

3

Agências reguladoras independentes

3.1.

Ação regulatória: conceito e características

A expressão regulação é essencialmente ambivalente: por um lado, designa um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um sistema ou mecanismo; por outro lado, aponta para o estabelecimento de regras (regulamentos) a serem observadas num determinado comportamento ou situação, tendo precisamente como objetivo garantir ou repor o equilíbrio e/ou regularidade do seu funcionamento.¹⁰²

Quanto à amplitude do termo, três concepções de regulação podem ser referidas: i) em sentido amplo, é toda a forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; ii) num sentido menos abrangente, é a intervenção estatal na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada; iii) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo). Assim sendo, a regulação constitui espécie do gênero intervenção do Estado na economia.¹⁰³

Importante notar que a ação regulatória surgida após o colapso do Estado social é uma heterorregulação de natureza específica, distinta daquela até então existente, na medida em que procura disciplinar o mercado e os agentes

¹⁰² “A idéia de regulação, também conotada a equilíbrio, volta a aparecer no século seguinte, já no âmbito da Biologia, para designar a função que mantém o balanço vital dos seres vivos, um conceito que, mais tarde, se expandiria e se aperfeiçoaria com a descrição da função autopoietica, tendo alcançado as Ciências Sociais, a partir de sua adoção na Teoria Geral dos Sistemas, criada em 1951 por Ludwig von Bertalanfy (hoje considerada Disciplina autônoma como a Ciência dos Sistemas), passando a ser descrita genericamente como a função que preserva o equilíbrio de um modelo em que interagem fenômenos complexos. No Direito, todavia, o conceito teórico de regulação sistêmica, inovando uma nova percepção do equilíbrio na convivência, surgiu muito tempo depois das experiências históricas haverem desenvolvido certas funções reguladoras setoriais.” Cf. MOREIRA NETO, D. F. *Direito Regulatório*, p. 67-68.

¹⁰³ MOREIRA, V. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 23 e 35.

econômicos com um maior grau de racionalidade e eficiência na alocação de bens e serviços, com fins ao interesse público de cada setor regulado.

Por essa razão, a ação regulatória não pode ser confundida com a regulamentação (ou normatização, para utilizar a expressão do art. 174, caput, da Constituição Federal de 1988). Regulação é um conceito econômico e regulamentação é um conceito jurídico. Aquela é de natureza técnica e atende a interesses setoriais, enquanto a regulamentação é política e atende a interesses públicos gerais.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

Nestes termos, a ação regulatória pode ser definida como o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.¹⁰⁶

Note-se que essa definição inclui tanto a regulação setorial quanto a geral, sendo que essa última inclui as ações de proteção à concorrência e ao consumidor. Em outras palavras, compreende tanto as atividades de direção como as de indução, conforme classificação proposta por Eros Roberto Grau.¹⁰⁷

Efeito direto da natureza técnica da ação regulatória foi a complexidade das atividades econômicas. Marcello Caetano define a função técnica do Estado como sendo a atividade dos agentes públicos cujo objeto direto e imediato consiste na produção de bens ou na prestação de serviços destinados à satisfação das necessidades coletivas de caráter material ou cultural, de harmonia com preceitos práticos tendentes a obter a máxima eficiência dos meios empregados.¹⁰⁸ Portanto,

¹⁰⁴ SOUTO, M. J. V. *Direito Administrativo Regulatório*, p. 233.

¹⁰⁵ Deve-se ressaltar que, mesmo no plano da regulamentação, a racionalidade substantiva do sistema jurídico clássico, estabelecendo ele mesmo o conteúdo da regulamentação, tem de dar lugar a um sistema reflexivo, em que a ordem jurídica abandona a regulamentação substantiva, para se limitar a definir objetivos gerais, a estabelecer parâmetros e procedimentos e a organizar formas de supervisão e controle. O direito torna-se, dessa forma, um sistema de coordenação da ação dentro de (e entre) subsistemas sociais semiautônomos; a este paradigma jurídico Gunther Teubner denomina de “direito reflexivo”. Cf. TEUBNER, G. *Direito, sistema e policontextualidade*, 2005.

¹⁰⁶ ARAGÃO, A. S. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p. 37.

¹⁰⁷ A ordem econômica na constituição de 1988. *Interpretação e Crítica*, p 83 et. seq.

¹⁰⁸ CAETANO, M. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 174.

a função técnica vincula-se ao emprego dos meios mais eficientes para a obtenção de finalidades públicas específicas.

Corolário dessa relação é que a presença da técnica pressupõe, necessariamente, uma maior independência da entidade reguladora para que esta não fique sujeita a ingerências políticas de toda ordem.¹⁰⁹

Nesse sentido, cabe referir a advertência de Luis Cabral de Moncada:

Efectivamente, os órgãos técnicos são independentes, na sua maioria, da Administração Central. São órgãos autónomos, compostos por peritos e simples particulares e não maioritariamente por funcionários públicos. É este o preço que a Administração tem de pagar pelo carácter técnico que a sua nova actividade reclama: o recurso cada vez maior a entidades estranhas cujo contributo se toma indispensável para a realização capaz dos objectivos que se propõe. A autonomia da decisão política não está em causa, mas o peso dos pareceres técnicos no seio destes órgãos (técnicos) de planeamento, coordenação e apoio geral faz-se sentir cada vez mais, ao ritmo das novas exigências de legitimação (técnica) das decisões legislativas e administrativas.¹¹⁰

É em função dessa natureza econômica e técnica que a ação regulatória deve ser exercida por entidades públicas, com maior ou menor grau de independência administrativa e financeira em relação à administração direta do Estado, a fim de concretizarem uma solução que atenda da melhor forma possível a complexidade das atividades econômicas reguladas.

Para garantir a independência, as entidades administrativas de regulação têm sido criadas com estrutura colegiada, sendo os seus membros nomeados para cumprir mandato fixo, do qual só poderão ser exonerados em caso de falta grave. A outorga de mandato aos dirigentes contribui para que eles não sejam capturados pelo poder político e/ou econômico e busquem cumprir os objetivos previstos na legislação. Além dessa independência administrativa, de um modo geral, as entidades públicas de regulação possuem independência financeira, a fim de evitar a captura pelo poder executivo ou decorrente de lobbies pela via orçamentária.

Outrossim, as entidades administrativas de regulação desempenham as mais diversas e importantes atividades estatais, cabendo destacar a tríade de funções

¹⁰⁹ Segundo Alexandre Santos de Aragão, a qualificação de “independente” comumente atribuída às agências reguladoras, deve ser entendida como “autonomia reforçada” em comparação com a autonomia das demais entidades da Administração Indireta, na medida em que não possuem independência em sentido próprio, equivalente a soberania. Cf. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. p. 9.

¹¹⁰ *Direito Económico*, p. 82-83.

normativas (edição de normas com força de lei - rulemaking), executivas (executar as leis votadas pelo legislativo e conduzir as atividades governamentais), e judiciais (condução de investigações de condutas irregulares dos agentes regulados e o julgamento de litígios inerentes à atividade objeto da regulação - adjudication). Desempenham, ainda, funções materiais de busca e cobrança dos agentes econômicos da prestação de serviços mais eficientes, preços justos, e a manutenção da livre concorrência do mercado que está sob sua guarda.¹¹¹

A institucionalização de entidades administrativas independentes que concentrem conhecimento técnico-científico e habilidades especiais conduz à substituição do modelo político-administrativo fortemente influenciado pela conveniência subjetiva do ocupante do cargo público, inclusive se prestando a operações eticamente reprováveis destinadas a conquistar e a manter o clientelismo político. Recorde-se que esse foi um dos motivos do fracasso da reforma varguista da década de 1930 e da reforma daspiana da década de 1960.¹¹²

Nesse sentido, a ação regulatória setorial procura enfatizar o aspecto da racionalidade e da economicidade, de tal sorte que o resultado final seja sempre mais vantajoso que os custos sociais envolvidos. A economicidade impõe ao Estado a obrigação de acomodar a sua atuação e, mais concretamente na regulação da economia, a um aproveitamento mais racional dos meios humanos e materiais, minimizando os custos ou encargos dos destinatários da norma regulatória.

Não é demais recordar que há um amplo reconhecimento entre os economistas de que os atos normativos e o direito em geral exercem um papel essencial na organização da atividade econômica e, em especial, no desenvolvimento econômico. Entre outros aspectos, enfatiza-se o papel das leis em alocar os direitos de propriedade de forma a minimizar o impacto dos custos de transação sobre a eficiência econômica, e em definir a distribuição da renda em geral; a definição de regras de acesso e de saída do mercado; a regulação da competição e dos setores em que há problemas de concorrência; a função dos contratos em organizar a produção por meio do mercado (em anteposição a fazê-

¹¹¹ FOX, W. F., *Understanding Administrative Law*, p. 14-16.

¹¹² JUSTEN FILHO, M. *O direito das agências reguladoras independentes*, p.592.

lo hierarquicamente dentro da empresa) e em distribuir riscos entre os agentes econômicos:

Em síntese, o Direito afeta de forma dramática a economia em face do desenho da política econômica, da determinação dos direitos de propriedade, do direito dos contratos e de sua aplicação pelo Poder Judiciário. Sem excluir outros fatores importantes, como a educação e a liberdade, é o Direito uma das instituições que mais influenciam a diferença de desempenho econômico entre países desenvolvidos e não desenvolvidos. Em especial, o respeito aos contratos e à propriedade privada beneficia em muito o eficiente funcionamento da economia.¹¹³

Não é por outra razão, que o movimento de Law and Economics iniciado nos anos 1960 surge com o objetivo de estabelecer uma premissa metodológica interdisciplinar de aproximação entre o Direito e a Economia.¹¹⁴ O movimento teve início com os trabalhos de Ronald H. Coase¹¹⁵, em que analisa o problema do custo social ou efeitos externos produzidos pela atividades econômicas com críticas ao papel intervencionista do Estado e ênfase na inconsistência da economia de bem-estar; Guido Calabrese,¹¹⁶ em que sob a ótica da teoria econômica examina a distribuição do risco como critério de imputação da responsabilidade que o informa e o dever de reparação, e Richard Posner,¹¹⁷ que consolida o movimento.¹¹⁸

¹¹³ PINHEIRO, A. C. e SADDI J. *Direito, Economia e Mercados*, p. 14 et. seq.

¹¹⁴ A proposta de estudo interdisciplinar implica: rejeição da ideia de autonomia da própria ciência jurídica, retomando os postulados do realismo, isto é, a possibilidade do estudo científico da realidade jurídica desde o âmbito das ciências sociais; erigir a perspectiva e a ciência econômica como referencial analítico da regulação e do sistema jurídico, com o que se realiza a integração entre economia e direito superando os limites do formalismo; c) colocar no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do direito, aos custos dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins ou das consequências econômicas das intervenções jurídicas; e d) a tentativa de reconstrução do discurso jurídico através de uma linguagem tecnocrática; e por fim, implica o instrumentalismo pragmático. Cf. ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações*. Revista Direito, Estado e Sociedade, p. 53-54.

¹¹⁵ The Problem of Social Cost, *The Journal of Law and Economics*, vol. III, 1960.

¹¹⁶ Some thoughts on Risk Distribution on the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, vol. 70, n. 4, 1961.

¹¹⁷ *The Economic Approach to Law*. *Texas Law Review*, vol. 53, n.4, 1975.

¹¹⁸ O movimento não é homogêneo. Congrega várias tendências, tais como a ligada à Escola de Chicago, também denominada conservadora, identificada com a posição de Posner, e integrada, entre outros, por Landes, Schwartz, Kitch e Easterbrook; a liberal-reformista, com Calabresi como figura representativa e integrada por uma diversidade de autores como Polinsky, Ackerman, Korhnhauser, Cooter e Coleman; e uma terceira via, denominada por Lejjanovski como tendência neoinstitucionalista, que se separa das anteriores tanto na temática como na metodologia e é integrada, entre outros, por Allam Schmid, Warren J. Samuels, Nicholas Mercúrio e Oliver E. Williamson. Cf. ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações*. Revista Direito, Estado e Sociedade, p. 52-53.

Conforme ressaltado por Richard Posner, a economia está impregnada de uma escala de valores fixados pela política, pela moral e pelo direito. O fundamento dessa escala de valores é a eficiência, pois o homem é um maximizador racional de seus fins na vida, de suas satisfações. Os instrumentos de que se serve nessa avaliação são as noções de preço, custo das oportunidades, de gravitação dos recursos em direção a um uso mais vantajoso.¹¹⁹

Segundo Gaspar Ortiz,¹²⁰ o que se pretende com a conjunção Economia - Direito é a passagem pelo crivo da racionalidade econômica das decisões jurídicas e, especialmente, as decisões dos poderes públicos sobre o mercado. Em síntese, apesar da diferença de lógica da racionalidade do mercado e do Estado, quando este intervém na economia, não significa que os métodos devam ser contraditórios.¹²¹

3.2. O modelo americano

Inicialmente, cabe ressaltar que as agências administrativas norte-americanas podem ser divididas em executivas (executive agencies) e independentes (independent agencies). As primeiras possuem competência para o desempenho direto de atividades administrativas e estão vinculadas à Presidência da República. As segundas dispõem de competência normativa, podendo regular a prestação de serviços públicos por particulares ou o desempenho de atividades econômicas privadas desde que dotadas de interesse econômico. Possuem maior autonomia em relação ao poder executivo e os diretores não podem ser destituídos ad nutum. A destituição está condicionada à decisão do Congresso e à ocorrência das causas previstas na norma de criação da agência.¹²²

As agências reguladoras são definidas, de acordo a Executive Order n. 12.866, como autoridades governamentais, que não um juiz ou tribunal ou órgão legislativo, com o poder de formular e implementar normas.

¹¹⁹ *El análisis económico del derecho*, p. 11-25.

¹²⁰ *Principios de Derecho Público Económico*, p. XLIX.

¹²¹ LEOPOLDINO, J. B. *Direito Econômico*, p. 255-256.

¹²² POSNER, E. A.; VERMEULE, A. *The Executive Unbound. After de Madison Republic*. p. 5-6.

Nos Estados Unidos da América, as primeiras agências independentes de intervenção regulatória surgiram no contexto político, econômico e social da passagem do Estado liberal clássico para o Estado social.

Nesse período foi criada a primeira agência reguladora independente nos Estados Unidos, em 1887: a Interstate Commerce Commission – ICC. Do ponto de vista político e normativo, a ideia geral que motivou a constituição das primeiras agências reguladoras ao longo dos anos seguintes foi a de remediar falhas de mercado e, em particular, o abuso de poder de mercado detido por alguns agentes econômicos. Em reforço a essa preocupação e na esteira do *Sherman Act* de 1890, foi criada, em 1914, a *Federal Trade Commission*, com o objetivo de combater práticas desleais de concorrência.

Todavia, o apogeu da heterorregulação exógena ocorreu após a quebra da bolsa de Nova York e a crise dos anos 1930, que levou o Presidente Franklin Roosevelt a adotar o New Deal, legislação de cunho altamente intervencionista, com vistas à recuperação econômica. A título de ilustração, no período de 1930 a 1940 foram criadas dezessete agências reguladoras independentes nos Estados Unidos.¹²³

Denota-se, portanto, que as primeiras agências reguladoras independentes foram concebidas nos Estados Unidos da América, primeiramente, para corrigir as distorções que comprometiam o mercado, relativizando as garantias econômicas liberais clássicas, como o direito de propriedade e a liberdade contratual; em seguida, foram elas criadas para viabilizar a intervenção do Estado na ordem econômica e social.¹²⁴

Oportuno salientar, que a crise financeira iniciada em 2008 desencadeou um reforço da regulação no sistema financeiro americano e internacional.¹²⁵ O plano de regulação do mercado lançado no governo Barack Obama é considerado o mais ambicioso do país desde a década de 1930.¹²⁶ As medidas anunciadas preveem

¹²³ SUNSTEIN, C. R. *O Constitucionalismo após o The New Deal*. In MATTOS, P. e outros (coord.). *Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano*, p. 204, nota 9.

¹²⁴ BINENBOJM, G. *Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático*. In OLIVEIRA, F. M. R. (org.). *Direito Administrativo Brasil – Argentina: Estudos em homenagem a Agustín Gordillo*, p. 203.

¹²⁵ WOLF, Martin. *The end of lightly regulated finance has come far closer*. *Financial Times*, 16.09.2008.

¹²⁶ Obama lança maior regulação desde anos 30. *Folha de São Paulo*, 18.06.2009.

maior poder de intervenção do governo no mercado e mais proteção aos consumidores de produtos financeiros.

3.3. O modelo francês

A partir dos anos 70, o modelo de regulação por entidades administrativas independentes começa a ser recepcionado no ordenamento jurídico dos países europeus, sob o influxo dos projetos de governança comunitária e dos processos de desregulação, desestatização e reforma administrativa do Estado.

Com a crise do Estado social, a orientação política dominante foi a retirada do Estado da área econômica, a liberalização dos mercados, a abertura à livre concorrência e a desregulação da economia.

Nesse contexto econômico e social é que foi criada, em 1978, a primeira autoridade administrativa independente francesa (Autorités Administratives Indépendantes - AAI), sendo seguida por inúmeras outras desde então.¹²⁷⁻¹²⁸

Essas autoridades, criadas por leis específicas, não se submetem ao poder hierárquico do poder executivo ou à sua tutela governamental, sendo os seus dirigentes dotados de mandatos estáveis, que lhes garantem independência. Algumas delas possuem amplos poderes regulatórios, de fiscalização e aplicação de sanção.

Segundo Denise Auad, as autoridades administrativas francesas são bastante heterogêneas, sendo, todavia, possível considerar que realizam cinco funções principais: regulação, proteção das liberdades públicas, avaliação pluridisciplinar e de conhecimento técnico especializado, mediação e garantia de imparcialidade do poder público.¹²⁹

¹²⁷ DIREITO, C. G.. *A evolução do modelo de regulação francês*. Revista de Direito do Estado, p. 194.

¹²⁸ São exemplos dessas autoridades o Conseil Supérieur de l'audiovisuel (CSA), responsável pela regulação do setor de radiodifusão; a Commission des Opérations de Bourse (COB), responsável pela regulação do mercado de capitais; a Commission Nationale de l'informatique et des Libertés (CNIL), responsável pela regulação da informatização de dados cadastrais; o Conseil de la Concurrence, autoridade de defesa da livre concorrência; o Comité de Réglementation Bancaire, o Comité des Établissements de Crédit e a Commission Bancaire, responsáveis pela regulação do setor bancário.

¹²⁹ *As Autoridades Administrativas Independentes na França*. In DI PIETRO, M. S. Z. (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Embora não tenha personalidade jurídica própria, a forma de designação de seus membros e a estabilidade dos dirigentes, bem como a autonomia orçamentária, reforça a independência em relação ao poder central.¹³⁰

O Rapport Public – Jurisprudence et Avis de 2001 do Conselho de Estado francês, que tratou exclusivamente das autoridades administrativas independentes, apresentou um substancial balanço sobre o funcionamento dessas entidades e suas relações com a administração direta do Estado, com o poder judiciário e com os agentes regulados, além de trazer várias recomendações de aperfeiçoamento do sistema regulatório.

Neste importante documento, o Conselho de Estado assim resumiu as três justificativas essenciais para criação dessas entidades: oferecer à opinião pública uma garantia reforçada de imparcialidade das intervenções do Estado; permitir a participação de um maior número de pessoas de origens e competências diversas, e, notadamente, de profissionais, à regulação de uma atividade ou de um problema sensível; assegurar a eficácia da intervenção do Estado em termos de rapidez, adaptação à evolução das necessidades do mercado e de continuidade da ação.¹³¹

3.4. O modelo brasileiro

Inobstante a existência no Brasil de entidades governamentais dotadas de poder regulatório, criadas anteriormente à Reforma Bresser, como, por exemplo, o Banco Central (Bacen)¹³², a Superintendência de Seguros Privados (Susep)¹³³, e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM)¹³⁴, tais entidades não detinham as características e os poderes específicos que marcam as atuais agências reguladoras independentes.¹³⁵

¹³⁰ CARVALHO, R. L. M. L. *As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da civil law*. In DI PIETRO, M. S. Z., *Direito Regulatório: temas polêmicos*, p. 423-424.

¹³¹ A íntegra do relatório poderá ser obtida no endereço eletrônico: <http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document//rapport-public2001.pdf>

¹³² Criado pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

¹³³ Criado pelo Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966.

¹³⁴ Criada pela Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

¹³⁵ No passado, outros órgãos de regulação setorial existiram no Brasil, tais como: Comissariado de Alimentação Pública, criado em 1918, com funções emergenciais voltadas a racionalizar as dificuldades de abastecimento advindas da Primeira Guerra Mundial; Instituto de Defesa Permanente do Café, criado em 1923 e sucedido primeiramente pelo Conselho Nacional do Café,

No Brasil, o movimento de desregulação, de desestatização e de privatização,¹³⁶ bem como a transferência de certas atividades administrativas e de normatividade secundária do Estado para a sociedade civil, especialmente para aquelas entidades usualmente denominadas de “terceiro setor”, iniciou-se com a Constituição Federal de 1988, que determinou como dever do Estado o exercício regulador da economia, normatizando-a a fim de estabelecer as regras de mercado para, assim, resguardar os direitos que a própria Constituição, expressamente, dispõe em seu artigo 170.

Assim sendo, foram efetivados vários processos de privatização, como os que ocorreram nos setores de telefonia e transporte ferroviário; privatização parcial, no caso do setor energético; ou somente a outorga de permissão para o ingresso de entes privados sem a privatização da empresa estatal, como no caso do petróleo. Em mercados como o de transportes rodoviários e aéreos, nos quais já não se presenciava a participação direta estatal, o movimento ocorreu no sentido de permitir o ingresso de novos competidores, introduzindo ou fortalecendo a concorrência.¹³⁷

Com a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em 21 de setembro de 1995, que definiu os objetivos e estabeleceu as diretrizes da reforma administrativa, começou o processo que resultou na construção do Estado regulador e promoveu a redução do Estado interventor no domínio econômico.

de 1931, e, em seguida, pelo Departamento Nacional do Café, de 1933, até o aparecimento da autarquia de regulação econômica denominada Instituto Brasileiro do Café - IBC, em 1952; Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA, também uma autarquia de regulação econômica, criada em 1933; Instituto Nacional do Mate, de 1938; Instituto Nacional do Sal, de 1940; Instituto Nacional do Pinho, de 1941; Departamento Nacional de Energia Elétrica - Dnaee, de 1968, cujas funções foram assimiladas pela Aneel; Conselho Nacional do Petróleo - CNP. Cf. GROTTI, D. A. M. *As Agências Reguladoras*. Revista Brasileira de Direito Público, p. 187 a 219

¹³⁶ “Desestatização é a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é o gênero do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas.” Cf. SOUTO, M. J. V. *Direito Administrativo da Economia*, p. 147.

¹³⁷ Entre 1991-2000, foram vendidos ativos totalizando mais de US\$90 bilhões, caracterizando o processo de privatização no país como um dos maiores já realizados no plano internacional. Só no setor de telefonia, foram investidos (com a inclusão de dívidas transferidas) US\$ 29 bilhões. No setor elétrico, as privatizações concentraram-se nas distribuidoras de energia controladas pelos governos estaduais. Em 1999, 2/3 da distribuição já havia sido privatizada. Cf. MELO, M. A. *As Agências Reguladoras: gênese, desenho institucional e governança*. In ABRUCIO, F. L. e LOUREIRO, M. R. *O Estado numa era de reformas: os anos FHC - Parte 2*. Brasília: MP, SEGES, 2002.

Vinícius Marques de Carvalho destaca que no processo brasileiro ocorreu um deslocamento da relevância atribuída às modalidades de intervenção estatal. Enquanto, por um lado, se iniciou um esvaziamento das funções do Estado empresário, por intermédio do processo de privatizações de empresas estatais, por outro, constituiu-se um novo aparato regulatório formado pelas agências de regulação.¹³⁸

Nesse contexto de reformas administrativas, privatizações e desestatização, para cada setor econômico e social sensível que demandasse uma intervenção estatal técnica, foram criadas agências reguladoras sob a forma de autarquias, com personalidade jurídica de direito público, dotadas de prerrogativas especiais e considerável autonomia frente à administração centralizada.

Ao formular o modelo de regulação que se pretendia adotar no Brasil, o Conselho de Reforma do Estado recomendou a construção de um marco legal para os entes reguladores, visando conferir consistência e coerência às ações desses entes. Referido marco deveria observar os seguintes princípios: autonomia e independência decisória; ampla publicidade de normas, procedimentos e ações; celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores; participação de todos os interessados no processo de elaboração de normas regulamentares, que seria concretizada por meio de audiências públicas e limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos aos níveis indispensáveis à sua execução.

Nessa mesma época, foi definido que a regulação deveria promover e assegurar a competitividade do respectivo mercado, garantir o direito de prestadores e usuários dos serviços públicos, estimular o investimento privado, buscar o máximo de qualidade e de segurança desses serviços aos menores custos possíveis, garantir a remuneração adequada dos investimentos realizados, dirimir conflitos entre prestadores de serviços públicos e consumidores e prevenir abusos de poder econômico por parte dos prestadores de serviços públicos.

Como recorda Gustavo Binenbojm, a ação regulatória de natureza técnica e independente foi uma exigência do mercado para captação de investimentos:

¹³⁸ *Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia.* In FARIA, J. E. (org). *Regulação, Direito e Democracia*, p. 14.

Como se sabe, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações de desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público.

Na verdade, mais do que um requisito, o chamado compromisso regulatório (regulatory commitment) era, na prática, verdadeira exigência do mercado para a captação de investimentos. Em países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários (de esquerda e de direita), o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros. Assim, a implantação de um modelo que subtraísse o marco regulatório do processo político-eleitoral se erigiu em verdadeira tour de force da reforma do Estado. Daí a idéia da blindagem institucional de um modelo que resistisse até a uma vitória da esquerda em eleição futura.¹³⁹

Desde então, o modelo de regulação por meio de agências independentes que vem sendo implantado no Brasil, tendo como paradigma o modelo americano, com algumas atenuações implantadas pelo modelo francês. Todavia, importante ressaltar que o modelo brasileiro ainda está em fase de formação e de consolidação. Além disso, ainda existem grandes divergências entre os doutrinadores pátrios sobre a aceitação e a legitimação democrática do modelo no sistema jurídico brasileiro.

As três primeiras agências reguladoras criadas para o setor das indústrias de rede foram: a Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel¹⁴⁰; a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel¹⁴¹; e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP¹⁴². De 1996 até janeiro de 2008 foram criadas onze agências federais, duas distritais, pelo menos vinte e quatro estaduais e seis municipais.¹⁴³ As únicas que têm base constitucional são a ANATEL (artigo 21, inciso XI), e a ANP (artigo 177, §2º, inciso III). As outras agências decorrem

¹³⁹ BINENBOJM, G. *Agências Reguladoras independentes, Separação de Poderes e Processo Democrático*. In OLIVEIRA, F. M. R. (coord). *Direito Administrativo Brasil-Argentina*. Estudos em homenagem à Agustín Gordillo, p. 196.

¹⁴⁰ Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

¹⁴¹ Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.

¹⁴² Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997.

¹⁴³ CUÉLLAR, L. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. p. 14.

apenas da vontade do legislador infraconstitucional, cabendo ressaltar que não existe qualquer limitação constitucional para tal procedimento.¹⁴⁴

No direito brasileiro não há uma norma geral que defina o que seja uma agência reguladora. Tais agências vão se configurando, na realidade, na medida em que vão sendo criadas, não havendo uniformidade de tratamento na definição de tais entidades.

De um modo geral, o marco legal das agências reguladoras caracteriza a entidade como autarquia especial, atribuindo independência político-administrativa e independência econômico-financeira. A primeira protege os dirigentes contra a destituição da função, salvo demissão por falta grave apurada mediante devido processo legal, tendo em vista a investidura em mandato por prazo fixo. Com a segunda, procura-se conferir às agências, além das dotações orçamentárias gerais, a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, como taxas de fiscalização e regulação ou participações em contratos e convênios.¹⁴⁵

A partir dessas características principais, pode-se conceituar as agências reguladoras independentes brasileiras como sendo as autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração ad nutum.¹⁴⁶

3.5. Os mecanismos de accountability das agências reguladoras independentes

No caso dos Estados Unidos da América, o sistema presidencial é caracterizado pela rígida separação de funções entre o presidente e o Congresso.

¹⁴⁴ GROTTI, D. A. M. *As Agências Reguladoras*. Revista Brasileira de Direito Público, p. 187-219.

¹⁴⁵ Cabe referir a opinião de Eros Roberto Grau para quem as características acima descritas são próprias e peculiares às autarquias, salvo as de mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes. Dessa forma, as agências de regulação, meras autarquias, não passam de repartições da Administração, no sentido literal do termo. Cf. *As agências, essas repartições públicas*. In SALOMÃO FILHO, C.. Regulação e Desenvolvimento, p. 27-28.

¹⁴⁶ ARAGÃO, A. S. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 275.

Contudo, os poderes do presidente da República se acentuaram consideravelmente em detrimento das competências do Congresso, no decorrer do processo político norte-americano.¹⁴⁷

O alargamento e a centralização do governo nacional, bem como das funções do presidente tem-se operado ao longo dos anos por uma série de razões: primeiro, por meio do reconhecimento jurisprudencial da “teoria dos poderes implícitos” da qual se deduziram novas atribuições para os órgãos federais.¹⁴⁸ Segundo, no Estado federal o presidente assume uma posição mais relevante em relação aos Estados-membros. De outro lado, progressivamente, os Estados Unidos da América tornaram-se uma potência mundial e hegemônica no campo militar, no qual sobressai a figura do presidente. Por fim, a crise econômica dos anos 1930 consolidou o poder do presidente para utilizar poderes extraordinários em situações de emergência.¹⁴⁹

Desse modo, o governo federal tem uma significativa ascendência sobre toda a nação, e o presidente tornou-se o condutor político e o chefe da sua administração, convertendo-se no centro da vida pública americana. Ele é simultaneamente Chefe de Estado e Chefe de Governo. Dispõe de um Gabinete composto pelos Chefes dos Ministérios Federais (Departments). Esses ministros (Secretary) são de exclusiva confiança do presidente e executam a política governamental. Para cumprir o seu programa político, o presidente necessita de leis que só o Congresso pode votar, razão pela qual precisa enviar mensagens (projetos de lei) para serem aprovados. No entanto, sem depender do Congresso, o presidente tem a faculdade de expedir decretos (rules e regulations, além de executive orders) para executar as leis e dirigir a execução do programa governamental.¹⁵⁰ Além disso, o presidente dispõe de serviços próprios que ficam a cargo do Executive Office, que vem a ser uma espécie de Estado Maior civil para as relações do presidente com os Departamentos e diversos órgãos administrativos. Sua estrutura é variável, segundo suas necessidades; mas em todo

¹⁴⁷ SOARES, M. L. Q. *Teoria do Estado. Novos Paradigmas em face da Globalização*, p. 352.

¹⁴⁸ A teoria dos poderes implícitos é a de que os órgãos federais têm competência para fazer tudo quanto seja necessário ou útil para se desincumbirem cabalmente das atribuições que a Constituição lhes confere. Assim, o governo federal tem uma significativa ascendência sobre toda a Nação e supremacia sobre a autoridade dos Estados. Cf. CAETANO, M. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 73.

¹⁴⁹ VERGOTTINI, G. *Diritto Costituzionale Comparato*, p. 379.

¹⁵⁰ CAETANO, M. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 80-81.

o caso são de decisiva importância a White House Office e o Bureau of the Budget, que, mediante seu poder de inspeção sobre o emprego dos créditos, pode dirigir a atividade dos departamentos e outros órgãos.¹⁵¹

A preocupação com a legitimidade democrática das agências reguladoras independentes ampliou mecanismos de controle político do poder executivo, do poder legislativo e do poder judiciário, bem como determinou um incremento dos instrumentos de participação dos agentes econômicos e de entidades de defesa dos consumidores e do meio ambiente nos processos regulatórios.¹⁵²

Na primeira fase de criação das agências reguladoras independentes, no final do século XIX e início do século XX, em função dos questionamentos das empresas reguladas quanto aos limites da ação regulatória, o poder judiciário passou a interpretar de forma restritiva os poderes concedidos a essas entidades, revisando em muitos casos as decisões adotadas.

No segundo momento, a partir dos anos 1930, os mecanismos de controle judicial da atuação das agências foram amenizados, motivado pela ideia dominante à época de que o bom funcionamento da economia, com justiça e eficiência, dependia da intervenção do Estado por meio de entidades especializadas, dotados de amplos poderes e discricionariedade técnica.

No terceiro momento, à medida que foram sendo amenizados os efeitos da crise de 1929, e em razão dos amplos poderes e discricionariedade técnica que foram reconhecidas às agências, o Congresso e o Judiciário buscaram ampliar a supervisão das atividades regulatórias, aprovando, em 1946, o Administrative Procedures Act - APA

O Administrative Procedures Act definiu os contornos da atuação das agências, promovendo harmonização e assegurando maior transparência e participação da sociedade no seu processo decisório. Além disso, a Lei disciplinou as duas formas de atuação das agências, o processo de elaboração da regulação (rulemaking) e o processo de julgamento de casos específicos, envolvendo a aplicação da regulação (adjudication).¹⁵³

¹⁵¹ GARCÍA-PELAYO, M. *Derecho constitucional comparado*. p. 373.

¹⁵² SUNSTEIN, C. R. *O Constitucionalismo após o The New Deal*. In MATTOS, P. e outros (coord.). *Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano*, p. 201.

¹⁵³ MORRISON, A. B. *Administrative agencies are just like legislatures and courts - except when they're not*. *Administrative Law Review*, p. 88.

No que se refere ao rulemaking, este deveria ser conduzido de acordo com um maior detalhamento de prazos, procedimentos e instruções sobre a execução. As agências deveriam dar publicidade às propostas de regulação a serem adotadas e, em certos casos, realizar audiência pública aberta à participação, dando a oportunidade para as partes interessadas apresentarem comentários orais ou escritos a essas propostas.¹⁵⁴

No que se refere ao adjudication, foi determinada a realização de processo semelhante ao processo judicial, conduzido por julgadores independentes – hoje denominados administrative law judges, aos quais cabe sempre apelação à direção da agência. De igual modo, determinou a separação das funções de investigar e processar (prosecution) das funções de julgar (decision-maker), buscando assegurar a imparcialidade do julgador, princípio consagrado pelos ordenamentos jurídicos modernos.

No que se refere à revisão judicial das decisões das agências, a Lei determinou que o poder judiciário devesse avaliar se a agência estava atuando de acordo com o mandato legal e se a ação da agência era arbitrária, por mero capricho ou se caracterizava abuso de discricionariedade (arbitrary, capricious or an abuse of discretion), hipóteses que deveriam ser revertidas pelos tribunais. E se os fatos levados em consideração pela agência para adotar a decisão, tanto no rulemaking quanto no adjudication, tinham sido baseados em evidência substantiva (substantial evidence) contida nos autos do processo.

O poder judiciário, portanto, faz uma verificação de consistência entre as finalidades que cabe à agência buscar e os interesses que foram postos em disputa. E, basicamente, esta análise é feita à luz da fundamentação, que a autoridade usa para editar os seus atos regulatórios. E se faz também, mais modernamente, uma análise para verificar se a agência dedicou a atenção devida aos interesses em disputa. Trata-se de “olhar com cuidado” (took a hard look),¹⁵⁵ para os temas que são regulados. Se a agência deu esta atenção devida e adotou uma decisão em detrimento de outra, o poder judiciário exerce uma posição de deferência à

¹⁵⁴ Ibid., 134.

¹⁵⁵ SUNSTEIN, C. R. *Deregulation and the hard-look doctrine*. The Supreme Court Review, p. 177-213.

decisão tomada pela agência, ainda que para juiz aquela decisão não fosse a melhor entre as possíveis.¹⁵⁶

Como bem observa Alexandre Santos de Aragão, o controle jurisdicional sobre as decisões judiciais é mitigado por uma salutar autolimitação, ou seja, esse controle, desde que razoável, tem se limitado, na maioria das vezes, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal e da participação direta ou indireta dos interessados no objeto da regulação.¹⁵⁷

Entre os anos de 1965-1985, o sistema regulatório americano conheceu um dos seu principais problemas: a captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados. Os agentes privados com o seu poder econômico e grande influência diante dos entes reguladores implantam engrenagens capazes de pressionar e fazer criar o conteúdo da regulação que iriam sofrer, favorecendo o seu interesse e, por conseguinte, acarretando prejuízo aos consumidores.

Em razão desse problema, a partir do governo Reagan, as agências passaram a sofrer uma supervisão presidencial mais rígida. Desde então, o poder executivo passa a editar Executive Orders (decretos) com o objetivo de exercer maior controle sobre o processo regulatório.

Por meio das Executive Orders nº 12.291 e nº 12.498 foi estabelecida a concentração de competências de supervisão das atividades das agências reguladoras independentes no Office of Management and Budget - OMB, encarregado de supervisionar as propostas orçamentárias das agências para fins de elaboração do orçamento a ser aprovado pelo Congresso; e também por meio do Office of Information and Regulation Affairs – OIRA, vinculado ao OMB, que se encarrega de revisar as regulações mais relevantes adotadas pelas agências e suas análises de impacto, tendo em vista os seguintes objetivos: a) identificar decisões, regulações e políticas que não são consistentes com a lei; b) coordenar as agências para dirimir quaisquer inconsistências e c) sugerir alternativas. A revisão exercida pelo Office of Information and Regulation Affairs também permite que sejam garantidas a consistência, a credibilidade e a qualidade das regulações adotadas

¹⁵⁶ A partir do caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (67 U.S. 837, 1984), a Suprema Corte norte-americana passou a entender que havendo ambiguidade de qualquer natureza na norma legal, os juízes devem dar deferência à interpretação das agências reguladoras. Cf. MERRILL, Thomas W. *Judicial deference to agency action*. Engage, vol. 9, Issue 3, October, 2008, p. 16-19

¹⁵⁷ *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p. 236.

pelas agências dependentes, por meio da exigência de que sejam elaborados estudos de impacto regulatório (Regulatory Impact Analysis - RIA) das regulações que tenham repercussão social superior a 100 milhões de dólares por ano. Nesse estudo, a agência deve demonstrar: a) que os benefícios da regulação justificam seus custos; e b) que a agência adotou o método que tem a melhor relação custo-benefício para resolver o problema diagnosticado.¹⁵⁸

Nessa mesma linha, o Congresso aprovou a Congressional Review Act, de 1996, que restabeleceu a possibilidade de as duas Casas sustarem a eficácia de normas editadas pelas agências.

Na Administração Clinton, tais medidas foram substituídas pela Executive Order nº 12.866, que mantendo a revisão do Office of Management and Budget sobre as propostas regulatórias das agências, buscou racionalizar ainda mais a tecnocracia estatal, estabelecendo reuniões anuais entre as diversas agências e setores do alto escalão, no sentido de se propiciar uma certa unicidade orgânica aos diversos entes que compõem a máquina administrativa. A Administração Bush fez duas emendas à Executive Order nº 12.866: em 2002 por meio da Executive Order nº 13.258; e em 2007 por meio da Executive Order nº 13.422.¹⁵⁹

A atual Administração Obama reconhece a importância desta “segunda opinião” nas ações das agências e pretende reforçá-la. Em 30 de janeiro de 2009, o presidente revogou a Executive Order nº 12.866 e encaminhou um memorando para os dirigentes dos departamentos e das agências, bem como ao Diretor da Office of Management and Budget para preparar dentro de 100 dias uma série de recomendações para uma nova Executive Order que contemple: mecanismos de relacionamento entre o Office of Information and Regulation Affairs – OIRA e as agências; orientação sobre divulgação e transparência; incentivo para a participação; elaboração de instrumentos que avaliem custos-benefícios, equidade e o interesse das gerações futuras; indicação de métodos para que a proposta regulatória não produza uma demora indevida e que identifique as melhores ferramentas para atender as finalidades públicas.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Ibid., 156.

¹⁵⁹ FOX, W. *Understanding Administrative Law*, p. 175-176

¹⁶⁰ DUDLEY, S.; FRAAS, A. *The future of regulatory: oversight and analysis*. Mercatus on Policy, George Mason University, n. 51, May, 2009,

Nesse cenário, constata-se uma tendência cada vez maior de alinhamento das agências com a política governamental do Estado, conforme diretrizes fixadas pelo poder executivo. O presidente passa a direcionar a política das agências, supervisionar e revisar as normas por elas emanadas.¹⁶¹

Conclui-se, portanto, que a atuação das agências americanas ficou vinculada às regras estalecidas no Administrative Procedures Act e nos Regulatory Impact Analysis, tendo em vista a necessidade de aumentar e aperfeiçoar a fundamentação das decisões adotadas, a participação de setores da sociedade interessados no processo de formulação de decisões, a fiscalização pelo Congresso e a coordenação e orientação exercida pelo Poder Executivo, com ênfase na análise custo-benefício de cada regulação a ser adotada.¹⁶²

Na França, o sistema semipresidencialista¹⁶³ é caracterizado pelo compartilhamento do poder executivo entre o Chefe de Governo (Primeiro-Ministro) e o Chefe de Estado (Presidente da República – eleito por sufrágio universal). A Constituição de 1958 acolheu uma concepção mais ativa do presidente na direção política do Estado, porém no artigos 20 e 21 estabeleceu que o Primeiro-Ministro dirige a ação do governo e assegura a execução das leis, podendo editar decretos (ordonnances).

Nesse país, o problema da legitimação democrática das autoridades administrativas independentes foi de natureza diversa. A tradição da família romano-germânico, baseada na civil law, a natureza unitária do Estado e o hierarquizado sistema administrativo francês demandaram por parte do Parlamento, do Conselho de Estado e do Conselho Constitucional, a busca por métodos de aclimação do modelo de regulação por meio de órgãos administrativos independentes para que este pudesse ser absorvido pelo sistema jurídico.

Nesse quadro, o Conselho Constitucional protagonizou o processo de harmonização das normas instituidoras das autoridades independentes com o regime jurídico de administração pública francesa.

¹⁶¹ WALD, A. *O controle político sobre as agências reguladoras no direito brasileiro e comparado*. Revista dos Tribunais, p. 97.

¹⁶² GALLE, B.; SEIDENFELD, M. *Administrative law's federalism: preemption, delegation, and agencies at the edge of federal power*. Duke Law Journal, p. 1932-2023.

¹⁶³ Para Giuseppe Vergottini, a definição do sistema como “semipresidencialista” não está correta, preferindo o autor italiano a denominação “governo de tendência presidencial”. Cf. *Diritto Costituzionale Comparato*, p. 410.

Assim, quanto à função normativa (rulemaking), a decisão proferida pelo Conselho Constitucional em 18 de setembro de 1986 (CC nº 86-217-DC) estabeleceu que os artigos 20 e 21 da Constituição não são óbices para que o legislador habilite outras autoridades do Estado, além do Primeiro-Ministro, para fixar, dentro de uma área determinada e com regras definidas por leis e regulamentos, normas que permitam aplicar uma determinada lei.

Porém, em outros dois julgamentos, o Conselho Constitucional assentou o entendimento de que esse poder regulamentar especial não deve ir além das medidas de alcance limitado, tanto por seu campo de aplicação quanto por seu conteúdo (decisão de 17 de janeiro de 1989 e decisão de 28 de julho de 1989).¹⁶⁴

Desse modo, o Conselho Constitucional reconheceu a legitimidade e a manutenção das autoridades administrativas independentes no sistema jurídico francês, condicionando e inserindo a função normativa dentro da figura dos regulamentos autônomos, admitidos no direito francês. A independência das autoridades administrativas independentes, portanto, não é absoluta, pois está sob o controle do poder executivo, notadamente dos regulamentos expedidos pelo Primeiro-Ministro.¹⁶⁵

Em síntese, não obstante esteja o poder regulamentar subordinado ao Primeiro-Ministro, que o centraliza, as agências influem de forma relevante no processo de regulação também por meio de sua participação consultiva no processo de elaboração de normas aplicáveis aos setores de atuação do poder executivo e do poder legislativo, em razão de sua capacitação e especialização técnica. Como ocorreu nos Estados Unidos da América, creditou-se à competência técnica e à especialização das autoridades administrativas independentes, boa parte de sua legitimidade.

Para Marçal Justen Filho, a experiência francesa de regulação revela-se bastante útil para a compreensão e para a modelagem de uma teoria brasileira sobre a estrutura regulatória, na medida em que produziu inovações compatíveis com as peculiaridades fundamentais do ordenamento jurídico-administrativo.¹⁶⁶

¹⁶⁴ JORION, B. *Les autorités administrative indépendantes*. In PETIT, J. *Droit Administratif et Administration*. Notice 9, p. 41-45.

¹⁶⁵ AUAD, D. *Autoridades administrativas independentes na França*. In DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Regulatório: temas polêmicos*, p. 477.

¹⁶⁶ *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 195-196.

No Brasil, o sistema presidencialista adotado pela Constituição de 1988 atribui ao Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado, as funções de Chefe de Estado e as de Chefe de Governo. Além dessas, as atribuições do Presidente da República conferem a ele a função de Chefe da administração pública federal.

É recorrente na realidade política brasileira uma certa hiperpotencialização do poder executivo, centrado na figura do Presidente da República, o qual assume, eventualmente, certo predomínio na vida política nacional, o que é uma das características construídas em nosso modelo político. A essa disfunção do sistema de governo tem-se denominado “hiperpresidencialismo”. Nesse tipo de regime, o poder executivo não vê necessidade de consenso e governa impondo suas políticas com um acentuado desprezo pelos mecanismos democráticos e republicanos. A causa mais comum dessa deformação foi a interrupção da cultura e prática democrática no Estado Novo e no regime dos Atos Institucionais.¹⁶⁷⁻¹⁶⁸

Com a promulgação da Constituição de 1988, um novo tipo de disfunção dos poderes tem caracterizado o sistema presidencialista brasileiro. Trata-se da atribuição conferida ao Presidente da República de editar medidas provisórias, com força de lei, em caso de relevância e urgência. A aplicação do instituto da medida provisória conferida no âmbito da chamada legislação de emergência tem

¹⁶⁷ Segundo Beatriz Sarlo, uma das mais destacadas intelectuais argentinas, ainda hoje, o modo como o Poder Executivo atua nos países da América Latina é próprio de um regime hiperpresidencialista que não vê necessidade no consenso e governa impondo suas políticas com um acentuado desprezo pelos mecanismos democráticos e republicanos. (O perigo do kirchnerismo. Valor Econômico, 20.06.2008). Para o mesmo fato, Guillermo O’Donnell utiliza a expressão “democracia delegativa”, conceito que diz respeito a regimes em que o presidente eleito se sente no direito e na obrigação de fazer o que acha melhor para o país, sem obstáculos do Congresso, do Judiciário ou de organizações civis. (Poderosas tentações. Estado de S. Paulo, 17.05.2009).

¹⁶⁸ Cabe recordar que o Ato Institucional nº 5, editado durante o governo do general Costa e Silva, foi a expressão mais acabada da ditadura militar brasileira (1964-1985). Definiu o momento mais duro do regime, dando poder de exceção aos governantes para punir arbitrariamente os que fossem inimigos do regime ou como tal considerados. Os Atos Institucionais eram normas de natureza constitucional, expedidas entre 1964 e 1969 pelos governos militares que se sucederam após a deposição de João Goulart em 31 de março de 1964. Ao todo foram promulgados 17 atos institucionais, que, regulamentados por 104 atos complementares, conferiram um alto grau de centralização à administração e à política do país. AI-5 só foi revogado no final do governo do presidente Ernesto Geisel (1974-1978), pela Emenda Constitucional nº 11, de dezembro de 1978. A despeito dessa medida, porém, os efeitos da legislação institucional não foram passíveis de anulação, pois estavam garantidos pelo artigo 181 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que considerava “aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964.”

anteriores imediatos nos decretos-leis da Constituição de 1967/69 e tem sido objeto de intensa polêmica, em razão de seu elevado número.¹⁶⁹

Conforme ressalta Fábio Wanderley Reis, a ciência política tem identificado problemas na relação entre o poder executivo e o poder legislativo, derivado da fragmentação das forças políticas representadas no Congresso e em função da necessidade do poder executivo organizar-se com base em grandes coalizões instáveis (presidencialismo de coalizão).¹⁷⁰

Inevitável, portanto, que a absorção do modelo americano de agências reguladoras independentes enfrentasse no Brasil problemas de várias ordens.

1º) A tradição romano-germânica do direito administrativo brasileiro contribuiu como uma barreira dogmática para a incorporação do modelo ao sistema jurídico. Com efeito, a transição de atividade tradicionalmente desempenhada pela administração direta passou para uma entidade da administração indireta com considerável grau de independência administrativa e financeira. Observe-se que, no direito francês, cujas características do direito administrativo são semelhantes, mantiveram-se essas entidades na administração direta do Estado, não sendo atribuída a elas personalidade jurídica própria.

2º) A questão referente à constitucionalidade da edição de normas pelas agências reguladoras, tendo em vista que o artigo 84, IV, da Constituição Federal de 1988 estabeleceu que o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do poder executivo. Referido poder não poderia ser delegado por não ter sido incluído entre as competências delegáveis, que foram previstas no parágrafo único desse dispositivo constitucional. Ademais, o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias revogou, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição, sujeito esse prazo à prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuíram ou delegaram a órgão do poder executivo competência assinalada

¹⁶⁹ Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o uso e abuso da medida provisória estão associados a uma crise do processo decisório no âmbito do sistema político. O próprio modelo original de 1988, que fixou o prazo de trinta dias para aprovação da medida provisória, revelava-se assaz restrito, mais ainda do que o modelo italiano. Era fruto de forte idealismo que marca a nossa prática jurídica e traduzia uma reação à experiência negativa colhida com o decreto-lei. Para o mesmo autor, é inegável, contudo, reconhecer que a medida provisória cumpre relevante papel como instrumento para solução de crises no processo decisório, especialmente nos momentos de grave e continuada crise econômica. MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P. G. G., *Curso de Direito Constitucional*, p. 1054-1055.

¹⁷⁰ *Legislativo, Executivo e Delegação. Valor Econômico*, 15.12.2008.

pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa.

3º) A urgência com que se procurou privatizar empresas e delegar a prestação de serviços públicos ocasionou, em alguns casos, a implantação de marcos regulatórios incompletos ou contraditórios. Isso gerou consequências negativas que até hoje não foram inteiramente eliminadas.¹⁷¹

4º) O fato de que, antes das privatizações, as empresas estatais, com frequência, desempenhavam funções políticas e de regulação setorial, além de serem eventualmente utilizadas para atingir fins alheios aos seus objetivos estatutários (como o combate à inflação). Esse fato tornou-se um complicador quando foi necessário separar as funções de execução (atribuídas às empresas privatizadas), de regulação (cometidas às agências) e de formulação de política (que deveriam ser exercidas pelo Poder Executivo).

5º) A dificuldade inicial observada na constituição de um quadro técnico de servidores. A opção, a curto prazo, foi a contratação temporária de pessoal e requisição de servidores do Executivo. Mesmo após o advento da Lei n. 9.986/2000, que dispõe sobre os quadros de servidores das agências reguladoras, a formação de um quadro técnico sofre com a evasão.

6º) Os crescentes níveis de captura e colapso regulatório setorial.¹⁷² Além disso, há crescentes riscos de captura política das agências, que ocorre pelo bloqueio de recursos orçamentários e nomeação dos dirigentes por critérios políticos e não técnicos, como seria o correto, o que acarreta o esvaziamento de sua independência administrativa e financeira.¹⁷³

¹⁷¹ No caso do setor elétrico, as privatizações da Light, Escelsa, e Coelba precederam a definição do marco regulatório e a criação do órgão regulador.

¹⁷² Sobre esse assunto, por designação da Presidência da República, foi formado um Grupo de Trabalho Interministerial, que elaborou em Setembro de 2003, o relatório “Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro”. Consta do referido relatório que os riscos de captura se agravam como a dependência dos tomadores de decisões, a influência política, a dependência da agência reguladora em relação ao conhecimento tecnológico superior da indústria regulada, a seleção indiscriminada de quadros técnicos oriundos do setor ou indústria regulada para servir à agência, a possibilidade de futuras posições ou empregos na indústria ou setor regulado, a rotatividade dos próprios dirigentes das agências entre funções exercidas no governo e na iniciativa privada, e quando há necessidade, por parte da agência reguladora, do reconhecimento e cooperação da indústria regulada. Cf. Presidência da República. Casa Civil. Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro: relatório do grupo de trabalho interministerial. Brasília, Presidência da República, Casa Civil, 2003.

¹⁷³ Relatório do Tribunal de Contas da União divulgado em 2011 sobre a atuação da Aneel, Anatel, ANP, ANA, ANTT, Antaq e Anac, demonstrou que o contingenciamento dos recursos

7º) O questionamento relativo à suposta falta de legitimidade das agências. Com o intuito de garantir a legitimidade das decisões das agências, o legislador previu a instituição de Conselhos Consultivos, aos quais permitiria-se a participação da sociedade civil nas tomadas de decisões ocorridas nessas entidades. Entretanto, tais conselhos, cujos membros são indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo e por entidades representativas de prestadores de serviços, de usuários e da sociedade civil, são órgãos meramente consultivos, pois suas recomendações não vinculam a direção das entidades reguladoras. Dessa forma, a eficácia de sua ação é reduzida.

8º) As dimensões continentais do país, renda per capita baixa, uma péssima distribuição da renda nacional e vazios demográficos, combinados com áreas de elevada concentração populacional. Essas características tornam ainda mais difícil a concretização de alguns objetivos fundamentais da regulação, especialmente aquelas destinadas ao setor de infraestrutura, a saber, a universalização dos serviços e a modicidade tarifária.

Por último, o fato de que as agências reguladoras brasileiras foram institucionalizadas em contextos políticos, sociais e econômicos opostos àqueles que levaram à criação das agências americanas. Enquanto estas foram criadas para disciplinar a intervenção do Estado no poder econômico e para restringir o poder privado em matéria de direito de propriedade e de liberdade de contratar, no Brasil, as agências reguladoras surgiram em um momento de privatização do Estado e da proteção do direito de propriedade do investidor e da liberdade de contratar das empresas privadas.¹⁷⁴

orçamentários das agências passou de R\$ 2,5 bilhões, em 2004, para R\$ 7,5 bilhões, em 2009. No mesmo período, muitos cargos foram ocupados por diretores com pouca ou nenhuma qualificação técnica, e as agências se transformaram rapidamente em cabide de empregos para acomodar aliados do governo. Cf. Governo Lula esvazia as agências reguladoras. Folha de São Paulo, 19.09.2010; Planalto quer limitar poder das agências reguladoras. Folha de São Paulo, 23.03.2011; Bloqueio de verbas de agências cresce mais que orçamento. Folha de São Paulo, 27.08.2011.

¹⁷⁴ “Em última análise, embora o modelo da agência reguladora independente norte-americana tenha servido de inspiração ao legislador brasileiro, a sua introdução no Brasil serviu a propósitos substancialmente distintos, senão opostos. De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do status quo; enquanto lá buscavam elas a relativização das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurar-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.” BINENBOJM, G. *Agências Reguladoras Independentes, Separação de Poderes e Processo Democrático*. In OLIVEIRA, F. M. R. (org.). *Direito Administrativo Brasil-Argentina. Estudos em homenagem à Agustín Gordillo*, p. 205.

Dessa forma, o modelo de regulação por agências independentes gerou uma série de tensões com o sistema jurídico e político brasileiro, tais como: a) tensão com o princípio da legalidade, decorrente da adoção por diversas agências da tese da deslegalização e da banalização da edição de atos normativos; b) tensão com o sistema de separação de poderes e de freios e contrapesos, decorrentes da fragilidade dos mecanismos políticos de controle do Presidente e do Congresso, e da timidez do próprio Judiciário no controle jurídico; c) a tensão com o regime democrático, especialmente em decorrência da não sujeição dos administradores aos procedimentos de accountability eleitoral e da circunstância de estarem investidos em mandatos a termo, que ultrapassam os limites dos mandatos dos agentes políticos eleitos.¹⁷⁵

A primeira onda¹⁷⁶ de análise da ação regulatória concentrou seus esforços na criação de mecanismos institucionais e jurídicos assecuratórios da independência das agências em relação aos agentes políticos e ao poder judiciário e adequação da função regulatória ao princípio constitucional da legalidade. Com isso, formaram-se três teorias que buscaram fundamentar tais funções: a) teoria da transmissão democrática; b) teoria dos burocratas técnicos; c) teoria do procedimento.¹⁷⁷

A teoria da transmissão democrática aceita a função regulatória das agências pelo fato de ser o legislador, legitimado constitucionalmente, que cria a entidade e lhe transfere as balizas de atuação. Nessa linha, procura-se justificar a função regulatória das agências enquanto delegação complementar (não abdicatória) que emerge da necessidade de lidar com a complexidade social e econômica em termos de técnicas de saberes especializados.¹⁷⁸

A segunda teoria justifica a independência e a função regulatória por estarem as agências investidas por técnicos especializados em matérias nas quais o Congresso não teria condições de regular. Para estes autores, o problema da

¹⁷⁵ Ibid., p. 206. No mesmo sentido, a opinião de Alexandre Santos de Aragão para quem este é o ponto jurídico-político mais tormentoso dos amplos poderes, mormente os de natureza normativa. A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras. In BINENBOJM, G. (coord). *Agências Reguladoras e Democracia*, p. 1-20.

¹⁷⁶ As expressões “primeira onda regulatória” e “segunda onda regulatória” são utilizadas por Gustavo Binenbojm.

¹⁷⁷ Consulte-se, por todos, ARAGÃO, A. S. (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹⁷⁸ FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, n. 35, dez. 2000.

dogmática no plano constitucional da separação dos Poderes parece não ser o problema fundamental e deslocam o debate para a exigência de eficiência da atividade reguladora.¹⁷⁹

A terceira e última, legitima a atuação das agências por garantir aos interessados a participação no seu processo de tomada de decisões.¹⁸⁰

Segundo Paulo Todescan Lessa Mattos, o modelo analítico representado pelas linhas de trabalho acima indicadas continuaria preso a uma concepção teórica de separação de poderes própria de um modelo de democracia e de direito liberais e não consegue dar conta do grau de complexidade das relações sociais inerentes ao fenômeno do Estado regulador. O debate sobre a legitimidade democrática da ação regulatória do Estado ficaria, assim, restrito a conceito formal de legalidade.¹⁸¹

Nestes termos, a segunda onda de análise da ação regulatória coloca em evidência fatores ligados ao modo pelo qual se desenvolve o processo decisório sobre a definição do conteúdo da regulação e a avaliação dos efeitos desses processos decisórios sobre os interesses dos atores sociais.¹⁸²

No campo do direito positivo, esse aspecto específico do debate sobre a responsabilização das agências ganhou particular proeminência a partir de 2003, quando o governo do Presidente Luis Inácio Lula da Silva demonstrou a intenção de proceder à revisão do arcabouço legal-regulatório herdado do período anterior, com base em diagnóstico de que o modelo brasileiro de agências reguladoras se deixaria caracterizar por um déficit no que se refere aos instrumentos de accountability. O resultado foi o envio ao Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 3.337/2004, que dispõe sobre normas gerais de gestão, organização e mecanismos de controle social das agências reguladoras.

¹⁷⁹ Cf. AGUILLAR, F. H. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999; SUNDFELD, C. A. Introdução às Agências Reguladoras. In SUNDFELD C. A. (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000; MARQUES NETO, F. A. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002; ARAGÃO, A. S. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁸⁰ SOUTO, M. J. V.. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

¹⁸¹ Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do Estado no debate jurídico brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 12, out. 2005.

¹⁸² Consulte-se, por todos, MATTOS, P. T. L. *O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

Na proposta encaminhada pelo governo, o projeto confere estabilidade aos dirigentes durante a vigência de seus mandatos de quatro anos, deixando a cada novo presidente da República a faculdade de nomear novos dirigentes, no período compreendido entre o 7º e o 18º mês de mandato. Introduce o contrato de gestão¹⁸³ para todas as agências, a ser supervisionado pelo ministro setorial, e condiciona o repasse de recursos orçamentários ao cumprimento de metas administrativas e de desempenho preestabelecidas. Cria a figura do ouvidor independente em cada agência, e disciplina o acompanhamento das consultas públicas realizadas pela agência por até três representantes de associações de usuários, com despesas custeadas pela agência. Regulamenta o processo decisório nas agências, estendendo a todas elas os mecanismos de decisão colegiada e de consulta pública.

Com o referido projeto de lei procura-se corrigir uma das principais tensões democráticas do modelo: a falta de transparência nas decisões da agência reguladora. Para tanto, são estendidos ou ampliados os mecanismos de accountability, com a realização de consultas públicas e apresentação de relatórios anuais ao ministério setorial e às duas Casas do Congresso Nacional.

Mais recentemente, o governo federal anunciou a intenção de criar uma instituição para supervisionar atividades regulatórias dos diversos órgãos e agências ligados ao Poder Executivo, acatando recomendação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos - OCDE. O Organismo de Supervisão Regulatória - OSR, como pode vir a ser chamado, seria um instrumento de suporte analítico para avaliar a regulação como um todo, identificando e analisando sobreposições e impactos em demais mercados.¹⁸⁴

¹⁸³ O ponto mais criticado do Projeto de Lei foi a inclusão do contrato de gestão. Cogitou-se que em vez de aprimorar o sistema de prestação de contas, os contratos de gestão encerrariam o risco de subversão do modelo concebido durante o governo anterior, revelando, em verdade, a intenção do poder Executivo de introduzir uma lógica hierárquica na sua relação com as agências. Dessa perspectiva, a iniciativa do Executivo estaria a ameaçar uma das conquistas do modelo vigente, a saber, permitir que a ação dessas burocracias fosse dirigida por requisitos mais elevados de excelência técnica, algo que teria sido viabilizado justamente pela proteção da atividade regulatória de interesses políticos de conjuntura. Cf. ABAR. A Organização e o controle social das Agências Reguladoras – Crítica aos Anteprojetos de Lei. Associação Brasileira de Agências Reguladoras - ABAR, 2004. No entanto, o projeto substitutivo do relator Leonardo Picciani (PMDB-RJ) avançou para a substituição do contrato de gestão por um instrumento a ser aprovado pela própria agência (planos estratégicos de trabalho e de gestão e desempenho) e fiscalizado pelo Congresso. Íntegra do projeto pode ser obtida em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/210114.pdf>

¹⁸⁴ Governo pode criar superagência para fiscalizar agências. Valor Econômico, 4.11.2009.

A Análise de Impacto Regulatório - AIR, idêntico àquele utilizado para as agências norte-americanas, seria o instrumento utilizado pela OSR para examinar e medir os custos, benefícios e efeitos prováveis de regulação nova ou existentes. Com esse instrumento busca-se a qualidade e a boa governança regulatória.

3.6.

As recomendações da OCDE para aperfeiçoamento da estrutura regulatória

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos - OCDE¹⁸⁵ adota o termo “reforma regulatória” (regulatory reform) para se referir às mudanças que melhoram a qualidade da regulação, ou seja, aperfeiçoam a sua execução, a relação entre seu custo e efetividade ou, ainda, a sua qualidade e adequação legal.¹⁸⁶

A primeira preocupação da OCDE, ao tratar dos requisitos necessários para o bom funcionamento do marco institucional regulatório, refere-se ao suporte político. Demonstra a Organização que o bom funcionamento de agências reguladoras requer liderança política sustentada e consistente, que reafirme continuamente o objetivo do Estado de fortalecer a atuação das agências reguladoras e o marco regulatório estabelecido.

Além disso, a afirmação e a apresentação clara dos objetivos da política regulatória e de sua integridade criam um aparato que permite a melhor fiscalização dos diretores das agências, facilita a coordenação entre as diversas agências e, ao tornar os objetivos transparentes, aumenta a credibilidade do governo junto ao público, acelerando a obtenção de resultados.

¹⁸⁵ A OCDE é um fórum único, onde os governantes de trinta países trabalham em conjunto para responder aos desafios econômicos, sociais e ambientais da globalização. A OCDE também está na vanguarda dos esforços para compreender e auxiliar os governos a responder aos novos desafios e preocupações, tais como governança corporativa, economia da informação e os desafios referentes ao envelhecimento da população. A Organização provê um espaço no qual os governos podem comparar suas experiências de políticas econômicas, sociais e ambientais, entre outras, procurar respostas para problemas comuns, identificar os bons resultados e trabalhar para coordenar políticas domésticas e internacionais.

¹⁸⁶ As recomendações da OCDE foram extraídas de relatórios contidos no site <http://www.oecd.org>, com destaque para o trabalho do Ad Hoc Advisory Group on Regulatory Reform: The OECD Report on Regulatory Reform, 1997; The OECD Report on Government Capacity to Assure High Quality Regulation, 1999; Apec Principles to Enhance Competition and Regulatory Reform – resultado da Apec-OECD Cooperative Initiative on Regulatory Reform, 2001-2002.

A participação da sociedade no processo de formulação da regulação é um aspecto importante a ser observado, pois atinge os seguintes objetivos: a) insere no processo de preparação da norma diferentes experiências e perspectivas e facilita o alcance de ações alternativas mais eficazes; b) ajuda os reguladores a manter certo equilíbrio entre interesses opostos; c) identifica efeitos indesejados da regulação e problemas práticos de sua implementação e cumprimento anteriormente à sua adoção; d) promove um teste de qualidade na avaliação feita pelas agências dos custos e benefícios decorrentes da promulgação de uma dada regulação; e) facilita a interação entre as agências reguladoras.

Ainda conforme a OCDE, uma agência reguladora deve buscar: a) impor um ônus aos agentes regulados proporcional à magnitude do problema; b) criar regimes de enforcement que tenham um custo razoável (cost effective) vis-à-vis sua eficiência (cost efficient); c) estimular a concorrência (exceto quando um benefício claro, que possa ser demonstrado, puder ser alcançado com a restrição da concorrência, e desde que seja mínima e temporária); d) permitir a liberdade de escolha dos consumidores; e) ser suficientemente flexível para antecipar mudanças tecnológicas e respeitar as mudanças de comportamento dos agentes regulados e da sociedade de modo geral; f) limitar-se ao que é necessário e consistente com o interesse público.

Assim sendo, o desafio na elaboração de uma legislação que discipline a atuação das agências reguladoras passa também pelo processo de seleção e consolidação de procedimentos que possam assegurar as práticas mencionadas anteriormente sem engessar as agências.

A Organização afirma, ainda, que a legislação que define a atuação das agências reguladoras deve determinar que a atividade regulatória das agências deve ser transparente e não discriminatória. A transparência encoraja a adoção de um melhor conjunto de normas pelas agências, ajuda a reduzir o impacto das regulações promulgadas e evita a adoção de decisões arbitrárias. Além disso, melhora o seu gerenciamento reduzindo os custos das agências reguladoras – na medida em que facilita a implementação e o cumprimento da regulação, uma vez que a compreensão das razões para a adoção da regulação e de seus efeitos estimula os agentes a cumpri-las de forma espontânea.

A clareza regulatória também tem função importante na medida em que a edição de normas claras e de fácil compreensão evita conflitos longos e custosos acerca dos reais objetivos da regulação, facilitando a sua correta aplicação.

Conclui a OCDE destacando que, o controle da discricionariedade das agências reguladoras é alcançado por meio da padronização e da transparência de seus procedimentos de formulação, implementação e alteração das regulações, o que também resulta em maior participação e confiança do público.¹⁸⁷

¹⁸⁷ No direito norte-americano, o acesso às informações governamentais é disciplinado pelas seguintes leis federais: Freedom of Information Act (FOIA), Government in the Sunshine Act, Federal Advisory Committee Act (FACA) e o Privacy Act. Cf. FUNK, W. F.; SEAMON, R. H. *Administrative Law. Examples and Explanations*, p. 338. Em 2009, o governo Obama determinou aos departamentos executivos e às agências a ampliação da política de open government, especialmente por meio de instrumentos tecnológicos. Cf. Memorandum 10-06, December 8, 2009. No Brasil, foi promulgada em 2011, a Lei de Acesso a Informações Públicas (Lei n. 12.527/2011), que garante aos cidadãos brasileiros o acesso a documentos públicos de órgãos federais, estaduais, distritais e municipais dos três Poderes. De acordo com a Lei, instituições públicas passam a ter o dever de disponibilizar na internet informações básicas, como competência, estrutura organizacional e execução orçamentária, por exemplo. Com isso, arquivos públicos, planos de governo, auditorias, prestações de conta e informação produzida por entidade privada em decorrência de vínculo com o poder público poderão ser facilmente acessados por todo e qualquer cidadão. Na Administração Federal, o Portal da Transparência disponibiliza dados e informações públicas para acesso via internet (www.portaldatransparencia.gov.br).