

Estado Administrativo, Poder Legislativo e a Reeleitura do Princípio da Separação de Poderes

Administrative State, Legislative Power and the review of the principle of separation of power

Submetido(*submitted*): 15/12/2014

Parecer(*revised*): 06/01/2015

Aceito(*accepted*): 17/01/2015

Ademar Cypriano Barbosa *

Resumo

Propósito – O trabalho visa a sistematizar pontos de vista a respeito do princípio da separação de poderes, harmonizando a atuação do Estado Administrativo com o Poder Legislativo.

Metodologia/abordagem/design – Analisa-se e reexamina-se a clássica teoria da separação de poderes, sobretudo a de Montesquieu, de matiz liberal, no contexto do Estado Social e do exercício da função regulamentar – administração da lei – das agências reguladoras para compatibilizá-la na estrutura estatal hodierna.

Resultados – O Estado Administrativo, exercente de função normativa regulamentar, não fere o princípio da separação de poderes nem invade atribuições do Poder Legislativo, dado que atua exatamente sob as metas e objetivos das políticas públicas traçadas pelo legislador.

Implicações práticas – Afastada a alegação corriqueira de que o Estado Administrativo viola o princípio da separação de poderes ao invadir âmbito de atuação do Poder Legislativo, as agências reguladoras fortalecem-se e ganham legitimidade no exercício de suas funções estatais.

Originalidade/relevância do texto – O trabalho encontra pontos de interseção entre diferentes releituras do princípio da separação de poderes, unindo-as no propósito de harmonizar a atuação do Estado Administrativo com o Poder Legislativo.

Palavras-chave: separação de poderes, Estado Liberal, Estado Social, Estado Administrativo, função regulamentar.

Abstract

Purpose – This paper aims to systematize points of view concerning the principle of separation of power, harmonizing the outcomes of the Administrative State with the Legislative Power.

Methodology/approach/design – It analyzes and re-examines the classical theory of separation of powers, especially Montesquieu's, liberal hue, in the context of the Welfare State and the exercise of regulatory function – administration of law – from the independent establishments to adjust it in today's state structure.

* Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília (2014-2015). Integra o Grupo de Estudos em Direito Processual Civil da (GEPRO/UnB). Advogado, sócio-fundador do Escritório Cypriano & Rufino Advogados. E-mail: ademarcb@gmail.com.

Findings – *The Administrative State, responsible for the regulatory function, does not violate the principle of separation of powers nor invade the attributions of the Legislative Power, given that they operate exactly under the of public policy goals set forth by the legislator.*

Practical implications – *Away from the common claim that the Administrative State violates the principle of separation of powers by invading the Legislative Power competencies, independent establishments are strengthened and gain legitimacy in the exercise of their objectives.*

Originality/value – *This paper has focuses on points of intersection between different views of the principle of separation of powers, uniting them on the purpose of harmonizing the outcomes of the Administrative State with Legislative Power competencies.*

Keywords: *separation of powers, Liberal State, Social State, Administrative State, regulatory function.*

Introdução

Não se desatualizam os dizeres a respeito da incapacidade de a produção legislativa acompanhar a velocidade dos avanços sociais e a necessidade de regramento das cada vez mais complexas e específicas relações que se formam em sociedade.

Se já causa debates quando essa incapacidade afeta direitos privados – casamento entre pessoas do mesmo sexo, aborto de feto anencefálico, entre outros –, com mais força os tremores são percebidos quando a questão atrasada, legislativamente considerando, disser respeito à estrutura estatal, envolver temas políticos, que lidem com a conformação atual do cenário institucional.

Trata-se, aqui, especificamente do princípio da separação de poderes, especialmente no contexto tripartite em que a Constituição Federal brasileira estatui, no seu artigo 2º, que “[s]ão Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Desde há muito, essa clássica separação de poderes, que a Constituição insere em seu núcleo duro (art. 60, § 4º, da Carta), vem sendo testada doutrinariamente, devido aos avanços sociais dos últimos séculos e, conseqüentemente, via necessária atualização das funções desempenhadas pelo Estado.

No Brasil, já em 1977, relativamente ao Poder Judiciário e ao papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, Dallari (1977, p. 161-162) escreve:

“O Supremo Tribunal Federal exerce, por força da organização federativa e da divisão de poderes, dois papéis relevantes e absolutamente distintos: é o órgão de cúpula do Poder Judiciário federal e é guarda da Constituição. (...) Mas

quanto à função de guarda da Constituição, devendo então controlar as decisões dos próprios Tribunais Superiores federais, o Supremo Tribunal Federal continua gozando de uma situação excepcional, podendo-se afirmar que, no desempenho dessa atribuição, ele se coloca acima dos três poderes, só encontrando limites na própria Constituição.”

Embora Dallari se equivoque na colocação da premissa de “controlar as decisões dos próprios Tribunais Superiores”¹, a percepção de que a Corte exerce função que “se coloca acima dos três poderes” é verdadeira e pode ser sentida desde a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que previu, pela vez primeira, o poder de controlar a constitucionalidade de normas *in abstracto*.

Ainda sobre o Poder Judiciário, vale lembrar Souza Júnior (2002, p. 111), na passagem em que diz que “só um Tribunal Constitucional, como órgão de poder independente, tem condições de jurisdicionalmente garantir o pluralismo político e, ao mesmo tempo, delinear seus limites legítimos diante dos valores do regime democrático.”

Os questionamentos não se limitam ao Poder Judiciário. Na verdade, tema ainda mais discutido no Brasil, que envolve suposto conflito entre poderes, tem relação com a atuação das agências reguladoras e o exercício desses entes estatais, vinculados ao Poder Executivo, no campo da produção normativa.

Não faltam entendimentos, no âmbito político-institucional e acadêmico, apontando a interferência indevida do Poder Executivo no campo de competência funcional estrita do Poder Legislativo, o que estaria em desacordo com o princípio da separação de poderes. Outros, por outro lado, fazem a contextualização do mister desempenhado pelas agências reguladoras, no ordenamento jurídico pátrio, apontando, especialmente, a distinção entre a função legislativa e a função normativa estatal.

Este, pois, o objeto do presente trabalho: a harmonização da atuação do Estado Administrativo, cuja função de *administração da lei* é exercida, não exclusivamente, no Brasil, pelas agências reguladoras, atreladas ao Poder Executivo, e a reeleitura do princípio da separação de poderes para afastar alegações de violação e de invasão ao âmbito de atuação do Poder Legislativo.

Para se alcançar esse propósito, o trabalho abordará o tema a partir da estrutura a seguir.

¹Quando o Supremo Tribunal Federal brasileiro controla a constitucionalidade de decisões de Tribunais Superiores, pela via do controle difuso e incidental, nada mais faz do que puro exercício da função jurisdicional, de natureza constitucional – aplicação do direito constitucional ao caso concreto –, própria, na separação de poderes clássica, do Poder Judiciário.

Na primeira parte, este estudo analisará os postulados clássicos do princípio da separação de poderes, abordando as teorias apresentadas por John Locke e Montesquieu, na Europa, contra os Estados Absolutistas de então, e James Madison, nos Estados Unidos, que logo incorporaram a separação de poderes de forma tripartite à sua Constituição.

Na segunda parte, abordará as principais características do Estado Moderno, em sua feição liberal, que se formou com fundamento também na teoria de separação de Locke e de Montesquieu, atendendo às pretensões da burguesia, que se afigurava fortalecida e descontente com a tirania dos monarcas absolutistas.

Ainda na segunda parte, será examinada a mudança de paradigma no Estado Moderno, passando do Liberal para o Social, decorrente da insatisfação da sociedade com o Estado Mínimo e com a desatenção com as demandas da população alijada do ambiente mercantilista da época.

A respeito do Estado Social, destacar-se-á a estrutura do Estado a partir de Constituições que, além de limitação e organização dos poderes estatais e da garantia da liberdade individual, tutelavam direitos e garantias fundamentais da sociedade.

Da segunda parte caminhando para a terceira, será demonstrada a crise do Estado Social e o consequente afastamento de determinadas frentes de atuação. Será percebido, todavia, que, inobstante a diminuição da atuação operacional no âmbito econômico, o Estado mantém e até intensifica a sua atuação normativa sobre esse ambiente por meio das agências reguladoras.

Por fim, serão examinados pontos de vista diferentes acerca do princípio da separação de poderes, com os olhos sempre voltados à harmonização da atuação dessas agências, como representantes do Estado Administrativo na *administração da lei*, em relação à atual estrutura estatal.

Dessas releituras do princípio da separação de poderes, então, será alcançada a conclusão no sentido de que a atuação das agências reguladoras não interferem de maneira nenhuma no mister legiferante próprio do Poder Legislativo.

Clássica Teoria da Separação de Poderes

É clássica e perdura por alguns séculos a divisão formal tripartite das funções do Estado soberano em executiva, legislativa e jurisdicional, como prevista na vigente Constituição brasileira. Embora receba contestações no campo doutrinário, como será visto, a teoria continua a ser entendida, institucionalmente, na maioria dos Estados contemporâneos que a adotam, na forma original de sua estrutura do século XVIII.

Há quem considere (BASTOS e BRITO, 2006, p. 235) que as primeiras linhas acerca da separação funcional estatal² podem ser lidas em Aristóteles, *A Política*, quando ele descreve, no contexto das cidades-estado gregas, sobretudo em Atenas, a necessidade de divisão das funções desempenhadas pelo “governo” da seguinte maneira:

“Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.” (p. 127)

Para Aristóteles, os poderes essenciais existentes em todo governo seriam o Poder Deliberativo³, o Poder Executivo⁴ e o Poder Judiciário⁵.

Os que rechaçam o entendimento de que Aristóteles seria o precursor da teoria da separação de poderes o fazem, especialmente, com base na incipiência das cidades-estado daquele momento histórica em relação ao desenvolvimento institucional e político do que nós atualmente entendemos como Estado.

Para os que negam o surgimento da teoria da separação de poderes⁶ em Aristóteles, teria ela exsurgido concomitantemente à formação do Estado Moderno. Não por coincidência, juntamente com o Estado Moderno e com a divisão dos poderes do Estado, emergiu também o constitucionalismo. Esses temas serão mais bem abordados adiante.

Exemplo claro da influência mútua dessas instituições é a colocação, pelos primeiros juristas da Revolução Francesa, no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que “[t]oda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação de

²Cabe o esclarecimento de que “o Estado na Antiguidade é a Cidade (...). Da cidade se irradiam as dominações, as formas expansivas de poder e força”. (BONAVIDES, 2008, p. 31)

³“No que se chama democracia, principalmente na de hoje, em que o povo é senhor de tudo, até das leis, seria bom, para se conseguirem boas deliberações, que as Assembléias fossem ordenadas e regulamentadas como os tribunais das oligarquias, ou ainda melhor, se possível. (...) Ora, delibera-se melhor quando todos deliberam em comum, o povo com os nobres e os nobres com a multidão.” (BASTOS e BRITO, 2006, p. 130)

⁴O Poder Executivo “compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las.” (BASTOS e BRITO, 2006, p. 127)

⁵O Poder Judiciário “abrange os cargos da jurisdição”. (BASTOS e BRITO, 2006, p. 127)

⁶Carl Schmitt (s.d.) cita Cromwell (1653) e Harrington como autores das primeiras tentativas de sistematização de uma divisão de poderes estatais e de um sistema de freios e de controle recíproco entre eles. Ele atribui a Bolingbroke, todavia, a autoria efetiva da doutrina teórico-constitucional do equilíbrio entre os poderes e do controle recíproco entre eles (p. 245-246). Segundo Schmitt (p. 247), “[b]ajo el influjo de Bolingbroke ha desarrollado Montesquieu, en el célebre capítulo VI del libro XI de su *Esprit des lois* (1748), un cuadro ideal de la Constitución inglesa.” (p. 247)

poderes não possui constituição.” Anos depois, os preceitos foram ensartados na primeira Constituição francesa.

Os autores mais destacados a respeito da formulação da teoria são John Locke e Montesquieu, dois clássicos combatentes do Estado Absolutista do século XVIII, que contribuíram sobremaneira para a transição desse para o Estado Constitucional Liberal.

Do outro lado do Atlântico, sob a influência de Montesquieu, James Madison, em *Os Federalistas*, e a própria Constituição dos Estados Unidos consagram o princípio da separação de poderes no âmbito estatal, de forma tripartite, que devem coexistir harmonicamente, inobstante controlando-se reciprocamente.

Com as bases francesa e estadunidense, o princípio espalhou-se para um sem número de Estados constitucionais, notadamente da América Latina, entre eles o Brasil, com a Constituição republicana de 1891.

Vale examinar a contribuição desses autores para a construção da doutrina.

Na Inglaterra, John Locke (2014, p. 108) dá início à sistematização do princípio. Após propor que o “legislativo é o poder supremo em cada comunidade civil”, ressalta que, em uma sociedade civil bem organizada, que seja orientada para a observância em primeiro lugar do bem-estar de todos, não há que ser reunido em um mesmo ente a função legislativa e a função executiva dos preceitos legais. Para Locke (2014, p. 115):

“Pode ser uma tentação enorme à fragilidade humana, sempre desejosa por poder, que as mesmas pessoas que têm o encargo de criar leis, também tenham, em suas mãos, o poder de executá-las; pois tais leis poderiam ser usadas por essas pessoas em benefício próprio, tanto em relação a sua criação quanto a sua execução; e com interesses diferentes daqueles do resto da comunidade, ou seja, contrários ao propósito da sociedade e do governo.”

Das palavras do Filósofo inglês percebe-se claramente a teorização da separação dos poderes com o fito precípuo de impedir a prática absolutista de se concentrar na mão de um só as funções de produzir e ao mesmo tempo aplicar as leis regentes no âmbito estatal.

Nesse sentido, deve haver, paralelamente, em uma mesma comunidade civil, o Poder Legislativo, para exercício da função de criação das leis regentes da sociedade, e o Poder Executivo, para cuidar da aplicação dessas leis. Ambas as funções hão de ser exercidas por agentes necessariamente distintos, evitando-

se que o responsável pela criação de leis seja também o executor dos preceitos, o que levaria, segundo Locke, à tirania.⁷

De se destacar que as colocações de Locke confundem-se com a primeira enunciação da *rule of law* inglesa (QUINTAS, 2007, p. 152) e retratam um período revolucionário na Inglaterra, de intensas mudanças políticas, que conduziram à expatriação de um rei e a queda de uma dinastia (BONAVIDES, 2008, p. 241), em claro processo de declínio do absolutismo e de ascensão do Estado Moderno.

Quintas (2007, p. 153) traça bem essa linha coincidente entre a doutrina lockeana e os termos da *rule of law*, que surgiu exatamente para impor limites ao Estado e para a defesa de direitos individuais, em excerto que merece referência:

“Da necessidade de impedir que o Legislativo execute as leis que faz, extrai-se a concepção da separação de poderes em Locke: exigência de separação (orgânica-pessoal) entre poder legislativo e poder executivo. Percebe-se, ainda, que, em Locke, a separação de poderes é um pressuposto para a *rule of law*, a qual expressa o modelo de Estado defendido pelo Autor.”

Além desses dois poderes, Locke (2014, p. 116) aponta a existência de um terceiro, o Poder Federativo, cuja função é atrelada às relações exteriores da comunidade civil, à “administração da segurança e do interesse do povo e de todos aqueles que podem trazer benefícios ou prejuízos à sociedade”.

No que respeita ao exercício do Poder Federativo, Locke sugere, muito ao revés do que faz em relação ao Poder Legislativo, que caminhe junto com o Poder Executivo, unidos em um mesmo ente comunitário. Para ele, embora sejam distintas as funções, ambas necessitam da força do povo para serem bem exercidas e, dessa maneira, colocá-las em mãos distintas resultaria, provavelmente, em desordem e ruína.

A estrutura orgânico-estatal lockeana, portanto, seria dualmente dividida: de um lado, o exercente da função legislativa; do outro, a aglutinação em um mesmo ente das funções executiva e federativa. Na visão de Locke, bastaria a separação dos Poderes e o exercício diferenciado pessoalmente para se afastar a tirania. Esse, basicamente, o fundamento de sua teoria.

De sua vez, Montesquieu, com os olhos voltados supostamente⁸ à Constituição inglesa, formula a sua teoria de separação de poderes, distinguindo

⁷“Devemos entendê-la [a separação de poderes], pois, como arma de que se valeu a doutrina para combater sistemas tradicionais de opressão política.” (BONAVIDES, 2013, p. 72)

⁸Como aponta Bonavides (2008, p. 267), Montesquieu foi bastante criticado em sua formulação, não pela elaboração teórica em si, mas pelo fato de que na Inglaterra, realidade que supostamente retratava, não “existia, com o regime parlamentar já

três funções exercidas por três poderes estatais: legislativo, de elaboração das leis; executivo das coisas que dependem do direito das gentes, ou Poder Executivo; e executivo das coisas que dependem do direito civil, ou Poder de julgar. (MONTESQUIEU 2007, p. 165-166)

Descrivendo a função de cada um dos três poderes estatais que aponta, Montesquieu formula a sua teoria, no Livro XI do Espírito das Leis, que muitos consideram a verdadeira genitora do princípio da separação de poderes⁹, na busca de apontar a estrutura de um Estado que garanta aos seus cidadãos o que ele considera como “liberdade política”¹⁰.

Em seus termos, a liberdade política nem sempre é encontrada nos Estados moderados, uma vez que ela somente existe naqueles em que não haja abuso de poder, em que os exercentes dos poderes estatais encontrem limites institucionais que impeçam que assumam posições tirânicas contra os cidadãos e contra o próprio Estado¹¹.

Para tanto, o Filósofo francês enfatiza que, para se alcançar a liberdade e evitar a tirania, é fundamental que os três poderes sejam exercidos por pessoas ou por “*corpo de magistrados*” distintos.

Como exemplo que não deveria ser seguido, cita a Veneza de seu tempo, em que, embora existissem três órgãos estatais distintos para o exercício do poder legislativo (grande conselho), poder executivo (*pregadi*) e poder de julgar (*quaranties*), os integrantes eram todos de um mesmo grupo, “*fato que faz com que não componham senão um mesmo poder.*” (Montesquieu 2007, 167).

Mister anotar que Montesquieu não estabeleceu categorias funcionais estanques, mas, sim, poderes estatais que exercem precipuamente determinada função e que, em possíveis excessos do outro, têm a capacidade de intervir, limitando-o e evitando abusos que poderiam levar à tirania.

Importante passagem do “Espírito das Leis”, especialmente para a interpretação atual do princípio da separação de poderes, como se verá adiante, diz respeito à atribuição ao Poder Executivo de cuidar das ações instantâneas:

consolidado pela omissão dos primeiros reis da dinastia imperante, uma separação de poderes que o autor do Espírito das Leis descrevia e teorizava”.

⁹“A doutrina do Capítulo VI do Espírito das Leis, inferida por Montesquieu de um juízo acerca da Constituição da Inglaterra, criou o princípio da separação dos Poderes.” (BONAVIDES 2008, p. 43)

¹⁰“É verdade que, nas democracias, o povo parece fazer aquilo que quer; mas a liberdade política não consiste em se fazer aquilo que se quer. Em um Estado, isto é, em uma sociedade onde existem leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer, e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar.” (MONTESQUIEU 2007, p. 164)

¹¹Nas palavras de Montesquieu (2007, p. 164-165): “[p]ara que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder.”

“O poder executivo deve permanecer nas mãos de um monarca, porque essa parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação instantânea, é mais bem administrada por um só do que por vários; enquanto o que depende do poder legislativo é, não raro, mais bem ordenada por muitos do que por um só.” (MONTESQUIEU, 2007, p. 170)

Nesse aspecto, Grau (2005, p. 230) ressalta que, o “que importa verificar, inicialmente, na construção de Montesquieu, é o fato de que não cogita de uma efetiva separação de poderes, mas sim de uma distinção entre eles, que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio”.

Postas todas essas bases, Montesquieu (2007, p. 173), em conclusão, descreve “a constituição fundamental” do Estado que respeita a liberdade política:

“Eis, portanto, a constituição fundamental do governo do qual falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Ambas ficarão sujeitas pelo poder executivo, o qual, por sua vez, será também paralisado pelo poder legislativo. Esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas como, em virtude do movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão também forçados a caminhar de acordo.”

Essa, pois, a constituição estatal fundamental pensada por Montesquieu, que, na mesma linha de Locke, lutava contra o absolutismo monárquico de seu tempo, que reunia, no rei, todo o Poder estatal de criar e de executar as leis, além de julgar as infrações a elas. Indo um pouco mais adiante, o autor francês previu não somente a separação de poderes, mas a necessidade de haver uma forma de controle de um poder sobre o outro.

Inexistente, em verdade, na Inglaterra, essa estrutura estatal tripartida em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, com sistema de controle entre eles, foi inaugurada nos Estados Unidos.

De fato, em janeiro de 1788, quando James Madison escreveu o “*The Federalist no. 47*” (HAMILTON, JAY e MADISON, 2000), após um preâmbulo de explanação acerca da teoria da separação de poderes de Montesquieu e a sua busca por um padrão que garantisse a liberdade política aos cidadãos¹², descreve uma série de constituições estaduais norte-americanas que previam expressamente a separação de poderes e a distinção “orgânica-pessoal” do exercente de cada um deles.

¹²“In order to form correct ideas on this important subject, it will be proper to investigate the sense in which the preservation of liberty requires that the three great departments of power should be separate and distinct.” (HAMILTON, JAY e MADISON, 2000, p. 308)

Entre esses vários exemplos constitucionais, Madison destaca o fato de que, nos Estados Unidos, os poderes também não eram estanques, herméticos, embora fossem separados organicamente e exercidos por pessoas distintas.¹³

Ao revés, Madison cita, por exemplo, a Constituição do Estado de Massachusetts para dizer que, embora previsse expressamente os preceitos da doutrina, com separação e distinção das funções estatais, a Carta permitia, também, uma parcial interferência de um poder sobre o outro, tal qual previu Montesquieu, no veto executivo a determinada legislação advinda do respectivo poder (HAMILTON, JAY e MADISON, 2000, p. 311).

Assim foi estruturada a Teoria Clássica de Separação de Poderes, que continua influenciando a orientação político-institucional de inúmeros Estados constitucionais contemporâneos, estampada nas cartas políticas vigentes.

Estado Moderno

Como introduzido no tópico anterior, contra as monarquias absolutistas europeias do século XVIII¹⁴, iniciou-se movimento, liderado sobretudo pela burguesia local, que se afigurava fortalecida com as transações mercantis marítimas da época, visando à imposição de limites ao poder estatal.

A pretensão burguesa era a de reduzir o âmbito de atuação estatal quase que exclusivamente às funções de proteção contra ameaças externas, de garantia das liberdades fundamentais universais do homem, notadamente as liberdades de exercício profissional e as de livre comercialização interna e externamente, de proteção contra agressões ilegais perpetradas por outros cidadãos ou pelo próprio Estado – proteção da propriedade contra ataques de não proprietários (GRAU, 2005, p. 119) – e de criação de determinadas instituições que não poderiam ser delegadas à esfera privada (QUINTAS, 2007, p. 59).

Essas eram as bases do Estado Moderno, de feição liberal, pretendido e conquistado pela burguesia europeia.

Nasce, com o movimento burguês, como um dos pilares do Estado Moderno, a era do constitucionalismo. Na concepção liberal, a Constituição

¹³“If we look into the constitutions of the several States, we find that, notwithstanding the emphatical and, in some instances, the unqualified terms in which this axiom has been laid down, there is not a single instance in which the several departments of power have been kept absolutely separate and distinct.” (HAMILTON, JAY e MADISON, 2000, p. 310)

¹⁴“Com efeito, Hobbes entra em cena e escreve o *Leviatã*, a obra clássica do Absolutismo, o mais engenhoso tratado de justificação dos poderes extremos, servidos de uma lógica perversa, em que a segurança sacrifica a liberdade e a lei aliena a justiça, contanto que a conservação social de que é fiador o monarca seja mantida a qualquer preço.” (BONAVIDES, 2008, p. 36).

nada mais era do que uma Carta de direitos que impõe ao Estado delimitação precisa da sua estruturação e na forma de atuação e respeito às liberdades do indivíduo. Sobre o ponto, vale voltar às lições de Quintas (2007, p. 60):

“Dessa forma, as Constituições, como balizadoras de espaço estatal que eram, e essa era a natureza inconspicível das Constituições de então, revelavam esse denodo ao cuidarem de forma exaustiva o modo pelo qual o Estado deveria se organizar e ao placitarem a liberdade do cidadão perante o Estado e a igualdade formal entre os particulares.”

Examinando, pois, os pressupostos das mudanças institucionais pretendidas pela burguesia, que se concretizaram, tendo como marco a Revolução Francesa, especialmente a queda da Bastilha¹⁵, percebe-se claramente dois elementos fundamentais à constituição estatal, além da redução do seu âmbito de atuação: respeito às leis e à separação e diferenciação dos poderes estatais. Consequentemente, dois princípios basilares exsurtem como estruturantes do Estado Moderno pós-absolutismo: o da legalidade e o da separação de poderes.

A respeito do princípio da separação de poderes, bem se viu anteriormente que, como pilar do Estado Moderno, impunha limites ao exercício dos governantes, especialmente ao Poder Executivo, que não tinha a função de produção legislativa, mas, tão somente, de aplicação da lei na forma advinda do respectivo Poder.

Mais do que isso, o princípio criado por Montesquieu contribui sobremaneira para a estruturação do Estado Liberal também na medida em que um poder pode/deve intervir sobre o ato do outro para coibir abusos e para que se evite a volta às práticas tirânicas.

É nesse contexto, também, que se afigura de extrema importância o princípio da legalidade. A respeito dele, Bonavides (2008, p. 41) bem o apresenta como a “premissa capital do Estado Moderno”:

“Verifica-se, portanto, que a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o

¹⁵“A queda da Bastilha simbolizava, por conseguinte, o fim imediato de uma era, o colapso da velha ordem moral e social erguida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio, debaixo da égide do Absolutismo; simbolizava também o começo da redenção das classes sociais em termos de emancipação política e civil, bem como o momento em que a Burguesia, sentindo-se oprimida, desfaz os laços de submissão passiva ao monarca absoluto e se inclina ao elemento popular numa aliança selada com as armas e o pensamento da revolução; simboliza, por derradeiro, a ocasião única em que nasce o poder do povo e da Nação em sua legitimidade incontestável”. (BONAVIDES, 2008, p. 40).

ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições.”

O princípio da legalidade apresentava-se com duas funções absolutamente claras: fortalecer a posição do Legislativo, que, nos termos lockeanos, era o poder supremo das comunidades civis; e condicionar as ações estatais e dos cidadãos à observância estrita da lei, o que trazia proteção aos contratos e à propriedade privada.¹⁶

Montesquieu (2007, p. 167-168), a propósito da força do princípio da legalidade, quando cuida do poder estatal de julgar, confere ao juiz o reduzido mister de aplicar as leis literalmente, sem conferir nenhuma liberdade interpretativa ao julgador.

Somada aos princípios da igualdade formal e da liberdade, lemas da Revolução Francesa, a legalidade estrita trazia à burguesia a estabilidade e previsibilidade pretendida contra desmandos estatais e contra ataques possíveis dos próprios cidadãos. Relativamente a essa estabilidade e previsibilidade, Kelsen (2003, p. 344) bem descreve o direito de propriedade existente no seio do Estado Liberal:

“O direito de propriedade de um indivíduo sobre uma coisa consiste em que todos os outros indivíduos são obrigados a suportar o exercício do poder de disposição que este indivíduo tem sobre a coisa, o seu uso, o seu não-uso e até a sua destruição, e que o indivíduo em face do qual existe o dever de tolerância de todos os outros tem o poder jurídico, tanto de dispor da coisa através de negócio jurídico, como de fazer valer, através de ação judicial, o não-cumprimento do dever de tolerância por parte daqueles outros indivíduos.”

O Estado mínimo, que muito pouco interferia nas relações sociais e, especialmente, nas relações mercadológicas, a proteção absoluta à propriedade e aos contratos, a liberdade e a igualdade, nos seus aspectos formais, atendiam bem aos anseios mercantis da burguesia, mas deixavam os demais integrantes da sociedade – trabalhadores, consumidores – descobertos de proteção, agora, contra os desmandos e abusos da própria burguesia.

A parcela da sociedade insatisfeita com a pouca atenção que recebia do Estado e da legislação liberal inicia conflitos sociais na busca por maior e mais efetiva proteção. O recrudescimento desses conflitos desestabilizou a ordem liberal, trazendo alterações substanciais à atuação estatal.

¹⁶“O direito do modo de produção capitalista é um universo no qual se movimentam sujeitos jurídicos dotados de igualdade (perante a lei), na prática da liberdade de contratar. A norma jurídica que compõe esse direito, por isso mesmo, é abstrata e geral. Esse mesmo direito, assim, em um primeiro momento, viabiliza a fluência das relações de mercado.” (GRAU, 2005, p. 124)

Inicia-se, a partir daí, a transição paradigmática do Estado Liberal para o Estado Social, em que, da mínima intervenção que beirava ao absentéismo, o Estado passa a oferecer prestações positivas aos cidadãos – saúde, educação, seguridade social, direitos trabalhistas – e a intervir fortemente no mercado (QUINTAS, 2007, p. 64) para que direitos sociais basilares fossem respeitados.

“As amplas funções do Estado Social importaram na regulação minuciosa da vida social. Houve, por isso, na esfera jurídica, uma multiplicação de normas, com o objetivo de submeter a vida social ‘aos ditames do direito positivo’. Significa dizer que as condições político-sociais do Estado Social exigiram maior atuação do Estado, o que repercutiu na intensa edição de normas.”

Percebe-se de pronto, no contexto da mudança de paradigma, o exsurgimento dos ideais de justiça e a separação do princípio da legalidade e o princípio da legitimidade, passando a importar mais a matéria, se legítima ou não segundo os novos direitos orientadores, do que a forma, isto é, a legalidade estrita. Bonavides (2008, p. 47), nesse sentido, aponta que:

“A passagem do antigo ao novo Estado marcava, por igual, o começo de uma época constitucional, derivada da ruptura dos princípios da legalidade e da legitimidade que andavam conjuntos numa bem-sucedida linha de harmonia e equilíbrio enquanto o Estado Liberal pôde manter incontestável a hegemonia do ascendente burguês no seio da sociedade de classes.”

O Publicista brasileiro destaca que “o novo Estado constitucional (...) é conspicuamente marcado de preocupação distintas, volvidas, agora, menos para a liberdade do que para a justiça”. Segundo aponta, “a justiça, como anseio e valor social superior, estava ainda longe de alcançar o mesmo grau de inserção, positividade e concreção” que se percebia em relação à liberdade (BONAVIDES, 2008, p. 46). A preocupação de se ter uma atuação legítima, não mais apenas legal, tem respaldo na gama de direitos fundamentais hauridos das lutas sociais de então.

Com o advento do Estado Social e da nova ordem jurídica que lhe dá sustentação, surgem os parâmetros do direito constitucional contemporâneo, tendo os preceitos da Constituição como estruturantes do ordenamento jurídico, cujas normas (ou princípios, nos termos de Bonavides), colocadas em patamar superior, balizam e limitam toda a atuação legiferante estatal.

De se notar que a produção legislativa, dada a expansão do controle estatal sobre as relações sociais, intensificou-se sobremaneira. Mais que isso, a diversificação e a complexidade cada vez maior das relações sociais, a internacionalização dessas relações, o desenvolvimento tecnológico, entre outros elementos contemporâneos, demandaram do Estado uma presença regulatória mais efetiva e uma maior especialização dos temas objeto dos regulamentos (QUINTAS, 2007, p. 66).

Moncada (1988, p. 63) assevera que, no campo econômico, a nova estrutura estatal:

“é uma organização pluralista ou mista, contando com a presença, cada vez mais acentuada, de órgãos técnicos de composição variada, que se veem assim associados ao desempenho das tarefas que se propõe a moderna Administração, ao mesmo tempo que lhe conferem a legitimidade e a eficácia do seu saber especializado.”

De tudo isso, não é difícil perceber que o Estado Social, em verdade, cresce demasiadamente ao tentar agir em todas as frentes, notadamente na promoção de crescimento econômico e na promoção de bem-estar social. Na seara econômica, o repertório estatal, sob o matiz social/desenvolvimentista, é limitado e, com o tempo, passa a não mais responder às demandas. No campo social, as políticas assistencialistas cresceram sem que fossem acompanhadas pelos movimentos sociais de reivindicação ou de proteção, contrapondo elevado custo econômico e baixo resultado político (QUINTAS, 2007, p. 67).

A situação é ainda pior em Estados periféricos, como o Brasil, em que os baixos resultados sociais, econômicos e políticos, que põem em crise a legitimidade do paradigma, aliam-se a limitações orçamentário-financeiras. Surgem, então, pressões para que se faça equilíbrio fiscal, isto é, redução dos gastos públicos com as práticas promotoras do bem-estar social.

Nessa esteira, não se pode dizer que tenha havido uma reformulação completa das bases do Estado Moderno, como existiu da passagem do Liberal para o Social, mas ocorreu sim uma reforma do tamanho do Estado, diminuindo-o, passando para a iniciativa privada aquilo que não fosse estratégico, que não fosse do interesse público ser executado pelo próprio Estado.

No Brasil, por exemplo, o Estado reduziu sua participação como agente direto ou a eliminou completamente em determinados ambientes econômicos.

Essa redução operacional, todavia, não se deu no âmbito da regulação desses mesmos setores econômico. Ao revés, nos últimos anos percebeu-se, na verdade, um recrudescimento desse papel regulamentar com o advento das agências reguladoras. Fora da operação econômica, o Estado brasileiro passa, por meio das agências, a regular o mercado setorialmente, tendo por base os direitos fundamentais postos na Constituição na implementação de políticas públicas. Sobre o ponto, são precisas as colocações de Aranha (2002, p. 135):

“A razão de se estar ressuscitando a temática do *poder normativo* encontra-se na mudança de perspectiva de *política pública* do Estado brasileiro, que, paulatinamente, nos diversos setores da economia, a partir de meados da década de 1990, intensificou a transferência da prestação de serviços públicos para as mãos particulares, reservando para si o controle normativo. Em outras

palavras, o Estado brasileiro, desde então, vem consolidando um modelo descentralizado de regulação operacional associado a uma regulação normativa centralizada em superestruturas tecno-administrativas autônomas chamadas agências reguladoras. A política pública setorial deixou de concentrar no Estado a operacionalização dos serviços, mas, em troca, incrementou a normatização dos setores de atividades relevantes.”

A respeito do papel do direito, nesse contexto, Grau, citando Norbert Reich, bem explicita que:

“O direito, por um lado, organiza os processos que fluem segundo as regras de economia de mercado, colocando à sua disposição normas e instruções (em especial o contrato, a propriedade privada, o direito de propriedade industrial etc.), e, por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas, como se vê.” (GRAU, 2005, p. 126-127)

Ocorre que, no Estado Moderno hodierno, ao influir em tais processos para atingir determinados objetivos de política social, atua-se no campo da produção normativa e o poder estatal atuante, no caso brasileiro, não é o Legislativo, mas, no mais das vezes, o Executivo. Haveria, nesses termos, conflito dessa atuação com o princípio da separação de poderes?

Reeleituras do Princípio da Separação de Poderes, Função Regulamentar e Estado Administrativo

O princípio da separação de poderes, nos moldes indicados por Locke e ultimados por Montesquieu, foi fundamental, ao lado do da legalidade, para a estruturação do Estado Liberal, em seus fins de fortalecimento do Poder Legislativo e de limitação os abusos advindos dos monarcas absolutistas.

Com o advento do Estado Social, e a primazia da Constituição calcada em direitos fundamentais, perdem lugar os princípios da legalidade e da separação de poderes, em seus aspectos formais postos sob a ordem liberal, como estruturante da ordem estatal. A legalidade vê-se substituída pela legitimidade da atuação estatal, respaldada nos direitos fundamentais. Quanto à separação de poderes, alguns consideram-na superada e incompatível com os novos fins sociais do Estado, como se vê no trecho a seguir:

“Chegamos, de nossa parte, a essa conclusão: a teoria da divisão de poderes foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (séculos XVIII e XIX). Em nossos dias, é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos

fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade.” (BONAVIDES, 2013, p. 86)

Outros autores, todavia, propõem, ao invés d o afastamento do princípio, reconhecendo a defasagem dos postulados clássicos da teoria, a sua releitura segundo os padrões de exigências e necessidades do Estado Moderno pós-liberalismo.¹⁷

A propósito da alegada incompatibilidade do princípio com as demandas estatais hodiernos, Quintas (2007, p. 162) enxerga de maneira diversa, apontando que, a dimensão negativa da separação de poderes estaria superada e atravancaria a atual do Estado. A positiva, todavia, “consistente no dever constitucional de organizar-se de forma ótima as funções estatais”, traria, na verdade, o caminho interpretativo do princípio para os casos em que existissem conflitos institucionais. Nesse mesmo sentido, Canotilho (2003, p. 250) afirma que:

“O princípio da separação na qualidade de *princípio positivo* assegura uma justa e adequada ordenação de funções do Estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania.”

Dessa maneira, uma releitura possível do princípio da separação de poderes seria exatamente a de que o Estado deve organizar de forma ótima, dentre seus órgãos constitucionais de soberania, as funções que lhe são próprias.

Na esteira dessa feição positiva da separação de poderes – organização estatal de forma ótima –, analisando a questão sob o enfoque regulatório estadunidense, Ackerman (2009) propõe uma releitura do princípio, com enfoque menos nos poderes envolvidos e mais nas especializações das funções estatais desempenhadas.

A proposta de Ackerman (2009, p. 66-71) é que a sua “teoria de especialização funcional” seja examinada sob três aspectos: (i) o despreparo do Poder Legislativo, atécnico, para tratar de assuntos específicos, demandando tempo demasiado e atrapalhando a produção legislativa regular; (ii) o preparo e o talento das pessoas – “recursos culturais e humanos” – que prestarão serviços ao Estado de forma especializada; e (iii) a necessidade de se levar à sério o “Estado burocrático”.

¹⁷Ackerman (2009, p. 113), ao analisar a separação de poderes no ordenamento estadunidense, assevera: “Este é um ensaio explicativo sobre uma grande matéria e cumprirá o seu objetivo se nos empurrar para além dos encantamentos ritualistas de Madison e Montesquieu. A separação dos poderes é uma boa ideia, mas não há nenhuma razão para supor que os escritores clássicos esgotaram a sua excelência.”

Nesse diapasão, considerando os elementos da teoria de especialização funcional, Ackerman (2009, p. 75) aponta para o fato de que para questões muito técnicas, como a proteção ao meio ambiente, o Poder Legislativo “não tem tempo, tampouco perícia para analisar os dados científicos, em constante evolução, à procura de soluções responsáveis”. E arremata ser necessário um novo desenho constitucional que assimilasse a necessidade de elaboração suplementar de normas voltadas ao empreendimento regulatório.

Para o autor norte-americano, a separação de poderes na forma clássica tripartite “mina a boa forma de separação de poderes, que pretende explorar a lógica da especialização funcional. Antes de estimular um arranjo constitucional criativo, que conjugue responsabilidade política e perícia técnica, ela hipertrofia a politização da administração pública e corrói o Estado de Direito.” (ACKERMAN, 2009, p. 96)

Ao final de seu trabalho, Ackerman (2009, p. 114) enxerga, na linha de sua especialização funcional estatal, a existência de cinco instâncias no sistema norte-americano, dentre elas as agências independentes, tais como o *Federal Reserve Board*.

Noutra vertente de reanálise do princípio, Grau aponta que, na teoria elaborada por Montesquieu, não se cogitava de separação efetiva de poderes, mas de uma distinção com atuação em clima de equilíbrio entre eles. Essa leitura seria possível, aponta Grau (2005, p. 230), a partir do excerto em que Montesquieu afirma que o “poder executivo deve permanecer nas mãos de um monarca porque esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação momentânea, é mais bem administrada por um do que por muitos”.

O trecho retirado de Montesquieu faz rememorar o parágrafo introdutório deste trabalho: não ficam velhos os dizeres no sentido da incapacidade de a produção legislativa acompanhar a velocidade dos avanços sociais e a necessidade de regramento das cada vez mais complexas e específicas relações que se formam em sociedade.

Pois bem, Grau (2005, p. 231), a partir do escrito de Montesquieu, conclui que não é incompatível o exercício de função normativa pelo Executivo no exercício de sua capacidade normativa de conjuntura. Dito de outra forma, Grau afirma inexistir incompatibilidade entre o princípio da separação de poderes, nos moldes colocados por Montesquieu, e a atuação do Poder Executivo em sua capacidade normativa de conjuntura. A propósito do que seria capacidade normativa de conjuntura, são precisas as palavras colocadas por Quintas (2007, p. 175):

“Conjuntura contrapõe-se a estrutura. Como conjuntura entenda-se aquela situação nascida de um encontro de determinadas circunstâncias (momentâneas), geralmente referentes a variações de curso prazo. Capacidade conjuntural, desse modo, vincula-se a um contexto momentâneo.

Por meio da capacidade conjuntural não é possível alterar metas e objetivos. Ao revés, ela apenas viabiliza a conformação da atividade ao momento presente no intuito de garantir que as metas e os objetivos pré-estabelecidos sejam cumpridos. Já a fixação/alteração de metas e objetivos exige a capacidade estrutural.”

Dessa forma, teria o Poder Executivo capacidade normativa sobre situações momentâneas, mas a capacidade encontra limites nas metas e objetivos – políticas públicas – previamente estabelecidos por quem tem capacidade estrutural – o Poder Legislativo, naturalmente. Nas palavras de Grau (2005, p. 232):

“À potestade normativa através da qual essas normas são geradas, dentro de padrões de dinamismo e flexibilidade adequada à realidade, é que denomino *capacidade normativa de conjuntura*. Cuida-se – repita-se – de *dever-poder*, de órgãos e entidades da Administração, que envolve, entre outros aspectos, a definição de condições operacionais e negociais, em determinados setores dos mercados. Evidente que esse *dever-poder* há de ser ativado em coerência não apenas com as linhas fundamentais e objetivas determinados no nível constitucional, mas também com o que dispuser, a propósito do seu desempenho, a lei.”

O segundo parágrafo do excerto transcrito de Quintas e a última parte da citação anterior apresentam discussão muito bem elaborada e concluída por Grau, com base nas lições de Renato Alessi, qual seja, a distinção entre função legislativa e função normativa.¹⁸

Função legislativa, para Grau (2005, p. 240), em uma perspectiva subjetiva decorrente da teoria da separação de poderes, seria o mister confiado “a determinados órgãos, (...) a tarefa suprema de constituir (integrar) o ordenamento jurídico” por meio de “*estatuções primárias*, isto é, que valem por *força própria*.”

No jargão aqui utilizado, a função legislativa é a confiada ao Poder Legislativo, detentor da capacidade estrutural de integrar o ordenamento jurídico, pré-estabelecendo metas e objetivos – políticas públicas – sob a forma de lei.

De sua vez, a função normativa é a exercida em virtude de “*atribuição de potestade normativa material*, de parte do Legislativo, ao Executivo.” Por meio dessa função, pois, o Executivo elabora estatuições primárias derivadas, isto é, preceitos normativos “que devem fundar-se sobre uma *atribuição de poder*

¹⁸Cabe anotar que Grau (2005, p. 236) utiliza o vocábulo função “no sentido que lhe atribui Renato Alessi (1978), a partir da noção de *poder estatal*: este, enquanto preordenado às *finalidades* de interesse coletivo e enquanto objeto de um *dever* jurídico, constitui uma *função estatal*.”

normativo contida explícita ou implicitamente na Constituição ou em uma lei formal.” (Grau 2005, 243)

A respeito da função normativa, Aranha (2002) vai além:

“A função normativa está assentada na *primariedade* do enunciado normativo: ela se impõe por *força própria*, podendo existir em decorrência do exercício do *poder originário* – Legislativo (em sentido subjetivo) – ou em decorrência de *poder derivado* – Executivo (em sentido subjetivo). O conceito de *função normativa*, portanto, abarca a *função legislativa*, a *função regulamentar* e a *função regimental*.”

Em outra frente, Grau arremata a sua releitura do princípio da separação de poderes legitimando o exercício da função regulamentar pelo Executivo – emissão de estatuições primárias derivadas, submetidas a metas e a objetivos pré-estabelecidos em lei ou na Constituição –, afirmando não haver nenhuma infração ao princípio, em vista da preservação da função legislativa do Poder Legislativo, enquanto estatuições primárias originárias, estabelecedoras de metas e de objetivos.

As justificativas e conclusões aqui examinadas relativamente à compatibilização do exercício normativo por parte do Poder Executivo com o princípio da separação de poderes, ou seja, a necessidade de se organizarem de forma ótima as funções estatais, a teoria da especialização das funções e a capacidade normativa de conjuntura, exercida por meio da função regulamentar, de certa maneira, são aglutinadas e servem de base para a formulação do Estado Administrativo de Dwight Waldo (2007).

A respeito da conceituação de Estado Administrativo, Aranha (2014, p. 13-14) sintetiza-o da seguinte forma:

“Sob o enfoque do Estado Administrativo, a percepção de alastramento das funções entre os poderes estatais implica também a compreensão da função administrativa como uma realidade equidistante das clássicas funções estatais. Trata-se, portanto, da progressiva institucionalização da administração como algo ligeiramente distinto das funções executivas, legislativas e jurisdicionais. A grande novidade da teoria administrativa do século XX está justamente na identificação da administração estatal como algo distinto das funções executivas presidenciais de comando supremo das forças armadas e aplicação das leis. O Estado Administrativo expressa uma função separada das demais – a administração das leis – como uma atividade intermediária entre as funções clássicas executivas, legislativas e jurisdicionais: um “reino de expertise” imune à influência política direta.”

Waldo (2007, p. 91) destaca que se encontra intrínseco aos pressupostos do Estado Administrativo o ideal de expertise na função administrativa, cuja atividade há que se praticar de forma permanente, treinada e especializada.

Segundo Waldo (2007, p. 99), a função estatal há que ser atribuída a um profissional com conhecimento na área das políticas públicas que atua:

“In recent years – say since the First Great War – there has emerged from the general notion of permanence, capacity, and expertise in government service a concept of a distinct and definable function of “general administration”, not merely a skill in the employment of government, but a skill in or of government; a function necessary to be performed well, given modern conditions, if government is to realize desirable objectives, and a function requiring great capacity and special training for its most successful performance.” (WALDO, 2007, p. 92)

A “administração das leis” (WALDO, 2007, p.111-112), como exercida pelas agências reguladoras norte-americanas, é a função desempenhada pelo Estado Administrativo e, embora tenha conteúdo normativo, não tem o condão de formular políticas públicas, mas de administrá-las, no âmbito econômico, na forma advinda do Poder Legislativo.¹⁹

Há linhas coincidentes entre a administração das leis do Estado Administrativo e a função regulamentar trazida por Grau: ambas podem ser consideradas espécies do gênero função normativa, que tem também como espécie a função legislativa, exercida pelo Poder Legislativo, de onde emanam as metas e objetivos estatais respeitantes a políticas públicas, que devem ser seguidas estritamente pelos agentes de regulação.

Outro não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro. O STF, ao examinar pleito acautelatório, pela via da ação direta de inconstitucionalidade (ADI 1.668-5/DF) em face da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, mesmo em juízo de deliberação, os ministros aprofundaram o tema a respeito da atuação estatal das agências reguladoras e deixaram muito clara a limitação da função regulamentar da respectiva agência às normas regularmente advindas de atos parlamentares.

A título de exemplo, a medida cautelar deferida pelo STF conferiu interpretação conforme a Constituição Federal aos incisos IV e X do artigo 19 da Lei, sem redução de texto, para:

“(…) fixar exegese segundo a qual a competência de Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordinadas aos preceitos legais e

¹⁹“As agências reguladoras encarnam, na tradição do Estado Administrativo estadunidense, a afirmação de que uma estrutura estatal responsável pela administração das leis é algo essencialmente distinto da formulação das leis e, por isso, definida por exclusão, ou seja, trata-se da **regulação entendida como a administração das leis que não se confunde com a formulação da política pública correspondente**, o que não significa dizer que a administração das leis seria despida de conteúdo normativo.” (ARANHA, 2014, p. 14)

regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado” (ADI 1.668-5/DF, p. 128)

Nessa mesma linha, o inciso II do artigo 22 e o artigo 59 da Lei referida foi declarado inconstitucional, sem redução de texto, para dar-lhes interpretação conforme à Constituição, submetendo a agência reguladora, e todos os seus órgãos, “às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência” e fixando “a exegese segundo a qual a contratação há de reger-se pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1992” (ADI 1.668-3/DF, p. 128).

Dessa maneira, portanto, a doutrina e a jurisdição constitucional brasileira dirimem o possível conflito da atuação das agências reguladoras com o Poder Legislativo a partir do entendimento de que a capacidade regulamentar de conjuntura das agências reguladoras encontra-se limitada à administração das leis postas pelo próprio legislador, na forma como postas por ele, respeitando as metas e os objetivos preestabelecidos. Parafrasando-se Grau, sem o tiro inicial e sem a autorização para agir legislativa, o corredor não inicia a prova e o Estado Administrativo não pode agir.

Conclusão

Locke e Montesquieu, quando formularam as respectivas teorias da separação dos poderes estatais, tinham objetivos bastante precisos no sentido de impor limites ao absolutismo monárquico prevalecente da época. Aliado ao princípio da liberdade, a doutrina europeia foi fundamental para a implantação da primeira versão do Estado Moderno, de matiz liberal.

Quando o Estado Moderno sofre uma mudança de paradigma, por insatisfações da sociedade, e a feição liberal transmuta-se em social, o Estado mínimo dá lugar ao Estado interventor, que atua tanto na operação quanto na regulação do ambiente econômico. A crise desse Estado Social, de dimensões amazônicas, não tarda em chegar e provoca alterações em determinados níveis e ambientes de sua atuação, mas, no que diz respeito ao campo da regulação econômica, em determinados aspectos, a atuação estatal se intensificou por meio do fortalecimento e da criação de agências reguladoras.

No seio do Estado, as agências reguladoras, que exercem função regulamentar de administradoras da lei e são vinculadas ao Poder Executivo, recebem acusações de que são violadoras do princípio da separação de poderes, dada a intromissão de seu mister no âmbito de atuação própria e exclusiva do Poder Legislativo.

Autores como Bonavides, defendem a superação do princípio estatuído por Montesquieu, apontando a incompatibilidade dele com a nova realidade

estatal. Outros, ao contrário, embora enxerguem limitações à aplicação atual da teoria clássica da separação de poderes, propõem uma releitura do princípio, de maneira que se permita, dentro da mesma estrutura estatal, a convivência dos novos institutos demandados pelo Estado contemporâneo.

Em consonância com essas novas leituras do princípio – especialmente a necessidade de organizarem-se de forma ótima as funções estatais, a teoria da especialização das funções e a capacidade normativa de conjuntura, exercida por meio da função regulamentar – possibilitam a estruturação do que Waldo (2007) denominou Estado Administrativo, que, por meio das agências reguladoras, passa a atuar na “administração de lei” regente de determinados setores econômicos.

A atuação do Estado Administrativo de Waldo não contrasta, pois, com o princípio da separação de poderes, notadamente no que respeita à não interferência das agências reguladoras, como “administradoras de lei”, no âmbito de atuação do Poder Legislativo, uma vez que aquelas atuam sob o controle desse, respeitando as metas e objetivos das políticas públicas estatuídas pelo legislador.

Referências Bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 2ª ed., Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014.
- _____. *Poder normativo do Executivo e teoria da regulação*. **Notícia do Direito Brasileiro** 9, p. 135-154, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11ª ed., São Paulo: Malheiro Editores, 2013.
- _____. **Teoria do Estado**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Controle de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. In: SILVEIRA, Apílio *et al.* **O Poder Judiciário e a Constituição**. Porto Alegre: AJURIS, 1977, p. 151-183.

- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005a.
- _____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John Jay; MADISON, James. *The Federalist: A commentary on the Constitution of the United States*. New York: The Modern Library, 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Trad. Marsely de Marco Dantas. São Paulo: EDIPRO, 2014.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.
- QUINTAS, Fábio Lima. **Direito e economia: o poder normativo da administração pública na gestão da política econômica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s.d.
- SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão de poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.
- STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-5/DF*. Diário de Justiça de 16 de abril de 2004, j. 20 de agosto de 1998.
- WALDO, Dwight. *The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2007.

