

## Teoria do discurso, participação e agências reguladoras no Brasil

Tratou-se, no primeiro capítulo, do processo de surgimento das agências reguladoras no Brasil. Viu-se que tal processo é parte de uma série de reformas institucionais implementadas no Brasil na década de 1990, que resultaram no denominado modelo regulador de Estado <sup>1</sup>. Diferente do modelo anterior, caracterizado pela intervenção direta do Estado na economia através das empresas estatais, o Estado regulador foi idealizado a partir do discurso segundo o qual apenas as denominadas “atividades exclusivas” do Estado deveriam ser exercidas diretamente pelo Estado, enquanto que as “atividades não-exclusivas” deveriam ser delegadas à iniciativa privada.

De acordo com o Plano Diretor da Reforma do Estado – PDRAE, a privatização de atividades essenciais – ainda que não-exclusivas do Estado – à sociedade, deveria ser acompanhada, por outro lado, pela criação de órgãos regulatórios tecnicamente especializados, dotados de alto grau de autonomia política e capazes de estabelecer, com a agilidade e flexibilidade necessárias, marcos normativos voltados para a correção de falhas de mercado, a fim de orientar a atuação dos agentes econômicos no sentido da maximização do bem-estar social. Em alguns setores, esses órgãos regulatórios foram constituídos sob a forma de agências reguladoras. Normativamente <sup>2</sup>, é possível afirmar que a institucionalização das agências reguladoras brasileiras na década de 1990 foi diretamente influenciada pelas experiências históricas ocorridas na década anterior nos EUA e nos países capitalistas da Europa. Se destes se absorveu a experiência de criação de órgãos de regulação para novos mercados decorrentes

---

<sup>1</sup> Esta é a denominação adotada pela maioria dos juristas brasileiros, que se apóiam num conceito jurídico de regulação. Paulo Mattos, porém, prefere utilizar a expressão “novo estado regulador”, em razão de adotar um conceito econômico de regulação, segundo o qual qualquer forma de intervenção na economia por parte do Estado pode ser classificada como atividade de regulação estatal. Ver a respeito: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador...*, p. 33 e ss.

<sup>2</sup> Na prática, porém, Nunes *et alli* ressaltam que, a despeito de toda teorização e diretrizes sobre a reforma do Estado, não existiram, até maio de 1996, definições claras sobre o formato institucional e organizacional das agências idealizadas para fiscalizar e regular os serviços públicos que seriam privatizados. No momento da criação das chamadas “agências de primeira geração” – a saber, ANATEL, ANEEL e ANP – o poder Executivo não tinha clareza sobre o modelo a ser instituído, como revelam as declarações de atores intimamente envolvidos no processo de criação de tais agências, apresentadas pelos autores (Cf. NUNES *et alli*, ob. cit.).

da privatização de atividades até então desempenhadas de forma monopolística pelo Estado, daquele incorporou-se as exigências de sofisticação dos mecanismos de controle e responsabilização (*accountability*) da atuação desses novos órgãos, tanto no plano de sua relação institucional com os demais elementos da estrutura do Estado, quanto no plano do controle social por parte da população. Nesse sentido, pode-se perceber na estrutura institucional das agências reguladoras brasileiras a existência tanto de mecanismos de controle ligados à interferência dos Poderes do Estado na atuação das agências, como de mecanismos de participação popular nos processos de tomada de decisão dessas entidades.

Viu-se, porém, que, desde sua criação, as agências reguladoras foram – e continuam sendo – objeto de críticas relacionadas, principalmente, a um suposto déficit de legitimidade democrática da de sua atuação normativa. O principal alvo dos ataques seria o alto grau de autonomia política decisória de que gozam essas entidades administrativas – ver item 1.2. Se, do ponto de vista econômico, a justificativa desse nível de autonomia reside na necessidade de previsibilidade e prevalência de critérios técnicos para a tomada de decisão – ainda que como destacado por Mattos, dentro da técnica existe espaço escolha política<sup>3</sup> – e, portanto, de blindagem contra interferências políticas indevidas, da perspectiva jurídico-política, essa delegação legislativa a órgãos formados por dirigentes que não foram eleitos pelo povo e que não estão sujeitos à *accountability* eleitoral carece de uma justificativa capaz de gerar consenso.

Isso porque, como visto, entre os juristas, a questão da legitimidade democrática da atividade de produção de normas pelas agências reguladoras tem sido abordada de forma reducionista e insuficiente. Os debates sobre o tema, em geral, se limitam a uma perspectiva jurídico-formal, no qual as propostas de solução são pensadas a partir da “melhor interpretação” dos princípios constitucionais da separação dos Poderes e da legalidade.

Neste capítulo, meu objetivo é apresentar uma concepção teórica que procura abordar a questão da legitimidade democrática da atuação normativa das agências reguladoras brasileiras com apoio no conceito habermasiano de

---

<sup>3</sup> Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador...*, p. 248.

democracia deliberativa<sup>4</sup>. Foi visto, no segundo capítulo, de forma resumida, o percurso teórico percorrido por Habermas para solucionar o problema dos fundamentos da legitimidade do Direito e do poder administrativo nas sociedades modernas. O autor alemão busca reconstruir a idéia de Estado de Direito na modernidade sobre as bases de um novo tipo de racionalidade – a racionalidade comunicativa –, o que pressupõe a possibilidade de que o poder comunicativo gerado nas esferas públicas informais, constituídas no mundo da vida, possa ser institucionalizado através da política e do *medium* do Direito, a fim de influenciar a Administração Pública e o mercado. Cabe, agora, apresentar como Paulo Todescan Lessa Mattos – principal representante da corrente teórica supramencionada nesse campo temático – busca enfrentar o problema teórico da legitimidade do poder normativo das agências reguladoras no Brasil a partir da aplicação do paradigma habermasiano de legitimação pelo procedimento discursivamente estruturado aos mecanismos de participação popular institucionalizados nos processos decisórios dessas entidades.

#### 4.1

#### **O modelo habermasiano e as agências reguladoras brasileiras**

O trabalho de Mattos veicula, expressamente, uma proposta de ruptura com o padrão de análise jurídica da questão da legitimidade das agências reguladoras apresentado no primeiro capítulo<sup>5</sup>. Com efeito, sua análise aborda a questão de uma perspectiva mais ampla, no âmbito da tensão entre as teorias da regulação e as teorias da democracia, ou, de modo mais específico, entre a eficiência da regulação e as exigências de legitimidade democrática e de controle das agências reguladoras independentes.

---

<sup>4</sup> Conforme já mencionado, essa perspectiva teórica se insere num projeto mais amplo desenvolvido pelo Núcleo de Direito e democracia do CEBRAP, do qual MATTOS foi pesquisador.

<sup>5</sup> Logo na introdução, afirma o autor: “Os modelos de análise predominantes na doutrina jurídica brasileira em matéria de direito administrativo e direito econômico não são, a meu ver, suficientes para compreender a complexidade do funcionamento do Estado regulador e, principalmente, as condições de legitimidade de processos decisórios sobre a formulação de políticas públicas num contexto de delegação legislativa (ou de exercício da *capacidade normativa de conjuntura*) por órgãos reguladores dotados de autonomia decisória. Seriam modelos ainda presos a um paradigma liberal de direito, focados em análises de adequação lógico-formal de normas a um ordenamento jurídico hierarquicamente constituído” (Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador...*, p. 28).

Em sua obra, Mattos parte dos  *fatos*  da regulação estatal – entendida como intervenção estatal na economia – nas sociedades capitalistas contemporâneas e do crescimento, nessas sociedades, do poder normativo da Administração Pública<sup>6</sup>. Isto é, o autor reconhece que, ante os desafios que atualmente se colocam aos Estados Nacionais e seus ordenamentos jurídicos<sup>7</sup>, é inevitável que o Estado interfira na atuação do mercado e que essa tarefa caiba, cada vez mais, ao Poder Executivo. A grande questão a ser investigada, segundo Mattos, portanto, é a de  *como*  – do ponto de vista do modelo institucional do Estado – e a partir de quais parâmetros normativos, regular?

É nesse sentido que o autor se contrapõe àqueles que simplesmente negam, de antemão, a legitimidade de normas produzidas pelas agências reguladoras, com base numa idéia de separação dos Poderes que remete, em última análise, a um conceito liberal de democracia. Segundo Mattos, atualmente, o Poder Legislativo – composto por representantes eleitos do povo, que contam, pois, com a legitimidade democrática – tem se mostrado incapaz de regular as questões que lhe são apresentadas com a agilidade, flexibilidade e especialização técnica que as mesmas requerem. Com isso, são cada vez mais gerais as leis produzidas pelo Legislativo, o que amplia o espaço de discricionariedade a ser preenchido através do exercício do poder normativo pela Administração Pública. A ela cabe a concretização das disposições, dotadas de alto grau de generalidade e abstração, contidas nas leis produzidas pelo Legislativo em políticas públicas, que demandam a produção de normas mais específicas.

Assim, considerando a inexorabilidade da regulação por parte da Administração Pública, há que se escolher, inicialmente,  *como*  será desempenhada essa função. Vale dizer, a atividade regulatória será exercida pela chamada Administração Pública direta, ou por entidades administrativas que compõem a denominada Administração Pública indireta? De que maneira isso pode influenciar a legitimidade democrática da regulação?

Mattos demonstra que, no Brasil, as experiências de regulação da economia diretamente pelo Poder Executivo, típicas do Estado social-

---

<sup>6</sup> “Na medida em que o Estado capitalista regulador se forma, em oposição à concepção de um Estado liberal ideal (...), essencialmente para a correção de falhas de mercado, aumenta a delegação legislativa para formulação de normas pelo Estado” (Ibid., p. 67). Ver também: Ibid., capítulo 2, pp. 69-108.

<sup>7</sup> Sobre o tema ver: FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

desenvolvimentista, estiveram sempre associadas à práticas antidemocráticas<sup>8</sup>. Desde o Estado getulista, o que se pode observar é uma concentração do poder decisório quanto às políticas públicas na figura do Presidente da República, caracterizando o que O'Donnell denomina “democracia delegativa”<sup>9</sup>. O Presidente assumia que recebia da população “um ‘cheque em branco’ para governar e decidir qual é o ‘interesse público’ do país”<sup>10</sup>. A obrigatoriedade de prestação de contas perante os demais Poderes e instituições do Estado e a sociedade em geral<sup>11</sup> se apresentava, aos olhos do Presidente, como um obstáculo inconveniente à plena autoridade que, por delegação, acabara de receber<sup>12</sup>.

Assim, a experiência institucional de um modelo de Estado marcado pela concentração do poder decisório sobre a regulação na Administração Pública direta – e, em última instância, no Presidente da República – constituiu-se, no Brasil, com claros déficits de legitimidade democrática. Dada a consolidação dos chamados “anéis burocráticos”<sup>13</sup>, poucos eram os grupos de interesse que tinham acesso aos processos decisórios em matéria de políticas públicas, e poucos eram os mecanismos institucionalizados de controle democrático das decisões tomadas<sup>14</sup>. Durante os regimes autoritários, esses déficits de legitimidade se tornaram, obviamente, ainda maiores.

Segundo Mattos, porém, a redemocratização do Brasil, que culminou na promulgação da Constituição de 1988, e a reforma do Estado da década de 1990 alteraram, significativamente, esse quadro. Com efeito, ao menos do ponto de vista institucional, o “novo” modelo regulador de Estado, decorrente dessas

<sup>8</sup> Ver a respeito: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador...*, capítulo 3, pp. 109-154.

<sup>9</sup> Cf. O'DONNELL, Guillermo. *Democracia Delegativa*. In: *Revista Novos Estudos*, n. 31, outubro de 1991.

<sup>10</sup> Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador...*, p. 23.

<sup>11</sup> “Os partidos políticos e o Congresso são esvaziados enquanto canais de circulação do poder político, sendo o processo de formulação de políticas públicas centralizado na burocracia estatal interna ao Poder Executivo de forma fechada e pouco pública (a ‘caixa preta’ do Governo), onde as decisões administrativas são tomadas de forma não procedimentalizada e sob a justificativa geral de serem as decisões administrativas discricionárias e técnicas. Dessa forma, decisões sobre a regulação de setores da economia brasileira passam a ser revestidas de um caráter ‘apolítico’, como se decisões técnicas não implicassem escolhas de ordem política. E, na ausência de controles democráticos institucionalizados sobre a atuação dessa burocracia estatal, decisões discricionárias acabam por revelar decisões arbitrárias” (Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador...*, pp. 23-24)

<sup>12</sup> Cf. O'DONNELL, ob. cit., p. 31.

<sup>13</sup> Ver a respeito: CARDOSO, Fernando Henrique. *O modelo político brasileiro e outros ensaios*. 4 ed. São Paulo: Rio de Janeiro: DIFEL, 1979; e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador...*, cap. 3.

<sup>14</sup> Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador...*, pp. 24-25.

transformações, representaria, se comparado ao modelo anterior, um grande avanço no sentido da legitimação das decisões da Administração Pública. Isso porque, nele, estão previstos espaços de participação popular, resultantes da combinação entre os direitos fundamentais de associação, livre acesso à informação, liberdade de expressão e participação – garantidos pela Constituição de 1988 – e mecanismos institucionalizados de participação nos processos de tomada de decisão sobre a formulação de políticas públicas capazes de aumentar a sujeição da Administração Pública ao controle democrático de sua atuação pela sociedade. E, nesse sentido, Mattos sustenta que, na medida em que esses canais de participação popular nas decisões da Administração Pública jamais existiram no Brasil, o “Novo Estado Regulador” brasileiro seria, historicamente, do ponto de vista institucional, o mais capaz de gerar decisões democraticamente legítimas<sup>15</sup>.

As agências reguladoras estariam inseridas neste cenário. Segundo Mattos, elas fariam parte da criação de “uma nova dinâmica política para a ação regulatória do Estado”, pois “a formulação de políticas setoriais, que antes estava restrita aos gabinetes ministeriais, aos conselhos institucionalizados no interior da burocracia estatal da administração direta, subordinada às decisões políticas do Presidente da República e ao jogo de barganhas políticas com o Congresso, passou a ser feita de forma insulada por técnicos especializados, porém aberta ao público afetado pelas normas editadas pelas agências”<sup>16</sup>. A abertura a que Mattos se refere seria garantida, principalmente, através de mecanismos, como as audiências públicas e consultas públicas, normalmente institucionalizados nos processos decisórios das agências reguladoras pela lei de sua criação. O autor analisa, de forma mais detida, as consultas públicas, em razão de, conforme o disposto na lei de criação da ANATEL (objeto de sua análise), serem as mesmas obrigatórias para a produção de normas, enquanto que a realização de audiências públicas depende de juízo dos dirigentes da agência.

---

<sup>15</sup> “É possível afirmar que a adoção de mecanismos de consultas públicas e audiências públicas pode significar um avanço em termos de *accountability* do processo decisório sobre políticas setoriais no Brasil. Isso ocorreria na medida em que a ‘caixa-preta’ dos ministérios perde relevância no processo decisório, permitindo que outros grupos de interesse, que não apenas aqueles com acesso privilegiado aos canais de circulação de poder político na relação Presidente-Congresso, participem do processo decisório e tenham os seus interesses ouvidos no interior das novas agências” (Ibid., p. 25).

<sup>16</sup> Ibid., p. 25.

Ou seja, se, como visto no primeiro capítulo, aqueles que sustentam a ausência de legitimidade da atuação normativa das agências reguladoras o fazem alegando que os dirigentes dessas entidades administrativas não foram diretamente eleitos pelo povo e não estão sujeitos à *accountability* eleitoral – na medida em que não podem nem mesmo ser exonerados pelo chefe do Poder Executivo – os defensores de uma possível legitimidade de sua atividade de produção de normas apontam, como resposta, a previsão de mecanismos institucionalizados de participação popular nos processos decisórios das agências, expressa nas leis de sua criação.

Mattos se filia a este último grupo, porém, com algumas – e relevantes – diferenças. Isso porque o autor não se contenta apenas com a previsão, em lei, dos instrumentos de participação popular. Defende ele que as condições efetivas de deliberação nos espaços de participação popular institucionalizados nos processos de tomada de decisão das agências reguladoras devem ser levadas em conta em qualquer estudo que pretenda investigar a legitimidade das normas produzidas por essas entidades <sup>17</sup>. E isso porque, nestes canais de participação popular, estaria contido um “potencial democrático” capaz de legitimar a atuação normativa das agências reguladoras.

Nesse ponto, Mattos se vê obrigado a enfrentar um outro tipo de crítica, de cunho sociológico. Mais especificamente, as críticas às agências reguladoras provenientes de análises que não enxergam, nessas entidades administrativas, uma estrutura institucional capaz de evitar a continuidade e permanência de padrões de funcionamento patológico da Administração Pública, culturalmente incrustados na atividade política brasileira, como o “clientelismo”, a “cordialidade” e o “patrimonialismo”. Mattos se contrapõe às concepções herdeiras dessa tese, por ele denominada – com base em Jessé Souza <sup>18</sup> – “patrimonialista”, da realidade

---

<sup>17</sup> Isso se justifica na medida em que, segundo o autor: “No contexto de redemocratização do Brasil e de valorização da sociedade civil e da esfera pública como elementos constitutivos da democracia e, assim, das condições de legitimidade de políticas públicas, as agências reguladoras surgem como uma possibilidade de descentralização da ação regulatória do Estado”, pois “os mecanismos de consultas públicas e audiências públicas adotados no interior das novas agências reguladoras podem ser tomados como a garantia de legitimidade do conteúdo da regulação, uma vez que por meio destes estariam sendo expressos e supostamente atendidos os interesses do público (i.e., grupos de interesse) afetados pelas políticas públicas definidas pela agência” (Ibid., loc. cit.).

<sup>18</sup> Cf. SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora UNB, 2000.

política brasileira, que, em última análise, assumem como modelo de Estado a ser alcançado o tipo ideal do Estado liberal. Segundo o autor:

“O problema da tese dos estamentos burocráticos e do patrimonialismo estaria no fato de que levaria à conclusão, por um lado, de que ‘a nossa formação social seria defeituosa devido à permanente influência da herança estatal portuguesa’, que teria impedido ‘o país de livrar-se do atraso social e econômico’. E, por outro lado, conduziria a uma apologia do modelo de Estado liberal, como sendo aquele que mais próximo de uma burocracia estatal racional voltada para a garantia do funcionamento do mercado no capitalismo e das liberdades civis fundamentais na democracia. Só com o florescimento do Estado democrático racional seria possível o livre desenvolvimento do capitalismo industrial e a formação de uma sociedade politicamente capaz de exercer direitos e liberdades civis”.<sup>19</sup>

Assim, para Mattos, tanto os juristas, limitados aos aspectos jurídico-formais de constitucionalidade em termos de legalidade e separação dos poderes, quanto os autores presos à tese patrimonialista da realidade política brasileira, não percebem o potencial democrático contido nos canais de participação popular previstos na estrutura institucional das agências reguladoras brasileiras.

Mesmo outras correntes analíticas que buscam justificar a criação e atuação das agências, rejeitando, também, as análises ancoradas na tese patrimonialista, o fazem, segundo Mattos, com base em argumentos como a necessidade de estabilidade regulatória – ligada às idéias de credibilidade da ação regulatória – ou de criação de mecanismos de controle e responsabilização (*accountability*) posteriores da atuação dessas entidades<sup>20</sup>. Não haveria, portanto, uma preocupação com o que Mattos chama de condições substantivas de deliberação nos processos decisórios<sup>21</sup>, ou seja, “as condições de funcionamento dos mecanismos de participação pública institucionalizados com função de legitimação de processos decisórios sobre o conteúdo de políticas públicas – as condições de participação de grupos de pressão durante o processo e as condições de deliberação”<sup>22</sup>.

Por outro lado, aqueles que procuram deslocar o foco da análise para a esfera pública e para o interior dos processos deliberativos parecem se vincular,

---

<sup>19</sup> Ibid., p. 230.

<sup>20</sup> “Nesses modelos, a *accountability* é pensada, por um lado, como controle de resultados da Administração (em termos de eficiência dos resultados), centrada no processo eleitoral (*accountability* vertical) como forma de responsabilização ou numa relação de freios e contrapesos entre os três Poderes entendida de forma por demais mecânica ou estática” (Ibid., p. 28).

<sup>21</sup> Ibid., pp. 231-240. Mattos identifica essa carência de uma análise das condições substantivas de deliberação nos processos decisórios nas contribuições de Marcus André Melo, Guillermo O’Donnell, Luiz Carlos Bresser-Pereira e Fábio Wanderlei Reis.

<sup>22</sup> Ibid., p. 235.

segundo o entendimento de Mattos, a uma concepção republicana de democracia<sup>23</sup>. Desse modo, embora a dinâmica da participação pública de grupos de interesse na esfera pública seja incluída nesse tipo de análise, não se conseguiria, “dados os traços de um republicanismo idealizado”<sup>24</sup> dar conta de problemas substantivos de legitimidade democrática, pois não haveria uma preocupação com “o funcionamento dos procedimentos decisórios internos à burocracia estatal enquanto condições de institucionalização do conteúdo de políticas públicas no interior do sistema na forma do conteúdo de normas (o conteúdo da regulação)”<sup>25</sup>.

Para Mattos, portanto, a compreensão adequada do potencial democrático contido nos espaços de participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras e, conseqüentemente, da questão da legitimidade da atuação normativa dessas entidades, demanda um modelo de análise capaz de dar conta da complexidade das relações sociais próprias ao fenômeno do Estado regulador.

Segundo o autor:

“Tal modelo precisa permitir uma análise que seja capaz de avaliar o desenho institucional de órgãos reguladores e sua relação com o Poder Executivo (Administração direta), com o Poder Legislativo e com o Poder Judiciário para além de uma concepção liberal de democracia que assume uma relação estática entre tais poderes. Ao mesmo tempo, deve ser um modelo capaz de avaliar os procedimentos institucionalizados para tomada de decisão, assumindo tais procedimentos como meios de controle democrático e de deliberação pública sobre questões relevantes de ordem política, que estão na base da escolha de técnicas administrativas para regular a economia e a vida social – a definição do conteúdo da regulação. Por fim, tem que ser um modelo capaz de avaliar as condições de participação na esfera pública brasileira. Saber quem é o público (i.e. grupos de interesse) que está atuando junto às agências, influenciando o conteúdo da regulação, e como está se dando o processo decisório no interior das agências passou a ser importante para uma análise das condições de legitimidade democrática da formulação de políticas setoriais no Brasil pós-reforma do Estado”<sup>26</sup>.

É em razão disso que Mattos adota, como marco normativo para a investigação de sua hipótese, a teoria discursiva do Direito e da democracia de Jürgen Habermas. A proposta habermasiana seria adequada a seus objetivos, na medida em que – segundo seu entendimento – nela, a legitimidade do poder decorreria da participação dos atores sociais nos processos institucionalizados de

<sup>23</sup> Mattos se refere à posição de Leonardo Avritzer, principalmente em: AVRITZER, Leonardo. *Democracy and the public space in Latin America*. Princeton: Princeton University press, 2002. Ver: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador...*, pp. 241-243.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 242.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pp. 27-28.

deliberação pública e, desse modo, seria possível superar as limitações de análises fundadas numa concepção – liberal – de democracia, que vêem no Poder Legislativo o representante exclusivo dos interesses legítimos da sociedade. Assim, as consultas públicas e audiências públicas poderiam garantir a legitimidade do conteúdo da regulação, tendo em vista que, por meio destes espaços públicos institucionalizados, os atores sociais afetados pelas políticas definidas por uma agência reguladora podem participar diretamente do processo de tomada de decisão dessas entidades, tornando-se capazes de fazer com que seus interesses sejam levados em conta e influenciem os resultados desses processos. Ou seja, se, “no plano jurídico-formal, a fonte de legitimidade da ação regulatória do Estado continua sendo a lei setorial” aprovada pelo Poder Legislativo, “no plano político, a fonte de legitimidade democrática das políticas formuladas pelas agências reguladoras deixariam de ser apenas os interesses e as decisões do Presidente da República (eleito) e dos congressistas (eleitos)”<sup>27</sup>.

Mattos destaca que, no plano da teoria política, Habermas superaria o debate entre as correntes liberal e republicana de democracia<sup>28</sup> ao propor o conceito de democracia deliberativa<sup>29</sup>, segundo o qual, a atividade política é

<sup>27</sup> Ibid., p. 27.

<sup>28</sup> Segundo Habermas: “Na perspectiva liberal, o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses. E as regras da formação do compromisso, que devem assegurar a equidade dos resultados, e que passam pelo direito igual e geral ao voto, pela composição representativa das corporações parlamentares, pelo modo de decisão, pela ordem dos negócios, etc., são fundamentadas, em última instância, nos direitos fundamentais liberais. Ao passo que a interpretação republicana vê a formação democrática da vontade realizando-se na forma de um auto-entendimento ético-político, onde o conteúdo da deliberação deve ter o respaldo de um consenso entre os sujeitos privados, e ser exercitado pelas vias culturais; essa pré-compreensão socialmente integradora pode renovar-se através da recordação ritualizada do ato de fundação da república” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. II...*, p. 19).

<sup>29</sup> “O modelo procedimental de democracia habermasiano permite, em certa medida, incorporar o debate sobre organização e ação de grupos de interesse que atuam segundo uma racionalidade estratégica (instrumental) com vistas a fins. E nesse sentido nos afastamos do idealismo excessivo republicano. Ao mesmo tempo, Habermas se afasta do individualismo metodológico inerente às teorias de *rational choice* e, ao trabalhar com o conceito de racionalidade comunicativa, dá ao seu modelo de democracia a capacidade de avaliar a atuação de grupos de interesse na esfera pública segundo outra perspectiva. É nesse ponto que a avaliação das condições de participação pública se torna relevante” (Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador...*, p. 201). Como explica o próprio Habermas: “a teoria do discurso assimila elementos de ambos os lados, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão. Esse processo democrático estabelece um nexo interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-entendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos. Nesta linha, a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento e, em última instância, da estrutura da comunicação

entendida como um processo de conformação de preferências com vistas à elaboração e institucionalização, no sistema jurídico-político, do conteúdo de uma determinada política pública. E, nesse processo, as preferências assumidas previamente pelos atores políticos podem ser alteradas durante a deliberação, enquanto que aquelas preferências que se mantiverem devem ser externalizadas e justificadas racionalmente. O que leva à conclusão de que, nos termos da democracia deliberativa, “as condições para uma formação política racional da vontade não devem ser procuradas apenas no nível individual das motivações e decisões de atores isolados, mas também no nível social dos processos institucionalizados de formação de opinião e de deliberação”<sup>30</sup>. Em outras palavras, isso significa que o conteúdo da regulação não seria, necessariamente, resultado de “um processo de disputa no jogo de barganha para influenciar a decisão sobre políticas públicas”<sup>31</sup>, pois os processos institucionalizados de formação de opinião e de deliberação também podem ser entendidos como processos nos quais se busca criar e garantir condições de vida no interesse de todos<sup>32</sup>. É nessa mudança de perspectiva – da teoria da escolha racional (individualismo metodológico) para a teoria do discurso – quanto aos processos de formação da vontade política que Mattos identifica a principal vantagem analítica da adoção da idéia de democracia deliberativa de Habermas<sup>33</sup>.

---

lingüística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. II...*, p. 19).

<sup>30</sup> Ibid., p. 72.

<sup>31</sup> Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador Brasileiro...*, p. 191.

<sup>32</sup> Nas palavras de Habermas: “(...) a tarefa da política não consiste apenas em eliminar regulamentações ineficientes e antieconômicas, mas também em criar e garantir condições de vida, no interesse simétrico de todos” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – vol. II...*, pp. 69-70). Segundo o autor, os processos políticos podem ser considerados “arranjos que influenciam as preferências dos participantes, pois eles selecionam os temas, as contribuições, as informações e os argumentos, de tal modo que somente os que são ‘válidos’ conseguem atravessar, em caso ideal, o filtro das negociações eqüitativas e dos discursos racionais, assumindo importância para as tomadas de resolução” (Ibid., p. 72.).

<sup>33</sup> De fato, o grande ganho teórico para a análise da questão da legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras identificado por Mattos no modelo habermasiano reside no fato de que este considera não apenas a dimensão sistêmica, mas também “a ação da sociedade civil e a formação (e transformação) de opiniões (ou preferências) no plano da esfera pública” (Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador Brasileiro...*, p. 156). Ou seja, não apenas o desenho institucional e os procedimentos decisórios institucionalizados, mas as “condições de participação no plano da organização da sociedade civil e na esfera pública” são relevantes para se aferir a legitimidade de uma decisão por parte da Administração Pública e, mais especificamente, das agências reguladoras (Ibid., loc. cit.). Mattos ressalta que, em Habermas, “esses dois tipos de condições se comunicam. Condições sistêmicas de maior participação pública e deliberação podem estimular a ação de grupos de pressão desde a sociedade civil. Ao mesmo tempo, maior atividade e organização de grupos engajados no debate na esfera pública sobre o conteúdo de políticas públicas pode levar à radicalização democrática dos mecanismos de

Tal concepção de democracia, como visto no item 3.3.c, leva em conta a atuação de grupos de interesse para além das instituições que formam o núcleo do sistema político-jurídico, incluindo os processos informais de formação do poder comunicativo nas esferas públicas. A análise do problema da legitimidade democrática do conteúdo da regulação através do modelo de democracia deliberativa busca investigar, pois, a maneira como funciona a circulação de poder político juridicamente regulada e as formas pelas quais o poder comunicativo pode ser convertido em poder administrativo.

A partir do modelo habermasiano, é possível afirmar que problemas de legitimação numa dada sociedade podem surgir quando se verifica a existência de uma esfera pública pouco ativa ou quando há uma participação privilegiada de certos grupos políticos em detrimento de outros. Isso interessa a Mattos na medida em que “a esfera pública e as condições de atuação de atores relevantes na sociedade civil passam a ter um lugar privilegiado no modelo de análise da organização social”<sup>34</sup>. E, desse modo, a investigação das condições efetivas da participação pública através de consultas públicas e audiências públicas nos processos de tomada de decisão das agências reguladoras passa a constituir uma etapa fundamental para a avaliação de tais mecanismos como instrumentos de legitimação democrática das decisões das agências.

Vale dizer: as consultas públicas e audiências públicas se apresentariam como instrumentos potencialmente aptos a legitimar democraticamente a atuação das agências reguladoras, na medida em que fossem capazes de reproduzir, no processo decisório das agências reguladoras, um ambiente discursivo capaz de gerar resultados que possam ser considerados legítimos – racionais – pelos participantes. A discussão sobre a legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras deixa, assim, o campo da adequação jurídico-formal aos princípios da legalidade e da separação dos Poderes e passa a se concentrar nas

---

participação institucionalizados” (Ibid., loc. cit.). Desse modo, passam a integrar o modelo teórico de análise da legitimidade democrática “o modo como se dá o processo decisório sobre a definição do conteúdo da regulação, considerando os atores que participam de processos decisórios e os atores afetados pelas normas editadas, e a avaliação dos efeitos desses processos decisórios sobre os interesses que estão em jogo” (Ibid., pp. 245-246).

<sup>34</sup> Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador Brasileiro...*, p. 30.

condições efetivas de deliberação nos processos decisórios das agências por meio dos mecanismos institucionalizados de participação popular <sup>35</sup>.

Há, pois, uma aposta no sentido de que a teoria habermasiana forneceria os critérios necessários para se apontar obstáculos e potenciais democráticos no desenho institucional dos órgãos reguladores e nos procedimentos decisórios sobre o conteúdo da regulação. Isso tornaria possível aperfeiçoar os procedimentos administrativos, para que a ação regulatória do Estado fosse permeada pela participação pública através de processos de deliberação racional sobre o conteúdo das políticas que ingressarão no sistema jurídico por meio de normas. E, assim, poder-se-ia examinar, efetivamente, a legitimidade democrática da atuação normativa de uma agência reguladora <sup>36</sup>.

Para explorar de forma mais específica essa hipótese, Mattos analisa a estrutura institucional e o funcionamento de uma das agências reguladoras criadas no contexto da reforma do Estado da década de 1990, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL <sup>37</sup>. Inicialmente, o autor explicita, do ponto de vista do desenho institucional, as formas de controle da autonomia decisória da ANATEL, previstas na sua lei de criação (Lei Geral de Telecomunicações – LGT, Lei n. 9472/97) tanto no plano da separação dos poderes (*accountability* horizontal), como no plano da participação popular na Administração

---

<sup>35</sup> Para Mattos, Habermas amplia, pois, o debate sobre *accountability* da atuação da burocracia estatal (poder administrativo), na medida em que, a partir do seu modelo deliberativo de democracia, seria possível falar mecanismos de *accountability* vertical mediante participação pública direta. Ou seja, mecanismos de *accountability* vertical não limitados aos processos eleitorais. Assim, nas palavras de Mattos: “Ao falar em *accountability* vertical, estamos falando, a partir da noção de deliberação no modelo habermasiano de democracia, em condições de legitimidade dos processos decisórios e não apenas em *responsabilização* como controle *a posteriori* de resultados (em termos de eficiência da decisão ou dos efeitos produzidos). Entendo que essa ampliação do conceito de *accountability* é fundamental para compreender o potencial democrático dos mecanismos de participação pública – enquanto procedimentos que fazem parte do processo decisório sobre o conteúdo da regulação – introduzidos no modelo de agências reguladoras no Brasil” (Ibid., p. 202).

<sup>36</sup> Mattos assevera que a análise das condições de legitimidade do processo decisório sobre o conteúdo da regulação depende de um modelo capaz de dar conta de ambas as faces do Direito identificadas por Habermas: “a face sistêmica, que institucionaliza e garante direitos e procedimentos de participação pública; e a face que o torna meio comunicativo de demandas que nascem na *esfera pública* por meio da ação de grupos de interesse organizados na sociedade civil e que, mediante instrumentos de participação pública, podem ser internalizadas como conteúdo de normas no interior do sistema. Nesse segundo sentido, o Direito é parte constitutiva da *caixa de ressonância* que a esfera pública pode ser para tornar público o debate sobre questões relevantes em matéria de políticas públicas” (Ibid., p. 248).

<sup>37</sup> Segundo Mattos, tal estudo serve “como forma de avaliação do potencial democrático da ANATEL enquanto agência reguladora adotada no Brasil na década de 1990. Ao mesmo tempo, fornece elementos para pensar, desde uma perspectiva teórica da democracia procedimental, as condições de legitimidade democrática do conteúdo da regulação no contexto do novo Estado regulador no Brasil” (Ibid., p. 249).

(*accountability* vertical deliberativa). Num segundo momento, são apresentados os resultados de uma pesquisa empírica sobre o funcionamento das consultas públicas<sup>38</sup> realizadas nos processos decisórios da ANATEL, que busca avaliar, também, as condições de participação e deliberação nesses espaços públicos institucionalizados. O autor tem por objetivo identificar quem são os atores que fazem uso das consultas públicas para influenciar o processo normativo da ANATEL; quais são os tipos de interesse defendidos por esses atores ao participarem de consultas públicas; qual o nível de incorporação das propostas dos atores no conteúdo das normas editadas pela ANATEL; e se há ou não justificativas por parte da ANATEL para incorporar ou rejeitar as propostas<sup>39</sup>.

É dessa forma, portanto, que Mattos procura apontar os potenciais e os déficits democráticos do modelo de agências reguladoras dotadas de autonomia decisória, tendo como caso específico a ANATEL. Segundo o autor:

“(...) o estudo realizado no caso da ANATEL permite chegar a conclusões sobre (a) o grau de autonomia decisória da agência e as condições de controle democrático da atuação da agência no plano dos três poderes (*accountability horizontal*); (b) a efetividade dos mecanismos de participação pública no funcionamento da ANATEL em termos de condições de deliberação sobre o conteúdo da regulação (*mecanismos deliberativos de accountability vertical*); e (c) as condições de participação de grupos de interesse no processo de formulação do conteúdo da regulação (*condições de accountability deliberativa vertical na esfera pública*)”.<sup>40</sup>

Essas conclusões a que chega Mattos podem ser resumidas da seguinte maneira:

(a) Quanto aos mecanismos de *accountability* horizontal, o autor demonstra a existência de várias formas de controle da atuação da ANATEL pelos Poderes Executivo (Administração Pública direta), Legislativo e Judiciário. Em relação ao Poder Legislativo, as condições de controle estão ligadas, principalmente, aos mecanismos de prestação de contas das atividades do Conselho Diretor, que estão previstos tanto na LGT quanto na Constituição de 1988. A LGT também prevê que os indicados para o Conselho Diretor da ANATEL sejam aprovados pelo Senado Federal.

<sup>38</sup> A escolha de Mattos em pesquisar apenas as consultas públicas se justifica na medida em que “a consulta pública é o principal mecanismo de participação pública no processo decisório da ANATEL na definição do conteúdo da regulação. Isso porque está diretamente associado à função normativa da agência” (Ibid., p. 262), conforme disposto no art. 42 da Lei n. 9.472/97 (Lei geral de Telecomunicação – LGT).

<sup>39</sup> Ibid., p. 249.

<sup>40</sup> Ibid., loc. cit..

No que diz respeito ao controle judicial dos atos administrativos – inclusive os normativos – da ANATEL, Mattos indica que seria possível estabelecer uma relação entre as condições de deliberação sobre o conteúdo da regulação e os limites da revisão judicial, o que permitiria avaliar objetivamente o mérito das decisões administrativas da ANATEL. Isto é, sem substituir o conteúdo da regulação por sua decisão, o Poder Judiciário poderia invalidar as normas editadas por ausência ou insuficiência de justificativas racionais apresentadas sobre os motivos do conteúdo da regulação. Contudo, não é isso que se tem observado na prática. Com efeito, sob “o ‘dogma da discricionariedade administrativa’ e no ‘lugar-comum retórico’ que o conceito de interesse público representa em parte relevante da doutrina brasileira em matéria de direito público, o Judiciário acaba por ter o seu papel diminuído”<sup>41</sup> no controle do mérito dos atos administrativos.

Por fim, quanto ao controle da atuação da ANATEL pelo Poder Executivo, vários mecanismos de accountability horizontal também são previstos na legislação. Em primeiro lugar, há uma divisão de competências entre as matérias que dizem respeito à definição da política governamental de telecomunicações, atribuída à Administração Pública, e as matérias que cabem à ANATEL definir ou especificar na execução dessa política pré-definida pelo governo. Isso implica a necessidade de prestação de contas por parte da ANATEL à Administração direta quanto à execução da política governamental de telecomunicações, permitindo, inclusive, a possibilidade de demissão de membros do Conselho Diretor caso esta não estiver sendo cumprida. Além disso, o Presidente da República tem o poder de indicar os nomes dos integrantes do Conselho Diretor da ANATEL.

(b) Em relação aos mecanismos de participação popular da ANATEL (*mecanismos deliberativos de accountability vertical*), Mattos afirma que, do ponto de vista do seu desenho institucional, os mesmos permitem a deliberação pública sobre o conteúdo da regulação, tendo em vista que possibilitam que partes afetadas registrem seus argumentos nos processos decisórios da ANATEL<sup>42</sup>. As consultas públicas se destacam como mecanismos de *accountability* vertical mais relevante, pois, além de viabilizarem a deliberação acerca do conteúdo das normas a serem editadas e a defesas dos interesses das partes afetadas, sua realização é,

---

<sup>41</sup> Ibid., p. 288.

<sup>42</sup> Ibid., pp. 293-294.

segundo a LGT, obrigatória para o exercício de função normativa por parte da ANATEL. Os mecanismos da *audiência pública* e do *procedimento de denúncia ou reclamação*, embora sejam importantes para o controle da execução de políticas públicas definidas pela agência e para a resolução de conflitos, não são de realização obrigatória pela agência. No caso da denúncia, a iniciativa parte daqueles interessados na instauração de um processo administrativo. Já no caso da audiência pública, sua realização depende de juízo de conveniência do administrador<sup>43</sup>.

Porém, na prática, o desempenho de tais mecanismos na função de “controle substantivo” dos argumentos e justificativas apresentados à ANATEL nos processos analisados por Mattos apresenta algumas falhas que são entendidas pelo autor como “déficits democráticos procedimentais”. Isso porque a idéia de controle substantivo, segundo Mattos, se caracterizaria da seguinte maneira: (i) pela possibilidade de contraditório e amplo acesso (por intervalo de tempo definido) aos argumentos dos atores que se manifestam em consultas públicas, a fim de aumentar a discussão pública de motivos e efeitos almejados no conteúdo da regulação a ser definida; (ii) pela fundamentação das decisões do Conselho Diretor, explicando as razões da aceitação e da recusa dos argumentos contidos nas manifestações dos participantes; (iii) pela realização de audiências públicas conjuntamente com consultas públicas, gerando foros deliberativos durante o prazo em que a minuta do texto da norma a ser editada esteja em discussão<sup>44</sup>. Mas os resultados da pesquisa realizada por Mattos, considerando todas as consultas públicas realizadas na ANATEL, entre 1998 e 2003, sobre o tema “universalização de serviços de telecomunicações e questões correlatas”, demonstram, que: (i) somente em três das dez consultas públicas pesquisadas houve a possibilidade de contraditório e amplo acesso aos argumentos dos demais atores participantes; (ii) em apenas uma das consultas a ANATEL formalizou resposta aos atores que se manifestaram; e (iii) em apenas quatro consultas públicas o Conselho Diretor da ANATEL entendeu por bem realizar, também, audiência pública no processo de elaboração das normas regulatórias<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Ibid., pp. 294-295.

<sup>44</sup> Ibid., pp. 295-296.

<sup>45</sup> Ibid., loc. cit..

O controle substantivo dos procedimentos representa, para Mattos, um ideal a ser perseguido para o aperfeiçoamento democrático-institucional das agências reguladoras. Pois o cumprimento das três condições por ele elencadas, em última análise, tem por objetivo viabilizar um maior controle da atuação normativa das agências, não só em termos de *accountability* vertical como, também, de *accountability* horizontal.

(c) Quanto às condições de participação de grupos de interesse no processo de formulação do conteúdo da regulação, é possível afirmar que as consultas públicas da ANATEL têm sido efetivamente utilizadas não apenas por associações ou empresas de telecomunicações, mas também por outros atores sociais. E isso, segundo Mattos, por si só, “comprova que esse tipo de mecanismo de participação tem o potencial democrático de ampliar a participação de outros atores da sociedade civil na deliberação sobre o conteúdo da regulação, que não apenas aqueles que sempre fizeram parte da ‘tríplice aliança’ ou que tiveram acesso privilegiado aos ‘anéis burocráticos’ do Estado”<sup>46</sup>. Conclusão reforçada pelo fato de que interesses distintos daqueles das empresas reguladas são levados à ANATEL, embora, quantitativamente, o índice de representação destes nas propostas ventiladas nas consultas ainda seja predominante em face da representação daqueles.

Por outro lado, a *predominância quantitativa* das propostas que representam os interesses das empresas reguladas<sup>47</sup> não significa, necessariamente, *predominância de influência* dessas empresas sobre o processo decisório. Em primeiro lugar, porque não há uma contraposição obrigatória os interesses das empresas e os interesses classificados por Mattos como “difusos”<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Ibid., p. 298.

<sup>47</sup> “A categoria *interesse empresarial privado* é definida por demandas de alteração do texto das minutas de normas cujos argumentos e justificativas apresentados apontam para efeitos pretendidos que beneficiam as empresas atuantes no setor de telecomunicações ou em setores correlatos” (Ibid., p. 277).

<sup>48</sup> “A categoria de *interesses difusos* é definida por demandas que têm por base argumentos e justificativas para alteração de normas visando efeitos que beneficiam uma coletividade de atores. Defesa de direitos dos consumidores e do meio ambiente são exemplos típicos. Contudo, a defesa de direitos e interesses que possam beneficiar grupos coletivos mais restritos também se enquadram nessa categoria. É o caso dos interesses de portadores de deficiência física, de população de baixa renda ou sem renda, de população de determinadas regiões do país e de trabalhadores. Por sua vez, a defesa de direitos e interesses mais amplos, como a universalização de serviços (incluindo aqui a ampliação dos tipos de serviços com metas de universalização e dos setores a terem serviços universalizados), o desenvolvimento tecnológico nacional, a universalização de acesso a informações (incluindo setores específicos como saúde e educação), a

Em segundo lugar, porque, de acordo com o conceito habermasiano de democracia deliberativa – no qual Mattos se apóia –, mesmo quando “os interesses difusos defendidos contrariarem interesses empresariais privados (e vice-versa) é possível supor que a deliberação pública sobre as opções que estão em jogo crie pressão (política) para que uma decisão seja tomada pelo órgão regulador, sendo racionalmente justificada com base nos argumentos apresentados e efeitos almejados com a regulação a ser estabelecida”<sup>49</sup>. Em terceiro lugar, porque não existe discrepância entre os índices de incorporação de sugestões que veiculam interesses privados das empresas reguladas e de sugestões que representam interesses difusos – o índice de incorporação destas é, inclusive, superior ao daquelas.

Assim, o simples fato de propostas que representam interesses difusos conseguirem circular nos processos decisórios da ANATEL é suficiente, segundo Mattos, para indicar a existência de um potencial democrático contido no mecanismo das consultas públicas<sup>50</sup>.

Mattos destaca, ainda, outros resultados que chamam a atenção, como, por exemplo, o baixo índice de participação de associações de defesa do consumidor e de outros organismos não governamentais. Ressalva, porém, que as causas para isso podem ser variadas: falta de conhecimento desses mecanismos de participação; falta de recursos como tempo, dinheiro e informação; falta de confiança na efetividade do uso desses mecanismos na ANATEL etc. Uma das hipóteses que poderiam ser levantadas, segundo o autor, é a de que os déficits democráticos apontados no funcionamento desses mecanismos (especialmente a ausência de resposta formal às manifestações e a impossibilidade de contra-argumentação no processo) possam ter sido reconhecidos pelos representantes de interesses difusos, que, desse modo, teriam perdido a confiança na efetividade das consultas públicas<sup>51</sup>.

O último dado relevante diz respeito ao baixo índice geral de incorporação das propostas dos participantes das consultas públicas. O que também está aberto a diferentes hipóteses explicativas. Por exemplo, seria plausível cogitar, como faz

---

democratização de controle da aplicação de recursos na universalização de serviços, também foram incluídos na categoria de interesses difusos” (Ibid., loc. cit.).

<sup>49</sup> Ibid., p. 299.

<sup>50</sup> Ibid., loc. cit..

<sup>51</sup> Ibid., pp. 299-300.

Mattos, que a ANATEL não estaria assumindo seriamente a importância dos mecanismos de participação pública para sua atuação. E, se, caso testada, essa hipótese não fosse falsificada, isso significaria um déficit de legitimidade democrática na formulação do conteúdo da regulação<sup>52</sup>.

Em síntese, a conclusão geral a que chega Mattos é a de que “os mecanismos de participação pública adotados na ANATEL têm um potencial democrático”<sup>53</sup>, considerando o sentido que foi por ele atribuído a esse conceito com base na teoria deliberativa da democracia de Habermas e também as características da atividade regulatória do Estado brasileiro antes das reformas da década de 1990. Esse potencial democrático, porém, “não se realizou completamente ou pode não se realizar, tendo em vista os déficits democráticos apontados”<sup>54</sup>.

Nas próximas seções, apontarei, segundo meu entendimento, as vantagens analíticas da adoção da proposta teórica de Mattos para o tratamento do tema da legitimidade da atuação normativa das agências reguladoras brasileiras (2), bem como o que julgo serem os pontos problemáticos de tal proposta (3).

## 4.2

### Vantagens analíticas da proposta de Mattos

Não há dúvidas de que a proposta teórica de Mattos representa uma contribuição relevante para o debate sobre a legitimidade da atuação normativa das agências reguladoras brasileiras. A meu ver, trata-se, a rigor, da contribuição mais relevante já produzida no meio jurídico sobre o tema. Isso porque, por um lado, abre espaço para uma busca de parâmetros normativos para o conceito de legitimidade que estejam situados além dos limites formais dos textos normativos jurídicos. Por outro, procura testar tal conceito face à facticidade dos processos decisórios das agências reguladoras, operacionalizando-os através da construção de um modelo de análise empírica, a fim de produzir conhecimento capaz de explicar e atuar sobre a realidade.

---

<sup>52</sup> Ibid., p. 300.

<sup>53</sup> Ibid., loc. cit..

<sup>54</sup> Ibid., loc. cit..

Nesse sentido, Mattos evidencia – ao mesmo tempo em que busca superar – as insuficiências do padrão de pesquisa consolidado entre os juristas brasileiros sobre a questão da legitimidade do poder normativo das agências reguladoras. Os estudos que seguem a este padrão se limitam a uma análise estritamente jurídico-formal do tema, segundo a qual tanto a legitimidade quanto a ilegitimidade da atuação normativa das agências decorrem da “melhor” interpretação que se faça dos princípios constitucionais da legalidade e da separação dos poderes.

Mattos, ao contrário, parte do fato da inexorabilidade da regulação da economia pelo Estado nas sociedades capitalistas modernas através da atribuição crescente de funções normativas à Administração Pública. Isso faz com que tentativas de interpretação jurídicas “puras” dos princípios constitucionais da separação de Poderes e da legalidade, com base num paradigma liberal de democracia, mostrem-se, desde logo, inadequadas para a compreensão do problema.

Além disso, por meio da comparação entre os modelos institucionais do Estado brasileiro antes e depois das reformas da década de 1990, o autor demonstra que o desenho institucional do que denomina “novo Estado regulador” representa um ganho democrático em relação ao modelo de Estado anterior, principalmente em razão de prever mecanismos de participação da sociedade nas decisões da Administração Pública. Com isso, deixa claro que o foco das investigações sobre o tema deve estar em saber *se* e *como* esses mecanismos de participação pública podem, efetivamente, cumprir a função para a qual foram idealizados, isto é, de legitimar, democraticamente, a atividade de produção normativa da Administração Pública.

É com esse objetivo que Mattos investiga a estrutura institucional da ANATEL e o funcionamento das consultas públicas por ela realizadas. Sua aposta é a de que, com base no conceito de democracia deliberativa, seria possível construir um modelo de análise capaz de apontar déficits e potenciais democráticos nos processos de produção normativa dessa entidade.

A meu ver, esta última etapa da elaboração de sua proposta, por seu caráter inovador e ousado, merece ser colocada à prova através da problematização de seus próprios pressupostos. Na próxima seção, pretendo, pois, questionar três aspectos da apropriação da teoria de Habermas por Mattos para a construção de

seu modelo de análise acerca da estrutura institucional e funcionamento da ANATEL.

### 4.3

#### **Aspectos problemáticos da proposta de Mattos**

As críticas que pretendo explorar foram formuladas a partir das proposições de Mattos sobre as características necessárias a “um modelo de análise que dê conta da complexidade das relações sociais próprias do fenômeno do Estado regulador”<sup>55</sup>. Segundo o autor, tal modelo deve: (a) ser capaz de avaliar o desenho institucional de órgãos reguladores e sua relação com os três Poderes do Estado para além de uma concepção liberal de democracia; (b) permitir uma avaliação dos procedimentos de controle democrático e de participação pública institucionalizados para tomada de decisão sobre o conteúdo da regulação; (c) ser capaz de avaliar as condições de participação na esfera pública brasileira<sup>56</sup>. Mattos assume que a teoria discursiva do Direito e da democracia de Habermas seria capaz de informar, normativamente, a construção de um modelo de análise que reunisse essas três características.

Com base nisso, questionarei até que ponto: (a) o modelo deliberativo de democracia de Habermas pode ser utilizado para se avaliar o desenho institucional das agências reguladoras e sua relação com os três Poderes do Estado; (b) o conceito de legitimidade sustentado por Habermas pode ser operacionalizado empiricamente para avaliar os processos decisórios das agências reguladoras; (c) o conceito habermasiano de esfera pública dá conta da realidade política brasileira.

#### 4.3.1

#### **Legitimação democrática, separação dos poderes e participação popular**

Mattos reconhece que a atividade regulatória do Estado tem como base, em grande medida, o aumento da delegação da função legislativa por parte do Poder Legislativo ao Poder Executivo. O que pode ser explicado em razão da

---

<sup>55</sup> Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador...*, p. 27.

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 27-28.

crescente complexidade das relações sociais nas sociedades capitalistas contemporâneas. Essa delegação legislativa, porém, é objeto de críticas que têm como fundamento uma concepção liberal do princípio da separação dos Poderes do Estado. No caso específico das agências reguladoras, essas críticas são fortalecidas pelo fato de que as decisões tomadas pelos dirigentes que compõem os Conselhos Diretores dessas entidades, e não são eleitos pelo voto popular, quanto ao conteúdo das normas de regulação por elas elaboradas, não podem ser revistas pelo chefe do Poder Executivo, democraticamente eleito, e, ainda, pela relativa estabilidade de que gozam tais dirigentes em seus cargos durante o cumprimento de seus mandatos.

Para responder a esse tipo de crítica, Mattos se apóia na concepção habermasiana de democracia deliberativa, segundo a qual, nas sociedades capitalistas contemporâneas, a soberania popular é procedimentalizada<sup>57</sup>, devendo ser interpretada de modo intersubjetivista<sup>58</sup>. O conceito de democracia deliberativa pressupõe, pois, a imagem de uma sociedade descentrada<sup>59</sup>, e não centralizada no Estado, o que implica um deslocamento da fonte de legitimação do poder administrativo: se, de uma perspectiva liberal, o centro do qual emana o poder político legítimo está localizado no parlamento, da concepção deliberativa de democracia, o poder político legítimo surge, sob a forma de poder comunicativo, através dos procedimentos informais de deliberação dos atores da sociedade civil na esfera pública.

---

<sup>57</sup> “A soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente. Para sermos mais precisos: esse poder resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente, as quais encontram, por seu turno, uma base nas associações de uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado como da economia” (Ibid. p. 24).

<sup>58</sup> “A identidade da comunidade jurídica que se organiza a si mesma é absorvida pelas formas de comunicação destituídas de sujeito, as quais regulam de tal modo a corrente da formação discursiva da opinião e da vontade, que seus resultados falíveis têm a seu favor a suposição da racionalidade” (Ibid. loc. cit.).

<sup>59</sup> “A teoria do discurso conta com a *intersubjetividade* de processos de entendimento, situada num *nível superior*, os quais se realizam através de procedimentos democráticos ou na rede comunicacional de esferas públicas políticas. Essas comunicações destituídas de sujeito - que acontecem dentro e fora do complexo parlamentar e de suas corporações - formam arenas nas quais pode acontecer uma formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de matérias relevantes para toda a sociedade e necessidades de regulamentação. O fluxo comunicacional que serpeia entre formação pública da vontade, decisões institucionalizadas e deliberações legislativas, garante a transformação do poder produzido comunicativamente, e da influência adquirida através da publicidade, em poder aplicável administrativamente pelo caminho da legislação” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. II...*, pp. 21-22).

Assim, é com base nessa idéia – qual seja, a de que a legitimidade surge do poder comunicativo gerado nos procedimentos deliberativos, que remetem, em última análise, a formas de comunicação destituídas de sujeito, que acontecem tanto dentro do parlamento, quanto fora dele, na rede comunicacional de esferas públicas políticas – que Mattos entende ser possível superar as críticas dirigidas à legitimidade da atuação normativa das agências reguladoras que têm por fundamento uma concepção liberal de democracia.

De fato, tais críticas se encontram ainda muito atreladas a uma noção de separação dos Poderes na qual a soberania popular, fonte da legitimação do poder estatal, é representada de forma monopolística pelo parlamento, o que subestima a capacidade de autodeterminação democrática das pessoas que deliberam nas esferas públicas informais, isto é, sua capacidade de influenciar uma formação política racional da vontade. Para a teoria deliberativa da democracia, no entanto, “a lógica da divisão dos poderes só faz sentido se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retro-ligação do poder administrativo ao comunicativo”<sup>60</sup>. Ou seja, os cidadãos politicamente autônomos têm que poder se considerar autores do Direito ao qual obedecem enquanto sujeitos privados.

Porém, ao se concentrar na dimensão deliberativo-procedimental do modelo habermasiano de legitimação democrática, Mattos deixa de explicitar pontos importantes do raciocínio de Habermas e subestima a importância que as corporações parlamentares – o Poder Legislativo – exercem na teoria discursiva do Direito e da democracia.

Normativamente, o modelo habermasiano de política deliberativa pressupõe diferenciações de tipos de argumentos e discursos inerentes ao processo de formação da opinião e da vontade política, que estão diretamente ligadas à reconstrução discursiva das instituições do Estado de Direito moderno – ver item 3.3.b. Nesse aspecto, vale aprofundar um pouco mais as implicações dessa idéia para a noção de separação dos Poderes, que introduzi no item 3.3.b.

A reconstrução discursiva da auto-compreensão do Estado de Direito moderno, empreendida por Habermas nos capítulos 3 e 4 de *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, nada mais é, em última análise, do que a

---

<sup>60</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 233.

reconstrução da auto-compreensão normativa do modelo liberal de Estado, isto é, das representações normativas reconhecidas sobre direitos individuais e instituições político-jurídicas resultantes da tradição do pensamento iluminista no qual se funda a modernidade. E a idéia de separação dos Poderes, segundo a concepção liberal clássica, é explicada através da seguinte diferenciação das funções do Estado: “enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução”<sup>61</sup>.

Mas, para Habermas, a separação dos Poderes do Estado de Direito moderno não pode ser explicada suficientemente a partir da experiência concreta do Estado liberal<sup>62</sup>. Daí porque propõe ele uma análise dos princípios do Estado de Direito na qual os mesmos não estejam vinculados à qualquer ordem jurídica histórica e nem a uma *forma concreta de institucionalização*. Nesse sentido, o fato de se reconhecer a separação abstrata de três funções do Estado não quer dizer que, no plano institucional, tais funções sejam concretizadas num igual número de organizações<sup>63</sup>. Pelo contrário, Habermas deixa claro que os princípios do Estado de Direito, dentre eles o da legalidade e controle judicial e parlamentar da administração – que esclarece o sentido nuclear da separação dos Poderes<sup>64</sup> –, quando concretizados no nível organizatório das instituições políticas ou do processo político, assumem diferentes formas. E, desse modo, o fato de que uma determinada organização institucional concreta não obedeça ao esquema clássico da separação dos Poderes não quer dizer, necessariamente, que ela seja contrária à idéia de separação dos Poderes<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 232.

<sup>62</sup> Segundo Habermas, a concepção liberal da separação dos Poderes do Estado se apóia numa interpretação estreita do conceito de lei, que perde de vista sua gênese democrática: “Ela caracteriza a lei através de princípios semânticos gerais e abstratos e considera preenchido o princípio da legalidade da administração, quando a execução administrativa se limitar rigorosamente a uma concretização do conteúdo normativo geral, de modo adequado às circunstâncias. Na linha dessa interpretação, a lei não deve a sua legitimidade ao processo democrático, mas à sua forma gramatical. O encurtamento semântico propõe uma interpretação da divisão de poderes, seguindo uma lógica de subsunção. Segundo esta linha, a ligação do legislativo à constituição e a ligação do executivo à lei medir-se-ia pela subordinação lógica dos conteúdos normativos mais específicos aos mais gerais: medidas, estatutos e decretos têm que subsumir-se à lei, do mesmo modo que as leis simples se subordinam à norma constitucional”. (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 236).

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 237.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 216.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 240, nota de rodapé n. 63.

Na verdade, a avaliação das formas concretas de institucionalização de princípios que informam a idéia de separação dos poderes, demanda que se assumam o ponto de vista abstrato de análise da utilização dos diferentes tipos de argumentos, bem como das correspondentes formas de comunicação que esses tipos de argumentos comportam. “O olhar tem que se dirigir mais aos discursos e negociações nos quais se forma a vontade do legislador e ao potencial de argumentos pelos quais as leis se legitimam”<sup>66</sup>.

Desse modo, na perspectiva da teoria do discurso, as funções da produção de leis, da Justiça e da administração podem ser diferenciadas de acordo com as formas de comunicação e potenciais de argumentos correspondentes<sup>67</sup>. Em resumo, leis regulam a transformação do poder comunicativo em administrativo, na medida em que: i) são elaboradas de acordo com um processo democrático; ii) fundamentam uma abrangente proteção legal garantida por uma Justiça independente; e iii) *subtraem* da administração implementadora o tipo de argumentos normativos que sustentam as decisões legislativas e judiciais<sup>68</sup>. Segundo Habermas:

“Esses argumentos normativos fazem parte de um universo no qual o legislativo e a jurisprudência distribuem entre si o trabalho de fundamentação das normas e o da sua aplicação. Uma administração limitada a discursos pragmáticos não pode mover nada *nesse* universo com contribuições próprias; ao mesmo tempo, ela extrai dele as premissas normativas que ela precisa colocar na base de suas próprias decisões teleológicas informadas empiricamente”<sup>69</sup>.

Ou seja, “do ponto de vista da lógica da argumentação, a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da *distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos* e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos”<sup>70</sup>.

E, de acordo com essa idéia, “somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações equitativas, isso porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas”<sup>71</sup>. A administração não constrói (função do legislador), nem reconstrói (função da

---

<sup>66</sup> Ibid., p. 238.

<sup>67</sup> Ibid., loc. cit..

<sup>68</sup> Ibid., loc. cit..

<sup>69</sup> Ibid., pp. 238-239.

<sup>70</sup> Ibid., p. 239.

<sup>71</sup> Ibid. loc. cit..

Justiça), argumentos normativos. As leis vinculam a persecução de fins coletivos a premissas normativas nelas estabelecidas, de modo que a atividade administrativa se restringe a escolhas entre tecnologias e estratégias de ação, no horizonte da racionalidade pragmática <sup>72</sup>.

Assim, a atuação administrativa elabora o conteúdo teleológico do direito vigente, enquanto este confere forma de lei a políticas e dirige a realização administrativa de fins coletivos. Somente dessa maneira, a idéia da separação funcional dos Poderes pode garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retro-ligação do poder administrativo ao comunicativo, e os cidadãos politicamente autônomos podem se considerar autores do Direito ao qual obedecem enquanto sujeitos privados.

Dois elementos que decorrem da idéia de separação de Poderes e que, segundo Habermas, contribuem para a primazia da legislação democrática são “a autorização do pessoal dirigente através dos eleitores, em votações gerais” e, especialmente, “o princípio de conformidade à lei, de uma administração que deve estar submetida ao controle parlamentar e judicial” <sup>73</sup>. Ocorre, porém, que, como visto, no caso das agências reguladoras, os dirigentes não são eleitos e nem estão sujeitos à *accountability* eleitoral. E, além disso, dado que Poder Legislativo elabora leis cada vez mais gerais, é bastante amplo o espaço discricionário de decisão das agências, o que dificulta o controle judicial <sup>74</sup>. Vale dizer, quando o Congresso atribui às agências reguladoras, por meio de leis como a LGT, a de petróleo (Lei n. 9.478/97), de energia elétrica (Lei n. 9.427/96), planos de saúde (Lei n. 9.961/00) etc., a capacidade de decidir entre, de um lado, a necessidade de universalização dos serviços de telecomunicação, eletricidade, preço acessível de combustíveis e de

<sup>72</sup> Ibid., loc. cit..

<sup>73</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. I...*, p. 234. Note-se que, segundo Habermas: “Essa ligação da administração à lei não pode ser confundida com uma outra espécie de mecanismo limitador do poder. A divisão regional e funcional do poder administrativo numa administração estruturada de modo federativo, bem como a subdivisão do executivo em administrações especiais e universais seguem o modelo de ‘*checks and balances*’ - da distribuição do poder no interior de uma divisão funcional de poderes, já realizada. Esta distribuição do poder administrativo está acoplada apenas indiretamente à lógica da divisão de poderes, a saber, na medida em que a descentralização do aparelho administrativo tem efeitos de bloqueio, de retardamento e de moderação, que abrem a administração em geral a controles externos” (Ibid., p. 234-235).

<sup>74</sup> Segundo Habermas, o esquema liberal clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade frente ao surgimento, no Estado Social, de leis que não veiculam programas condicionais, mas sim programas finalísticos. Essas leis “contêm cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados ou concretos, finalidades que servem de medida, que abrem à administração um amplo espaço de opinião”. E “uma administração planejadora, executora e configuradora não pode mais restringir-se à implementação técnica de normas gerais e suficientemente determinadas, sem levar em conta questões normativas” (Ibid., p. 236-237).

planos de saúde etc., e, de outro, a necessidade de gerar empregos, atrair investimentos e fomentar o crescimento econômico, parece claro que os administradores devem fazer escolhas valorativas que não se enquadram na idéia de competência exclusivamente técnica ou profissional.

Ora, isso certamente não se enquadra na descrição ideal – resultado da reconstrução proposta por Habermas – de uma Administração Pública cuja atuação é informada, exclusivamente, pela racionalidade teleológica e pautada por argumentos normativos – externos a ela – estabelecidos através do desempenho das funções de fundamentação e aplicação da lei por parte do legislador e da Justiça. Habermas reconhece que, na medida em que a implementação de leis finalísticas sobrecarrega a administração com tarefas relacionadas com o aprimoramento do Direito e com a aplicação da lei, a base de legitimação clássica das estruturas administrativas não é mais suficiente<sup>75</sup>. No entanto, o autor afirma que, nesses casos, “a lógica da divisão dos poderes precisa ser realizada em estruturas modificadas – por exemplo, através da introdução de formas de comunicação e de participação correspondentes ou através do estabelecimento de processos judiciais ou parlamentares, de processos da formação de compromissos, etc.”<sup>76</sup>.

Note-se que o foco do problema, para Habermas, não está, em si, na assunção da função de produção de normas pela Administração Pública, mas no fato de que, no desempenho de tal função, “se lança mão, em larga escala e a qualquer hora, de argumentos normativos, os quais, segundo o esquema clássico da separação entre os poderes, estavam reservados à justiça e ao legislador parlamentar”<sup>77</sup>. Assim, diante de “uma *administração* sobrecarregada com tarefas de regulação, a qual não pode mais limitar-se a executar leis de modo normativamente neutro e competente, no quadro de atribuições normativas

---

<sup>75</sup> “Com o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado, modifica-se a necessidade de legitimação, quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser carregado pela gênese democrática do direito. A *quantidade* de programas políticos pode, inclusive, sobrecarregar o *medium* do direito, quando o processo político fere as condições procedimentais de normatizações legítimas, diferenciadas nos princípios do Estado de direito, em última instância, quando atinge o processo democrático da estruturação política autônoma do sistema de direitos (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol II...*, p. 171).”

<sup>76</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol I...*, pp. 239-240.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 182.

claras”<sup>78</sup>, Habermas propõe que se pense em mecanismos institucionais que viabilizem discursos envolvendo a fundamentação e a aplicação de normas – os quais extrapolam o quadro profissional de um preenchimento pragmático de tarefas – e sejam capazes de fazer com que se possa tratar, racionalmente, no âmbito administrativo, de questões que envolvem o escalonamento dos bens coletivos, a escolha entre fins concorrentes e a avaliação normativa de casos particulares. Ou seja, “uma vez que a administração, ao implementar programas de leis abertos, não pode abster-se de lançar mão de argumentos normativos, ela tem que desenvolver-se através de formas de comunicação e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimação do Estado de direito”<sup>79</sup>.

Habermas, no entanto, não especifica quais seriam esses mecanismos e nem desenvolve, de forma suficiente, de que maneira eles se integrariam às demais instituições do Estado de Direito. Ao contrário, o autor problematiza ainda mais a questão, como se percebe no trecho abaixo:

“(…) é necessário perguntar se tal ‘democratização’ da administração – que ultrapassa o simples dever de informar e que complementou o controle parlamentar e judicial da administração a partir de dentro – implica apenas a participação decisória de envolvidos, a ativação de *ombudsmen*, de processos análogos ao tribunal, de interrogatórios, etc., ou se implica, além disso, outros tipos de arranjo num domínio tão suscetível a estorvos e onde a eficiência conta tanto”.<sup>80</sup>

Assim, embora reconheça a necessidade de, ante a sobrecarga do sistema político-jurídico nas sociedades capitalistas contemporâneas, se pensar novas formas institucionais para que seja preservada a ligação entre o poder administrativo e o poder comunicativo nessas sociedades, Habermas deixa claro que essa inovação, na prática, “é questão de um jogo que envolve tanto a fantasia institucional, como a experimentação cuidadosa”<sup>81</sup>. Portanto, se, no plano abstrato da teoria do discurso, essas práticas de participação pública poderiam ser entendidas como processos destinados à legitimação das decisões administrativas, capazes de substituir a atuação do legislador ou da Justiça no tratamento de questões que envolvem argumentos normativos, quando trazidas para o plano real, a operacionalização dessa idéia em formas institucionais concretas exige o enfrentamento de novos problemas.

---

<sup>78</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol II...*, p. 184.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>80</sup> *Ibid.*, pp. 184-185.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 184.

Isso porque, o estabelecimento de um ambiente discursivo através dos mecanismos de participação pública exige que o Estado exerça funções que o modelo normativo de Habermas não admite. Práticas comuns no Direito regulatório contemporâneo, como, por exemplo, a auto-regulação das empresas, a mediação e a conciliação, parecem não se enquadrar no princípio da separação entre Estado e sociedade civil. Nelas há uma “horizontalização” da relação do Estado com os atores da sociedade civil que, por sua vez, assumem poderes ligados à decisão e à implementação de normas, e não apenas à capacidade de influenciar indiretamente as decisões do sistema político.

Ademais, não custa lembrar que há diferenças significativas, diretamente ligadas à questão da representatividade e, por conseguinte, da legitimidade democrática, entre os processos decisórios que se desenvolvem nas corporações parlamentares e aqueles que se desenrolam nas agências reguladoras. Habermas entende que, organizatoriamente, o princípio que mantém a divisão entre Estado e sociedade civil e que impede uma intervenção direta do poder social no poder administrativo “encontra sua expressão no princípio da responsabilidade democrática de detentores de cargos políticos em relação aos eleitores e aos parlamentos”<sup>82</sup>. Vale dizer: “Deputados têm que se expor periodicamente a novas eleições; a responsabilidade do governo e os parlamentares para com suas próprias decisões e para com os serviços públicos dependentes de suas diretrizes correspondem aos direitos de controle e de exoneração da representação popular”.

Sabe-se que os parlamentares são eleitos pelo povo; estão sujeitos à *accountability* eleitoral; e os resultados dos processos deliberativos determinam a decisão a ser tomada pelo Poder Legislativo. Já em relação às agências reguladoras, tem-se que, embora o formato institucional não seja sempre o mesmo em todas as agências, o Conselho Diretor de cada uma dessas entidades é composto por membros não-eleitos; que, portanto, não estão sujeitos à *accountability* eleitoral – nem mesmo pela via indireta, na medida em que não podem ser exonerados *ad nutum* pelo chefe do Poder Executivo durante o mandato –; e cujas decisões não estão, de forma alguma, vinculadas aos resultados dos processos deliberativos ocorridos através dos mecanismos de participação institucionalizados pelas leis de criação das agências reguladoras.

---

<sup>82</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol I...*, p. 219.

Isto posto, não é óbvia – e muito menos trivial – a aplicação das idéias ultra-abstratas que sustentam o paradigma procedimentalista do Direito à concretude das instituições do Estado Regulador brasileiro, como as agências reguladoras. Mesmo porque, a rigor, o projeto teórico de reconstrução discursiva desenvolvido por Habermas em *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade* se apóia na auto-compreensão normativa da experiência institucional concreta do Estado liberal. E, em tal contexto, a possibilidade de criação de mecanismos institucionais de participação popular nas decisões da administração surge como uma medida “compensatória” de um modelo normativo de Estado que não consegue mais dar conta dos problemas que se lhe apresentam nas sociedades capitalistas contemporâneas. Dito de outro modo, do ponto de vista da auto-compreensão normativa da sociedade, tais mecanismos continuam a ser considerados como paliativos para um funcionamento “patológico” da Administração.

O reconhecimento dos mecanismos de participação pública como instrumentos integrantes do sistema político-jurídico, aptos a legitimar democraticamente – ou, nas palavras de Mattos, dotados de um “potencial democrático” – as decisões da administração que envolvem argumentos normativos, depende, assim, de uma reconstrução desses arranjos institucionais à luz da teoria do discurso, o que, no Brasil, ainda não foi feito <sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> Para uma tentativa de operacionalização do paradigma procedimentalista habermasiano nos ambientes regulatórios desenvolvida no contexto europeu, ver: BLACK, Julia. *Procedimentalizando a Regulação: Parte I*; e *Procedimentalizando a Regulação: Parte II*. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Europeu...*, pp. 141-203. O trabalho de Black é capaz de fornecer uma pequena amostra do quão complexo é pensar, a partir da Teoria de Habermas, os espaços de participação popular institucionalizados nas agências reguladoras como instrumentos capazes de democratizar e legitimar a atuação dessas entidades e, conseqüentemente, superar as questões constitucionais contrapostas à sua atuação. A autora inglesa procura desenvolver um modelo de procedimentalização “em sentido amplo” a partir da teoria da democracia deliberativa de Habermas. Mas, para tanto, entende serem necessárias modificações em dois importantes aspectos, que, no entanto, permanecem em aberto: “Em primeiro lugar, argumenta-se que a demanda por deliberação não é suficiente, pois ainda que todos os deliberantes possam ser reunidos, existe a probabilidade de a comunicação ser bloqueada pela diferença: diferença nos modos do discurso, nas técnicas do argumento, na linguagem e demandas de validade. O discurso, portanto, pode precisar ser mediado por meio da adoção de estratégias de tradução, mapeamento e resolução de disputas. Se os reguladores podem ou devem assumir esse papel de mediação permanece, porém, uma questão aberta. Em segundo lugar, argumenta-se que as formas deliberativas de formação e regulação de políticas são compatíveis com arranjos mais pluralistas e poliárquicos do que Habermas permite. Tais arranjos precisam ser adotados para que a procedimentalização ‘em sentido amplo’ se torne operativa (Cf. BLACK, ob. cit., p. 167).

### 4.3.2

#### Legitimidade e circulação do poder político: rotina e crise

A segunda crítica direcionada à proposta de Mattos diz respeito à sua tentativa de operacionalizar, empiricamente, o conceito de legitimidade proposto por Habermas em *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, com o objetivo investigar a existência do que denomina “potencial democrático” nas consultas públicas da ANATEL. A hipótese de Mattos é a de que as consultas públicas se apresentariam como instrumentos potencialmente aptos a legitimar democraticamente a atuação das agências reguladoras, na medida em que fossem capazes de reproduzir, no processo decisório das agências reguladoras, um ambiente discursivo capaz de gerar resultados que possam ser considerados legítimos pelos participantes.

Mattos define duas dimensões a partir das quais procura investigar o potencial democrático das consultas públicas. Primeiro, pretende avaliar em que medida as consultas públicas, como mecanismos de participação popular institucionalizados nos processos decisórios das agências reguladoras, cumprem a função – que por ele lhes é atribuída<sup>84</sup> – de “controle substantivo”, isto é, de “meios de controle democrático e de deliberação pública sobre questões relevantes de ordem política, que estão na base da escolha de técnicas administrativas para regular a economia e a vida social”<sup>85</sup>. Essa avaliação quanto ao controle substantivo dos argumentos e justificativas apresentados pelos participantes nos processos deliberativos sobre o conteúdo das políticas que ingressarão no sistema jurídico por meio de normas regulatórias editadas pelas agências serve de medida para se identificar potenciais e déficits democráticos na *dimensão institucional* desses mecanismos de participação popular. E, como visto, Mattos escolhe três indicadores para operacionalizar sua análise no plano institucional: (i) a possibilidade de contraditório e amplo acesso (por intervalo de tempo definido) aos argumentos dos atores que se manifestam em consultas

---

<sup>84</sup> Suponho, aqui, como condição para prosseguir na análise da proposta de Mattos, que a problemática etapa de institucionalização de espaços de participação popular nos processos de tomada de decisão das agências reguladoras de acordo com a teoria discursiva do Direito e da democracia de Habermas – mencionada no item anterior – foi ultrapassada com sucesso, de modo que seria possível assumir tais mecanismos participativos como instrumentos aptos a legitimar as decisões normativas das agências reguladoras.

<sup>85</sup> Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador...*, p. 28.

públicas; (ii) a fundamentação das decisões do Conselho Diretor; (iii) a realização de audiências públicas conjuntamente com consultas públicas<sup>86</sup>.

A outra dimensão do conceito de potencial democrático avaliada por Mattos diz respeito às *condições efetivas de participação* nas consultas públicas. Nela o autor define como indicadores os dados referentes a quem participa das consultas públicas, quais são os temas levantados por tais atores em suas sugestões e qual o grau de incorporação das mesmas às normas que são editadas pela ANATEL.

Na dimensão institucional, os indicadores escolhidos são adequados para apontar – como, de fato, o fazem – dificuldades na incorporação de pressupostos comunicativos formais mínimos – sem os quais não se pode falar em deliberação do ponto de vista da teoria do discurso – nos procedimentos das consultas públicas. Porém, na dimensão referente às condições efetivas de participação nas consultas públicas, a metodologia escolhida por Mattos não me parece adequada para avaliar, com base no conceito de legitimidade habermasiano, o potencial democrático das consultas públicas realizadas pela ANATEL. Isso porque, como demonstrado no item 3.3.c, o conceito de legitimidade proposto por Habermas, com base no modelo de circulação do poder político de Peters, não se presta a uma análise empírica em circunstâncias de normalidade.

É certo que, como visto, no modelo de reprodução social pensado por Habermas em *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, o sistema político-jurídico se diferencia nas sociedades modernas como sistema responsável pelo processamento e solução reflexiva dos problemas de integração que não foram solucionados espontaneamente em outros âmbitos sociais. E, nos termos do modelo normativo de Estado de Direito construído com base na teoria do discurso, o sistema político-jurídico deve operar aberto para os impulsos de poder comunicativo produzidos pela sociedade civil nas esferas públicas, de modo que os mesmos possam influenciar os processos de tomada de decisões coletivamente vinculantes<sup>87</sup>.

Contudo, Habermas reconhece o fato de que, dada a complexidade dos problemas de integração das sociedades capitalistas contemporâneas e a sobrecarga cognitiva por eles gerada, o sistema político-jurídico, em sua rotina,

---

<sup>86</sup> Ibid., pp. 295-296.

<sup>87</sup> Cf. SCHUARTZ, ob. cit., p. 288.

opera em sentido inverso ao devido. E ele procura equacionar esse obstáculo oposto pela realidade ao seu modelo por meio de uma “deflação de expectativas”, segundo a qual assume, como suficiente, do ponto de vista normativo, que o sistema político-jurídico opere no sentido ideal “apenas – porém, nestes casos, invariavelmente – nas situações críticas, quando estiver em perigo a solução de problemas relativos à integração social da sociedade na ‘última instância’ das instituições político-jurídicas”<sup>88</sup>.

Por isso, com base no conceito de legitimidade de Habermas, não é possível medir, empiricamente, o potencial de legitimação de um órgão do sistema político-jurídico – no caso, a ANATEL – durante a rotina de seu funcionamento. A verificação da existência ou não de um potencial democrático nos mecanismos de participação pública depende, justamente, de que seja possível caracterizar, empiricamente, um momento de “crise”, isto é, uma situação na qual, em função do descompasso entre as decisões do sistema político e a opinião discursivamente gerada na esfera pública política, a própria integração da sociedade estiver ameaçada. Diante de tal circunstância, se, através dos mecanismos de participação popular, a sociedade civil conseguisse influenciar o Conselho Diretor da ANATEL – como órgão do sistema político-jurídico – na tomada de suas decisões, de modo a adequá-las à opinião e vontade políticas produzidas comunicativamente na esfera pública – estabelecendo, portanto, o fluxo ideal do poder político –, poder-se-ia dizer que a atuação da agência, como um todo, é legítima. Mas, enquanto essa situação de crise não é demonstrada, não é possível investigar o potencial democrático das consultas públicas da ANATEL.

O que não implica dizer, entretanto, que a pesquisa de Mattos não tem utilidade. Muito pelo contrário. Ela fornece dados extremamente relevantes para um mapeamento – descritivo – do funcionamento das consultas públicas da ANATEL, permitindo, assim, que sejam levantadas novas hipóteses para estudos futuros. Porém, com base nela, não é possível afirmar a existência ou não de potencial democrático – tal qual definido por Mattos – nessas consultas públicas.

Na verdade, quanto à dimensão referente às condições de participação nas consultas públicas, os números não permitem que se chegue a qualquer conclusão segura. Não é possível saber, por exemplo, se o baixo nível de incorporação das

---

<sup>88</sup> Ibid., p. 289.

sugestões ventiladas nas consultas públicas às normas editadas pela ANATEL, verificado na pesquisa de Mattos, é um reflexo do exercício de poder social antidemocrático por atores da sociedade civil ou se, ao contrário, reflete de maneira fiel a opinião e a vontade política legítima formada na esfera pública informal <sup>89</sup>. Por outro lado, verificar que é grande a participação de atores não ligados às empresas reguladas nas consultas públicas e que nelas é grande a circulação de debates relativos a interesses difusos também não é suficiente para se poder concluir, com segurança, sobre a existência ou não de um potencial democrático. Isso porque – como será sustentado no próximo item – a grande barreira à retro-ligação do poder administrativo ao poder comunicativo gerado na esfera pública no Brasil parece estar relacionada não à possibilidade de participação, mas à capacidade de influenciar as decisões do sistema político-jurídico.

Ou seja, em última análise, dado que o conceito de potencial democrático depende da dimensão relativa às condições de participação nas consultas públicas, o modelo de Mattos não é adequado para testar a hipótese por ele formulada. A meu ver, a dificuldade para a operacionalização da idéia de legitimidade de Habermas está ligada, principalmente, ao nível de abstração no qual o autor desenvolve sua teoria. Habermas está preocupado com a legitimidade da ordem jurídica e do poder estatal como um todo, e não com a legitimidade de cada decisão resultante de cada processo decisório. A construção de um modelo empírico teria, pois, que levar isso em conta. Teria, primeiro, que operacionalizar o conceito de “situação de crise”, a fim de demonstrar sua ocorrência. Depois, pensar em indicadores capazes de apontar se, por conta da crise acusada pelos sensores da esfera pública, a agência reguladora, através do mecanismo da consulta pública, leva em conta os influxos de poder comunicativo originários da

---

<sup>89</sup> “Coloca-se a questão de saber até que ponto a facticidade social desses inevitáveis momentos de inércia constitui um ponto de cristalização para complexos de poder *ilegítimos*, independentes do processo democrático, mesmo quando a facticidade social já foi considerada na estrutura formal e organizacional de instituições e constituições do Estado de direito. Levanta-se o problema da inserção imperceptível do poder – que se concentra nos sistemas sociais funcionais, nas grandes organizações e nas administrações estatais – na base sistêmica do fluxo do poder regulado por normas e o problema da eficácia da intervenção do fluxo *não-oficial* desse poder não legitimado no circuito do poder regulado pelo Estado de direito” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Democracia e Direito entre Facticidade e Validade* – vol. II..., p. 56).

participação dos atores da sociedade civil em processos deliberativo-discursivos institucionalizados por meio das consultas públicas em suas decisões futuras<sup>90</sup>.

### 4.3.3

#### O conceito de esfera pública no Brasil

A última crítica dirigida à contribuição de Mattos diz respeito ao modo como o autor se apropria do conceito discursivo de esfera pública<sup>91</sup>, proposto por Habermas, para analisar um tema que se insere no contexto particular da realidade política brasileira. Embora assuma de forma explícita essa opção metodológica<sup>92</sup>, Mattos não se aprofunda na explicação das razões e, principalmente, das implicações dessa escolha, passando ao largo do debate existente entre autores que adotam o modelo deliberativo de esfera pública no Brasil, no qual se destaca a divergência quanto à necessidade ou não de se alterar tal modelo para que o mesmo possa dar conta dos problemas característicos do cenário sócio-político brasileiro.

De uma perspectiva mais ampla, é possível afirmar que o desenvolvimento do modelo discursivo de esfera pública habermasiano se insere nos debates em torno da necessidade de reformulação, em face do intervencionismo estatal, das teorias sobre a relação entre Estado e sociedade nos regimes democráticos. A questão à qual se dirige, portanto, é a de como elaborar um modelo de democracia que consiga preservar o ideal normativo da auto-regulação dos cidadãos – núcleo da idéia da soberania popular – vinculando-o a processos políticos verticais (liberal-representativos) e horizontais (participativo-democráticos). E isso implica

<sup>90</sup> O recente caso envolvendo a demissão de membros do Conselho Diretor da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC talvez pudesse fornecer dados relevantes para uma investigação acerca da legitimidade da atuação desta agência reguladora. Foge aos limites do presente trabalho, porém, realizar qualquer tipo de análise quanto ao mesmo.

<sup>91</sup> O conceito de esfera pública apresentado, inicialmente, por Habermas em *Mudança Estrutural da Esfera Pública* foi alterado pelo autor durante a década de 1990, após a elaboração de sua *Teoria da Ação Comunicativa* em 1981. Assim, no prefácio da reedição alemã da obra em 1990, e, principalmente, em *Três Modelos Normativos de Democracia e Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, Habermas desenvolve o conceito deliberativo de esfera pública (Ver a respeito: HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; \_\_\_\_\_. *Três Modelos Normativos de Democracia...*; e \_\_\_\_\_. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. II...*; e, ainda, AVRITZER & COSTA, ob. cit., pp. 705-710; e BERNARDES, Márcia Nina. *Globalization and Political Inclusion in Brazil: Domestic Implications of Transnational Public Spheres*. New York: New York University School of Law, A thesis submitted for the degree of Juridical Science Doctor, 2006 ).

<sup>92</sup> Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa Mattos. *O Novo Estado Regulador...*, p. 30.

a necessidade de reflexão sobre formas de integração e articulação entre esses tipos de processos políticos e, conseqüentemente, sobre o papel da sociedade civil nas democracias contemporâneas.

Nesse sentido, compartilho com Mattos a opinião de que, comparado com o modelo institucionalista de análise, típico dos estudos sobre a transição democrática de países da América Latina, o modelo da esfera pública representa um ganho analítico para a compreensão do processo – constante e ambíguo – de democratização da sociedade brasileira e, portanto, para o estudo da questão da legitimidade do poder administrativo em nosso país. Isso porque, como observam Avritzer e Costa, há dois problemas analíticos fundamentais nas teorias institucionalistas da transição democrática. O primeiro está ligado à desconsideração do papel ativo dos novos atores sociais que emergem no contexto da democratização (movimentos sociais, associações de vizinhos, ONGs etc.). Para tais teorias, a contribuição desses atores se resumiria a fortalecer a posição das elites democráticas no jogo da política institucional, única arena em que a construção da democracia efetivamente aconteceria. O segundo diz respeito à relação de causalidade assumida entre política e cultura, segundo a qual às mudanças político-institucionais corresponderiam, imediatamente, o enraizamento de valores e práticas democráticas na sociedade <sup>93</sup>.

Ou seja, falta à corrente teórica institucionalista um conceito substantivo de espaço público que permita, em relação ao primeiro problema, entender como se constroem, pela comunicação pública, a legitimidade e o poder efetivo que conquistam os novos atores sociais e, quanto ao segundo, demonstrar como a existência ou inexistência de uma sociedade civil atuante e de uma esfera pública ativa tem papel fundamental na construção de uma cultura democrática e na elaboração de mecanismos de fiscalização pública que inibam práticas antidemocráticas enraizadas na realidade política brasileira, como o clientelismo e o patrimonialismo <sup>94</sup>. O que somente é possível caso o foco da análise esteja

---

<sup>93</sup> Cf. AVRITZER, Leonardo; e COSTA, Sérgio. *Teoria Crítica, Democracia e Esfera Pública: Concepções e Usos na América Latina*. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 47, n. 4, 2004, p. 720.

<sup>94</sup> *Ibid.*, loc. cit.. Para Avritzer e Costa, o papel da esfera pública na construção da democracia não é adequadamente considerado pelos autores que seguem a linha das teorias da transição. Nestas análises sobre a esfera pública na América Latina, “predomina (...) a visão herdada da sociologia da sociedade de massas e da recepção tardia do conceito de indústria cultural, conforme foi elaborado pela primeira geração da Escola de Frankfurt. Assim, esboça-se a imagem de um público atomizado e disperso que, de produtores críticos de cultura se transformaram, no âmbito

voltado para a visualização das inter-relações entre os processos sócio-culturais e político-institucionais<sup>95</sup>.

É exatamente por isso que, ao se conceber espaço público a partir do modelo discursivo de esfera pública, isto é, como uma arena, na qual se concretizam e se condensam intercâmbios comunicativos gerados em diferentes campos da vida social, se amplia a capacidade de compreensão das ambigüidades inerentes aos processos de transformação social, de reconfiguração do poder político e do surgimento de novos atores sociais no cenário político<sup>96</sup>. Pois, a concepção habermasiana de esfera pública permite que se reconheça, como mecanismos de integração social, tanto a força aglutinadora da coordenação sistêmica, quanto as interações orientadas pelo entendimento, fundadas sobre as estruturas comunicativas do mundo da vida<sup>97</sup>. Ou seja, a esfera pública passa a ser concebida como resultado das tentativas de coordenação sistêmica, de um lado, e do processo comunicativo de formação da opinião pelos atores da

---

do processo mesmo de constituição da sociedade de massas, em consumidores passivos dos produtos da indústria cultural” (Ibid., p. 717). Ou seja, “No que diz respeito propriamente à esfera pública política, pode-se postular, seguindo tal visão, que as sociedades latino-americanas – diferentemente do contexto europeu, onde a fragmentação urbana e a emergência da sociedade de massas teriam produzido a obliteração da esfera pública burguesa preexistente – seriam caracterizadas pela inexistência histórica de tal espaço comunicativo. São os meios de comunicação de massa que ocupariam, desde os primórdios da constituição de uma sociedade urbana na América Latina, o lugar das mediações sociais, estabelecendo ‘uma nova diagramação de espaços e intercâmbios urbanos’. Não se espera, obviamente, que, nesse espaço público assenhoreado pela mídia, argumentos racionais sejam esgrimidos, questões substantivas sejam levadas a debate e posições doutrinárias e ideológicas claras e diferenciadas venham à tona. Diante da lógica própria da mídia, com ênfase na televisão, em cuja linguagem não cabem verdades matizadas nem longos exercícios argumentativos, mas apenas enunciados bombásticos, a política veria se esvaírem seus conteúdos” (Ibid., p.718).

<sup>95</sup> “Para deslindar os processos sociais de transformação verificados no escopo da democratização, as investigações teriam, portanto, que penetrar o tecido das relações sociais e da cultura política gestada nesse nível, revelando as modificações aí observadas. Ao mesmo tempo, rompendo o véu do discurso institucional universalista, esses estudos necessitariam debruçar-se sobre os padrões concretos de relacionamento entre o Estado e a sociedade civil, analisando o papel de atores como movimentos sociais, organizações não governamentais etc. para a operação de transformações em tais relações” (Cf. COSTA, Sérgio. *Movimentos Sociais, Democratização e a Construção de Esferas Públicas Locais*. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais – RBCS*, Vol. 12, n. 35, out. 1997, p. 121).

<sup>96</sup> Cf. COSTA, Sérgio. *As Cores de Ercília: Esfera pública, democracia, configurações pós-nacionais*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, pp. 12-13.

<sup>97</sup> Como observa Adrián Gurza Lavalle, “é cabível afirmar que a chave do revigoramento da publicidade [isto é, da *Öffentlichkeit*, normalmente traduzida para o português como *esfera pública*] reside na arquitetura dual da sociedade e na relação necessária entre ambos os níveis. De um lado, o mundo da vida sempre exposto às investidas colonizadoras provindas dos sistemas, mas por definição salvo, já que a espontaneidade social e a infundável produção de sentenças nunca serão suprimidas ou reguladas por completo; do outro, a realidade sistêmica ensimesmada, porém incapaz de produzir sua própria legitimidade e, portanto, de se enclausurar diante dos reclamos que, emergindo do mundo da vida, alcançam consenso social pela via da publicidade” (Cf. LAVALE, Adrián Gurza. *Jürgen Habermas e a virtualização da publicidade*. In: *Margem*, São Paulo, n. 16, dez. 2002, p. 81).

sociedade civil, por outro. Dessa maneira, a imagem do espaço público segundo essa concepção não é mais “a de um simples palco para encenação de atores estrategicamente voltados para a manipulação das opiniões”<sup>98</sup>. Para ela dirigem-se, também, “fluxos comunicativos condensados na vida cotidiana, que encerram questões relevantes para o conjunto da sociedade”<sup>99</sup>.

O mesmo argumento pode ser utilizado para superar as objeções da chamada “corrente funcionalista” da esfera pública, preocupadas em enfatizar os processos de “espetacularização” e de conseqüente perda de substância argumentativa das deliberações nos espaços públicos. Não se nega, com base na concepção deliberativa de esfera pública, a ocorrência de tais processos nas sociedades contemporâneas. Habermas busca demonstrar, contudo, que eles não representam a totalidade das relações que se desenvolvem na esfera pública. Isso porque, para além do espaço público transformado em mercado, persistem “um leque diversificado de estruturas comunicativas e uma gama correspondente de processos sociais (de recepção e reelaboração das mensagens recebidas e de interpenetração entre os diferentes micro-campos da esfera pública), cuja existência confere, precisamente, consistência, ressonância e sentido ao espetáculo, ancorando-o, novamente, no cotidiano dos atores”<sup>100</sup>. Em última análise, na ausência desses processos comunicativos, “as imagens e mensagens, ainda que tecnicamente elaboradas e esteticamente empolgantes, ecoariam no vazio, destituídas de substância e credibilidade”<sup>101</sup>.

É exatamente neste ponto, que a idéia de sociedade civil assume um papel fundamental no modelo Habermasiano. Como visto no item 3.3.c, a sociedade civil abrange os atores sociais que absorvem e condensam a ressonância que as situações-problema emergentes na sociedade encontram nos domínios da vida privada<sup>102</sup>, canalizando tal resposta de forma amplificada tanto para a vida

<sup>98</sup> Cf. COSTA, Sérgio. *A Democracia e a Dinâmica da Esfera Pública*. In: *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 36, 1995, p. 58.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>100</sup> Cf. COSTA, Sérgio. *Do simulacro e do discurso: esfera pública, meios de comunicação de massa e sociedade civil*. In: *Comunicação & Política*, nova série, vol. 4, n. 2, mai-ago 1997, p. 124.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>102</sup> Nas palavras de Habermas: “Os problemas tematizados na esfera pública política transparecem inicialmente na pressão social exercida pelo sofrimento que se reflete no espelho de experiências pessoais de vida. E, na medida em que essas experiências encontram sua expressão nas linguagens da religião, da arte e da literatura, a esfera pública ‘literária’, especializada na articulação- e na descoberta do mundo, entrelaça-se com a política” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade* –

privada quanto para a esfera pública política. Assim, aos atores da sociedade civil é atribuída uma dupla função. Enquanto a condensação das “situações-problema” percebidas na vida cotidiana corresponde à uma atuação *defensiva* desses atores – pois relacionada à preservação e à ampliação das estruturas comunicativas do mundo da vida –, a tematização de tais problemas da esfera privada dos indivíduos e sua canalização na esfera pública constitui uma dimensão *ofensiva* de sua atuação <sup>103</sup>.

É dessa maneira que as situações-problema percebidas nos micro-domínios privados da prática cotidiana dos atores da sociedade civil, tematizadas e amplificadas na esfera pública política, se transformam em fluxos de poder comunicativo capazes de percorrer os sistemas de eclusas institucionais “até assumir o caráter de persuasão sobre membros autorizados do sistema político, determinando mudanças no comportamento destes” <sup>104</sup>. Somente quando esses fluxos comunicativos extrapolam as fronteiras das esferas públicas autônomas, eles podem ter acesso às instâncias deliberativas previstas na ordem democrática e, conforme a lógica de assédio <sup>105</sup>, influenciar a tomada de decisão nesses

---

*Vol. II...*, 97). Prossegue o autor, explicando que: “No início, tais experiências são elaboradas de modo ‘privado’, isto é, interpretadas rio horizonte de uma biografia particular, a qual se entrelaça com outras biografias, em contextos de mundos da vida comuns. Os canais de comunicação da esfera pública engatam-se nas esferas da vida privada- as densas redes de interação da família e do círculo de amigos e os contatos mais superficiais com vizinhos, colegas de trabalho, conhecidos, etc. - de tal modo que as estruturas espaciais de interações simples podem ser ampliadas e abstraídas, porém não destruídas. De modo que a orientação pelo entendimento, que prevalece na prática cotidiana, continua valendo também para uma *comunicação entre estranhos*, que se desenvolve em esferas públicas complexas e ramificadas, envolvendo amplas distâncias” (Ibid., p. 98). Habermas conclui que: “A esfera pública retira seus impulsos da assimilação privada de problemas sociais que repercutem as biografias particulares” (Ibid., loc. cit.).

<sup>103</sup> Cf. COSTA, Sérgio. *A Democracia e a Dinâmica da Esfera Pública...*, pp. 59-60. Segundo Habermas, essa dupla função já havia sido observada por Cohen e Arato “(...) nos novos movimentos sociais, os quais perseguem objetivos ‘ofensivos’ e ‘defensivos’ ao mesmo tempo. ‘Através de uma ofensiva’, eles tentam lançar temas de relevância para toda a sociedade, definir problemas, trazer contribuições para a solução de problemas, acrescentar novas informações, interpretar valores de modo diferente, mobilizar bons argumentos, denunciar argumentos ruins, a fim de produzir uma atmosfera consensual, capaz de modificar os parâmetros legais de formação da vontade política e exercer pressão sobre os parlamentos, tribunais e governos em benefício de certas políticas. Ao passo que ‘defensivamente’ eles tentam preservar certas estruturas da associação e da esfera pública, produzir contra-esferas públicas subculturais e contra-instituições, solidificar identidades coletivas e ganhar novos espaços na forma de direitos mais amplos e instituições reformadas” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. II...*, p. 103).

<sup>104</sup> Cf. COSTA, Sérgio. *Esfera Pública, Redescoberta da Sociedade Civil e Movimentos Sociais no Brasil: Uma Abordagem Tentativa*. In: *Revista Novos Estudos – CEBRAP*, v. 1994, n. 38. São Paulo, 1994, p. 43.

<sup>105</sup> “O poder comunicativo é exercido à maneira de um assédio. Mesmo não tendo intenções de conquista, ele interfere nas premissas dos processos de juízo e de decisão do sistema político, a fim de fazer valer seus imperativos, na única linguagem capaz de ser entendida pela fortaleza sitiada: ele administra o *pool* de argumentos que o poder administrativo pode, é verdade, manipular

ambientes. Nesses casos, a esfera pública política desempenha sua função de intermediação entre os impulsos comunicativos gerados no mundo da vida e o núcleo do sistema político.

Assim como Cohen e Arato, Habermas reconhece, contudo, que a sociedade civil e a esfera pública “garantem uma margem de ação muito limitada para as formas não-institucionalizadas de movimento e de expressão política”<sup>106</sup>, o que decorre dos limites à capacidade da sociedade civil de auto-organizar a sociedade como um todo. Trata-se, segundo ele, de uma “auto-limitação estruturalmente necessária para a prática de uma democracia radical”<sup>107</sup>. Esses limites são divididos por Habermas em três eixos temáticos. O primeiro está vinculado aos requisitos sócio-estruturais da sociedade civil. Segundo o autor, a formação de uma sociedade dinâmica de pessoas privadas necessita de um mundo da vida já racionalizado<sup>108</sup>. O segundo está relacionado à questão do poder. Vale dizer: os atores da sociedade civil não podem exercer poder político ou administrativo, apenas influência<sup>109</sup>. Para gerar um poder político, sua influência tem que abranger, também, as deliberações de instituições democráticas da formação da opinião e da vontade, assumindo uma forma autorizada. O terceiro e último eixo temático diz respeito à questão da complexidade: “Para que possam funcionar como catalisadoras de processos espontâneos de formação da opinião, as organizações da sociedade civil não podem se transformar em estruturas

---

instrumentalmente, porém não ignorar, uma vez que é estruturado conforme o direito” (Cf. HABERMAS, Jürgen. *A Soberania do Povo como Processo*. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol. II...*, p. 273). Com isso, Habermas quer dizer que: “a eficácia do poder comunicativo é indireta, apresentando-se como limitação da realização do poder administrativo – que é o exercício do poder de fato. E, para preencher a supramencionada função de assédio, a opinião pública informal tem que seguir o caminho da deliberação responsável e organizada através de procedimentos democráticos” (Ibid., p. 276).

<sup>106</sup> Ibid., p. 104.

<sup>107</sup> Ibid., loc. cit..

<sup>108</sup> “Caso contrário, podem surgir movimentos populistas que defendem cegamente os segmentos petrificados da tradição de um mundo da vida ameaçado pela modernização capitalista. Esses movimentos são modernos devido às formas de sua mobilização, porém antidemocráticos em seus objetivos” (Ibid., p. 104).

<sup>109</sup> E “(...) essa influência pública e política tem que passar antes pelo filtro dos *processos* institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade, transformar-se em poder comunicativo e infiltrar-se numa legislação legítima, antes que a opinião pública, concretamente generalizada, possa se transformar numa convicção *testada* sob o ponto de vista da generalização de interesses e capaz de legitimar decisões políticas” (Ibid. p. 105). Como explica Costa: “Os atores da sociedade civil não possuem poder político ou administrativo, dispõem apenas de uma forma mediaticizada de geração de poder. Isto é, a influência destes sobre a política consubstancializa-se nas mensagens, percorrendo os mecanismos institucionalizados do Estado constitucional, alcançam os núcleos decisórios. Desta forma, procura-se afastar a idéia de que a sociedade civil possa assumir as funções que cabem ao Estado”. (Cf. COSTA, Sérgio. *A Democracia e a Dinâmica da Esfera Pública...*, pp. 60-61).

formalizadas, dominadas pelos rituais burocráticos. De outra forma, o ganho de complexidade poderia significar a rendição aos imperativos organizacionais e o conseqüente distanciamento da base”<sup>110</sup>.

Por outro lado, Habermas distingue os atores da sociedade civil dos demais atores da esfera pública. De forma resumida, é possível citar quatro aspectos a partir dos quais essa distinção é estabelecida. O primeiro diz respeito ao conteúdo das reivindicações. Os atores da sociedade civil tematizam situações-problemas percebidas nos micro-domínios da vida privada cotidiana e que, portanto, têm relevância para toda a sociedade, enquanto os atores chamados de “consumidores” (ou clientes) do sistema político por Habermas (sindicatos, grupos de interesse etc.) representam, no âmbito da esfera pública, as reivindicações de grupos políticos e econômicos específicos<sup>111</sup>. O segundo aspecto está ligado ao tipo de comunicação na esfera pública. Os atores da sociedade civil agem comunicativamente, transformando a esfera pública numa arena da argumentação discursiva e de convencimento do conjunto da sociedade com base na força – racional – do melhor argumentos, enquanto os demais atores agem orientados pelo sucesso, procurando, exclusivamente, conferir maior publicidade às suas reivindicações pela ocupação de espaços públicos<sup>112</sup>. O terceiro se relaciona ao tratamento conferido pelos atores à esfera pública. Na medida em que não dispõem de outros meios para exercerem influência sobre o processo político além da atuação da esfera pública, os atores da sociedade civil empenham-se na reprodução e revitalização da esfera pública, buscando, de um lado, oferecer resistência às ameaças de obliteração da esfera pública e, de outro, explorar intensivamente as possibilidades comunicativas existentes e ampliar as fronteiras dessa esfera, mediante a incorporação de novas minorias e grupos marginais e da intervenção de novos meios comunicativos<sup>113</sup>. O quarto aspecto concerne às origens dos atores sociais. Vale dizer: enquanto os denominados grupos consumidores têm sua origem vinculada a certos campos funcionais como partidos políticos, grupos de interesse, representações funcionais etc., a identidade dos atores da sociedade civil é constituída *ad hoc*, no âmbito da atuação coletiva,

---

<sup>110</sup> Cf. COSTA, Sérgio. *A Democracia e a Dinâmica da Esfera Pública...*, p. 60.

<sup>111</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol II...*, p. 87.

<sup>112</sup> *Ibid.*, pp. 92-93.

<sup>113</sup> Cf. COSTA, Sérgio. *A Democracia e a Dinâmica da Esfera Pública...*, p. 63.

e com o suporte de um público recrutado entre a totalidade das pessoas privadas<sup>114</sup>.

Diante de tais características, é necessário reconhecer que, tomado ao pé da letra, o modelo discursivo de esfera pública parece demasiadamente ideal para ser utilizado na maior parte das democracias contemporâneas. Como destaca Costa, caso “se leve, por exemplo, às últimas conseqüências o pressuposto de que a relevância pública dos atores da sociedade civil é devida exclusivamente ao conteúdo e ao apelo argumentativo de suas intervenções, muito poucos seriam os sujeitos coletivos, empiricamente observáveis, a merecer um enquadramento na categoria de representante da sociedade civil”<sup>115</sup>. Isso porque, na prática, paralelamente ao esforço do convencimento por meio de argumentos racionais, tais atores procuram se adaptar aos requisitos estruturais dos veículos, realizando, assim, um trabalho de relações públicas – isto é, “oferecendo informações de valor noticioso, orientadas, no nível de conteúdos e quanto aos prazos, pelas formas de produção jornalísticas e pelas características institucionais dos meios de comunicação de massa”<sup>116</sup> – com o intuito de obter espaço na mídia e dar maior publicidade às suas reivindicações.

Mas, a rigor, essa circunstância, de modo algum, impede que tais atores sejam “classificados” como atores da sociedade civil – ou seja, como *fornecedores* de demandas para o sistema político (e não *consumidores* de suas decisões). Essa ambigüidade é absorvida pelo modelo de Habermas, na medida em que o autor localiza na própria organização interna dos atores coletivos a condição para que os atores desempenhem a função de canalizar os problemas emergentes da vida cotidiana para a esfera pública. Em outras palavras, “caso o ator permaneça permeável aos impulsos provindos da base e aos processos espontâneos de formação da opinião, ele certamente se manterá, estruturalmente, em condições de condensar as situações-problema emergentes no mundo da vida e de transportá-las para a esfera pública”<sup>117</sup>.

É a partir dessa idéia que Costa procura afastar as objeções à incorporação, no Brasil, do modelo discursivo da esfera pública, demonstrando que o mesmo

---

<sup>114</sup> Ibid., loc. cit.; e HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade – Vol II...*, pp. 96-97.

<sup>115</sup> Cf. COSTA, Sérgio. *A Democracia e a Dinâmica da Esfera Pública...*, p. 63.

<sup>116</sup> Ibid., loc. cit..

<sup>117</sup> Ibid., p. 64.

pode ser utilizado em muitas situações <sup>118</sup>. Pois se é certo que a realidade brasileira apresenta problemas para acomodar idéias como a da distinção, acima mencionada, entre atores da sociedade civil (fornecedores) e demais atores da esfera pública (consumidores) <sup>119</sup>, também não há dúvidas de que, em diversas ocasiões, é possível observar que as organizações da sociedade civil no país são capazes de conferir caráter público a determinados temas, fazendo com que os mesmos consigam chegar ao núcleo do sistema político-jurídico e sejam levados em conta na tomada de decisão dos agentes autorizados <sup>120</sup>. Exemplo dessa ambigüidade pode ser percebido nos casos, investigados por Costa, de atuação das associações de moradores das cidades mineiras de Uberlândia, Juiz de Fora e Governador Valadares em experiências de administração municipal participativa <sup>121</sup>. Segundo o autor:

“Parece indiscutível que estas organizações efetivamente tematizam tensões das esferas privadas, revelando o caráter geral e conferindo tratamento público a

<sup>118</sup> Segundo o autor, “Em que pesem os diferentes níveis de desenvolvimento da sociedade civil e da esfera pública nas democracias maduras e em países como o Brasil, emergem, do confronto destes diferentes contextos, interessantes constatações. / O modelo que descreve a participação da sociedade civil no processo de formação de decisões públicas apresentado no tópico anterior, por exemplo, pode ser transposto, em variadas situações, para o caso brasileiro. / Para iniciar com um caso extremo e ruidoso pode-se mencionar o processo recente de afastamento do presidente da República. / Parece ineludível a importância, no episódio, das pressões no nível da esfera pública e da ‘dramatização’ do tema, por meio das manifestações públicas, dos rostos pintados ou da simbolização do luto das roupas pretas, para a geração e sustentação das decisões tomadas pelo complexo parlamentar e para a transposição de várias eclusas institucionais que conduziram finalmente ao *impeachment*. / Em outros episódios, menos sensacionalistas, como nas campanhas do movimento ecologista, pode-se também observar como as organizações da sociedade civil no país conferem caráter público a determinadas questões levando ao seu tratamento pelas instâncias decisórias” (Cf. COSTA, Sérgio. *Esfera Pública, Redescoberta da Sociedade Civil e Movimentos Sociais no Brasil...*, p. 49).

<sup>119</sup> “Tratada à luz da situação brasileira, a diferenciação deixa transparecer o seu caráter meramente normativo, empiricamente pouco plausível” (Ibid., p. 50). Normalmente se enfatiza no Brasil a circunstância de que interesses são diretamente projetados no aparelho do Estado e que não haveria, portanto, sujeitos coletivos autônomos que representassem publicamente tais interesses (ou seja, inexistência de sociedade civil). Isso porque não teria ocorrido em nosso país uma separação completa entre as esferas da economia, da sociedade civil e da sociedade política: “Em muitas situações, os interesses dos diferentes segmentos sociais não são trazidos a uma esfera pública autônoma, onde eles são discutidos e confrontados; eles percorrem os canais do próprio Estado que, nesses casos, por meio de processo não universalistas, portanto, variáveis e arbitrários, pondera e decide” (Ibid., loc. cit.).

<sup>120</sup> Pois, mesmo quando agem de maneira “intransparente”, os atores sociais coletivos não estão preocupados com o fortalecimento da esfera pública, mas sim com seus interesses particulares e dos setores que representam. Nesse sentido, perdem o principal traço que os distingue dos Grupos de Interesse. Porém, essa estratégia de negociações intransparentes “se traz resultados concretos para as organizações da sociedade civil, só pode fazê-lo esporadicamente, ou por um curto espaço de tempo” (Ibid. loc. cit.). Isso porque, diferente dos Grupos de Interesse que contam com recursos organizacionais e instrumentos de pressão próprios, os atores das sociedades civis dependem da repercussão pública de suas ações para sustentar sua força política.

<sup>121</sup> Cf. COSTA, Sérgio. *Movimentos Sociais, Democratização e Construção de Esferas Públicas Locais...*, pp. 122-124.

questões como moradia, saúde, educação etc. Ao mesmo tempo, entretanto, conforme mostram diferentes trabalhos, as organizações de moradores procuram beneficiar-se dos ‘relacionamentos clandestinos’ com o Estado e o sistema político, acertando, através de suas cúpulas, acordos (para o apoio político, para a obtenção de melhorias para o bairro ou até vantagens pessoais) que nunca são objeto de discussão pública, nem mesmo no nível do conjunto dos membros da organização. Nesses casos, as organizações de moradores agem, da mesma forma que os Grupos de Interesse, buscando ‘feudalizar’ o Estado e fortalecendo os seus laços particularistas”<sup>122</sup>.

Outro aspecto problemático da realidade sócio-política brasileira em relação ao modelo habermasiano diz respeito à dificuldade de diferenciação clara entre a esfera político partidária e o próprio Estado. Pois, como observam Avritzer e Costa, o modelo discursivo de esfera pública foi formulado “por referência empírica a um contexto em que há mecanismos efetivos de controle do Estado pelos cidadãos e os partidos políticos, a despeito do desencantamento dos últimos tempos, ainda funcionam como estruturas eficientes de intermediação entre a sociedade civil e o sistema político”<sup>123</sup>. No Brasil, entretanto, o sistema partidário se consolidou a partir da montagem de máquinas partidárias alimentadas pela patronagem e capazes de distribuir, privadamente e por meio de acordos clientelistas, benefícios públicos. E, dessa forma, não exercem os partidos políticos brasileiros a função de intermediação entre sociedade civil e o Estado. A rigor, “confundidos com o aparato administrativo e ‘desenraizados’ na sociedade civil, eles não se prestam à função de, no plano individual, possibilitar a ‘autoracionalização de interesses’ e, no âmbito do Estado, atuar como ordenador da seletividade de temas e demandas”, mas, ao contrário, “acabam se transformando, do ponto de vista individual, em instrumentos de realização de projetos pessoais de poder, enquanto, com relação ao Estado, operam um processo autonomizado (fora do controle da sociedade civil) de eleição de temas e produção de decisões”<sup>124</sup>. O que abre espaço para o surgimento cada vez maior de novos atores da sociedade civil – associações de moradores, ONGs, clubes etc. –, questionando a idéia de monopólio da representação política pelos partidos políticos e implementando alternativas participativas de democracia que passam a concorrer com os clássicos instrumentos representativos.

<sup>122</sup> Id., *Esfera Pública, Redescoberta da Sociedade Civil e Movimentos Sociais no Brasil...*, pp. 50-51.

<sup>123</sup> Cf. AVRITZER & COSTA, ob. cit., p. 723.

<sup>124</sup> Cf. COSTA, Sérgio. *Esfera Pública, Redescoberta da Sociedade Civil e Movimentos Sociais no Brasil...*, p. 51.

Mas, em última análise, essas dificuldades para o “emolduramento” analítico das peculiaridades do quadro sócio-político brasileiro, que não são contempladas no modelo discursivo de esfera pública originariamente proposto por Habermas, não impediriam a utilização de tal modelo para o estudo da realidade política do país. Pois, embora mecanismos não públicos (“intransparentes”) de acesso ao sistema político e influência sobre suas decisões, em muitos casos, sejam, ainda, preponderantes, é possível observar a existência de uma esfera pública que, apoiada numa “sociedade civil que se (re)constrói, apresenta sinais efetivos de independência e vitalidade, operando, de fato, como caixa de ressonância para a ‘criação’ de questões públicas”<sup>125</sup>.

Os trabalhos desenvolvidos a partir de perspectivas teóricas filiadas às correntes institucionalista e sistêmica não dão conta desta ambigüidade e, desse modo, não são capazes de reconhecer o conteúdo “democratizante” de práticas estabelecidas no Brasil. Práticas que, a rigor, tiveram início ainda na década de 1970, quando ao termo “sociedade civil” foi atribuída uma função político-estratégica de ponto de apoio para o projeto de oposição ao regime militar<sup>126</sup>. E que se aprofundaram durante o período de transição para o regime democrático no Brasil, já na década de 1980, na forma de associações voluntárias e movimentos sociais no âmbito local, criando uma nova esfera de deliberação e negociação que Avritzer conceitua como “Públicos Participativos” (*participatory publics*)<sup>127</sup>. Atualmente, malgrado o florescimento das clivagens na sociedade civil brasileira – que se encontravam latentes antes da instauração do regime democrático –, resultantes dos múltiplos interesses de seus diferentes atores – feministas, movimento negro, movimentos ecológicos etc. –, e as ambivalências geradas por fenômenos sociais recentes – como a proliferação e internacionalização das ONGs, a aliança dessas entidades com setores empresariais, o crescente desejo de regulação dos atores da sociedade civil pelo Estado – é possível apontar, segundo Costa, evidências da continuidade dos processos de construção de uma esfera pública ativa e de uma sociedade civil autônoma, desacoplada do Estado. Dentre

<sup>125</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>126</sup> Id., *As Cores de Ercília...*, p. 55.

<sup>127</sup> Cf. AVRITZER, Leonardo; e WRAMPLER, Brian. *Públicos Participativos: Sociedade Civil e Novas Instituições no Brasil Democrático*. In: COELHO, Vera Schattan P.; e NOBRE, Marcos (orgs.). *Participação e Deliberação: Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 212; e, também, AVRITZER, Leonardo. *Democracy and The Public Space in Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 2002, pp. 135-170.

as práticas que contribuem para esse processo, o autor ressalta, “o surgimento de meios de comunicação ‘críticos’, a expansão da sociedade civil e a preservação de espaços públicos primários, dentro dos quais se observa um processo ‘alternativo’ de formação de opinião”<sup>128</sup>.

Tanto Avritzer quanto Costa concordam, portanto, que o modelo da esfera pública conta com um instrumental conceitual mais adequado à descrição do processo de democratização da sociedade brasileira. Resta saber, porém, até que ponto o modelo de esfera pública, tal qual proposto por Habermas, é suficiente como padrão normativo de análise dos processos políticos no Brasil. Dito de outro modo: é necessário fazer adaptações a esse modelo para incorporá-lo às análises sobre democracia e legitimidade do poder administrativo na realidade sócio-política brasileira?

Para Avritzer<sup>129</sup>, a resposta a essa questão é afirmativa. Sua crítica ao modelo habermasiano se dirige à separação rígida entre Estado e sociedade civil, que importa na não admissão da possibilidade de ampliação dos mecanismos institucionalizados de formação da vontade política a fim de se conferir poderes efetivos aos Públicos Participativos. Como esclarecem Avritzer e Costa:

“De fato, a preocupação de Habermas com a defesa do caráter institucional/constitucional do Estado de direito, assim como a influência da teoria parsoniana sobre o autor, a qual enfatiza a distinção e a necessidade de preservação de códigos de coordenação específicos nos diferentes sistemas (a sociedade civil produz influência política, mas não decide nem implementa políticas), levam-no a subestimar completamente as estruturas de participação pública. Dessa maneira, em toda a sua discussão sobre espaço público, faltam referências à necessidade de horizontalizar os processos decisórios ou à necessidade de promover processos de ‘alfabetização política’, que permitam, no plano local, a vivência da noção de poder”.<sup>130</sup>

Essa é a razão pela qual Avritzer considera a proposta habermasiana insuficiente para promover um caminho alternativo para que se vincule razão (o consenso gerado na esfera pública) e vontade política (a institucionalização jurídica desse consenso). Pois, a rigor, a despeito da racionalidade dos resultados obtidos através da deliberação pública, são os detentores do poder político que decidem quando incorporá-los e transformá-los em leis e políticas públicas<sup>131</sup>. Se

<sup>128</sup> Id., *As Cores de Ercília...*, p. 80.

<sup>129</sup> Ver a respeito: AVRITZER, Leonardo. *Democracy and The Public Space in Latin America...*, pp. 48 e ss.

<sup>130</sup> Cf. AVRITZER & COSTA, ob. cit., p. 713.

<sup>131</sup> Cf. AVRITZER, Leonardo. *Democracy and The Public Space in Latin America...*, p. 49.

essas exigências de auto-limitação dos atores da sociedade civil e de separação clara entre sociedade civil e detentores do poder político são compreensíveis quando referidas a uma realidade social na qual se verificam mecanismos efetivos de controle do Estado pelos cidadãos e onde os partidos políticos ainda funcionam como estruturas capazes de intermediar a relação entre sociedade civil e sistema político, quando aplicadas, porém, ao contexto político típico das democracias latino-americanas – onde são freqüentes as violações aos direitos humanos e nas quais práticas clientelistas e patrimonialistas ainda influenciam, num grau considerável, os processos decisórios do sistema político – acabam elas funcionando como barreiras à democratização<sup>132</sup>. Isso porque, segundo o autor, o principal problema dessas democracias não é, em si, a possibilidade de participação nos processos deliberativos, mas a possibilidade de que o resultado de tais processos influencie, efetivamente, as decisões do sistema político. Haveria um bloqueio – resultante da continuidade do domínio de um grupo social sustentado pela cultura política estabelecida – do fluxo do poder político legítimo, situado na “última comporta” do modelo de circulação do poder adotado por Habermas<sup>133</sup>.

Para Avritzer, seria preciso, portanto, que “no seio de uma esfera pública porosa e pulsante, temas, posições e argumentos trazidos pelos novos atores sociais encontrem formas institucionais de penetrar o Estado e, por essa via, democratizá-lo, tornando-o objeto de controle dos cidadãos”<sup>134</sup>. E o conceito deliberativo de esfera pública proposto por Habermas não seria suficiente para enfrentar os desafios apresentados pelo contexto político brasileiro à concretização desse projeto.

Márcia Nina Bernardes aponta, porém, raízes mais profundas do problema identificado por Avritzer. A autora concorda com este diagnóstico de “bloqueio”,

<sup>132</sup> Ou seja, segundo Avritzer: “(...) as questões centrais com as quais a democracia lida mudam de acordo com os diferentes cenários políticos. No caso brasileiro, o clientelismo, a falta de capacidade de pressão da população e a distribuição desigual dos bens públicos em nível local são algumas das questões com as quais as formas fixas da democracia não são capazes de lidar de forma adequada” (Cf. AVRITZER, Leonardo. *Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002, p. 592).

<sup>133</sup> Nas palavras de Avritzer: “A redemocratização brasileira envolveu, simultaneamente, grandes doses de continuidade política misturadas com algumas doses de inovação política. Em nível político, apesar dos primeiros indícios de formas de organização social, as forças hegemônicas ao longo do processo de modernização mantiveram o controle sobre o sistema político” (Ibid., p. 572)

<sup>134</sup> Cf. AVRITZER & COSTA, ob. cit., p. 713.

segundo o qual os fluxos de poder comunicativo emanados da esfera pública não conseguem atravessar as comportas para chegar ao núcleo decisório do sistema político-jurídico. Mas, segundo ela, Avritzer atribui importância muito grande a esse aspecto do problema em sua análise, depositando sobre os ombros da sociedade política brasileira uma responsabilidade excessiva pelo vácuo entre sociedade civil e sistema político-jurídico<sup>135</sup>. O que, a rigor, acaba por restringir sua análise à discussão de questões relacionadas apenas ao regime político, negligenciando a investigação de outras dimensões do problema<sup>136</sup>.

Bernardes chama a atenção para a existência de bloqueios numa etapa anterior àquela sobre a qual Avritzer concentra sua atenção. Segundo ela:

*“(...) the first challenge one faces when trying to eliminate, or at least diminish, domination in stratified societies is to thematize the relations of domination — such as those involving the rich and the poor, the rural property owner and the land worker, the politician and his or her constituent — thereby taking them out of the lifeworld background and putting them into the public sphere, making these relations of domination an issue on the public agenda”.*<sup>137</sup>

Na verdade, o modelo discursivo da esfera pública, segundo Bernardes, não explora de forma detalhada o modo como os fluxos comunicativos provenientes da esfera pública ingressam no sistema político-jurídico. Habermas assumiria, simplesmente, que o modelo das comportas é suficiente para se compreender o processo de conversão da opinião pública formada discursivamente em poder comunicativo e, então, em poder administrativo. Contudo, no caso brasileiro, essas passagens não são simples e muito menos automáticas<sup>138</sup>. Devido ao hibridismo de nossa cultura política, que mistura elementos democráticos e não democráticos, constituiu-se, no Brasil, um mundo da vida estruturado sobre um pano de fundo normativo repleto de ambigüidades, cujas estruturas tradicionais e privatistas ainda não foram suficientemente tematizadas e problematizadas. Assim, haveria dois momentos problemáticos, que são anteriores ao bloqueio sofrido pelos fluxos comunicativos no sistema político-

<sup>135</sup> Cf. BERNARDES, ob. cit., p. 99.

<sup>136</sup> “Although he [Avritzer] says that the main obstacles to democracy in the country are (1) the nature of the elites, (2) the hybridization of Brazil’s democratic practices, and (3) the lack of institutional mechanisms capable of assuring accountability or of expanding the public culture, he does not sufficiently theorize how the cultural hybridism affects society at large, whose support for, tolerance of, or resignation to many widespread undemocratic practices has been pivotal for their continuation, as the cases of police brutality against the urban poor and the peasantry clearly illustrate” (Ibid., pp. 99-100).

<sup>137</sup> Ibid., pp. 100-101.

<sup>138</sup> Ibid., p. 102.

jurídico, a saber: conseguir perceber e tematizar, nos micro-domínios da vida cotidiana, temas sobre os quais se sustentam relações de dominação racionalmente injustificáveis, e incluí-los na pauta de discussões da esfera pública a fim de que os mesmo ganhem repercussão. Como resultado, tem-se que: “(1) *some topics do not reach the dominant public sphere; (2) even when they do, the influence of the discursively generated public opinion is not always strong enough to overcome the traditional structural barriers to its transformation into communicative and, then, administrative power*”<sup>139</sup>.

Bernardes procura explorar como o processo de consolidação de esferas públicas transnacionais pode desempenhar um papel relevante para a superação de tais problemas no Brasil, cogitando, ainda, assim como Avritzer, da necessidade de se atrelar os resultados dos processos deliberativos a algum tipo de poder<sup>140</sup>.

Dentre os autores brasileiros que trabalham a partir do marco teórico do modelo discursivo da esfera pública, Costa parece ser o mais próximo das idéias originariamente defendidas por Habermas. Principalmente no que diz respeito à proposta habermasiana de auto-limitação da sociedade civil, que, em momento algum é por ele questionada. Assim, para Costa, os atores da sociedade civil não poderiam exercer qualquer tipo de poder político ou administrativo, mas apenas influência<sup>141</sup> sobre as deliberações de instituições autorizadas responsáveis pela da formação democrática da opinião e da vontade política. Há que se manter, pois, “a distinção entre a esfera societária e a esfera política e o Estado, de sorte que a influência da sociedade civil se concretize de forma anônima e difusa por meio da existência de uma esfera pública transparente e porosa, permeável às questões originadas no mundo da vida”<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> Ibid., pp. 102-103.

<sup>140</sup> Ibid., pp. 101-103.

<sup>141</sup> E “(...) essa influência pública e política tem que passar antes pelo filtro dos *processos* institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade, transformar-se em poder comunicativo e infiltrar-se numa legislação legítima, antes que a opinião pública, concretamente generalizada, possa se transformar numa convicção *testada* sob o ponto de vista da generalização de interesses e capaz de legitimar decisões políticas” (Ibid. p. 105). Como explica Costa: “Os atores da sociedade civil não possuem poder político ou administrativo, dispõem apenas de uma forma mediatizada de geração de poder. Isto é, a influência destes sobre a política consubstancializa-se nas mensagens que, percorrendo os mecanismos institucionalizados do Estado constitucional, alcançam os núcleos decisórios. Desta forma, procura-se afastar a idéia de que a sociedade civil possa assumir as funções que cabem ao Estado”. (Cf. COSTA, Sérgio. *A Democracia e a Dinâmica da Esfera Pública...*, pp. 60-61).

<sup>142</sup> Cf. COSTA, Sérgio. *As Cores de Ercília...*, p. 26.

Ponto extremamente caro a Costa no modelo discursivo da esfera pública é a preservação do enraizamento dos movimentos sociais e demais atores da sociedade civil em esferas sociais “que são, do ponto de vista institucional, pré-políticas”<sup>143</sup>. Assim, a intenção de se transformar a legitimidade democrática dos movimentos sociais e atores da sociedade civil em performance participativo-institucional é vista com ressalvas pelo autor<sup>144</sup>. Porque, segundo ele, “o caráter diferencial e renovador da ação dos movimentos sociais reside precisamente na sua institucionalidade distinta (mais flexível e informal) e em seu ancoramento nos processos primários de reprodução social”<sup>145</sup>. Vale dizer, sua contribuição para o revigoração da vida pública deve se restringir à função de “tornar conhecidas demandas e questões que emergem nas franjas dos núcleos institucionais de discussão e deliberação”<sup>146</sup>.

Assim, diante de todo o exposto, resta evidente, a meu ver, que o uso da concepção discursiva de esfera pública na América latina demanda que se enfrente, previamente, críticas feitas a tal modelo que têm por objetivo sua adaptação a contextos sociais distintos daquele de sua criação, na Europa. As divergências existentes entre as contribuições de Costa, Avritzer e Bernardes, em última análise, giram em torno de uma questão fundamental, qual seja, a de saber se – e como – o modelo discursivo de esfera pública – tal qual proposto por Habermas a partir da realidade sócio-política dos países da Europa Ocidental – e a proposta emancipadora e democratizante nele encarnada podem ser aplicados à realidade política brasileira.

<sup>143</sup> Id., *Movimentos Sociais, Democratização e a Construção de Esferas Públicas Locais...*, p. 122.

<sup>144</sup> “São compreensíveis as angústias daqueles atores políticos e daqueles cientistas sociais que, apercebendo-se da ‘feudalização’ do Estado pelos interesses privados e do solapamento do conteúdo público das arenas representativas pelas práticas e acordos intransparentes, apostam no ‘arejamento’ da esfera pública mediante a ampliação das competências institucionais dos ‘atores da sociedade civil’. Não obstante, a circunscrição da democratização da esfera pública ao seu âmbito institucional pode apresentar conseqüências políticas e analíticas danosas. Politicamente, ela pode representar a indução ao surgimento de atores que, apesar de serem formalmente delegados da sociedade civil, apresentam-se desvinculados dos anseios e expectativas políticas da população. Reproduzirão assim, nas arenas institucionais, sua lógica sistêmica, divulgado demandas constituídas no âmbito estrito da própria organização” (Cf. COSTA, Sérgio. *Atores da Sociedade Civil e Participação Política: Algumas Restrições*. In: *Cadernos do CEAS*, n. 155, jan-fev 1995, pp. 72-74). Por outro lado, “Analiticamente, a redução da esfera pública à sua dimensão institucional ofusca a visualização das regiões de articulação entre os processos comunicativos de reprodução cultural e as formas de consolidação institucional da democracia. Nesse movimento, os atores da sociedade civil são transformados em atores intermediadores de interesses políticos, destituídos de qualquer idiosincrasia sociocultural. Já não serão mais os co-responsáveis pela tradução e transmissão para a órbita político-institucional dos anseios difusos gestados nos interstícios do tecido social. Tampouco contribuirão, agindo na direção oposta, para o enraizamento dos valores democráticos nas ‘práticas cotidianas’ ” (Ibid., loc. cit.).

<sup>145</sup> Id., *Do simulacro e do discurso...*, p. 131.

<sup>146</sup> Ibid., loc. cit..

Um aspecto importante desse debate para o tema do presente estudo é o da influência dos resultados das deliberações na esfera pública nos processos decisórios das agências reguladoras. Isso porque, vale lembrar, não há qualquer obrigatoriedade por parte do Conselho Diretor em adotar as sugestões dos atores participantes dos procedimentos deliberativos. A pesquisa de Mattos demonstra, como visto, que é baixo o índice de incorporação das sugestões de alteração dos textos normativos submetidos a consultas públicas pela ANATEL. Demonstra, também, que na grande maioria das consultas públicas não houve nem mesmo justificativa formalizada em relação às sugestões recusadas pela agência.

Se as hipóteses de Avritzer e Bernardes estiverem corretas, não haveria, efetivamente, um potencial democrático nos mecanismos de participação popular institucionalizados nos processos decisórios das agências reguladoras. Esses mecanismos teriam que ser “reforçados” por algum tipo de instrumento que atrelasse o resultado da deliberação a algum tipo de poder sobre a decisão do Conselho Diretor da agência reguladora. Mas, tendo em vista as desigualdades de recursos materiais existentes entre as empresas reguladas e os demais atores envolvidos nos processos participativos das agências reguladoras, em termos de informação, tempo e dinheiro, que consequências a vinculação das decisões das agências ao resultado das deliberações poderia gerar?

Esse tipo de questão é um exemplo dos desafios que se apresentam à utilização do modelo discursivo de esfera pública para a análise da legitimidade da atuação normativa das agências reguladoras no Brasil. A escolha de uma ou outra concepção teórica sobre a recepção de tal modelo nos estudos sobre a realidade política brasileira tem repercussão direta nas conclusões a que se chega em termos de propostas de solução.

Mattos, porém, não entra nesse mérito. Em sua análise, o autor atribui relevância excessiva à questão do desenho institucional de mecanismos de participação popular que sejam capazes de funcionar, efetivamente, como canais através dos quais os impulsos de poder comunicativo oriundos da esfera pública possam influenciar os processos de tomada de decisão da Administração Pública. Com isso, perde de vista o debate sobre a construção e o funcionamento da esfera pública no Brasil, e negligencia questões relevantes, diretamente associadas às condições de surgimento do poder comunicativo nesses ambientes, fazendo com que sua análise se torne incompleta. Pois, ainda que os instrumentos de

participação pública sejam capazes de viabilizar um funcionamento de uma esfera pública capaz de transmitir fluxos comunicativos gerados no âmbito de interações pautadas pelo entendimento para as instâncias decisórias das agências reguladoras, permanece sem resposta a questão da sustentação, no nível da sociedade, desta formação espontânea de opinião, ancorada no mundo da vida <sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> “(...) uma cultura jurídica pós-autoritária e uma sociedade civil ativa não podem ser simplesmente fabricadas. O poder administrativo não é o instrumento apropriado para a construção de formas de convivência democráticas. Elas só podem ser gestadas no âmbito dos processos comunicativos presentes nos diferentes níveis da vida social e que perpassam e conformam a esfera pública em suas variadas dimensões. Os esforços – necessários e desejados! – de ‘tradução’ político-institucional de padrões político-culturais emergentes não podem, por isso, deixar de observar o processo autônomo e socialmente difuso de construção desses padrões” (Cf. COSTA, Sérgio. *Movimentos Sociais, Democratização e a Construção de Esferas Públicas Locais...*, p. 132).