

As agências reguladoras e o modelo constitucional brasileiro *Regulatory Agencies and the Constitutional Brazilian System*

Submetido(submitted): 09/12/2017

Parecer(revised): 28/12/2017

Aceito(accepted): 04/01/2018

Ana Carolina Borges de Oliveira*

Resumo

Propósito – O presente estudo pretende investigar o papel normativo das agências reguladoras e, por conseguinte, verificar se o modelo de separação de poderes adotado pela atual Constituição Federal estaria superado, ou seja, busca-se analisar se há uma incompatibilidade entre o modelo constitucional brasileiro e a atividade normativa desenvolvida pelas agências reguladoras no Brasil.

Metodologia/abordagem/design – A presente pesquisa terá como pressupostos teóricos a teoria da separação de poderes desenvolvida por Montesquieu e sua influência nas ordens política e jurídica brasileiras. Adotará, também, como base teórica, o modelo proposto por Jürgen Habermas. Por fim, analisará o fenômeno regulatório no Brasil, bem como a estrutura e os papéis desempenhados pelas agências reguladoras no atual sistema; a fim de verificar se é possível defender que a teoria da separação dos poderes proposta pela Constituição Federal de 1988 está superada

Resultados – Conclui-se que o papel desempenhado pelas agências reguladoras no contexto jurídico-político brasileiro pode ser enquadrado como a atuação de novo ator no processo de formação política que culmina em decisões sobre leis e políticas.

Palavras-chave: separação dos poderes, agências reguladoras, poder normativo, teoria discursiva, modelo constitucional brasileiro.

Abstract

Purpose – This article tackles the role of the regulatory agencies and, therefore, verifies the separation of powers model adopted by the Brazilian Constitution, focused on how the constitutional Brazilian system adopted the liberal principle of the separation of powers.

Methodology/approach/design – This research analyzes Montesquieu's theory of separation of powers and its influence on the constitutional Brazilian system. It studies the model proposed by Jürgen Habermas, who proposes a discursive theory of law. Finally, it examines the regulatory phenomenon in Brazil, as well as the structure and the roles played by regulatory agencies in acts.

*Advogada. Professora de Direito Civil (Contratos e Teoria Geral dos Contratos e Responsabilidade Civil) na Faculdade Processus. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Bolsista do Cnpq. Foi Estagiária-Docente do Curso de Mestrado do Centro Universitário UniCEUB. Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). E-mail: anacarinaboliveira@gmail.com.

Findings – *It is concluded that the role of regulatory agencies in the constitutional Brazilian system can be framed as the new actor in the policy formation process that culminates in decisions about laws and policies.*

Keywords: separation of powers, regulatory agencies, legislative power, discursive theory, constitutional Brazilian system.

Introdução

O Estado Regulador, mediante regulação normativa centralizada elaborada por suas agências reguladoras, produz normas voltadas às determinações de políticas, diretrizes e metas de desempenho de um setor, com o intuito de garantir prestações materiais para fruição pelos cidadãos dos seus direitos. Nesse sentido, no contexto atual brasileiro, o Estado Regulador tem ampliado sua atuação normativa.

Assim, ao analisar o papel desempenhado pela regulação no direito brasileiro, verifica-se que pode haver uma incompatibilidade entre a teoria da separação de poderes adotada pela Constituição Federal de 1988 (por ter nítida influência da teoria desenvolvida por Montesquieu) e a atividade normativa produzida pelas agências reguladoras. Logo, em razão da possível superação da teoria da separação de poderes proposta por Montesquieu pela atual Constituição brasileira, torna-se necessário investigar a prática institucional dessas agências e, conseqüentemente, verificar se o modelo de separação de poderes adotado pela atual Constituição Federal estaria superado.

Nesse sentido, a presente pesquisa terá como pressupostos teóricos a teoria da separação de poderes desenvolvida por Montesquieu e sua influência nas ordens política e jurídica brasileiras. Adotará, também, como base teórica, o modelo proposto por Jürgen Habermas, que entende que a teoria da separação dos poderes está superada e propõe, assim, a teoria discursiva do Direito.

Por fim, analisará o fenômeno regulatório no Brasil, bem como a estrutura e os papéis desempenhados pelas agências reguladoras no atual sistema; a fim de verificar se é possível defender que a teoria da separação dos poderes proposta pela Constituição Federal de 1988 está superada e se é possível compreender o atual arranjo dos poderes e da regulação sob a ótica da teoria discursiva.

Portanto, o estudo parte-se da seguinte indagação: o atual papel normativo desempenhado pelas agências reguladoras é compatível com o sistema de separação de poderes adotado pelo modelo constitucional brasileiro?

Com o objetivo de responder ao referido problema, primeiramente, serão analisadas as bases teóricas do presente estudo: a teoria da separação de

poderes proposta por Montesquieu e sua adoção pela atual Constituição brasileira e, após, será analisada a Teoria Discursiva proposta por Habermas. Posteriormente, serão analisadas as normas constitucionais e legais que estruturam as agências reguladoras no direito brasileiro, como forma de verificar o papel por elas desempenhado no modelo de separação de poderes adotado no direito brasileiro e constatar se suas atividades estão compatíveis com tal modelo ou se seria possível verificar que elas se aproximam da teoria discursiva proposta por Habermas.

Por fim, após a análise da teoria da separação de poderes adotada pela Constituição Federal de 1988, seria possível entender que ela se encontra defasada e não responde mais às atuais necessidades do Estado Brasileiro, principalmente no que tange à atuação das agências reguladoras.

A teoria liberal da separação de poderes

O constitucionalismo, explica Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 13), surgiu como reação aos regimes autocráticos que imperavam na Europa durante os séculos XVII e XVIII. Assim, a Constituição foi criada para definir as regras da organização fundamental do Estado (FERREIRA FILHO, 2007, p. 3). Nesse conceito, um Estado só será constitucional, se permitir que os indivíduos usufruam de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos (MIRANDA, 2001, p. 17).

Essa foi a base da tese desenvolvida por Montesquieu ao elaborar o princípio da separação de poderes, com fundamento no modelo institucional da Inglaterra (LEAL, 2006, p. 14)¹. Sua obra, *O espírito das leis*, escrita na metade do século XVIII, foi criada com o objetivo de frear ou, até mesmo, acabar com o Absolutismo, já que a finalidade precípua da divisão do poder em mais de um órgão ou titular “reside em adotar uma organização política apta a obstar o seu uso arbitrário ou abusivo” (LEAL, 2006, p. 05).

Assim, verifica-se que Montesquieu aponta a Inglaterra como a única “nação do mundo que tem como objeto direto de sua constituição a liberdade política” (LEAL, 2006, p. 06). Tal liberdade política, dessa forma, é o objetivo

¹Cumprir ainda ressaltar que Montesquieu não cria um modelo político, ele mostra como é o modelo inglês. Assim, para ele, Constituição é o fato, é o modo de organização de um Estado, já que na Inglaterra não há uma constituição escrita. Ainda nesse aspecto, Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 14) explica que “embora se noticie que as primeiras Constituições escritas – editadas pelas ex-colônias inglesas após a proclamação de sua independência – fossem consubstanciadas em apenas um ato solene, é de salientar que uma Constituição escrita admite ser estruturada em mais de um documento”.

final da teoria da separação de poderes nos moldes propostos por Montesquieu.

Nesse sentido, Montesquieu (2001, p. 118) defende que “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”, ou seja, somente a lei pode limitar a liberdade. Entretanto, não basta que exista liberdade, é necessário também que haja o governo moderado² e que, neste, não se abuse do poder, já que o poder precisa de limites (MONTESQUIEU, 2001, p. 118).

Com este objetivo, a teoria da separação de poderes desenvolvida por Montesquieu atribui três funções distintas: executiva³, legislativa e judicial e, por isso, afirma que há em cada Estado, três espécies de poderes: o poder “legislativo, o poder executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 2001, p. 118). Segundo o autor, para que o homem não abuse do poder, é necessário que “o poder freie o poder” (MONTESQUIEU, 2001, p. 118).

Dessa forma, a lei é fruto do acordo entre o Rei, a nobreza e o povo, representados, respectivamente, pelos Poderes Executivo e Legislativo. Percebe-se, então, que tais poderes têm interesses diversos e, por vezes, conflitantes, razão pela qual o entendimento entre os dois é raro, tornando a produção legislativa praticamente nula.

Com a pequena elaboração de leis, reduz-se a atuação do Estado. É este, portanto, o objetivo de Montesquieu: se não há leis, não há, também, atuação do Estado, gerando, finalmente, mais liberdade às pessoas.

Nesse sentido, explica José Levi do Amaral Júnior (2008, p. 177) que os poderes de legislar e de executar, “em Montesquieu, são neutralizados pela comunhão de funções entre eles”. Isso significa que, como o poder de legislar é formado pelos interesses da Câmara Alta (nobreza) e da Câmara Baixa (representantes eleitos), somente pela exata coincidência de vontades entre estas duas câmaras é que o Poder Legislativo estatui. Assim, “do contrário, uma câmara neutraliza a outra” (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 177).

Entretanto, conforme explica Amaral Júnior (2008, p. 178), ainda que “ambas as casas parlamentares coincidam em suas vontades de estatuir, é

²A noção de governo moderado, para Montesquieu, deriva da combinação das três formas puras de governo de Aristóteles, são elas: monarquia, aristocracia e república.

³É importante ressaltar que, conforme explica José Levi do Amaral Júnior (2008, p. 170), “o sistema constante do Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das leis, é o presidencialismo clássico”. Assim, o presente trabalho parte do pressuposto de que o país em estudo também adota o sistema presidencialista, uma vez que no sistema parlamentarista, monárquico, semipresidencialista, as relações entre Executivo e Legislativo se desenvolvem de forma diversa da do presidencialista. Essa é uma das razões que levaram o estudo a examinar os países latino-americanos, especificamente a Argentina, já que a maioria deles adotou o sistema tripartite de Montesquieu, inclusive o presidencialismo.

necessário, ainda, que o Poder Executivo não rejeite a decisão parlamentar”, por meio do veto. Consolida-se, portanto, a neutralização do poder de legislar e do poder de executar, uma vez que, segundo Montesquieu (2001, p. 122), “o corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo Poder Executivo, que o será, por sua vez, pelo poder legislativo”.

Por isso, observa-se que o objetivo da teoria de separação de poderes é formar uma pausa, inação, já que esses poderes são obrigados a caminhar de acordo, tendo em vista que a paralisia gerada não possibilita a formação de um acordo, de uma decisão. E, por fim, Amaral Júnior (2008, p. 178) conclui, “há que entender as razões de Montesquieu: como liberal clássico que é, pretende prevenir o absolutismo. Então, quanto mais limitado for o poder do Estado, melhor”.

Logo, esse é um dos fundamentos do sistema inglês, com origem no modelo da *commom law*, já que a partilha de funções entre os poderes tende a levar ao não fazimento de leis e, conseqüentemente, a uma maior liberdade, consolidando, assim, o Liberalismo.

Verifica-se, portanto, nitidamente, que a ideia da separação de poderes implica em um mecanismo de freios e contrapesos, já estudado por Montesquieu, em que as funções devem ser partilhadas, para haver a limitação entre os poderes. Ou, em outras palavras, o conflito entre Executivo e Legislativo é uma peculiaridade prevista e desejável da teoria de separação de poderes clássica, uma vez que tal travamento é uma anomalia do próprio sistema.

Nesse sentido, explica Gabriel Negretto (2002, p. 301) que o meio de prevenir a usurpação consistiu em outorgar a cada uma das autoridades estatais um poder de veto que servisse ao mesmo tempo como arma de defesa e instrumento de controle sobre as demais.

Assim, verifica-se que tal modelo gera a paralisia legislativa, pois torna-se difícil encontrar um acordo entre os interesses diferenciados defendidos por cada ramo do poder. Portanto, a ideia central desse sistema é proteger o *status quo*, possibilitando o acordo legislativo apenas por meio de amplas coligações, deixando o interesse minoritário praticamente fora.

Nesse aspecto, segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz (1994, p. 13), o essencial da doutrina da separação de poderes de Montesquieu, em prol de se constituir um Estado respeitoso das liberdades, é mister dividir o exercício do poder, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos. Portanto, trata-se de um arranjo jurídico-institucional que propicia a interferência de um poder sobre o outro para impedir abusos e “propiciar a harmonia no relacionamento entre os poderes” (FERRAZ, 1994, p. 14).

Carré de Malberg (1998, p. 833) explica que a separação de poderes, como desenvolvida por Montesquieu, é irrealizável, porque, ao exigir que cada função material de poder seja concedida em sua totalidade a um órgão, implicaria numa divisão de poderes que, não só paralisaria a atuação do Estado, mas também arruinaria sua unidade.

Tal modelo de separação de poderes foi definido nos Estados Unidos, inicialmente, nos *Federalist Papers*, durante o processo de ratificação da Constituição estadunidense. Nesse sentido, explica *Gabriel Negretto* (apud HAMILTON, 2003, p. 300) que as primeiras constituições das colônias estadunidenses foram zelosas em delinear com precisão as funções de cada ramo do poder, com o objetivo principal de fortalecer as assembleias legislativas frente ao Executivo.

Entretanto, cumpre ressaltar que é esse o objetivo da teoria de Montesquieu (2001, p. 118), já que, quanto menor a atuação do Estado, mais liberdade os homens terão, pois, “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”.

Dessa maneira, conforme demonstrado por essa breve análise, é possível aferir que o modelo de separação de poderes foi criado para um Estado Liberal, em que a atuação do governo seja mínima. Assim, quando este modelo é transplantado para países que não possuem tradição liberal, tal estrutura acaba criando anomalias, conforme se verificará no caso brasileiro.

A teoria da separação de poderes na Constituição Federal de 1988

Após o estudo da teoria da separação de poderes, enfatizando sua origem, seus principais fundamentos e seu funcionamento, passa-se à análise da influência desse modelo no sistema constitucional brasileiro.

Em primeiro lugar, como foi dito, a teoria da separação de poderes de Montesquieu (2001, p. 118) foi desenvolvida com base no modelo inglês, tendo repercussão nos Estados Unidos em decorrência da colonização inglesa e por causa do modelo da *commom law* adotado por esses dois países.

Também, como restou analisado, verificou-se que “a separação de poderes é o principio fundamental da organização política liberal” uma vez que tal divisão surgiu para limitar a atuação do rei absolutista (MONTESQUIEU, 2001, p. 135). Assim, “a gloriosa revolução pôs no mesmo pé a autoridade real e a autoridade do parlamento” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 136), para defender os direitos naturais e imprescritíveis do homem: a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão⁴.

⁴Cf. art. 2o da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. (ONU, 1948).

Por outro lado, verifica-se que a vigência deste modelo é limitada na América Latina, conforme explica Gabriel Negretto:

Dado que la mayoría de los regímenes constitucionales de la región o bien han limitado la representación de intereses diversos em cada rama de poder o bien han moderado sus capacidades de bloqueo mutuo, sobre todo concentrando em el Ejecutivo el poder de promover cambios de legislación (NEGRETTO, 2002, p. 299).

Dito isso, é possível identificar algumas distorções geradas pela implantação de tal sistema liberal na América Latina:

“a paralisia gerada pelo sistema de freios e contrapesos possibilita a utilização de benefícios fiscais, incrementando o gasto público, por meio da compra direta de votos para obter um acordo legislativo, uma vez que o sistema, precisando funcionar, necessita da aprovação de leis e de políticas públicas elaboradas pelo Executivo” (NEGRETTO, 2002, p. 311, tradução nossa).

É por isso que uma das formas de suprimir o conflito entre os poderes é evitar que o partido do presidente conte com uma representação minoritária no Congresso, pois, caso isso ocorra, o exercício da função governamental pelo Presidente acaba sendo inviabilizado pelo legislativo (NEGRETTO, 2002, p. 313).

Para evitar, portanto, que isso ocorra, seria necessária a aplicação de três mecanismos. O primeiro é suprimir o mecanismo de eleições não concorrentes de Presidente e legisladores, para obter uma maior congruência entre os interesses representados por esses dois poderes. O segundo é adotar a eleição direta para presidência, por meio do sistema majoritário, reduzindo, dessa forma, o numero de partidos que competem para eleição presidencial. E, por último, a adoção do sistema proporcional para eleição dos deputados, para haver a elaboração de listas de candidatos que acumulem os votos obtidos nas mãos do partido, objetivando fortalecer cada partido internamente (NEGRETTO, 2002, p. 313).

Apesar da existência de tais mecanismos em vários sistemas políticos da América Latina, ainda encontram-se governos divididos e maiorias presidenciais pouco coesas, conforme se verifica no sistema constitucional brasileiro disposto na Constituição Federal de 1988. Tal redução decorre, principalmente, do fato de que a adoção do sistema de freios e contrapesos nesses países, inclusive no Brasil, implicou na paralisia legislativa, gerando, conseqüentemente, pouca atuação do Presidente da República.

Assim, explica Negretto (2002, p. 318) que, para tentar aumentar o poder do Presidente⁵, já que o Estado Social requer maior atuação na elaboração de políticas públicas pelo Executivo; em casos mais extremos, algumas constituições (Brasil, Chile, Argentina, Colômbia, Peru) dotam o presidente da capacidade de introduzir mudanças legislativas por meio de decretos com força de lei, normalmente limitados a circunstâncias de urgência e sujeitos à aprovação posterior, expressa ou tácita, do Congresso.

Essa é, pois, uma das evidências de que o sistema norte-americano de separação de poderes precisa sofrer adaptações à realidade dos países latino-americanos, como forma de garantir a governabilidade, criando um sistema que evite a probabilidade de conflito entre os ramos do governo e, conseqüentemente, reduza a possibilidade de haver corrupção.

Outra evidência desta deturpação é verificada quando o Presidente eleito não detém a maioria no Congresso, uma vez que, mesmo por meio da utilização de decretos com força de lei, o exercício do governo pode-se tornar inviável. Isso decorre, portanto, do sistema político adotado, pois conduz a uma diversidade de interesses entre o Legislativo e o Executivo.

E, assim, indaga-se: qual seria a solução adotada pelo Presidente ao se defrontar com tal situação? Ou, em outras palavras: como um modelo de organização de poderes que tende à paralisia, ou seja, à limitação da atuação do Estado, pode funcionar em países em que o Estado precisa agir para garantir a liberdade humana?

Após essa contextualização, cumpre, brevemente, analisar o contexto histórico e as principais bases da Constituição Federal de 1988.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 145), ao analisar o referido contexto, explica que da nova Constituição se esperava mais do que uma nova base democrática, se esperava “a solução – ou pelo menos o equacionamento – de todos os problemas nacionais”, daí o nome “Constituição-cidadã”. Assim, a atual Constituição brasileira é a mais longa de todas as brasileiras e uma das mais extensas do mundo; sendo além de analítica, também detalhista; uma vez que o intuito do legislador constituinte era regular tudo, integralmente (FERREIRA FILHO, 2011, p. 146).

Esse dirigismo também pode ser verificado na ordem econômica; uma vez que, dentre os seus princípios, tem-se a livre iniciativa e, por outro lado, mantém-se em favor do Estado um amplo espaço monopolístico. Prevendo-se, assim, um Estado onipresente (FERREIRA FILHO, 2011, p. 147).

Entretanto, hoje, a Constituição de 1988 é vista com outros olhos. Fatos que comprovam essa alteração na visão são as inúmeras emendas

⁵Sobre o poder do Presidente da República e o Estado administrativo, vide: VERMEULE, 2016, p. 56.

constitucionais promulgadas e outras profundas emendas que estão por vir. Mas, é importante lembrar, que essas inúmeras emendas já eram previstas. Isso porque “qualquer inflexão da política governamental que não coincida com a preferida pelo Constituinte em 1988” requer alteração constitucional, dada a sua característica detalhista (FERREIRA FILHO, 2011, p. 148).

Além disso, um dos méritos da Constituição Federal de 1988 foi o fortalecimento da cidadania proporcionado que multiplicou os meios de defender o interesse público ao ampliar a ação popular e a legitimidade para ação direta de inconstitucionalidade e dispor sobre a ação civil pública, a iniciativa popular, dentre outros mecanismos de exercício da cidadania (FERREIRA FILHO, 2011, p. 148).

Com base nessa breve contextualização da Constituição Federal de 1988, verifica-se que a lei, no atual sistema constitucional, não tem a função de limitar o poder, tal como previsto por Montesquieu. A lei passa a ter a função de implantar políticas públicas, de criar direitos e deveres, já que a atual Constituição, ao implantar a democracia e a cidadania, acabou ampliando o espaço público de debates.

Nesse aspecto, embora analise o sistema norte-americano, Adrian Vermeule (2016, p. 01, tradução nossa) explica que a lei abandonou sua pretensão imperial nos últimos tempos e passou a representar o poder imparcial de resolver e reconciliar os conflitos locais entre as atividades governamentais. Assim, ele entende que a lei renunciou à sua autoridade, passando a tratar de acordos e negociações do governo ou, ainda, passando a implementar políticas públicas que traduzem os interesses políticos em jogo.

Com base nisso, é possível entender que o atual sistema de separação dos poderes adotado pela Constituição Federal de 1988, por ter fundamento nos princípios do Estado Liberal, é incompatível com o modelo estatal brasileiro, já que, dentre outras razões, este adota um conceito de lei como implementadora de políticas públicas e não apenas para limitar o poder e garantir o exercício da liberdade.

É, portanto, nesse contexto que se desenvolverá o estudo sobre o papel das agências reguladoras e a teoria da separação de poderes, tendo como pano de fundo a teoria discursiva proposta por Habermas.

A teoria discursiva de Jürgen Habermas

Como visto, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social proporcionou, dentre várias discussões e debates, a busca por um novo paradigma para o sistema jurídico. Nesse contexto, Habermas (1997), em sua obra “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, apresenta as

proposições fundamentais da teoria do agir comunicativo com suas bases filosóficas.

Inicialmente, cumpre salientar que o presente estudo não pretende esgotar a análise da referida obra; busca, tão-somente, levantar alguns dos principais pontos que tratam da teoria da separação de poderes e servem de base para o trabalho.

Segundo Habermas (1997, p. 20), a teoria do agir comunicativo substitui a razão prática pela comunicativa, pois esta se distingue daquela “por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrosujeito sociopolítico”. Nesse sentido, explica Habermas (1997, p. 20) que “a razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir”. A razão comunicativa possui um conteúdo normativo somente “na medida em que aquele que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos” (HABERMAS, 1997, p. 20).

Assim, a teoria do agir comunicativo permite que o sujeito se utilize da prescrição normativa não como indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, mas sim como uma orientação na base de pretensões de validade. É esse o contexto que se desenvolve o conceito de razão comunicativa, que Habermas situa no âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade (HABERMAS, 1997, p. 21).

Dessa forma, no Estado Social, o conceito tradicional de razão adquire um novo valor: ele se transforma num fio condutor para a reconstrução de discursos formadores de opinião e preparadores da decisão (HABERMAS, 1997, p. 21). Como explica Habermas:

Nessa perspectiva, as formas de comunicação da formação política da vontade no Estado de direito, da legislação e da jurisprudência, aparecem como partes de um processo mais amplo de racionalização dos mundos da vida de sociedades modernas pressionadas pelos imperativos sistêmicos (HABERMAS, 1997, p. 22).

Assim, em linhas gerais, Habermas (1997, p. 214) explica que o processo de formação política que culmina em decisões sobre leis e políticas não está mais adstrito ao âmbito dos partidos políticos. Está também influenciado pela formação informal da opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos. O espaço público de discussões contribui para a formação política da vontade e, por isso, deve ser protegido por direitos fundamentais, levando em conta o espaço que devem proporcionar o fluxo livre de opiniões, pretensões de validade e tomadas de posição (HABERMAS, 1997, p. 214).

Dessa forma, as comunicações políticas dos cidadãos estendem-se a todos os assuntos de interesse público e desaguam, no final das contas, nas

decisões de corporações legislativas. Verifica-se, portanto, que as comunicações políticas dos cidadãos visam a formação das leis e esse processo é assumido pelos partidos políticos, “que fundamentam leis de acordo com um processo democrático” (HABERMAS, 1997, p. 215).

As leis, nesse novo espaço público de discussão, são fruto de um processo democrático de formação política e formam a base para pretensões jurídicas individuais, que resultam na aplicação das leis a casos singulares ou na aplicação pelo Executivo. E, por fim, tais pretensões podem ser reclamadas judicialmente e daí resulta a garantia dos caminhos do direito e o princípio da garantia de uma proteção jurídica individual ampla (HABERMAS, 1997, p. 215).

Aqui está o novo sentido da teoria da separação de poderes conforme proposto por Montesquieu. Segundo Habermas (1997, p. 216), é o princípio da legalidade da administração que esclarece o sentido nuclear da divisão dos poderes. E, com esse novo espaço público de discussões, o novo arranjo institucional de separação dos poderes “tem por finalidade amarrar a aplicação do poder administrativo ao direito normatizado democraticamente”, para garantir que o poder administrativo só se regenere a partir do poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos.

Em outras palavras, a atividade normativa no Estado Social parte das discussões produzidas pelos cidadãos e, ao mesmo tempo, limita a atuação do poder administrativo, pois este deve pautar sua atuação na realização dos interesses sociais e públicos. Há, assim, um novo elemento na separação clássica de poderes: a participação dos cidadãos na formação política, contribuindo, assim, para um novo conceito de lei, ao comparado ao conceito liberal desenvolvido por Montesquieu.

Para apresentar, resumidamente, essa ideia, importante trazer as palavras de Habermas:

“a organização do Estado de direito deve servir, em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constitui, com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos” (HABERMAS, 1997, p. 220).

Verifica-se, dessa maneira, um novo conceito de lei, que constitui o elemento básico nas construções jurídicas do Estado de direito burguês e

permite, assim, a contraposição ao conceito liberal de lei descrita por Montesquieu, já tratada nos capítulos antecedentes. A lei democrática passa a ser caracterizada como uma norma de caráter geral que retira sua validade através do “assentimento da representação popular, num procedimento caracterizado pela discussão e pela esfera pública” (HABERMAS, 1997, p. 235).

Esse conceito de lei difere, portanto, do conceito adotado pela divisão liberal dos poderes. No modelo de Montesquieu, a lei caracteriza-se através de princípios semânticos gerais e abstratos; sem dever a sua legitimidade ao processo democrático, mas sim à sua forma gramatical (HABERMAS, 1997, p. 236).

Entretanto, à medida que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais e passam a assumir a forma de programas finalísticos, essas leis surgem como normas gerais, formuladas sem nomes próprios e dirigidas a muitos destinatários indeterminados e contêm conceitos jurídicos indeterminados que abrem à administração um amplo espaço de opinião (HABERMAS, p. 236-237).

Logo, como consequência do desenvolvimento que culminou no intervencionismo estatal, surgiram espaços cada vez mais amplos do direito e:

“por isso uma administração planejadora, executora e configuradora não pode mais restringir-se à implementação técnica de normas gerais e suficientemente determinadas, sem levar em conta questões normativas” (HABERMAS, 1997, p. 238).

Portanto, Habermas (1997, p. 238) explica que o conceito de lei tal como defendida pela divisão liberal dos poderes não pode mais ser explicado suficientemente, na medida em que as leis passam a surgir de acordo com um procedimento democrático, no qual fundam uma proteção do direito garantido por tribunais independentes.

Assim, na teoria do discurso, as funções da legislação, da justiça e da administração se diferem de acordo com as formas de comunicação e potenciais de argumentos correspondentes, uma vez que a distribuição de competência entre as instâncias que fazem as leis, as que as aplicam e as que as executam resulta da distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos.

Por fim, conclui Habermas (1997, p. 240) que a lógica da divisão dos poderes precisa ser realizada em estruturas modificadas que possibilitem a participação dos cidadãos na formação política.

E, aqui, chega-se ao ponto de estudo do presente artigo, pois é nesse contexto que se verifica um novo conceito de lei, que se cria e se desenvolve a Constituição Federal de 1988, que é uma constituição analítica e contém

diversas normas programáticas e finalísticas. Esse contexto permite, por conseguinte, uma discussão sobre o papel das agências reguladoras nesse espaço público de formação normativa – tema a ser tratado no próximo tópico.

A atividade normativa das agências reguladoras no direito brasileiro

Com a implementação do Estado Social, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, verificou-se a necessidade da adoção de mecanismos administrativos mais ágeis e tecnicamente especializados, pois os instrumentos tradicionais até então utilizados não respondiam mais às demandas de uma sociedade crescentemente complexa (ARAGÃO, 2000, p. 275).

Assim, surgem significativas alterações na estrutura do Estado. Primeiramente foram criadas as entidades da Administração Indireta, dotadas de autonomia no desempenho de suas funções, mas ainda sujeitas a uma forte tutela da Administração Central (ARAGÃO, 2000, p. 276).

Depois foram criados os entes da Administração Direta, denominados de órgãos. Tais entidades e órgãos dotados de independência permitiram que o Estado, dotado de especialização técnica e autonomia normativa, fosse capaz de direcionar as suas novas atividades sociais na seara do interesse público (ARAGÃO, 2000, p. 276).

Esse fenômeno foi marcado, ainda, pela criação de novas entidades e órgãos independentes, encarregados da sua supervisão e com poder normativo para exercer, principalmente, atividade regulatória. Essa criação foi decorrente da onda de privatização dos serviços públicos e ocorreu em quase todos os países. Entretanto, em cada Estado, tal organização acabou tendo uma formatação jurídica própria, embora em todos eles tais entidades e órgãos mantivessem traços de autonomia em face do poder central do Estado (ARAGÃO, 2000, p. 276).

Como explica Dwight Waldo (2007, p. 104, tradução nossa), o estudo sobre a teoria da separação dos poderes e a estrutura administrativa do Estado voltou à ordem do dia nos últimos cinquenta anos. Isso porque a Administração estatal sofreu considerável expansão com as atividades administrativas do Estado, o que levantou questionamentos sobre sua adequação com a teoria liberal da separação dos poderes.

Uma das problemáticas que surgem em torno desse tema diz respeito aos poderes do Presidente da República e, por conseguinte, a relação entre seus poderes e os poderes das agências reguladoras (WALDO, 2007, p. 118, tradução nossa). É, então, nesse cenário, que se desenvolve a presente pesquisa, na qual se busca averiguar esses poderes das agências reguladoras e sua adequação à teoria da separação dos poderes.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, ao restaurar a democracia e a cidadania, proclamou a instituição de um Estado Democrático de Direito e não ficou alheio à tendência de privatizar seus serviços públicos (ARAGÃO, 2000, p. 277).

Foi, então, a partir de meados da década de 1990, que o Estado brasileiro intensificou a transferência da prestação dos serviços públicos para os particulares, reservando para si o controle normativo desses serviços por meio das agências reguladoras. Nesse sentido, Márcio Iorio Aranha (2002, p. 135) explica que o processo de flexibilização do direito administrativo se acelerou, possibilitando o estudo de temas que antes passavam despercebidos; como é o caso do presente estudo.

Assim, a denominada flexibilização do direito administrativo, decorrente da coexistência dos regimes jurídicos privado e público na prestação dos serviços públicos, gerou o deslocamento do Estado para o intervencionismo indireto:

“que exige maior poder normativo e certas instituições coerentes para com o novo modelo de prestação de serviços públicos, tais como as agências reguladoras ou qualquer outro nome que se queira dar a superestruturas técnico-administrativas autônomas” (ARANHA, 2002, p. 137-138).

A Lei 9.491, de 09.09.1997 foi um dos primeiros diplomas legais que tratou desse modelo de desestatização no direito brasileiro, instituindo o “Programa Nacional de Desestatização”. Um dos objetivos desse modelo é o de, ao possibilitar a transferência para o setor privado de atividades indevidamente executadas pelo Poder Público, permitir a reordenação da posição estratégica do Estado na economia (CARVALHO FILHO, 2011, p. 62).

Consequentemente, ao gerar o afastamento do Estado ou de suas pessoas descentralizadas do âmbito de alguns serviços públicos, que agora são executados pelo setor privado, torna-se necessária a criação de controle dos novos prestadores de serviço (CARVALHO FILHO, 2011, p. 62). Assim, “esse novo controle influenciou no aprofundamento da ideia concernente à função regulatória, própria do Estado” e direcionada para o setor privado que presta atividades estatais (CARVALHO FILHO, 2011, p. 63).

Isso faz com que surjam as agências reguladoras, com fundamento nos artigos 21, XI e 177, parágrafo 2º, III, ambos da Constituição Federal de 1988. Assim, foram criadas autarquias com função de controle que, embora não fossem novidade, tais entidades estavam atreladas ao programa de desestatização e, por isso, foram denominadas de “agências” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 63).

É com base nesse contexto que o presente tópico pretende estudar o papel das agências reguladoras no direito brasileiro, enfatizando seu poder normativo, para verificar ao final se o modelo de separação de poderes adotado pela atual Constituição Federal estaria superado.

Segundo Márcio Iorio Aranha (2009, p. 10), o modelo brasileiro atual de regulação é regido pelo princípio da “desintegração vertical entre infraestruturas de uso comum e serviços singularizados, viabilizando a chamada transparência informativa”. Mas, além disso, para melhor compreensão do fenômeno da regulação no direito brasileiro, é necessário um estudo mais profundo.

Primeiramente, importante destacar que as instituições de regulação são “neutras quanto à aplicação isenta das estações de humor político, embora conscientes de sua presença no jogo político” (ARANHA, 2002, p. 139-140), o que permite que exerçam grande variedade de funções: “normativas, propriamente dita; de solução de conflitos de interesses; investigativos; fomentadores; e de fiscalização”, preventiva ou repressiva (ARAGÃO, 2000, p. 280).

Assim, pode-se dizer que o traço fundamental dessas agências administrativas independentes é o fato de possuírem uma combinação das funções de legislador, promotor e juiz; o que leva a investigação de sua adequação ou não à atual conformação dos poderes dentro do sistema constitucional brasileiro (ARAGÃO, 2000, p. 280).

E mais: leva a análise sobre a conjugação de todas essas funções e sua adequação com o Estado Liberal e com o Estado Social e seu conceito de lei.

Nesse sentido, explica Alexandre Santos de Aragão que:

“seus inúmeros poderes, além de abrangerem aspectos de todas as funções da clássica divisão tripartite dos Poderes, são, em razão dos termos bastante genéricos pelos quais são conferidos, exercidos com grande grau de liberdade frente a quaisquer desses Poderes” (ARAGÃO, 2000, p. 280).

Por isso, a fim de buscar respostas à tais questionamentos, foi verificado nos tópicos anteriores que a teoria da separação de poderes tal como concebida por Montesquieu foi adotada em partes pelo modelo constitucional brasileiro, o que acabou gerando diversas incompatibilidades, uma vez que a Constituição Federal de 1988 já não consegue mais a lei com função apenas limitadora da atuação estatal. Nesse sentido, dando continuidade à busca por esclarecimentos sobre o problema ora analisado, passa-se ao estudo sobre o papel desempenhado por essas agências no atual sistema constitucional brasileiro.

A problemática sobre o poder normativo atribuído a essas agências se originou com a atribuição conferida a essas de editar normas gerais sobre o

setor sob seu controle, como se verifica, por exemplo, no art. 19, X, da Lei 9.472, de 16.07.1997, que institui a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Explica Aranha (2009, p. 21) que o sistema constitucional brasileiro, com base no modelo de separação dos poderes adotado, “impõe que o espaço normativo do Executivo esteja previamente aberto por dispositivo de lei”, originando, assim, o denominado poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo, disposto no art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988.

Analisando, assim, a atividade normativa do Executivo a partir da criação das agências reguladoras; Aranha (2009, p. 21) entende que a função normativa pode existir em decorrência do exercício do poder originário, pelo Legislativo, ou em decorrência do poder derivado, pelo Executivo. Assim, “o conceito de função normativa abarca a função legislativa, a função regulamentar e a função regimental” e não se confunde com a possibilidade de controle dos demais poderes pelo Legislativo.

José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 59) ressalta que nunca foi precisa a linha da doutrina sobre a diferença entre atos tipicamente legislativos e os atos administrativos com caráter normativo, como, por exemplo, os regulamentos. E a falta de tal delimitação conceitual implica, por conseguinte, em saber se tais atos violariam ou não a teoria da separação dos poderes, pois é relevante identificar os limites da atuação de cada Poder e evitar, assim, eventuais ingerências indevidas de um em outro.

Assim, na mesma linha de Márcio Iorio Aranha, José dos Santos (2011, p. 59) entende que os atos administrativos são secundários em relação às leis, pois decorrem dessas e estão limitados por elas.

Embora essa problemática permita maior aprofundamento em sua análise, é plenamente possível afirmar que a atividade normativa do Poder Executivo é constitucional, pois uma vez que os atos administrativos produzidos por esse poder devem estar limitados pela lei; embora, ressalte-se, seja possível verificar similitudes materiais entre esses dois atos normativos.

Logo, é possível concluir que o poder normativo conferido às agências não possui nenhum vício de inconstitucionalidade, uma vez que se trata de exercício de função administrativa e não legislativa, “ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 65).

Agora, feitas todas essas análises, passa-se ao estudo sobre a posição que tais agências exercem no modelo da separação de poderes adotado pelo direito brasileiro. Para, por fim, verificar se o papel por elas desempenhado pode ser enquadrado como um novo ator no processo de formação política que culmina em decisões sobre leis e políticas, levando em consideração o novo espaço público de comunicação introduzido pelo Estado Social, como defende Habermas.

A resposta a tais questionamentos ainda precisaria de um estudo mais detalhado sobre a teoria discursiva de Habermas no modelo constitucional brasileiro. Entretanto, para fins do presente trabalho, com esse estudo já é possível trazer algumas considerações importantes.

Nesse sentido, pode-se indagar se tais agências, pelo exercício de seu poder normativo, estariam elaborando e realizando políticas públicas, já que as mesmas estão atreladas ao Poder Executivo.

Após elaborar um estudo sobre a democracia e as agências reguladoras, Marçal Justem Filho explica que a criação dessas agências independentes possibilitou, também, ampliar o processo de comunicação entre a sociedade e a burocracia, em decorrência da sua capacidade de minorar o *déficit* democrático externo do sistema político (JUSTEN FILHO, 2011, p. 235).

Finalmente, pode-se entender que é necessário que o processo decisório das agências reguladoras seja integrado pela participação de indivíduos e entidades alheias às instituições estatais, sem que isso comprometa o aspecto técnico de suas decisões e atuações (JUSTEN FILHO, 2011, p. 247). Daí se extrai a legitimidade democrática das agências e, por conseguinte, a sua adequação ao sistema de separação de poderes do atual modelo constitucional brasileiro com um papel atuante no processo de formação político.

Dessa forma, cumpre trazer as palavras de Marçal Justem Filho que esclarece esse papel democrático das agências:

“Isso significa que a agência independente tem o dever de justificar suas decisões regulatórias, inclusive apresentando os fundamentos pelos quais reputou inadequado acolher as colaborações, manifestações e propostas formuladas pela sociedade” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 247).

Portanto, destaca-se que a teoria da separação não pode ser vista como uma regra sagrada, embora disposta na cláusula pétreia pela atual Constituição brasileira, mas sim precisa ser entendida como uma regra que precisa ser atualizada (VERMEULE, 2016, p. 56). Isso implica na nova visão que a lei precisa ter, qual seja, deve ser vista como um mecanismo para equilibrar os interesses em jogo (VERMEULE, 2016, p. 56).

Conclusão

Com o estudo sobre a teoria liberal da separação dos poderes e sua adoção pela Constituição Federal de 1988, foi possível concluir que o atual sistema de separação dos poderes adotado pela Constituição Federal de 1988, por ter fundamento nos princípios do Estado Liberal, é incompatível com o modelo estatal brasileiro, já que, dentre outras razões, este adota um conceito

de lei como implementadora de políticas públicas e não apenas para limitar o poder e garantir o exercício da liberdade.

Com relação à estrutura e aos papéis desempenhados pelas agências reguladoras no atual sistema, verificou-se que é possível defender que a teoria da separação dos poderes proposta pela Constituição Federal de 1988 está superada e necessita ser compreendida sob a ótica do Estado Social a fim de se tornar compatível com as suas necessidades, principalmente no que tange à atuação das agências reguladoras.

Finalmente, conclui-se que o papel desempenhado pelas agências reguladoras no contexto jurídico-político brasileiro pode ser enquadrado como um novo ator no processo de formação política que culmina em decisões sobre leis e políticas, levando em consideração o novo espaço público de comunicação introduzido pelo Estado Social, como defende Habermas, com base na teoria discursiva.

Referências Bibliográficas

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Sobre a organização de poderes em Montesquieu. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira (Coord.); MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Coord.). **Lições de direito constitucional**: em homenagem ao Professor Jorge Miranda. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 169-184.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000.
- ARANHA, Márcio Iorio. Poder normativo do Executivo e teoria da regulação. **Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília, n. 9, p. 135-154, 2002.
- ARANHA, Márcio Iorio *et al.* Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 1, n. 1, p. 1-76, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**. São Paulo: RT, 1994.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Ben Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na 'regulação independente'? In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MALBERG, Carré de. **Teoría general del estado**. 2. ed. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. VI.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. Brasília: UnB, 2001.
- NEGRETTO, Gabriel L. Hacia una nueva visión de la separación de poderes em América Latina. In: CARBO- NELL, Miguel (Coord.); OROZCO, Wistano (Coord.); VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Estado de derecho**: conceptos, fundamento y democratización em América Latina. Coyoacán: Siglo XXI, 2002. p. 299-328.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris, 10 dez. 1948.
- VERMEULE, Adrian. **Law's abnegation**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- WALDO, Dwight. **The administrative state**: a study of the political theory of american public amination. 2. ed. New York: Taylor & Francis, 2007.

