

O Ato e o Tempo - por um modelo de transição aplicado aos regulamentos

Autor(a): Marilda de Paula Silveira

Publicado em: s.d.

Publicação: author_upload

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/marilda-de-paula-silveira/o-ato-e-o-tempo-por-um-modelo-de-transicao-aplicado-aos-regulamentos>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/marilda-de-paula-silveira/o-ato-e-o-tempo-por-um-modelo-de-transicao-aplicado-aos-regulamentos#ep-31be982e

Texto integral

O ATO E O TEMPO: POR UM MODELO DE TRANSIÇÃO APLICADO AOS REGULAMENTOS
Marilda de Paula Silveira¹

Introdução Em que pese a complexidade da matéria, as alterações e revogações de atos normativos sempre foram tratadas como “modificação de regime jurídico”. Fundamentados na dinâmica do regime democrático e na mais ampla discricionariedade para expedir regulamentos, os instrumentos de concretização da segurança jurídica, nesse particular, são bastante restritos e seus efeitos ainda mais objetivos. Entretanto, a maior parte da doutrina e a jurisprudência contemporânea não têm se dedicado ao estudo da limitação temporal prospectiva dos regulamentos ou da avaliação cogente de um regime de transição. Esses aspectos sempre foram considerados como parte natural da esfera de ampla discricionariedade do Poder Público, de modo que os atos regulamentares ou se sujeitam às limitações constitucionais objetivas (irretroatividade, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada) ou passam a vigor de acordo com critérios definidos pelo administrador. Cabe verificar, portanto, como a jurisprudência e a doutrina têm tratado o regime aplicável à extinção e a modificação dos atos normativos.

1 O regime de transição e as barreiras que se opõem a extinção e a modificação dos atos normativos O debate a respeito das barreiras que se opõem à revogação ou alteração dos regulamentos sempre se limitou à irretroatividade², ao direito adquirido, ao ato jurídico

1 Mestre e Doutora em Direito Administrativo pela UFMG. Coordenadora Acadêmica do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP| Online e professora dos cursos de Pós-Graduação em Direito Administrativo e Direito Eleitoral. Vice-Presidente do Instituto Brasiliense de Direito Eleitoral e membro das Comissões de Direito Administrativo e Eleitoral da OAB-DF (2013-2014). Foi assessora jurídica de Ministros do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e é Sócia na Silveira & Unes Advogados, escritório especializado em Direito Público e Eleitoral, em Brasília.

2 FERRAZ JUNIOR, Tércio. Anterioridade e irretroatividade no campo tributário. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 56, São Paulo, 2001, p. 125. ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 433.

3 perfeito e à coisa julgada.

4. Nesse ponto, assim como na função legislativa, reafirma-se que norma posterior não pode alterar os efeitos decorrentes da incidência de norma anterior.

4. Mais recentemente, contudo, combatendo-se o postulado de que “não há direito adquirido a regime jurídico” é possível encontrar alguns doutrinadores⁵ que defendem a permanência de situações jurídicas individuais, pelo viés da proteção da confiança. Para além desses instrumentos que foram objeto de estudo mais amplo⁶ e que são invocados no juízo de aplicação dos atos regulamentares (ou seja, quando se tornam atos concretos), a questão central reside no fato de que, no modelo atual, as alterações e a revogação

dos atos regulamentares se sujeitam a regra quase objetiva: “são, por 3 Em alguns casos, “o fato jurídico ocorre no passado e se consuma em conformidade com a norma vigente no momento de sua ocorrência. No entanto, a consequência normativa, por algum motivo, não se verifica ainda sob a vigência da lei anterior. Nesse caso a regra da irretroatividade tributária é insuficiente para proteger os contribuintes. Será preciso buscar outras garantias a estes últimos asseguradas, como o é caso das garantias do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, destinadas – como visto acima – a proteger atos ou fatos jurídicos ocorridos no passado que não se enquadrem na categoria de fatos geradores”. ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 435. 4 É preciso registrar, contudo, que o STF, no julgamento das ADCs 29 e 30, Rel. Min. Luiz Fux, em que se questionava a constitucionalidade das alterações trazidas pela LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) abrandou os conceitos de irretroatividade, ato jurídico perfeito e coisa julgada. STF. Pleno. ADC 29/DF. Rel. Min. Luiz Fux. DJe 28.6.2012: AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. 1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico - constitucional e legal complementar - do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula rebus sic stantibus) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito). 2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. 5 Capítulo 4. 6 Tese de doutoramento defendida pela autora, na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, intitulada SEGURANÇA JURÍDICA E ATO ADMINISTRATIVO: por um regime de transição de avaliação cogente, 2014. natureza, revogáveis a qualquer tempo e em qualquer circunstância, desde que a Administração respeite seus efeitos produzidos até o momento da invalidação”. E compreende-se que assim o seja, porque “estes atos (gerais ou regulamentares) têm missão normativa assemelhada à lei, não objetivando situações pessoais”7. Na maioria dos casos8, a definição sobre a necessidade de regras de transição não se submete a qualquer procedimento, não exige motivação e não permite acesso por

instrumentos de concretização da transparência. Especialmente no que se refere à vigência das normas, embora o tema não tenha merecido maior atenção da doutrina, o administrador age como se estivesse no exercício típico da função legislativa, de ampla discricionariedade material, sem a contrapartida do processo legislativo. Essa orientação que vem pautando a edição, a modificação e a revogação de atos normativos. Todavia, não se coaduna com os princípios que regem a Administração Pública. Embora alguns atos normativos – haja vista os regulamentos autônomos – ostentem natureza que os aproxime da lei em sentido material, o exercício do Poder Regulamentar não retira o administrador da submissão ao regime jurídico administrativo. E, especialmente, da subordinação ao princípio da segurança jurídica e da juridicidade. Esses princípios consideram diversos fatores, entre os quais, a posição do controle. Outro aspecto que deve ser considerado é que a esfera administrativa não conta com a legitimidade democrática inserida no processo legislativo. Não apenas pela titularidade e pela natureza do mandato parlamentar (nem todos os administradores detêm mandato), mas também pelos elementos que compõem o ambiente de decisão. Assim como nos atos administrativos concretos, o Poder Público não se dissocia do dever de transparência e da garantia de segurança que são fatores determinantes para sua legitimação. Essa transição do passado para o presente, concretizada pelo sistema normativo, é fundamental para que se possa garantir um ambiente favorável para o exercício das liberdades. A calculabilidade⁹ que se refere ao juízo de aplicação da norma, ainda que em espectro reduzido de tempo, pode ser concretizada por uma mudança gradual. 7 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 196. 8 Ressalvadas as audiências e consultas públicas obrigatórias, como na Lei Geral de Telecomunicações (LGT) abaixo citada. 9 Conceito adotado a partir da obra ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 203-204: Constitui a certeza de que os elementos considerados no planejamento serão mantidos ou não serão alterados abruptamente. Nessa perspectiva, não se exige que a norma permaneça imutável, que tenha todos os seus aspectos motivados ou que necessariamente veicule um regime de transição. A proposta deste artigo limita-se a avaliar o dever de a Administração Pública aferir, motivadamente, o cabimento de um regime de transição nos atos regulamentares, independentemente de sua natureza. Com efeito, neste estudo¹⁰ defende-se, com fundamento no princípio da segurança jurídica, que o ato regulamentar sujeita-se à motivação obrigatória apenas no que se refere ao regime de transição. É nesse contexto de objetivação das soluções e de falta de transparência na atuação administrativa, que se avalia alternativa que não apenas permita viabilizar a cognoscibilidade, a calculabilidade e a confiabilidade¹¹ dos atos, mas que também dê ao administrado segurança que amplie a legitimidade da atuação estatal. A proposta parte de um viés mais consentâneo com o Estado democrático de Direito e busca trazer o debate para a esfera administrativa, antes que os efeitos da modificação normativa sejam produzidos e acabem levando à deslegitimação das ações estatais e à instauração de litígios. 2 Procedimentalização da Administração Pública: motivação e contraditório dos atos regulamentares Como visto, o sistema atual parte de uma construção bem objetiva no que se refere ao regime de transição inserido na esfera do Poder Regulamentar. Embora sejam escassos os trabalhos sobre o tema, doutrina e a jurisprudência¹² adotam posicionamento, já incorporado à rotina administrativa, de que em todas as espécies de regulamento, o regime de transição estaria a critério da autoridade administrativa regulamentadora. Já a necessidade de motivação do ato regulamentar não foi objeto de 10 Ainda que outros autores defendam a motivação dos regulamentos como um todo, tema que pode ser objetivo de aprofundamento posterior. 11 Conceitos adotados a partir da obra ÁVILA, Humberto.

Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2012. Confiabilidade (conhecimento do Direito que será aplicado ao caso), cognoscibilidade (clareza quanto ao que é prescrito pelo Direito a ser aplicado) e calculabilidade (certeza de que os elementos considerados no planejamento serão mantidos ou não serão alterados abruptamente). 12 STJ. 1ª Turma. Min. Francisco Falcão. REsp 710458/MG, DJ 2.11.2005: Muito embora houvesse motivação no regulamento impugnado, o Tribunal afirmou, obiter dictum, que, “em 30 de dezembro de 1998, foi editado o Decreto 2.917, fixando a alíquota do IPI em 5% para o açúcar de cana, sendo este documento legal que a recorrente reputa carecedor de motivação. Nesse diapasão, é preciso ressaltar que o ato normativo encontra-se respaldado no plano da discricionariedade, cabendo ao Administrador efetuar o juízo acerca da conveniência e oportunidade de sua edição”. (Cita, no mesmo sentido, em hipótese idêntica: REsp 439.059/PR, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ de 22/03/2004, p. 278.) maiores aprofundamentos.¹³ Essa construção está centrada na extensão da discricionariedade do ato regulamentar e desconsidera a complexidade do ambiente em que se insere, seja do ponto de vista global da Administração Pública, seja daqueles que serão diretamente afetados por suas normas. O exercício da competência normativa pela Administração Pública tem merecido bastante esforço doutrinário no que se refere à legalidade do regulamento e à abrangência da norma administrativa em face da legislação aplicável. No presente trabalho, contudo, merece enfoque a procedimentalização da função administrativa, especificamente no que se refere à motivação dos atos regulamentares. Afinal, não menos importante que saber o quê deve e pode ser editado é investigar os requisitos formais e procedimentais para o exercício de tal competência. Ou seja, como tais normas devem ser editadas. A competência administrativa regulamentar também propõe uma série de questões relacionadas ao procedimento. E duas delas são centrais: 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 externar e defender seus pontos de vista? Um viés possível seria aprofundar o estudo para se investigar a obrigatoriedade de motivação de todos os aspectos do regulamento ou a obrigatoriedade de se instaurar procedimento administrativo com participação (v.g. audiências e consultas públicas) antes da expedição de todo e qualquer regulamento.¹⁴ Contudo, este trabalho cuida, especificamente, da motivação na escolha das regras de transição dos atos regulamentares em geral, aspecto que encerra independência suficiente para ser destacado e que está diretamente vinculado à segurança jurídica. Assim, a questão 13 Dos poucos trabalhos dedicados ao tema no Direito brasileiro: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55- 73, jul./set. 2011. 14 Em termos semelhantes, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara questionam a necessidade de motivação nos atos normativos da Administração Pública. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011: “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”. relativa ao

contraditório (que envolve a participação nas decisões) não será objeto de aprofundamento.¹⁵ Questiona-se a juridicidade do modelo atual, em que não há sequer deliberação administrativa obrigatória a respeito das regras de transição e, quando há, esta não é levada a termo que viabilize a transparência e o controle (motivação). É curioso notar que, embora a motivação tenha se desvinculado da atuação regulatória, posição jurídica semelhante não é própria dos atos legislativos. Embora não se encontre nos processos legislativos a fundamentação típica dos atos administrativos e das decisões judiciais, é certo que seu trâmite não é pautado pela informalidade e pela ausência de transparência. Na verdade, o processo legislativo, com suas diversas fases, debates e reiteradas votações, tem a finalidade de levar ao conhecimento da sociedade o que se discute nas propostas legislativas. Por esse meio se viabiliza o controle social. De fato, as normas de processo legislativo são inegável instrumento de concretização da segurança jurídica no constitucionalismo brasileiro. A Constituição de 1988 reflete em seu texto a ampla participação popular assegurada pelo procedimento de sua elaboração. Fiel ao paradigma democrático de Direito, “concilia as regras e os princípios voltados para a garantia da segurança jurídica no processo de edição legislativa com os mecanismos de democratização de sua prática”: arts. 59 a 69, art. 5º, XXXVI, arts. 14, III e art. 61, §2º. Esse modelo procedimental e participativo que a Constituição estabelece para modificação ou revogação das normas “é uma barreira que pretende garantir certa estabilidade das situações jurídicas constituídas ou de algum modo garantidas pela ordem constitucional”¹⁶. E não poderia ser de outra forma, pois o controle judicial dos atos legislativos é objetivo e independe de sua motivação ou da mens legislatoris. Os regulamentos executivos e técnicos submetem-se ao controle judicial tradicional de legalidade¹⁷ ou à 15 Mesmo porque, essa questão se desdobra em tantas outras e demanda um trabalho específico: “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?” ¹⁶ PIREZ, Maria Coeli Simões. As normas de processo legislativo como proteção à segurança jurídica no constitucionalismo brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 151-198, p. 187. ¹⁷ STF. ADI-MC 996. Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 6.5.1994. ADI - SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR (SNDC) - DECRETO FEDERAL N. 861/93 - CONFLITO DE LEGALIDADE - LIMITES DO PODER REGULAMENTAR - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. - Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁸, e os regulamentos autônomos ao controle de constitucionalidade.¹⁹ Além disso, eventuais vícios no processo legislativo não são afetos ao controle social, mas apenas interna corporis ou judicialmente, limitada sua legitimidade ativa aos próprios integrantes das casas legislativas.²⁰ Nesses termos, o processo legislativo como um todo acaba por cumprir parte do papel que é atribuído à motivação nos atos administrativos. As diferentes matrizes que fundamentam o exercício da função legislativa e da função administrativa determinam o distanciamento do modelo de formação de seus atos. Isso não significa, contudo, que a Administração Pública não esteja obrigada a viabilizar o acesso aos interessados das deliberações que determinam as escolhas este se projetado ultra legem, quer porque tenha permanecido citra

legem, quer, ainda, porque tenha investido contra lei, a questão caracterizara, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. - O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada. 18 Art. 102, §1º da CR/88 regulamentado pela Lei 9.882/99. STF. ADPF 210/AgR/DF. Pleno. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJe 20.6.2013. CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF-AGR). IMPUGNAÇÃO A RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE QUÍMICA (CFQ). REGIME DE SUBSIDIARIEDADE E RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA SUSCITADA. CONDIÇÕES ESSENCIAIS DE ADMISSIBILIDADE DA ARGUIÇÃO. NÃO-ATENDIMENTO. NORMAS SECUNDÁRIAS E DE CARÁTER TÍPICAMENTE REGULAMENTAR. OFENSA REFLEXA. INIDONEIDADE DA ADPF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ADPF, como instrumento de fiscalização abstrata das normas, está submetida, cumulativamente, ao requisito da relevância constitucional da controvérsia suscitada e ao regime da subsidiariedade, não presentes no caso. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) firmou-se no sentido de que a ADPF é, via de regra, meio inidôneo para processar questões controvertidas derivadas de normas secundárias e de caráter tipicamente regulamentar (ADPF-AgR 93/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). 3. Agravo Regimental improvido. 19 Para que a ADI seja cabível contra ato regulamentar, cinco são os requisitos que devem ser atendidos: i) a generalidade e abstração da norma; ii) sua autonomia jurídica; iii) a impessoalidade; iv) a eficácia vinculante. Além disso, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado que a ADI “não pode depender para efeito de controle normativo abstrato, da prévia análise de outras espécies jurídicas infraconstitucionais, para, somente a partir desse exame e em um desdobramento exegético ulterior, efetivar-se o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do diploma”. STF. Pleno. ADI/DF 3345. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 25.8.2005. 20 STF. MS 24642/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 18.6.2004: CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. I. - O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas. II. - Precedentes do STF: MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves (leading case), RTJ 99/1031; MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello, RDA 191/200; MS 21.303-AgR/DF, Ministro Octavio Gallotti, RTJ 139/783; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso, “DJ” de 12.09.2003. III. - Inocorrência, no caso, de ofensa ao processo legislativo, C.F., art. 60, § 2º, por isso que, no texto aprovado em 1º turno, houve, simplesmente, pela Comissão Especial, correção da redação aprovada, com a supressão da expressão “se inferior”, expressão dispensável, dada a impossibilidade de a remuneração dos Prefeitos ser superior à dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. IV. - Mandado de Segurança indeferido”. normativas. A não ser, por evidente, que devam ser pautadas pelo sigilo. De todo modo, até mesmo as restrições de acesso devem ser motivadas e se sujeitam, também, a recurso²¹. É certo que, no plano legislativo, a Constituição disciplinou a atuação parlamentar, que acabou regulamentada por normas regimentais. A esfera normativa da Administração Pública, contudo, não mereceu tratamento específico do texto constitucional. Apesar disso, entende-se que as normas gerais e os princípios constitucionais são suficientes para

determinar que a avaliação motivada de um regime de transição seja cogente. No Estado democrático, o ato isolado, administrativo ou regulamentar, perdeu a relevância para ceder espaço a um enfoque dinâmico, que considera a atuação administrativa de modo global. Para tanto, é indispensável que a repercussão do ato na esfera jurídica de terceiros e o acesso ao controle sejam sempre considerados. Além disso, a legislação ordinária regulamenta o dever de a Administração motivar suas decisões, independentemente do caráter normativo.²² Embora faça análise contextualizada nos limites do Poder Regulamentar – sem estudar a questão da transição – Florivaldo Dutra de Araújo afirma que ao editar um regulamento, o administrador deve estar atento para “não ultrapassar o círculo estrito do poder regulamentar” e, nesse sentido, deve “demonstrar que assim o faz, motivando os atos administrativos gerais e abstratos que produzir para fiel execução da lei”²³. 21 Embora não se refira a atos normativos, a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/) dispõe que a informação de sigilo não apenas deve ser motivada como admite recurso: Art. 11 [...] § 4º Quando não for autorizado o acesso por se tratar de informação total ou parcialmente sigilosa, o requerente deverá ser informado sobre a possibilidade de recurso, prazos e condições para sua interposição, devendo, ainda, ser-lhe indicada a autoridade competente para sua apreciação. art. 29. A classificação das informações será reavaliada pela autoridade classificadora ou por autoridade hierarquicamente superior, mediante provocação ou de ofício, nos termos e prazos previstos em regulamento, com vistas à sua desclassificação ou à redução do prazo de sigilo, observado o disposto no art. 24. § 2º Na reavaliação a que se refere o caput, deverão ser examinadas a permanência dos motivos do sigilo e a possibilidade de danos decorrentes do acesso ou da divulgação da informação. 22 Lei 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”. 23 O autor destaca, ainda, que “o conteúdo da motivação referir-se-á, como regra, apenas a dados jurídicos, e não fáticos. Isso porque se trata ainda de norma geral e abstrata, embasada tão-só em outro preceito jurídico geral e abstrato (a lei) e orientada a fazer este último aplicável aos casos concretos. A motivação do ato regulamentar será, então, similar a uma exposição de motivos – quando se vislumbrar a necessidade de mais ampla justificação – ou, pelo menos, ao preâmbulo de uma lei, visando a demonstrar a observância ao objeto da lei regulamentada e às competências dela decorrentes”. ARAÚJO, Florivaldo Dutra. Motivação e controle do ato administrativo. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 148. Compreende-se que esse esclarecimento não torna o pensamento do autor incompatível com a tese ora proposta, pois, esse fragmento do texto cuida da perspectiva de respeito à legalidade e da extensão material dos regulamentos. A afirmação não foi pensada do ponto de vista da segurança jurídica e dos demais aspectos do ato administrativo regulamentar. No setor de telecomunicações, o dever de realizar consulta pública e, conseqüentemente, de motivar as decisões administrativas e de ouvir as partes atingidas pelas futuras decisões foi encampado expressamente pela Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472, de 16 de julho de 1997. Em seu art. 42, a Lei impôs o dever de realização de consulta pública²⁴ como requisito formal inafastável à edição de qualquer ato normativo pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). É inegável que a ausência de motivação ou de qualquer procedimento dificulta ou mesmo inviabiliza o controle, ampliando o poder de uma forma perversa. Em decorrência, essa ampliação do poder reflete diretamente nos elementos da segurança jurídica e na legitimidade da ação estatal. Assim como nos atos administrativos concretos, a ampliação da discricionariedade administrativa impõe a instrumentalização de mecanismos de controle para que a segurança jurídica encontre vias de

concretização. O Estado democrático de Direito volta-se à proceduralização da Administração Pública para que os casos e suas respectivas especificidades mereçam tratamento individualizado. Essa construção, além de garantir maior segurança e legitimidade à atuação estatal, permite que o controle da discricionariedade administrativa se amplie. Essa a linha da tese defendida por Vasco Pereira da Silva²⁵, ao afirmar que “o conceito de ato administrativo perdeu sua relevância como instrumento de compreensão e organização do direito administrativo”²⁶. O Estado democrático se configura como uma estrutura organizacional vocacionada a produzir atos de massa e o indivíduo deixou de ocupar posição hipossuficiente em relação vertical²⁷. O tempo, a esfera pública pluralista e a realidade ampliam as possibilidades de interpretação e as necessidades de mudança. Mas essa é uma complexidade com a qual a sociedade e todos os seus integrantes têm que lidar. Equiparar a segurança jurídica à estabilidade, atribuindo-lhe o efeito de manter o status quo ou de romper abruptamente com situação antecedente, não se compatibilizam com a segurança jurídica nem com o 24 Lei 9.784/99, 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. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.” 25 PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedida, 1996, p. 44. 26 PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedida, 1996, p. 44. 27 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1-5. ideal democrático. Na verdade, acaba por beneficiar um grupo limitado, com fundamento em sua boa-fé, ou por onerar substancialmente o grupo afetado, com fundamento no interesse público e na dinâmica democrática. 3 O regime de transição: por uma avaliação obrigatória motivada²⁸ No momento em que o administrador público produz ou modifica um regulamento, necessária e inquestionavelmente, será preciso definir quando a norma passará a produzir efeitos. Adotada a premissa da irretroatividade, apenas dois caminhos são possíveis: a vigência imediata ou a delimitação de um prazo de vacância, que imponha um regime de transição. Essa decisão, embora normativa, compõe a esfera de competências do administrador e alcança os direitos subjetivos dos cidadãos. Deixá-la livre de procedimento e de motivação é o mesmo que aceitar a ausência de real deliberação a respeito da matéria ou, ainda que deliberação haja, que se mantenha distante de qualquer controle externo. É verdade que toda a construção da norma é definida por escolhas realizadas pelo órgão competente. Dessa forma, a mesma consideração caberia para todas as disposições do regulamento. E, de fato, cabe. Porém, deve-se reafirmar que o presente trabalho cuida apenas do aspecto regulamentar relativo às regras de transição. E assim o faz porque compreende que ele seja indispensável para a segurança jurídica e, conseqüentemente, para a garantia da legitimidade da atuação estatal. Se ainda pode haver alguma dúvida quanto à necessidade de motivação de todos os dispositivos de um regulamento, essa mesma dúvida não remanesce quanto às regras de transição. Ao definir o momento em que a norma passará a produzir efeitos, a Administração, deve explicar e expor os motivos que a levaram a decidir daquele modo e não de outro. Deve apontar os estudos de natureza técnica, econômica, científica que tenham servido de base para aquela decisão. Deve expor, de modo fundamentado, as razões do regime de vigência adotado pelo ato normativo que expede. Somente assim, será possível acessar os reais motivos e justificativas que embasaram sua decisão. 28 Parte dos fundamentos desse tópico foi adaptada da dissertação de mestrado de SILVEIRA, Marilda de Paula. A responsabilidade judicial do

legislador pela produção de atos legislativos danosos. UFMG, 2008. Deixá-la livre de procedimento e de motivação, é o mesmo que aceitar a ausência de real deliberação a respeito da matéria ou, ainda que deliberação haja, se mantenha distante de qualquer controle externo. Muito embora, os autores não tenham se dedicado ao estudo de um regime de transição para os atos administrativos normativos, na prática administrativa, prevalece a regra de que, afora disposições constitucionais e legais específicas (v.g. art. 16, CR/88), trata-se de matéria inserida na esfera de discricionariedade do administrador. No cotidiano da função administrativa, as regras tendem a vigor a partir do momento de sua publicação, sem maiores reflexões e sem qualquer motivação que considere os impactos dessa mudança. Essa ideia geral e pressuposta de que os destinatários dos regulamentos²⁹ devem suportar quaisquer modificações gerais, sem maiores esclarecimentos sobre a necessidade de alteração abrupta ou sobre um regime de transição, decorre, em grande medida, de uma premissa arraigada ao paradigma legalista e democrático: o caráter geral, impessoal e abstrato das normas seria suficiente para distribuir equitativamente os ônus das alterações legislativas. Assim, aqueles que tiverem sua situação jurídica modificada, com maiores ou menores prejuízos, devem suportar o ônus da mudança, própria de um regime democrático. Esse pressuposto também fundamenta o entendimento jurisprudencial no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. Partindo da premissa, realmente incontestável, de que as alterações normativas são indispensáveis no Estado democrático, essa compreensão traz consigo a noção de que a generalidade da norma cuida da distribuição de seus encargos. Assim, esta generalidade cuidaria de assegurar a isonomia, pressuposto que distanciava qualquer preocupação sobre a necessidade de regras de transição. Não haveria questões a serem enfrentadas fora dos casos concretos, o que reafirmaria a noção de que não seria papel do poder regulamentar preocupar-se com uma “garantia do passado”³⁰. Essa elaboração, contudo, está completamente distanciada dos fundamentos que sustentam nosso Estado democrático de Direito e se aproxima, na verdade, dos fundamentos tradicionais da doutrina de Montesquieu. Para ele, das três funções em que se dividiram as atribuições do Estado, caberia ao Poder Legislativo a elaboração das regras de direito gerais, abstratas e obrigatórias a que, tradicionalmente, convencionou-se chamar “leis”. Assim, ao exercício da função legislativa corresponderia a produção ²⁹ Embora seja um tema de grande relevo, reafirma-se que o regime de transição relacionado às alterações das leis, em sentido estrito, merece estudo aprofundado que não integra o objeto do presente trabalho. ³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 166. CARRAZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 456 e 981-982. de atos normativos necessariamente gerais e abstratos. Esse apego à noção de lei como regra geral e abstrata encontra bases nos movimentos revolucionários liberais que veem esse instrumento como medida última de garantia da igualdade.³¹ Essa concepção de lei que vigorava no século XVIII está clara no art. 6º da Declaração de 1789, ao dispor que “la loi est l’expresssion de la volonté général”. Essa forma legislativa era considerada “expressão perfeita da soberania popular e da ‘separação dos poderes’”.³² Alicerçando-se na tradição rousseauiana³³ e no movimento idealista alemão, toda lei, por definição, estaria assegurando o respeito à igualdade simplesmente por distribuir a todos, sem distinção de direitos e deveres, eventuais prejuízos que lhes fossem inerentes.³⁴ Presume-se que “de si mesmo, o povo quer sempre o bem [...]. A vontade geral é sempre reta”,³⁵ de modo que a lei seria sempre justa. Afinal, dirigindo-se a todos de forma genérica, a lei garantiria a igualdade e a impessoalidade primordiais no regime constitucional pluralista, assegurando o “governo de leis e não dos homens”.³⁶ Com efeito, a própria lei cuidaria da divisão de eventuais encargos, de forma isonômica, por toda a sociedade, não sendo dado ao prejudicado pleitear

ressarcimento. Essa identificação da lei com a isonomia encontra raízes no “culto da lei”,³⁷ fundado na crença de que todas as dificuldades da sociedade poderiam ser solucionadas por meio desta, instrumento bastante a assegurar a justiça e a segurança.³⁸ A lei apresentar-se-ia, portanto, como sinônimo de justiça, no sentido de que sempre asseguraria a distribuição igualitária dos direitos e deveres disciplinados. Para tanto, parte-se do pressuposto de que a concretização da justiça estaria na distribuição equânime dos ônus e encargos públicos: a diminuição ou oneração do patrimônio privado (lato sensu) eram admitidas a fim de assegurar os propósitos da lei, 31 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 149. 32 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19; MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 202. 33 Além de afirmar que à lei cabe o atendimento da vontade geral, Rousseau insiste na condição de que a lei se caracteriza pela impessoalidade, inflexibilidade e generalidade de modo que “toda função que se relaciona a um objeto individual ao pertence ao Poder Legislativo”. ROUSSEAU, Jean Jacques. O contrato social. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 112-116. 34 MEDEIROS, Rui. Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos. Coimbra: Almedina, 1992, p. 9. 35 ROUSSEAU, Jean Jacques. O contrato social. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 112-116. 36 Declaração de direitos do Massachusetts, art. XXX apud FERREIRA FILHO, 2002, p. 10. 37 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21. 38 Posição sustentada pelos discípulos de Bentham, conforme registro de QUINTANA, Segundo V. Linhares. Responsabilidade do Estado legislador. Revista Forense, v. 44, n. 109, p. 351-356, jan./fev. 1997, p. 351. desde que tais ônus recaíssem igualmente sobre todos os cidadãos.³⁹ Diante deste postulado, sempre se afirmou que a abstração e a generalidade levariam à conclusão de que seria impossível identificar uma relação de causa e efeito entre a lei e eventual dano. Assim, não haveria sentido na preocupação com os efeitos produzidos pela alteração normativa, uma vez que “a norma geral não afeta nem modifica diretamente nenhuma situação jurídica individual, pois, perante a lei não existem terceiros.”⁴⁰ Os atos normativos não teriam destino certo, de modo que sua generalidade afastaria a possibilidade de identificação precisa de eventual lesado. Essa perspectiva sustenta a ideia de que o legislador e o administrador em sua atividade normativa não têm que se preocupar com os efeitos produzidos pela norma. Especialmente sendo ela constitucional e lícita. Assim, caso os cidadãos efetivamente fossem lesados pela alteração normativa, estariam fadados a suportar os efeitos das alterações produzidas pela norma, ainda que fizessem parte de um grupo limitado de prejudicados. Contudo, esses conceitos não são compatíveis com o Estado de Direito da atualidade. A evolução do Estado acabou levando a doutrina a questionar-se se, de fato, a supremacia da lei seria corolário direto da supremacia do direito ou da Justiça. Embora certa corrente doutrinária tenha pretendido identificar a lei ao Direito⁴¹, não é essa a noção que fundamenta o constitucionalismo, próprio dos Estados democráticos de Direito. Verifica-se que a lei deve se amoldar aos limites constitucionais e à juridicidade que impõem barreiras à discricionariedade do administrador e do próprio legislador, buscando a aproximação do que se entenda como justo, em dado local e momento⁴². 39 Júlio César dos Santos. Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 93; MEDEIROS, Rui. Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos. Coimbra: Almedina, 1992. p. 123; CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por ato legislativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. v. 153, p. 15-34, jul./set. 1983, p. 25. 40 MEDEIROS, Rui. Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos. Coimbra: Almedina, 1992, p. 123. 41 BOOBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p.

236. “Como referência ao positivismo ético extremista, deve-se observar: em primeiro lugar, muito raramente este foi sustentado coerentemente até suas extremas consequências pelos filósofos (mesmo na concepção convencionalista da justiça de Hobbes – como vimos no §59 – põe-se um limite ao dever absoluto da obediência às leis, limite representado pelo respeito ao contrato social). Em segundo lugar, na história não se encontra acordo permanente entre positivismo jurídico e positivismo ético extremista (salvo o caso de alguns juspositivistas alemães da segunda metade do século XIX, que adotaram a concepção hegeliana do Estado; mas é errôneo afirmar, como às vezes se faz, que tal concepção seja encontrada em Jhering): o filão ítalo francês e o anglo-saxônico do positivismo jurídico são totalmente independentes dessa concepção ética”. 42 Evidentemente não se trata aqui da contraposição entre lei e direito tão criticada por Hobbes no sentido de que cada qual poderia fazer sua apreciação subjetiva do que seria justo, aplicando ou não a norma jurídica. No Estado atual, diversos autores apontam a existência de uma crise da lei, decorrente da complexidade das relações sociais que exigem mais e mais normas, muitas vezes especializadas, e que acabam desatualizadas em pouco tempo⁴³. Em 1951, Francesco Carnelutti alertava que “faz tempo que o direito vem perdendo, pouco a pouco, cada vez mais, sua dupla função de certeza e de de justiça”⁴⁴. O conflito de interesses econômicos e políticos, divididos em inúmeros grupos de poder, acaba manifestando na lei não a vontade geral, mas a vontade de uma maioria.⁴⁵ Pode-se afirmar, portanto, que a noção de generalidade e abstração vinculada à ideia de justiça não mais se coaduna com o Estado contemporâneo, especialmente limitado pela supremacia da Constituição.⁴⁶ Nesse sentido, não se pode esperar que a lei ou o regulamento sejam capazes de, por definição, alcançar as pessoas de forma justa. Cada mudança é única e atinge os indivíduos em um contexto diferente, que deve ser considerado pela Administração Pública na elaboração de seus regulamentos, ainda que tenham caráter geral e abstrato. Mesmo no caso da lei em sentido estrito, sua elaboração – por definição, eminentemente política – vai retirando-lhe parte do prestígio e a ilusão de que os próprios legisladores sempre buscam a forma mais justa de regulação da sociedade⁴⁷. Não se pode afastar do Estado e da Administração Pública a responsabilidade de lidar com o fato de que as normas, mesmo gerais e abstratas, modificam direitos e deveres de forma mais ou menos onerosa e, nesse cenário, alterações abruptas podem agravar o cenário de prejuízo aos indivíduos e ao bem comum. Ocorre que a Administração Pública somente poderá avaliar a necessidade e o modelo de transição adequado em cada hipótese normativa. 43 COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. A legislação simbólica como fato de envenenamento do ordenamento jurídico brasileiro. Fórum: Belo Horizonte, 2011, p. 65: “Infelizmente, a crise da lei de que falam os autores surge enquanto esse passo extremamente importante em direção à democracia é tomado; o início da crise corresponde ao momento histórico em que se atribui função legislativa ao parlamento. Desde que os parlamentos assumiram esta importantíssima função, o estreitamento e maior complexidade das relações sociais somente fazem crescer a necessidade de se elaborarem mais e mais leis, sendo exato que não é de se esperar que o legislador seja versado em todos os assuntos que lhe são apresentados”. 44 CARNELUTTI, Francesco. A morte do direito. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 24. 45 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 79: “Os constituintes do século XX, se têm uma idéia clara, é a de que os homens naturalmente e necessariamente se dividem em grupos hostis, ou no mínimo divergentes. Assim, conformando-se com a realidade, prevêm a rotação dos grupos no poder, cada um deles disposto a impor sua concepção das tarefas governamentais, sua política, com a força haurida na vitória eleitoral”. 46 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas. Madrid: Civitas, 2000. 47 FERREIRA FILHO, Do processo legislativo. São Paulo:

Saraiva, 2002, p. 94-95. Os princípios da Administração Pública e o paradigma procedimental do Estado democrático não autorizam que se parta do pressuposto de que os destinatários da norma estariam obrigados a suportar todos os danos que quaisquer prescrições normativas acarretassem. Além disso, é responsabilidade do Estado avaliar a dimensão desses danos para que eventuais prejuízos não sejam necessariamente remetidos para a seara reparatória judicial. A avaliação de um regime de transição, capaz de minimizar os impactos trazidos pela alteração normativa, apresenta-se como alternativa mais consentânea com a pretensão de segurança e com o próprio princípio da eficiência. Vários foram os autores que cuidaram da extensão da responsabilidade do Estado em casos de alteração legislativa, assim como várias foram as teorias apresentadas para justificar a irresponsabilidade estatal ao longo do tempo. Entretanto, enfocando a atualidade da doutrina, podem-se identificar duas teorias preponderantes: i) a que se fundamenta no princípio da isonomia e busca identificar a melhor forma de repartição dos ônus e encargos públicos⁴⁸ e 2) a que compreende a responsabilidade estatal como um princípio jurídico embasador do sistema democrático, ao lado da legalidade e da igualdade, e demanda reparação sempre que houver prejuízo⁴⁹. Contudo, não se pode dizer que haja consenso entre os autores, questão que parece estar ligada, como registra Carmem Lúcia Antunes Rocha, ao fato de que “a responsabilidade do Estado tem como fundamento jurídico o regime político eleito pelo sistema”.⁵⁰ Atualmente, prevalece o entendimento de que, independentemente da extensão que se dê à responsabilidade, esta encontra fundamento no princípio da isonomia, do qual decorre a igualdade da distribuição dos ônus e encargos públicos. Trata-se de opção pelo Estado de Direito, que lhe impõe a condição de submeter-se às suas próprias regras.⁵¹ Nesse cenário, parece evidente que a Administração Pública tem o dever de avaliar prévia e motivadamente as consequências de qualquer alteração normativa. Assim, diferentemente do modelo que se instalou na rotina administrativa – a partir dos pressupostos acima narrados, compreende-se que a avaliação motivada do regime de transição seja mandatória para os regulamentos em nosso modelo constitucional. 48 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Responsabilidade do Estado. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros. v. 6, n. 19, p. 153, 1972; RIVERO; WALINE, 1998, p. 260. 49 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. Revista Forense, a. 86, v. 311, jul./ago./set. 1990, p. 8-9. 50 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. Revista Forense, a. 86, v. 311, jul./ago./set. 1990, p. 7. 51 ESCOLA, Hector José. Compendio de derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 1.127. Isso não quer dizer que todo regulamento deva, necessariamente, estar acompanhado de um regime de transição. A Administração Pública deve, contudo, avaliar as condições do contexto em que se insere o ato para definir a necessidade de um regime de transição. Essa é uma avaliação que caberá à autoridade administrativa. Contudo, não se trata de uma decisão de natureza eminentemente política ou que se insira em uma esfera indiscriminada da discricionariedade. A decisão que levará o órgão regulador a inserir ou não um regime de transição em seus atos regulamentares envolve uma série de fatores técnicos, financeiros, administrativos e políticos, todos eles pautados pelo fio condutor da atuação administrativa, que é o bem comum. É possível que, em algumas circunstâncias, os motivos que determinam essa escolha não possam ser expostos por razões de segurança ou por questões políticas. Todavia, a exceção não deve pautar a regra, até mesmo porque as próprias razões que sustentam a exceção devem ser expostas na motivação. Atualmente, a ausência de motivação obrigatória que expresse os motivos que pautaram a escolha pela vigência imediata da norma ou por um regime de transição tem alimentado um sistema anacrônico. Verifica-se na maioria das vezes, que a Administração adota uma postura uniforme de vigência imediata, que sequer considera a

necessidade de um regime de transição. Em outras poucas ocasiões, esse regime é estabelecido sem maiores reflexões e sem a contribuição daqueles que efetivamente são afetados pela norma. A imposição da avaliação obrigatória e motivada da necessidade de um regime de transição, nos atos regulamentares, permite que os interessados acompanhem a decisão e acessem seus fundamentos para concordar, discordar ou, eventualmente, controlá-la. Nesse sentido, não apenas instrumentalizará a concretização da segurança jurídica, como fortalecerá a legitimidade da atuação estatal. Esse modelo decorre do princípio constitucional da publicidade e da transparência, que se desdobra na necessidade de se considerar a esfera de confiança dos administrados. Esse mecanismo, de um lado, evita frustrar as expectativas legítimas daqueles que, com base na norma, tomaram decisões, adotaram condutas e optaram por um tipo de negócio. Busca-se evitar a implementação de mudanças bruscas e drásticas.⁵² De outro, caso a opção por 52 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 605: “Bruscas são aquelas alterações que não são, de modo algum, antecipáveis e que, por isso mesmo, surpreendem os destinatários, que com aquelas não contava, nem podia contar. Drásticas são aquelas mudanças que, embora antecipáveis quanto à ocorrência, são bastante intensas nos seus efeitos”. uma ruptura abrupta seja indispensável, esta deve ser compreendida pelos administrados, na medida em que se apresente como a alternativa mais compatível com o bem comum. A motivação e a consideração sobre o regime de transição reduz a perda de estabilidade do ordenamento jurídico e a quebra de legitimidade que decorre de mudanças bruscas incompreendidas por seus destinatários. A proposta, longe de alinhar-se com a pretensão do Direito imutável, busca apenas uma “gestão prudencial do tempo no Direito.” 53 O sistema Constitucional vigente ampara a tese ora desenvolvida não apenas com fundamento nos princípios mencionados, mas também porque a Carta cuida de regular a matéria em diversos dispositivos para temas específicos, no âmbito da função legislativa (no processo eleitoral, art. 16, CR/88; no direito tributário, art. 150, III, b e §1º, CR/88). Nesses casos, não há dúvida a respeito do aspecto temporal ligado à sua vigência. A existência de disposição constitucional específica para determinadas matérias não significa, contudo, que o regime de transição não lhes alcance. Essa construção constitucional revela que as hipóteses que não mereceram atribuição de um prazo específico para a transição tiveram essa avaliação temporal mantida na esfera da discricionariedade legislativa (no caso das leis) e da discricionariedade administrativa (no caso dos regulamentos). Embora a matéria não comporte aprofundamento no presente trabalho, merece referência o fato de que alguns autores defendem a obrigatoriedade de “um regime de transição justo” 54 para todas as espécies normativas, inclusive para as leis.⁵⁵ Essa perspectiva, para além do que estudado, está ligada ao princípio da proporcionalidade e à isonomia. A inconstitucionalidade por violação ao princípio da proporcionalidade foi tema de prestigiado artigo publicado pelo Ministro Gilmar 53 ZIMMER, Willy. *Constitution e sécurité juridique – Allemagne*. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* de 1999, Paris: Economica, 2000, p. 101. 54 BAPTISTA, Patrícia. *A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública – a proteção às expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa*. *Revista de direito do Estado (RDE)*, n. 3, p. 155-181. Rio de Janeiro, 2006, p. 171. 55 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 605: “O mesmo ocorre com relação aos atos administrativos e aos atos normativos. Ainda que tais atos estejam vinculados à lei, da qual não podem se afastar, eles igualmente não podem surpreender os destinatários com mudanças de entendimento, no âmbito de competência da Administração. Sendo assim, também as

mudanças administrativas, além de só poderem verter para fatos ocorridos após a sua introdução, devem vir acompanhadas de prazos de adaptação e de regras de transição quando provocarem restrição aos direitos fundamentais dos destinatários. O princípio da segurança jurídica gera, assim, o direito a um regime de transição justo". Mendes em 2001⁵⁶ e encontra-se sedimentada na jurisprudência do STF⁵⁷, nos dias atuais⁵⁸. No âmbito das regras de transição, a questão toda se estabelece quando a mudança legislativa impõe severa alteração, mas não diferencia a condição de pessoas que se encontram em posição absolutamente diversa. Um exemplo clássico diz respeito à mudança do tempo de aposentadoria sem regras de transição: os indivíduos que contam com dez anos de serviço em seu patrimônio jurídico são colocados na mesma situação daqueles que não conseguiram completar os requisitos de aposentadoria por uma questão de dias. De modo geral, não se reconhece o direito à proporcionalidade (ou ao direito adquirido proporcional, estudado acima), mas, o STF já teve oportunidade de reconhecer um espaço de transição ao interpretar a emenda sofrida pelo art. 14, §5º da Constituição. Trata-se do RE 597.994/PA, julgado em repercussão geral, em que se discutiu o direito à reeleição de um membro do ministério público eleito prefeito para o mandato de 2005 a 2008. A questão controvertida dizia respeito à alteração do regime constitucional, pois a EC 45/04 passou a vedar a atividade política dos membros do Ministério Público, sem estabelecer um regime de transição. O Relator Ministro Eros Grau salientou que "a ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade". Afirmou, ainda, que "a exceção é o caso que não cabe no âmbito de normalidade abrangido pela norma geral. Ela está no direito, ainda que não se encontre nos textos normativos de direito positivo. Ao 56 MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 1.11.2013. 57 Nesse sentido: ADIn 855, rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI 1040, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADIn 2290, Rel. Min. Moreira Alvez; ADIn 2317, Rel. Min. Ilmar Galvão, ADIn 1040, Rel. Min. Neri da Silveira; ADIn MC 2435, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 413,782, Rel. Min. César Peluso; RE 413.782, Rel. Min. Gilmar Mendes. 58 STF. 2ª Turma. HC 111844/SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJe 1.2.2013. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, reconheceu a inconstitucionalidade de normas constantes da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), no ponto em que tais preceitos legais vedavam a conversão, pelo magistrado sentenciante, da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos. - O Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. - Atendidos os requisitos de índole subjetiva e os de caráter objetivo previstos no art. 44 do Código Penal, torna-se viável a substituição, por pena restritiva de direitos, da pena privativa de liberdade imposta aos condenados pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, "caput" e § 1º, e 34 a 37, todos da Lei nº 11.343/2006. - Possibilidade de o condenado pelo crime de tráfico privilegiado de entorpecentes (Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º) iniciar o cumprimento da pena em regime menos gravoso que o regime fechado. Precedentes. Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo não se afasta do ordenamento"⁵⁹. Essa dimensão da inconstitucionalidade material que pode alcançar as leis e os regulamentos, por ausência ou inadequação das regras de transição, reforça o fundamento central da tese ora proposta: cabe à Administração Pública, obrigatória e motivadamente, avaliar a pertinência das regras de transição

em cada hipótese de modificação ou extinção. Somente o respeito a esse procedimento, possibilitará a concretização da segurança jurídica e o fortalecimento da legitimidade da ação estatal. Conclusão

A presente análise ressalta a incompatibilidade existente entre o quanto se defende no regime jurídico administrativo, com o estágio atual dos procedimentos no Estado democrático de Direito. Assim, pois, é que se propõe a adoção de um novo instrumento de concretização da segurança jurídica, em que se reconheça a necessidade cogente de se avaliar, para cada situação e para cada mudança, a adoção de um regime de transição. Sob essa ótica, vale destacar que a alternativa veiculada no trabalho não alcança apenas a preocupação com a legitimidade da atuação administrativa perante o administrado, como também viabiliza a construção de cenários que se revelam mais vantajosos também sob a ótica do Poder Público. Os cidadãos precisam vivenciar, junto à Administração Pública, um ambiente seguro, efetivo e célere de aplicação do Direito. Não é mesmo mais possível seguir com a solução tradicional, em que os ônus das modificações realizadas sobre os atos do Poder Público são transferidos para o administrado. É preciso contextualizar os efeitos genéricos e estanques até então admitidos, como forma de se revisitar a distribuição dos ônus e encargos na coletividade. Parece evidente a necessidade de se ponderar, sempre, as peculiaridades existentes em cada situação concreta, forçando a Administração a avaliar, motivadamente, um espaço de transição em benefício dos afetados. Essa transição seria instrumentalizada avaliação cogente de um modelo de transição. 59 Na oportunidade, a Ministra Carmem Lúcia acompanhou a maioria afirmando que “[a parte] naquele período, [...] acreditou nisso. Seria, portanto, uma apenação que, neste caso, passaria da pessoa da prefeito e atingiria até esses municípios, que – eu re

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

SILVEIRA, Marilda de Paula. O Ato e o Tempo - por um modelo de transição aplicado aos regulamentos. author_upload, 2026. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/marilda-de-paula-silveira/o-ato-e-o-tempo-por-um-modelo-de-transicao-aplicado-aos-regulamentos>. Acesso em: 19 ago. 2026.

APA 7ª edição

Silveira, M. D. P. (2026). O Ato e o Tempo - por um modelo de transição aplicado aos regulamentos. *author_upload*. <https://juristube.com.br/colunistas/marilda-de-paula-silveira/o-ato-e-o-tempo-por-um-modelo-de-transicao-aplicado-aos-regulamentos>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

SILVEIRA, Marilda de Paula. 2026. "O Ato e o Tempo - por um modelo de transição aplicado aos regulamentos." *author_upload*. <https://juristube.com.br/colunistas/marilda-de-paula-silveira/o-ato-e-o-tempo-por-um-modelo-de-transicao-aplicado-aos-regulamentos>

BibTeX

```
@article{marilda-de-paula-silveira-o-ato-e-o-tempo-por-um-modelo-de-transi--2026,  
author = {Silveira, Marilda de Paula},  
title = {O Ato e o Tempo - por um modelo de transição aplicado aos regulamentos},  
journal = {author_upload},  
year = {2026},  
url = {https://juristube.com.br/colunistas/marilda-de-paula-silveira/o-ato-e-o-tempo-por-um-modelo-de-transicao-aplicado-aos-regulamentos}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/marilda-de-paula-silveira/o-ato-e-o-tempo-por-um-modelo-de-transicao-aplicado-aos-regulamentos>

PDF gerado em 2026-08-19 09:29 UTC