Número 27 – agosto/setembro/outubro - 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

AGÊNCIAS REGULADORAS E O "APARENTE CONFLITO" COM A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Joyce Michelle de Melo Rocha
Graduanda em direito e aluna do programa de iniciação científica da Faculdade de Ciências, Cultura e Extensão do Rio Grande do Norte - FACEX.

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson
Especialista em Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Ex-professor do curso de direito do Centro Universitário FACEX. Professor de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao analisar a questão a despeito do ferimento do princípio da tripartição dos poderes pelas agências reguladoras, traz-se a baila a essência da concepção kantiana, no que se refere à ideia de que o Estado não tem fins próprios, e que os mesmos devem coincidir com aqueles dos indivíduos da sociedade. É a concepção moderna de que o essencial é o aspecto legal, devendo, para isso, que o poder seja tripartite. O papel do Estado liberal deve ser protetor, não impondo qual direção a ser seguida, como condensa Bobbio:

> através de uma metáfora, esta concepção de Estado foi chamada de Estado-protetor, para significar que sua tarefa não é dirigir os súditos para este ou aquele fim, mas unicamente vigiá-los para impedir que, na sua busca dos seus próprios fins, cheguem a conflitos [...].[1]

[1] BOBBIO, Noberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Editora Mandarim, 2000, p. 07.

Desde seus primórdios, os institutos administrativos vêem sofrendo revisões pelo judiciário, no que concerne a seus excessos e deficiências.

Verificando-se os rudimentos de um direito administrativo inglês, percebeu-se que novas soluções judiciárias eram necessárias para as novas exigências que surgiam. Adotou-se então o *writ of certiorari* para controlar atos praticados pelos órgãos administrativos coletivos, com fulcro no abuso de competências, já no século XVII. A *common law* responsabilizava aqueles que promovessem atos irregulares.

A grande discussão acerca das agências reguladoras se configura no âmbito de alcance de seus poderes, principalmente sobre aspectos normativos.

A tripartição dos poderes é abstrata e se comunica simultânea e harmonicamente, com momentos em que um faz o papel do outro sem que seja ferido o campo de atuação desse outro. Isto é bem caracterizado sob o olhar de Aragão[2] "[...] o poder de polícia é do legislador (art. 5º, II, c/c 37, caput, CF), que, através de conceitos jurídicos mais ou menos indeterminados, atribui o respectivo exercício e, geralmente, também a regulamentação, à Administração Pública". Na mesma linha de pensamento corrobora Sundfeld

> Nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, freqüentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores [...].[3]

Numa análise dentro da perspectiva do direito positivo, Aragão aduz que

> "[...] o princípio da Separação dos Poderes e a legalidade a ele inerente, [...], além de nunca terem sido expressamente acolhidos em todos os seus traços em nenhum direito positivo, se distanciaram muito da realidade verificada nos próprios Estados burgueses.[4]

Há receios no que se refere a inovação, como aqui verificado por Joaquín Tornos Mas, respaldado na obra de Alexandre Aragão,[5] ao defender que "[...] a introdução na linguagem jurídica do conceito de regulação é problemática. A utilização de um novo termo dotado de diversos conteúdos choca-se com a necessária segurança que deve reger o mundo do Direito".

---

[2] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.33.

[3] SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 27.

[4] SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador). **Direito administrativo econômico**. Op. cit., p.47.

[5] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.22.

Segurança que se levada em sua forma literal, afastará toda e qualquer forma de mudança necessária para acompanhar a dinâmica do mundo econômico.

Moncada é taxativo e afirma que "Da imperfeição da lei resulta que ela não pode prever tudo".[6] Nesse sentido, permite-se a possibilidade de que novos institutos jurídicos possam atender aquelas situações até então não definidas pela lei. E é exatamente aí que entram as agências reguladoras.

A lacuna para solucionar problemas de ordem técnicas não pode ser suprida pelo legislativo ou por meios jurídicos se estes não dispõem de arcabouço de cunho técnico e específico, de modo a resolver conflitos com economicidade de tempo e, sendo assim, com eficiência.

O conceito de eficiência pode ser definido, nas palavras de Costodio Filho, citado por Lehfeld, através de dois sentidos, por ser esta tida como uma palavra ambígua:

> optando-se pelo *sentido comum*, o princípio da eficiência significaria ao agente administrativo a obrigação de satisfazer as necessidades dos cidadãos (consecução dos fins), com presteza e da maneira menos dispendiosa possível para a Administração (otimização dos meios). Aqui, eficiente seria a Administração que obtivesse os resultados que dela se esperam, pelo menor custo e no melhor tempo. Por outro lado, preferindo-se o sentido científico, o princípio da eficiência imporia ao agente administrativo somente o dever de se preocupar com o ótimo cumprimento de metas. Nessa hipótese, Administração eficiente seria aquela que utilizasse os recursos disponíveis racionalmente, com economicidade, mas descomprometida com a questão de metas e resultados, pois metas e resultados não se incluem na acepção científica de eficiência.[7]

A Emenda Constitucional nº 19/98, que trata de importantes modificações na seara administrativa, segundo Lehfeld, parece ter adotado o sentido comum e explica que

> Parece que o princípio da eficiência proposta pela emenda constitucional aproxima-se ao sentido comum, pois não faz distinção entre eficiência (avaliação quanto aos meios e procedimentos) e eficácia (avaliação dos resultados obtidos). Hely Lopes MEIRELLES ratifica esse posicionamento ao afirmar que a eficiência como critério a ser avaliado na atuação da Administração Pública, exige presteza, perfeição e rendimento funcional.[8]

---

[6] MONCADA, Luís S. Cabral de**. Ensaio sobre a lei**. Coimbra Editora, 2002, p. 15.
[7] LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008, p.211.
[8] LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras**. Op. cit., p.211-212.

Inserindo-se o aspecto constitucional, os princípios que blindam todas as ações da Administração Pública, devem ser obrigatoriamente observados, por serem tidos como norma constitucional, e assim sendo, de aplicação imediata e eficácia plena. Isso significa que, todas as medidas sejam respaldadas por tais princípios, mesmo em detrimento dos dogmas estabelecidos para o que venha a se chamar coisa pública. Aqui se coaduna com perfeição a explanação de Gomes Canotilho encontrada na obra de Lehfeld em que

> Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).[9]

A teoria da tripartição dos poderes nasce com o intuito de reter o poder absolutista. E cumpriu essa necessidade, naquele momento.

O impasse é revelado sobre o fato de que as agências reguladoras parecerem extrapolar o seu campo de atuação, pela elaboração de normas que, a primeira vista, presumem perpassar as prerrogativas do Poder Legislativo. Sob essa ótica, também parece incitar o princípio da tripartição dos poderes. Configura-se, então, a temática a ser abordada nesse trabalho.

É nesta perspectiva que se tenta desvelar a legalidade das atividades das agências reguladoras. O método empregado neste trabalho foi embasado pela metodologia de análise qualitativa, o qual é bastante utilizado no campo das ciências sociais, com métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico.

2. DO PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Torna-se imprescindível a linha de pensamento de Nelson Saldanha quando se refere a mudança de concepções que promovem o desencadear de uma nova estrutura no ordenamento político, de modo que estas se amoldam e evoluem com os acontecimentos sociais e preconiza que

> O advento de um Estado que, sem perder os caracteres já dados pelo absolutismo ao “Estado moderno” reforçou em sua estrutura o lado jurídico, adotando com forma jurídica imposta através de uma lei fundamental formada de

[9] LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras**. Op. cit., p. 213-214.

> limitações e garantias, pôs as condições para a eclosão de um novo pensamento constitucional.[10]

Inicia-se um incremento dos princípios no ordenamento jurídico, com a finalidade de resguardar os direitos sacralizados e inerentes a dignidade da pessoa humana. Com isso o mesmo autor prossegue e desvela a questão de que

> Uma série de *princípios*, dentro da tendência especulativa que dominou o setecentos, ocupou desde então o mundo jurídico, a começar do significativo "princípio da legalidade", bastante ligado a justiça penal por causa inclusive da influência de Beccaria, mas em verdade presente em todos os ramos dos ordenamentos.[11]

Inserindo neste contexto o princípio da tripartição dos poderes, tem-se o mesmo como componente basilar da Constituição juntamente com a ideia de garantias de direitos, segundo informa Nelson Saldanha.[12]

Os primeiros passos do princípio da tripartição dos poderes estão intrinsecamente ligados aos principais acontecimentos envolvendo as ideias liberais, e está caracterizado nas palavras de Paulo Bonavides[13] "Estado constitucional da separação de poderes aquele que surgiu imediatamente após as duas grandes revoluções da segunda metade do século XVIII: a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa".

O pensamento do autor se desenvolve partindo da perspectiva de que

> A filosofia política, expendida em livros do quilate do *Contrato Social* de Rousseau ou do *Espírito das Leis* de Montesquieu, teve na época sentido subversivo, porquanto, inspirando a ação revolucionária, traçou a linha-mestra das mutações profundas da sociedade. Foi sobretudo o breviário do novo credo, a cartilha por onde rezaram os constituintes de 1791 e 1793, depois de escreverem, iluminados das lições de tão sábios preceptores, a célebre Declaração dos Direitos do Homem.[14]

E declara que

> Ali, em o n. 16 do texto imortal, o gênio dos teoristas da liberdade elaborou a fórmula da divisão de Poderes, decretando em todas as Constituições que a

[10] SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 03.
[11] SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. Op. cit., p. 23.
[12] SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. Op. cit. P.76.
[13] BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 41.
[14] BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. Op. Cit., 42.

> consagravam o termo dos regimes absolutos de competências ilimitadas.[15]

Nasce, assim, o princípio que será alvo de muitas controvérsias desde a sua real efetividade como desencadeador de uma separação perfeitamente delineada de poderes do Estado (executivo, legislativo e judiciário) ou separação de funções dentro de tais poderes.

Dalmo de Abreu Dallari expôs a discussão a cerca da polêmica sobre os liames entre poder e função do Estado. O autor enriquece o tema e dispõe que

> Embora seja clássica a expressão *separação de poderes*, que alguns autores desvirtuaram para *divisão* de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância. Outro aspecto a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as ideias de *poder* e de *função* do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma *distribuição de funções*. Assim, por exemplo, LEROY-BEAULIEU adota esta última posição, indo até mais longe, procurando demonstrar que as diferentes funções do Estado, atribuídas a diferentes órgãos, resultaram do princípio da divisão do trabalho. Diz ele que foi esse princípio, inconscientemente aplicado, que fez passarem ao Estado certas funções que a sociedade exercia instintivamente e que o Estado organiza com reflexão.[16]

A liberdade pautou o pensamento de Montesquieu em sua reflexão no que concerne a tripartição dos poderes. Este aspecto foi observado por Eros Grau que aduz que "A 'separação dos poderes' é, em Montesquieu, um mecanismo imediatamente voltado à promoção da liberdade do indivíduo;".[17] Afirma ainda 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 cima de equilíbrio. Isso fica bastante nítido na análise de outro trecho de sua obra: "Eis, assim, a constituição

[15] BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. Op. Cit., 42.
[16] DALLARI, Dalmo, de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214-215.
[17] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.226.

> fundamental do governo de que falamos. 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. Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo" (1973/161).[18]

Destarte, numa visão ampla, se deduz que nem mesmo aquele tido como o mais famoso pensador da teoria da separação dos poderes almejou afastar a convivência harmônica dos poderes do Estado.

3. ESCOPO HISTÓRICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A tendência para uma regulação de um poder sobre outro começou a se difundir desde o século XVII, como já previa "O regime da *common law* inglês comportava instrumentos para fiscalização e repressão de atos indevidos praticados tanto por particulares como por servidores da Coroa", como relata Justin Filho.[19]

A agência reguladora tem como origem a Inglaterra da Primeira Revolução Industrial do século XIX, criada pelo Parlamento inglês e tinha como finalidade concretizar medidas previstas em lei ou decidir eventuais controvérsias resultantes dessa lei, mas tem o seu completo desenvolvimento nos EUA. Traz consigo resquícios do regime britânico, quanto aos aspectos do direito administrativo, porque os EUA foram colônia inglesa e como tal, muito herdou.

Os fins são o escopo da delegação de poderes para as agências reguladoras. O *new Deal* e a "primeira onda"[20] das agências provocaram uma alteração da *common law*, nos EUA, dentro do contexto da crise de 1929.

Verificou-se que a *common law* era omissa no que se referia aos direitos sociais e uma pluralidade de interesses privados (identificados como os direitos difusos e coletivos). Na "segunda onda"[21] nos anos de 60 e 70, reconheceu-se que o mercado era insuficiente para produzir aqueles resultados tidos como desejados e necessários à realização axiológica. A intervenção veio, desse modo, a eliminar os efeitos indesejados do livre jogo das forças de mercado. A partir de então, surgirão inúmeras agências, para as mais variadas atividades, de acordo com o aparecimento das necessidades.

---

[18] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** Op. cit., p.230.

[19] É importante acrescentarmos que "a experiência acerca da regulação foi intensamente desenvolvida após a independência dos EUA, mas isso se deu a partir de uma tradição largamente conhecida no período anterior, durante a dominação inglesa" (JUSTIN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 70).

[20] JUSTIN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. Op. cit., p.78.

[21] JUSTIN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. Op. cit., p. 79.

Lehfeld[22] relata o ensinamento de Heich, que assevera que o Estado brasileiro passa por três diferentes fases no decorrer do século XX.

A primeira denominada de pré-modernidade caracteriza-se por ter um Estado com reduzida funcionalidade, pautado na segurança, nos serviços públicos essenciais e na prestação jurisdicional. Na segunda, modernidade, o Estado avoca determinadas funções econômicas, incorporando o fomento do desenvolvimento econômico, atividades sociais de cunho distributivo. Essa fase promove o fortalecimento dos direitos sociais, no que se refere a emprego, condições mínimas de trabalho, e suas garantias trabalhistas. Na última fase, pós-modernidade ou contemporânea, verifica-se a ineficiência generalizada do Estado, marcada pela obsolescência industrial, morosidade nas respostas às necessidades sociais, desperdício de recursos públicos, excesso de burocracia e corrupção na coisa pública.

É neste contexto que surgem, no Brasil, as agências reguladoras, a partir da década de 90, iniciando-se com a privatização de áreas estratégicas, de monopólio do Estado, bem colocado por José Bonifácio de Souza Filho:[23]

> A evolução mundial ocorrido principalmente nos anos 1980 e 90 levou países, a começar pela Inglaterra e os estados Unidos, a delegar à iniciativa privada as tarefas relativas aos serviços públicos... O Estado prestador de serviços públicos deve ser substituído pelo Estado regulador. A iniciativa privada deve assumir o papel do estado prestador de serviços públicos, mas deve haver uma regulação eficiente por parte do Estado.

A grande problemática se estabelece quando se circunscreve o âmbito de atuação das agências reguladoras.

3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS VERSUS TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Celso Antônio Bandeira de Melo defende que "se interdita ao executivo expedir decretos e regulamentos senão para executar fielmente a lei"[24] e dentro do contexto da Constituição de 88 afirma que "de nada adiantaria os arts. 5º, II, e 84, III, se, ulteriormente, o legislador pudesse entregar de mão beijada, a esfera da liberdade e da propriedade dos administrados para ser disciplinada por via de regulamento".[25]

---

[22] De acordo com Lehfeld, há nesse período diversas rupturas com estruturas jurídicas e políticas oriundas do Estado liberal e do Welfare State, devido a intensificação do processo de globalização, da revolução das comunicações e da tecnologia, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo (LEHFELD, Lucas de Souza, **Controle das agências reguladoras**. Op. cit., p. 226).

[23] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. IN: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org). **O poder normativo das agências reguladoras**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2006, p.62.

[24] MELO, C. A. B. de. **"Poder" regulamentar ante o princípio da legalidade**. Revista Trimestral do Direito Público – 4, p. 72.

[25] O autor é peremptório e em outros trabalhos já defendia que "A legalidade na administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupões autorização dela, como condição

Sem menosprezar a defesa do eminente jurista, o presente trabalho defende posição contrária a sua, pois conforme Sundfeld, "No Brasil o debate é, em essência, o mesmo, embora se deva observar que para muitas medidas a Carta de 1988 estabeleceu uma reserva legal, que há de ser observada".[26]

Moncada observa uma questão intrigante, no que diz respeito a lei em si, elaborada pelo legislativo, em sua análise, e afirma que há razões para desconfiarmos da lei do ponto de vista do Direito

> É que a qualidade da lei é cada vez menor. Preocupada com a eficiência das medidas que corporiza, inserida em estratégias políticas partidárias e cada vez mais elaborada fora do quadro do contraditório parlamentar, à mercê, portanto, dos grupos de interesses e dos arrivistas, a lei é amiúde um texto que deixa a desejar do ponto de vista da sua qualidade normativa.[27]

Ainda, o mesmo autor afirma que "Tudo se conjuga hoje, efectivamente, para que a lei parlamentar deixe de ser o centro da ordem jurídica".[28] É a transferência para o Poder Executivo de capacidades normativas, sofrendo estas apenas intervenções parlamentares no que se refere a acertos e acrescentamentos a propostas de lei de autoria estranha. E acrescenta que isto se refere a um "pluralismo legislativo, característico do actual estado de coisas, não beneficiou, como não podia deixar de ser, o parlamento".[29]

Após essas colocações do posicionamento de Moncada, insere-se uma problemática a cerca das agências reguladoras como um ente que, a partir de suas atividades, é, por alguns, tidas como entidades que ferem a tripartição dos poderes, e que julgam que estas seriam um quarto poder, ferindo assim os preceitos constitucionais.

Lehfeld sai em defesa das agências reguladoras e constata em sua análise que "o fundamento das competências legislativa e jurisdicional dessas entidades reguladoras somente se concebe a partir de uma evolução interpretativa da Teoria da Separação dos Poderes".[30] E acrescenta corroborando com a ideia de que as complexidades sociais e o incremento das atividades do Estado em prol do bem-estar, faz com que

> a concepção clássica consagrada na obra de Montesquieu não mais se mostra suficiente para compreender sua dimensão neoliberal, especialmente no que diz respeito à sua presença reguladora em setores privados por meio de suas agências".[31]

---

de sua ação". MELO, C. A. B. de. **"Poder" regulamentar ante o princípio da legalidade**. Revista Trimestral do Direito Público – 4, p. 76.

[26] SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.28.

[27] MONCADA, Luís S. Cabral de**. Ensaio sobre a lei**. Op. cit., p. 06.

[28] MONCADA, Luís S. Cabral de**. Ensaio sobre a lei**. Op. cit., p.95.

[29] MONCADA, Luís S. Cabral de**. Ensaio sobre a lei.** Op. cit., p.96.

[30] LEHFELD, Lucas de Souza, **Controle das agências reguladoras**. Op. cit., p. 164.

[31] LEHFELD, Lucas de Souza, **Controle das agências reguladoras**. Op. cit., p.165.

A tentativa de se manter uma inflexível teoria da tripartição dos poderes, assim como foi pensada em Aristóteles,[32] revisada por Locke[33] e desenvolvida por Montesquieu,[34] nos moldes atuais, não atende as necessidades da sociedade em seus aspectos político-econômicos, o que se reflete no olhar perspicaz de Alexandre Aragão

> Se o princípio da separação dos poderes sempre foi um preceito meramente ideal, nunca aplicado integralmente na letra e muito menos na prática das constituições, a democratização do Estado, com a sua crescente participação nas relações sociais e econômicas, acarretou uma considerável mudança do pólo do poder do legislativo para o "executivo".[35]

Na mesma linha encontra a percepção de Gomes Canotilho, mais uma vez citado na obra de Alexandre Aragão,[36] quando assevera no que diz respeito a instrumentalidade e flexibilidade no sistema jurídico do Estado Democrático de Direito, ser

> um *sistema aberto* porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'".

Prosseguindo ainda com Aragão, que ilustra seu posicionamento com relação a separação dos poderes

> A separação dos poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo a sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando a sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade com os modelos da separação de poderes. O legislativo não tem condição para fixar regras sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe

[32] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** Op. cit., p.226.
[33] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** Op. cit., p.227.
[34] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** Op. cit., p. 229.
[35] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** Op. cit., p.64-65.
[36] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**.Op. cit., p.89.

> para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.[37]

Incute a esse respeito a abordagem sobre a leitura da norma envolta do contexto ao qual se insere num determinado momento. Assim, Garcia-Pelayo afirma que "*cualquier norma está inserta y condicionada por una situación histórica, que no sólo da lugar a la creación de nuevas normas, sino que también otorga nuevo sentido a las existentes, penetrando de este modo en su contenido*". [38]

Com relação aos aspectos juridicionais, a análise é feita na possibilidade das agências reguladoras apaziguarem conflitos. Exalta-se a reflexão encartada em Conrado Mendes quando acolhe que

> Não é falsa a afirmação da existência de um poder de dirimir conflitos no universo de competências das agências. Isto, porém, de maneira alguma afasta o princípio básico determinante em nosso sistema político democrático, albergado pelo art. 5º, XXXV.[39]

Sundfeld apregoa que a repulsão se dá pelo fato de ser difícil para nós compreendermos e aceitarmos que o Judiciário não seja o único órgão para dirimir e solucionar os conflitos, e afirma que

> O Judiciário, com a estrutura que lhe foi dada no século passado, não é capaz de conhecer de todos os conflitos decorrentes da vida moderna e das normas editadas para transformar em valores jurídicos os novos valores que foram sendo incorporados pela sociedade.[40]

As agências reguladoras atuam nos aspectos normativos e juridicionais, mas dentro de um certo limite, naquilo que é intangível ao legislativo e ao judiciário, por estes não possuírem conhecimentos específicos, de modo que promovem uma solução, ao caso concreto, de modo eficiente e célere.

A discussão a cerca do tema é a muito tempo já debatida, nos aspectos que envolvem a fidelidade a tripartição dos poderes, e da mesma forma, já se defendia que essa teoria não é absoluta, como vemos em Krell

---

[37] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Op. cit., p.102.
[38] GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional comparado**. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente Bábara de Braganza, 12, 1957, p. 64.
[39] MENDES, C. H. Reforma do Estado e agências reguladoras: Estabelecendo os parâmetros de discussão. IN: SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador), **Direito Administrativo Econômico**. Op. cit., p. 131
[40] SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador). **Direito administrativo econômico**. Op. cit., p. 31.

> Também entre os constitucionalistas da República de Weimar era forte a idéia de que a conquista da *soberania popular* no novo regime democrático era inconciliável com a vetusta teoria da divisão dos Poderes e teria levado a um "monismo parlamentar unificador de Poderes". [41]

E acrescenta que

> Já nos anos 50 do século passado, Loewenstein afirmava que "nada mostra com mais clareza a superação da tradicional tripartite 'separação dos poderes' do que a posição do governo no processo legislativo" ao qual o Executivo estaria "ligado de forma inseparável", sendo "quase obrigado a assumir a liderança na tomada de decisão política" e de "aceitar a responsabilidade pela execução das decisões tomadas, a qual, via de regra, também veste a roupagem da legislação".[42]

O autor tem o cuidado para expurgar a velha concepção com o escopo de se manter o mais puro atendimento ao princípio da tripartição dos poderes a qualquer custo, o que é inviável em qualquer tempo, e assevera que

> A visão clássica de supremacia absoluta do Legislativo, muitas vezes, "torna dogma (ou até mesmo ideologia), o que faz com que alguns autores tentem vislumbrar questões atuais com as lentes do passado", já que, em virtude do *aumento da legitimidade democrática* do Executivo pelo voto popular não pode ser mais tratado como se fosse "um grande mal para a humanidade"; no entanto, sempre devem ser respeitados os seus limites e efetivadas as formas de seu controle, para que "a liberdade dos particulares não seja cerceada pela tirania do administrador público". [21]

O argumento usado por Eros grau, deduzido do pensamento de Montesquieu, é de que

> de modo bastante nítido na exposição de Montesquieu – o que está implícito na postulação de Locke – visualizamos a necessidade de distinguir entre *poderes* e *funções*. Para que o *equilíbrio* a perseguir seja logrado, impõe-se que o Poder Executivo exercite parcelas de função não executiva – mas legislativa.[43]

---

[41] KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 73.
[42] KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Op. cit., p. 72.
[43] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. Op. cit., p. 233.

Encerram-se, assim, as discussões sobre o tema.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As agências reguladoras são uma necessidade para o modelo econômico-social estampado no mundo globalizado. As críticas são bem vindas e sempre presente no que é novo, na mudança, e contribuem para o alicerçamento das entidades reguladoras.

As relações econômicas reclamam a instituição de normas regulamentares mais céleres, específicas e concretas, o que vai de encontro ao primado do Poder Legislativo, em que sua produção é caracterizada pela dilação no tempo; são abstratas de forma a se moldar ao maior número de casos possíveis; e genéricas contrariando a necessidade peculiar do momento.

É prescindível pronunciar que as agências reguladoras se submetem ao devido processo legal.

Há um consenso no que diz respeito a ineficiência do Estado, no que concerne aos aspectos de atendimento eficiente à sociedade. É uníssono que o Estado é um mau prestador e gestor de serviços públicos e que foi incompetente, dentro de seus limites de recursos, de atender os preceitos da nossa Carta Magna.

É a era do Estado Regulador, que põe fim ao Estado que realiza suas funções apenas por seus entes, ainda com a mente encravada no velho conceito de funcionalismo público, em que, sendo do Estado ou fornecido pelo Estado, qualquer coisa serve, e quem perde, como sempre é o cidadão, a sociedade de modo geral.

Nesta perspectiva se traduz a importância das agências reguladoras e sua convivência harmoniosa com a famigerada teoria da tripartição dos poderes, secularmente pensada e tão debatida nos tempos hodiernos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. IN: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org). **O poder normativo das agências reguladoras**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2006.

DALLARI, Dalmo, de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA-PELAYIO, Manuel. **Derecho Constitucional comparado**. Madrid: Manuales de la revista de Occidente Bárbara de Braganza 12, 1957.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

JUSTIN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **"Poder" regulamentar ante o princípio da legalidade**. Revista Trimestral do Direito Público – 4.

MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e agências reguladoras: Estabelecendo os parâmetros de discussão. IN: SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador), **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONCADA, Luís S. Cabral de**. Ensaio sobre a lei**. Coimbra Editora, 2002.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ROCHA, Joyce Michelle de Melo. NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Agências Reguladoras e o "Aparente Conflito" com a Tripartição dos Poderes. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-JOYCE-ROCHA-ROCCO-NELSON.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.