuas ou ineficientes, a medida demandará a demonstração de que ela não proporcionará enriquecimento sem causa das concessionárias, ou seja, de que, apesar da extinção das obrigações, o equilíbrio será mantido em virtude de outros fatores (criação de outras obrigações, alteração tarifária, constatação de prejuízos imprevistos, por exemplo).

Ganha especial relevo, entre o plexo de explicações que devem ser divulgadas no processo de consulta pública, a demonstração de fontes de

⁶ Esse dever é decorrência direta do que prevê o art. 108, §3º da LGT, que aponta como uma das causas de revisão do contrato “a oneração causada por novas regras sobre os serviços”.

recursos para arcar com novas obrigações. Seria descabido se a Agência pura e simplesmente lançasse novos encargos sob a genérica justificativa de que, apesar deles, o equilíbrio estaria mantido em virtude de ganhos de produtividade ou aumento de receita em relação ao originalmente previsto. Fundamentar a viabilidade da medida não significa apontar, sem qualquer demonstração, situações genéricas que potencialmente equilibrariam financeiramente o contrato. Para cumprir seu dever de motivar a proposta, a Anatel se vê obrigada a apontar, objetivamente, as fontes de receita que seriam empregadas para custear as novas despesas.

Ressalte-se que esse dever se aplica em relação a qualquer ônus que venha a ser proposto pela Agência.

Também é importante destacar que esse dever de indicar as fontes de receita para cobrir despesas novas, introduzidas nas concessões, vem sendo reconhecido nos últimos anos pelos tribunais superiores brasileiros. Decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça⁷ e do Supremo Tribunal Federal⁸ vêm considerando inválidas as decisões do poder concedente que, sem apontar as fontes de recursos necessárias, criam novos ônus às concessionárias de serviços públicos. Até leis instituidoras de ônus vêm sendo declaradas inconstitucionais quando desprovidas da indicação da fonte de recurso para suportá-los.

Os fundamentos empregados por essa jurisprudência são muito claros. Aponta-se como garantia constitucional a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos,⁹ que seria violado pela criação de novos encargos ou supressões de receitas, desprovidas da indicação de fontes que reparassem as perdas. Importante também notar que a jurisprudência não entrou no mérito de eventuais prejuízos causados pelas medidas. A falta se mostrou, antes de tudo, de caráter formal. A completa ausência de motivação, de justificativa técnico-econômica para

⁷ Destacam-se na jurisprudência do STJ os Agravos Regimentais nas Suspensões de Segurança nº 1.404/DF, publicado no Diário da Justiça, 06 dez. 2004; nº 1.411/DF, publicado em 06.12.2004; e nº 79/SP; publicado em 29.06.2005; bem como o Recurso Especial nº 677.872/PR, publicado em 08.06.2006.

⁸ As decisões mais relevantes do STF sobre a matéria foram tomadas no bojo de ações diretas de inconstitucionalidade. Destaco as seguintes: ADI nº 2.299/RS, publicada em 28.03.2001; ADI nº 2.337/SC, publicada em 20.02.02; ADI nº 2.733/ES, publicada em 26.01.05. A única gratuidade (que importa ônus) admitida sem indicação de fontes para ressarcimento do valor investido foi a instituída em favor de idosos. Trata-se de caso especialíssimo, em que a norma legal impugnada repetia o disposto no art. 230 do próprio texto constitucional (ADI nº 3.768/DF, de 25.10.2007). Vale registrar que, nesses casos, soma-se ao argumento do desrespeito à garantia do equilíbrio econômico-financeiro o de violação ao princípio da separação de poderes. Nos casos, como as medidas foram tomadas pelo Legislativo, o STF constatou intromissão indevida em atividade tipicamente administrativa, referente à gestão dos contratos de concessão.

⁹ Decorrente do art. 37, XXI, que assegura aos contratados pela Administração o direito à manutenção das "condições efetivas" da sua proposta.

criar um novo ônus, foi suficiente para decretar a nulidade da medida, por ofensa ao preceito constitucional (também reproduzido em diversas leis e nos próprios contratos) que assegura a preservação da situação econômica das concessionárias. É importante notar que, nesse aspecto, constata-se uma evolução jurisprudencial. Em decisões mais antigas, embora reconhecesse o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro às concessionárias, o Judiciário não considerava ilícita a modificação desprovida de fonte de receita para recompor o equilíbrio. A medida era preservada, ressalvando-se apenas o direito de a concessionária, em ação própria, pleitear indenizações por perdas e danos.¹⁰ A jurisprudência vigente deu um passo adiante. Partindo do reconhecimento do direito à preservação do equilíbrio econômico-financeiro, passou a anular modificações nos contratos que não indicassem, desde logo, quais meios seriam empregados para custear os novos ônus. Sem indicação das fontes de recursos, a alteração que introduz novas despesas é nula; é deste modo que atualmente decidem STJ e STF.

Há de se concluir, portanto, que a garantia constitucional à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos impõe, como dever instrumental, a demonstração de que novos encargos que venham a ser criados sejam acompanhados da devida indicação de fontes de receitas capazes de suportá-los, sem afetar dito equilíbrio.

5 Conclusão

I O dever geral de motivar atos administrativos também se aplica em relação aos atos de caráter normativo (atos regulamentares).

II Além da mera enunciação de dispositivos legais que indicam a competência da autoridade incumbida de regular dada matéria, a Administração deve, ao motivar seus atos normativos, explicar as razões de mérito que a levaram a adotar aquelas decisões.

III Esse dever de apresentar uma motivação mais completa dos atos normativos da Administração deriva do princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Sem a devida motivação de atos normativos, os administrados que fossem atingidos por atos dessa natureza estariam, de fato, impossibilitados de defenderem de modo eficiente os seus interesses.

¹⁰ Decisões nesse sentido foram tomadas pelo STJ nos Recursos Ordinários em Mandado de Segurança nº 13.084-CE, publicado em 23.09.2002, e nº 14.865-RJ, publicado em 11.11.2002. No STF, a mesma linha foi adotada no julgamento de cautelares nas ADIs nº 436/DF, p. em 12.02.93, e nº 1.052/RS, p. em 23.09.94.

IV Atos normativos de caráter interno ou aqueles de aplicação externa, mas que inaugurem a regulação de setores ainda desprovidos de interesses já personificados, não apresentam o mesmo rigor em relação ao dever de motivar. A diferença está em que, nesses casos, não há interesse individual envolvido.

V A Lei de Processo Administrativo Federal contém diversos dispositivos que fundamentam o dever de motivar decisões administrativas que afetem a esfera de direito dos administrativos, independentemente de seu caráter individual e concreto ou normativo (geral e abstrato). As principais normas derivam dos seguintes dispositivos: art. 2º, parágrafo único, VII e VIII; art. 3º, III; e art. 50, I e II.

VI A Lei Geral de Telecomunicações contém regra específica que obriga a realização de consulta pública antes da edição de qualquer ato normativo (art. 42), bem como estende à Anatel o dever de motivar os seus atos (art. 40).

VII Em virtude da característica apontada no item anterior, o setor de telecomunicações proporciona uma rica experiência envolvendo procedimento para edição de atos normativos. A partir de casos concretos relatados neste estudo, foi possível estabelecer as seguintes diretrizes procedimentais:

VII.1 Um texto normativo submetido a procedimento de consulta pública pode ter sua versão final modificada, aprovando-se regulamento distinto daquele divulgado previamente. No entanto, a possibilidade de modificação tem limites. Não é possível que matéria alheia a discussão original (por não ter sido cogitada pela Administração ou pelos colaboradores da consulta pública) seja incluída no texto final aprovado e publicado. Em situações tais, para legitimar a medida, seria necessário realizar nova consulta pública, envolvendo o ponto ainda não debatido.

VII.2 A Administração se vincula às respostas divulgadas no curso do procedimento de consulta pública. Se determinada sugestão obteve comentários favoráveis ou contrários do órgão regulador, quando das respostas aos colaboradores da consulta pública, não se pode, no momento da aprovação do ato normativo final, desconsiderar a fundamentação já expedida e decidir em sentido inverso, sem que nova fundamentação técnica, igualmente consistente, seja elaborada.

VII.3 Medidas regulatórias que busquem proporcionar impactos econômicos sobre determinados agentes devem se sujeitar à consulta pública acompanhadas dos estudos técnicos que lhe deram base. Sem tal requisito, os interessados estariam cerceados no seu direito de apresentar argumentos e defesa de seus pontos de vista.

The Duty of Motivation in the Edition of Normative Acts by Public Administration

Abstract: The present study aims to demonstrate the need to make Public Administration comply procedural parameters and motivate its normative acts. The telecommunications sector was chosen as the object of observation because of their legislation establish explicitly the duty to carry out public consultation whenever they are edited prior normative acts. It was also made an overview of concrete situations in which, so exemplary, procedural flaws are pointed out in normative acts enacted by the telecommunications regulator organ.

Key words: Administrative due process. Normative acts of the Administration. Motivation.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SUNDFELD, Carlos Ari; 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.

Recebido em: 21.06.11

Aprovado em: 16.09.11