

Introdução

Ao longo da década de 1990, assistiu-se no Brasil à implementação de uma série de transformações institucionais que se convencionou chamar de “Reforma do Estado”. O discurso que inspirou esse conjunto de reformas defendia, como seu objetivo mais geral, reforçar a governança do Estado brasileiro através da superação de sua grave crise fiscal e da instauração de um modelo “gerencial” de Administração Pública, que superasse os “anéis burocráticos” característicos do modelo anterior e fosse capaz de atender às exigências de flexibilidade e eficiência impostas pela globalização econômica, a fim de aperfeiçoar os serviços públicos prestados aos cidadãos.

Nesse sentido, os programas de “privatização” e “desestatização” das denominadas “atividades não-exclusivas do Estado” figuravam como pontos essenciais da reforma. A idéia era aumentar a participação do setor privado nessas atividades e, desse modo, “desinchar” o aparelho estatal, reduzindo os gastos públicos. Sustentava-se, porém, que a atração do setor privado – principalmente o capital internacional – para o investimento nessas atividades demandava o estabelecimento de uma moldura regulatória estável e sua execução técnica por órgãos reguladores independentes, a fim de garantir as regras do jogo – e, portanto, a previsibilidade – nas relações entre investidores e poder público.

A criação das agências reguladoras no Brasil se enquadra nesse contexto mais amplo de reforma do Estado. A elas caberia a função de normatizar, disciplinar e fiscalizar a atuação de agentes privados em setores da atividade econômica que o Poder Legislativo optou por entregar à regulamentação tecnicamente especializada e politicamente autônoma. Por meio dessa autonomia política das agências reguladoras se buscava, por um lado, corrigir as chamadas “falhas de mercado”, e, por outro, assegurar aos investidores que as decisões estatais às quais estariam submetidos seriam pautadas por critérios técnicos e, portanto, imunes a interferências políticas indevidas.

Porém, se, do ponto de vista econômico, essa “blindagem” parecia estar justificada, do ponto de vista político, ela suscitava dúvidas quanto à legitimidade democrática da atuação das agências. De maneira geral, a questão que se colocava

era a seguinte: Como justificar politicamente a atuação normativa de uma entidade administrativa cujos dirigentes não são eleitos e cujas decisões não estão sujeitas à revisão por parte dos agentes políticos eleitos no processo democrático?

No projeto de reforma do Estado, a solução proposta para esse problema estava ligada à criação de instrumentos de controle da atuação das agências reguladoras e à institucionalização de espaços para a participação popular em seus processos decisórios. Assim, destacavam-se, de um lado, os limites impostos à atuação das agências reguladoras em função de suas relações com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e órgãos como o CADE e os tribunais de contas, e, de outro, instrumentos como as audiências públicas e as consultas públicas, que visavam a tornar sua atuação permeável à participação popular.

A grande maioria dos juristas, no entanto, concentrou suas análises sobre a questão da legitimidade democrática da atuação normativa das agências reguladoras no plano estritamente jurídico-formal. Ou seja, entre os principais autores de Direito administrativo e econômico no Brasil, a legitimidade ou ilegitimidade da atuação dessas entidades administrativas são normalmente defendidas com base numa lógica jurídico-formal de adequação de suas decisões aos princípios constitucionais da legalidade e da separação dos poderes.

Paralelamente, é possível perceber, desde a institucionalização, em 2001, do subgrupo “Reforma do Estado e Democracia”, do Núcleo de Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento – CEBRAP (criado em 1999), o início de um novo tipo de análise sobre o tema, fruto das pesquisas desenvolvidas a partir do projeto temático “Moral, Política e Direito: uma investigação a partir da obra de Jürgen Habermas”. O objetivo do projeto era entender a atividade reguladora do Estado – e a tensão por ela gerada entre eficiência econômica e legitimidade democrática – para além do conceito lógico-formal de legitimidade, característico de grande parte do pensamento jurídico brasileiro.

Nessa nova perspectiva de análise – informada, normativamente, pela teoria de Jürgen Habermas – foram postos em evidência fatores ligados ao funcionamento, na prática, desse novo modelo estatal, como, por exemplo, o modo através do qual se desenvolve o processo decisório sobre a definição do conteúdo da regulação e a avaliação dos efeitos desses processos decisórios sobre os interesses dos atores sociais. No Direito, destacam-se, como autores

representantes dessa corrente, Paulo Todescan Lessa Mattos, no que diz respeito às agências reguladoras, e Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, quanto à regulação do sistema financeiro.

O presente estudo tem como objetivo geral investigar o tema da legitimidade da atuação normativa das agências reguladoras. Entretanto, em razão de limites de tempo e espaço, optei por recorte analítico bastante específico. Pretendo problematizar a possibilidade de aplicação do modelo teórico de legitimação procedimental proposto por Habermas às agências reguladoras brasileiras. Justamente por isso, assumo, como interlocutora principal, a corrente analítica fundada pelo Núcleo de Direito e Democracia do CEBRAP, que enxerga no modelo habermasiano de legitimação pelo procedimento discursivamente estruturado uma saída teórica capaz de oferecer parâmetros normativos na busca por soluções para os problemas gerados pela tensão entre, de um lado, a descentralização do poder estatal e o surgimento de núcleos decisórios autônomos, e, de outro, a necessidade de legitimação democrática da atuação dessas entidades. E, dado que o tema restringe-se à legitimidade das agências reguladoras, a obra de Mattos, principal representante da referida linha de pesquisa “cebrapeana” em relação a essas entidades administrativas, foi adotada como principal ponto de referência.

O diálogo com a posição de Mattos e suas conclusões sobre o tema é constante ao longo do trabalho e fornece a base sobre a qual são levantados alguns pontos problemáticos dessa aplicação da teoria de Habermas às agências reguladoras. Mais especificamente, da tentativa de identificar, nos espaços de participação popular institucionalizados nos processos de tomada de decisão das agências reguladoras, potenciais de legitimação democrática da atuação normativa dessas entidades.

Importante ressaltar que tais críticas não se referem à proposta habermasiana em si, mas sim ao modo pelo qual ela tem sido aplicada à realidade das agências reguladoras brasileiras. O que, por outro lado, não implica dizer, necessariamente, que uma tal aplicação da teoria de Habermas é inviável, mas apenas que qualquer conclusão, positiva ou negativa, sobre sua viabilidade demanda o enfrentamento prévio de algumas questões fundamentais.

Assim, se tenta afastar o risco de inserção num círculo vicioso, comum no cenário acadêmico jurídico no Brasil, no qual qualquer tentativa de aplicação de

teorias desenvolvidas nos países centrais aos problemas brasileiros é logo taxada de “colonialismo intelectual”, ou de “idéia fora do lugar”, e acaba, conseqüentemente, descartada. A superficialidade das razões que, muitas vezes, justificam a tentativa de “importação” dessas teorias parece ser diretamente proporcional à superficialidade das razões que justificam seu abandono. Daí porque há quem se refira a esse processo de valorização acrítica de modelos teóricos concebidos alhures como um fenômeno de “legitimação pelo deslumbramento”, que – acrescento eu – encontraria seu correlato no processo oposto de “rejeição pelo desconhecimento”.

A intenção, aqui, é outra. Não se nega que o intercâmbio acadêmico entre centro e periferia pressupõe a adoção de uma perspectiva crítica acerca de teorias que são pensadas e desenvolvidas a partir de outra realidade e, portanto, a partir de problemas muitas vezes também distintos. Porém, isso não implica, necessariamente, o descarte dessas teorias. Tentativas teóricas responsáveis de adaptação e aplicação de idéias oriundas de outros países – como é o caso – devem ser levadas a sério e problematizadas a partir de suas próprias proposições. O confronto de experiências, a apresentação de novos problemas e, eventualmente, a demonstração das insuficiências e as conseqüentes propostas de alteração fazem parte do processo de construção e consolidação de uma teoria que pretenda produzir algum tipo de conhecimento sobre a realidade. Nesse sentido, para aqueles que desejam aplicar a teoria pensada por Habermas à realidade das agências reguladoras no Brasil, o questionamento prévio acerca da possibilidade de sua compatibilização às particularidades do cenário regulatório brasileiro me parece etapa indispensável a ser percorrida.

A exposição do tema foi dividida da seguinte maneira: No primeiro capítulo, apresento o processo histórico de criação das primeiras agências reguladoras no Brasil, bem como o problema que sua criação suscitou em termos de legitimidade e a maneira como esse problema tem sido enfrentado no meio jurídico brasileiro. Esse capítulo inicial é importante para a compreensão do contexto no qual se insere a proposta de aplicação do pensamento de Habermas aos processos decisórios das agências reguladoras brasileiras. Devido a este caráter acessório, optou-se por uma narrativa linear e simplificadora dos eventos que marcaram esse processo histórico, privilegiando a dimensão institucional-

legal de investigação em detrimento da profundidade e da complexidade analítica que uma reconstrução histórica comporta.

No segundo capítulo, apresento o modelo teórico de legitimação procedimental desenvolvido por Jürgen Habermas, destacando, evidentemente, os aspectos que julgo relevantes para a compreensão da proposta teórica de Mattos e para o desenvolvimento das críticas que a ela dirijo no capítulo seguinte.

O terceiro capítulo representa, pois, o núcleo do presente trabalho. Nele, exponho minha interpretação sobre o modelo de análise proposto por Mattos com base na teoria discursiva do Direito e da democracia de Habermas para a investigação da legitimidade da atuação normativa das agências reguladoras, e aponto aquelas que são, a meu ver, as vantagens analíticas proporcionadas pela adoção dessa perspectiva para o estudo do tema. No mesmo capítulo, problematizo a proposta de Mattos a partir de três críticas que têm sua origem nos desafios que uma teoria – como a de Habermas – que explica os processos de integração e reprodução da sociedade a partir de um conceito de racionalidade situado entre a facticidade e a validade das ações sociais deve enfrentar quando aplicada a realidades distintas daquela a partir da qual foi elaborada. A primeira se relaciona com a aplicação dessa teoria à atividade regulatória. São explorados, principalmente, os pontos problemáticos da aplicação das conclusões habermasianas sobre o princípio da separação dos Poderes do Estado à estrutura institucional do modelo regulador de Estado. A segunda diz respeito à operacionalização do conceito habermasiano de legitimidade para a construção de um modelo de análise empírica. A terceira está relacionada à aplicação do modelo teórico de Habermas à realidade sócio-política brasileira. Nela, o foco da análise são as dificuldades que a realidade brasileira apresenta à acomodação de um conceito essencial ao modelo habermasiano de legitimação procedimental: o conceito discursivo de esfera pública. Nesse sentido, aponto estudos que têm procurado identificar as peculiaridades da esfera pública na América Latina e, especificamente, no Brasil, sustentando que os mesmos devem ser levados em conta nas pesquisas que visam a investigar a legitimidade do poder administrativo no âmbito das agências reguladoras.

Ao final, em sede de conclusão, procuro explicitar a linha condutora do presente trabalho e, em caráter especulativo, formulo algumas impressões sobre os caminhos a serem percorridos por aqueles que pretendem utilizar a teoria de

Habermas para compreender os problemas relacionados à realidade sócio-política brasileira.