

Direito da Regulação Econômica: A Experiência Brasileira

Sergio de Andréa Ferreira

I. A índole da economia brasileira, segundo a Constituição Federal de 1988

1. A CF Brasileira contém numerosíssimas disposições ligadas à Economia Nacional. Desde seu preâmbulo, que declara que o Estado Democrático, instituído pela Assembléia Nacional Constituinte, é destinado a assegurar o 'bem-estar' e o '*desenvolvimento*', passa-se pelo art. 1º do texto constitucional, que erige em fundamento, desse mesmo Estado, '*os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*', chegando-se ao Título VII, específico sobre a '*Ordem Econômica e Financeira*'.

1.1. Dentre esse variado conjunto normativo, alguns dispositivos, em especial, marcam a face do sistema econômico brasileiro.

1.2. Da combinação, dentre outros, dos arts. 170, 173 e 174, com o preâmbulo e os arts. 1º, 3º, 5º; XXXII, 6º, 193 e 219, que enunciam fundamentos, princípios e objetivos da ordem econômica brasileira, resulta a fixação de cinco pilares da

mesma, que se desenvolve no espaço social, que é o mercado:

- a) quanto ao capital e à empresa, a legitimidade do poder econômico e do lucro;
- b) no que tange ao mercado interno, sua integração no patrimônio nacional, e o dever de ser ele incentivado, a fim de viabilizar, dentre outros fins, o desenvolvimento sócio-econômico e o bem-estar da população e a autonomia tecnológica;
- c) no tocante ao trabalhador, o primado e a valorização do trabalho humano, a busca do pleno emprego e a subjetivação dos direitos sociais;
- d) no que concerne ao consumidor, sua defesa;
- e) sob o aspecto social geral, os citados compromettimentos com o bem-estar, e com o desenvolvimento nacional; com a luta contra as desigualdades, a pobreza, e a marginalização; com a assistência aos desamparados, com a preservação de valores e bens, como o meio ambiente, tudo a objetivar a justiça social.

2. A ordem econômica nacional brasileira consagra, fundamentalmente, o sistema de economia capitalista, na medida em que se funda na propriedade dos meios de produção (*CF, arts. 170, II, e 5º, XXIII*), no trabalho livre (*art. 5º, XIII*), na organização da empresa e na atividade do empresário, com preferência, em favor da empresa privada, para a exploração da atividade econômica, sendo princípios básicos seus, o da liberdade de iniciativa, da livre concorrência e o da lucratividade.

2.1. Cuida-se de economia de mercado, calcada, em tese, na competição, com reconhecimento do poder econômico, não podendo haver, porém, a dominação daquele primeiro, nem o abuso do último; nem, tampouco, a eliminação da segunda, ou o aumento arbitrário dos lucros.

2.2. Mas é inquestionável que a CF dá um sentido social à atividade econômica, ao proclamar: (a) como um dos objetivos fundamentais da própria República Brasileira, a garantia do desenvolvimento nacional (*preâmbulo e art. 3º;II*); (b) como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, da ordem econômica e da ordem social, o primado e a valorização do trabalho, com plena garantia dos direitos trabalhistas e outros de natureza social, e a busca do pleno emprego (*arts. 1º, IV, 6º a 11, e 170, caput e VIII*); (c) como direito público subjetivo, a garantia da proteção do consumidor (*arts. 5º, XXII; e 170, V*); (d) como princípio da ordem econômica, a defesa do meio ambiente, bem comum de todos (*art.170, VI, e 225, e §§*); (e) como dever individual e coletivo e princípio da ordem econômica, o atendimento à função social da propriedade (*arts. 5º, XXIII, e 170, III*); e (f) como fim último, dessa mesma ordem econômica, a justiça social (*arts. 170 e 193*).

2.3. Gize-se que, conjugada com a disciplina constitucional da ordem econômica e financeira (*Título VII*), figura a da ordem social (*Título VIII*), que também ostenta, como base, ‘o primado do trabalho’, e, como objetivo, ‘o bem-estar e a justiça sociais’ (*art. 193*).

2.4. O princípio da democracia econômica e social ‘*contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direção política (legislativa, executiva), no sentido de desenvolverem uma atividade econômica e social conformadora, transformadora e planificadora das estruturas sócio-econômicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática*’ (J.J. GOMES CANOTILHO, Almedina, *Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 474).

3. A CF Brasileira, pelos motivos expostos, é socialmente vinculada.

3.1. Destaquemos, por sua relevância, a clausulação da propriedade *'lato sensu'*, dos direitos patrimoniais, com a função social.

3.2. O art. 5º, XXII, da CF assegura o direito de propriedade em sentido amplo, a abarcar todos os direitos patrimoniais, ou seja, economicamente relevantes, pecuniariamente mensuráveis. A garantia constitucionalmente estabelecida, corresponde a uma vedação de procedimento atentatório aos mesmos, por parte do Poder Público, e ostenta um aspecto objetivo, na medida em que proíbe a extinção do instituto do patrimônio, do direito patrimonial; e um outro, subjetivo, pois que impede que um titular de um bem patrimonial possa ser simplesmente privado do correspondente direito subjetivo, senão mediante desapropriação (CF, art. 5º, XXIV).

3.3. As Constituições brasileiras de 1824 (art. 179, nº 22) e de 1891 (art. 72, § 17) garantiam o direito de propriedade em toda a sua plenitude. As Constituições de 1934 (art. 113, nº 17), de 1946 (art. 141, § 16) e de 1967 (art. 150, § 22; 153, § 22, pela Emenda Constitucional nº 1/69) limitaram-se a aludir ao direito de propriedade, sendo que a de 1937 (art. 122, nº 14) ressaltava que "o seu conteúdo e os seus limites" seriam os definidos nas leis que lhe regulassem "o exercício", ressalva essa considerada desnecessária, e subentendida, dada a natureza institucional dos direitos de propriedade.

3.4. Conteúdo, exercício e limites dos direitos de propriedade são, portanto, estabelecidos pela Constituição e pelas leis e, conseqüentemente, modificáveis, com a mudança da legislação.

3.5. O Direito Constitucional Brasileiro, a partir da CF de 1934, tem dado uma função social à propriedade, o que tra-

duz o sentido global do seu conteúdo e exercício, e dos respectivos limites. A CF de 1934, em seu art. 113, nº 17, prescrevia não poder o direito de propriedade ser exercido “contra o interesse social ou coletivo, na forma, que a lei determinar”. O art. 147 da Carta de 1946 estatuiu que o uso da propriedade seria condicionado ao bem-estar social. A Constituição de 67 (art. 157, III, da redação original; art. 160, III, pela Emenda Constitucional nº 1/69) tinha, na função social da propriedade, princípio básico da ordem econômica e social, que, por seu turno, possuía por fim realizar a justiça social.

3.5.1. A função social da propriedade leva, especificamente, a que o titular do direito seja obrigado a fazer; a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem-comum.

3.5.2. A função social da propriedade corresponde a uma concepção ativa, comissiva do uso da propriedade.

3.5.3. O Direito Brasileiro sempre ostentou limitações comissivas, omissivas e passivas da propriedade. Mas há uma grande distância, foi dado um gigantesco passo, entre as *limitações em favor de vizinhos*, como se vê no *Código Civil*, e aquelas em benefício da *comunidade em geral*, em nome do bem-comum, do interesse social.

3.5.4. A Carta vigente desenvolveu esse dever individual e coletivo:

- a) repetindo (art. 5º; XXIII) que ‘a propriedade atenderá a sua função social’;
- b) erigindo (art. 170, III), como princípio da ordem econômica, a ‘função social da propriedade’;
- c) prevendo a desapropriação por interesse social (arts. 5º, XXIV, e 184);
- d) estabelecendo (art. 182, § 1º), que ‘a propriedade urbana cumpre sua função social, quando atende às

exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor’;

- e) facultando ao Poder Público Municipal (*art. 182, § 4º*) ‘exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento’; sob a pena, dentre outros gravames, de ‘*parcelamento ou edificação compulsórios*’ (*inciso I*);
- f) prescrevendo (*art. 186*) os requisitos a serem simultaneamente atendidos, para que se reconheça o cumprimento da função social da propriedade rural, dentre os quais o ‘*aproveitamento racional e adequado*’ (*inciso I*), sob a cominação da desapropriação por interesse social (*art. 184*).

3.5.5. A função — e, como toda função jurídica, a envolver a obrigação de consecução de um fim — social da propriedade é, portanto, base para farta instrumentação da legislação e regulação econômicas.

4. Outrossim, não se poderá dizer que inexistente, no vigente regime constitucional, intervenção, ou melhor, participação do Estado Brasileiro no domínio econômico, que é o objeto social da respectiva ordem.

4.1. Salienta JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA (*Direito Econômico*, Rio, Forense, 2ª ed., 1998, p. 220 e s.):

“O constitucionalismo do século XIX surgiu impregnado de liberalismo, tanto político quanto econômico. As Constituições brasileiras de 1824 e de 1891 basearam-se no princípio básico do liberalismo econômico e que serve de distintivo para o capitalismo: o princípio da propriedade individual dos bens de produção. Este princípio é fixado como absoluto naqueles dois textos.

Numa interpretação contextual, deve-se assinalar que este princípio está contido no título referente às “garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiro”. E o §

22 do art. 179 da Constituição de 1824 determina: “é garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude”. Por sua vez, o § 17 do art. 72 da Constituição de 1891 dispõe: “o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude”.

4.2. A Reforma Constitucional de 1926, atribuiu ao Congresso Nacional *‘legislar sobre o comércio exterior e interior, podendo autorizar as limitações exigidas pelo bem público’*.

4.3. Prossegue o Autor antes citado:

“A Constituição brasileira de 1934 aderiu ao novo discurso manifestador das idéias imperantes, introduzindo, por vez primeira, um título configurador da nova postura do Estado dentro da ordem liberal. O ingresso do Estado para atuar no mercado gera uma nova ordem a ser disciplinada, a Ordem Econômica e Social.

.....
A Constituição brasileira de 1937, ‘a primeira a valer-se da expressão “intervenção do Estado no domínio econômico”, estabelecendo também a distinção, de caráter doutrinário, entre a intervenção mediata e imediata, e conceituando-lhes as formas de manifestação: controle, estímulo e gestão direta.”

4.3.1. O citado artigo constitucional resumia o posicionamento estatal na Economia;

“Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais, o pensamento dos interesses da Nação, representada pelo Estado.

A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”

4.4. Prossegue JOÃO BOSCO:

“A Constituição de 1946 torna explícitos os parâmetros fundamentais que balizam a intervenção do Estado no domínio econômico. Depois de fixar, no art. 145, os pilares da ordem econômica liberal que se instaura, a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano, o texto maior estabelece, no art. 146, que a intervenção tem como princípio propulsor o interesse público, mas deverá ater-se ao limite dos direitos fundamentais, assim entendidos os direitos garantidos ao indivíduo.”

4.5. A Constituição de 67/69 dispunha sobre a matéria em dois artigos distintos.

4.5.1. A primeira disposição era a do art. 170, *caput*, que aludia ao estímulo e ao apoio do Estado (abrangendo União e pessoas político-administrativas locais) à organização e exploração da atividade econômica pelas empresas privadas.

4.5.2. O § 1º do art. 170 tratava da gestão econômica pública, dando-lhe função supletiva: *‘apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica’*. Aduzia o § 2º que, *‘na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações’*.

4.5.3. Se o art. 170, e seus §§, tratavam das formas de intervenção dos Poderes Públicos consistentes no estímulo e no apoio da atividade econômica particular, e na gestão direta, supletiva ou complementar dessa, em igualdade de condições com as empresas privadas, já o art. 163 contemplava as

demais formas de intervenção, ou seja, o controle (poder de polícia e participação social) e a gestão direta pela monopolização daquilo que era atividade econômica particular, transformando-a em atividade econômica exclusiva do Poder Público, ou em serviço público econômico.

A competência, agora, era só da União, que teria, para agir, de estribar-se em lei (que não era exigida, apenas, como poderia parecer numa interpretação literal menos cuidada, para a hipótese de monopolização). Os motivos dessas outras formas interventivas eram a segurança nacional ou a necessidade de organização de setor que não pudesse ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa. Asseguravam-se os direitos e garantias individuais, inclusive no tocante às indenizações pertinentes. Outrossim (*parágrafo único*), para atender a essas formas de intervenção, a União poderia instituir contribuições destinadas ao custeio das respectivas prestações e encargos³, na forma da lei (*cf. art. 21, § 2º, I, da CF*).

4.6. Na Constituição de 1988, a gestão direta é objeto da disposição do art. 173:

“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

4.6.1. Verifica-se e que não há nem mais subsidiariedade ou complementariedade, mas vedação da gestão econômica direta estatal. Abre-se, exceção, tão-somente, para os casos constitucionalmente previstos; e as necessidades da segurança nacional e de relevante interesse coletivo, assim mesmo conforme definição legal.

4.6.2. Outrossim, os instrumentos para o desenvolvimento dessa exploração econômica estatal são as empresas estatais: empresas públicas, sociedades de economia mista e as

empresas paradministrativas, subsidiárias das anteriores (*arts. 37, XIX e XX, e 173, §§ 1º e 3º*).

4.6.3. O estatuto jurídico da empresa estatal, produtora ou comercializadora de bens ou prestadora de serviços, estabelecido por lei, disporá sobre:

I — sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II — a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III — licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV — a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V — os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.”

4.6.4. É recente o fenômeno da criação das empresas do Estado, como forma de descentralização administrativa, e, conseqüentemente, de exercício da atividade econômica administrativa. Como integrante do contexto do processo de intervenção estatal no domínio econômico, acentuou-se o emprego desse instrumento, a partir da I Guerra Mundial.

4.6.4.1. Se bem que alguns estudiosos da matéria situem, na Alemanha, no final do século XVIII e início do século XIX, o surgimento das sociedades de economia mista, o certo é que foi após a Guerra de 1914-1918, no citado País, que se desenvolveu esse tipo de ente descentralizado (v. *Estudo de Direito Comparado sobre empresas do Estado* (relatório de Nikola Balog), por nós traduzido, 'in': RDA, 87: 35-51; 88: 34-75; 89-34-67; e 90: 30-56): em Países desenvolvidos, por motivos políticos e fiscais; e, em Países subdesenvolvidos, com vistas ao desenvolvimento econômico.

4.6.4.2. Os antecedentes, em geral apontados, dos monopólios estatais na Antigüidade, inclusive no Império Romano, e, mais recentemente, das companhias coloniais dos séculos XV, XVI e XVII, tão importantes na História de Portugal e do Brasil nas quais se associavam a Coroa e particulares, segundo as concepções mercantilistas, e não têm semelhança com a atual empresa do Estado, que é uma pessoa jurídico-administrativa.

4.6.4.3. Em nosso País, aponta-se, como a mais antiga empresa do Estado, o Banco do Brasil, criado pelo Alvará de 12 de outubro de 1808, sendo certo que a Lei nº 59, de 8 de outubro de 1833, criou um novo Banco do Brasil.

4.6.4.4. Mas o desenvolvimento no campo em tela deu-se a partir de 1939, com a criação pela União, dentre outras empresas, do Instituto de Resseguros do Brasil (1939), da Companhia Siderúrgica Nacional (1941), da Companhia Vale do Rio Doce (1942), da Companhia Nacional de Álcalis (1943), da Fábrica Nacional de Motores (1946), do Banco de Crédito da Amazônia (1950), do Banco Nacional de Crédito Cooperativo (1951), da Petróleo Brasileiro S.A. — Petrobrás (1953), da Companhia Urbanizadora de Nova Capital do Brasil — Novacap (1956), da Rede Ferroviária Federal (1957), da Siderúrgica de Minas Gerais — Usiminas (1958), da Companhia Siderúrgica Paulista — Cosipa (1960), das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — Eletrobrás (1961), da Empresa Brasileira de Telecomunicações — Embratel (1962), da Companhia Brasileira de Alimentos — Cobal (1962), da Companhia Brasileira de Armazenamento — Cibrazem (1962), do Serviço Federal de Processamento de Dados — Serpro (1964), da Empresa Brasileira de Turismo — Embratur (1966), da Companhia de Navegação Lloyd Brasileira e da Empresa de Reparos Navais Costeira S.A. (1966), da Companhia Docas do Rio de Janeiro (1967), da Financiadora de Estudos e Projetos — Finep (1967), da Termisa — Terminais Salineiros do Rio Grande do Norte S.A. (1970), dentre muitas outras. Até

estabelecimento hospitalar assumiu a forma de empresa do Estado: O Hospital das Clínicas de Porto Alegre (Lei nº 5.604, de 2 de setembro de 1970, Decreto nº 66.930, de 16 de julho de 1971), vinculado ao MEC.

4.7. A outra função estatal, na Economia, é a de regulação, como pormenorizaremos, tratada no art. 174, sob as formas normativa e operativa, e, segundo a moldura legal, nas atribuições de fiscalização, incentivo e planejamento, apenas indicativo para o setor privado e determinante para o setor público.

4.8. É, ademais, da competência exclusiva da União *'instaurar contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico'* (art. 149 da Cf).

4.9. Outrossim, a CF faz nítida a distinção entre a atividade econômica *'stricto sensu'* e a prestação de serviço público (arts. 173, e § 1º, e 175).

5. As noções de ordem, de organização econômicas não são conceitos estáticos, mas têm elas sua face dinâmica, porque permitem sua movimentação para abranger determinados fins, sob a égide de certos princípios.

5.1. A.J. AVELÃS NUNES (Os Sistemas Econômicos, Coimbra, 1991, p. 7) expõe:

"Os sistemas distinguem-se uns dos outros pela afirmação de determinadas forças produtivas e determinadas formas de organização material da produção, a base econômica (estrutura econômica ou infraestrutura) no seio da qual se desenvolvem determinadas relações sociais de produção e a partir da qual se erguem e instalam determinadas estruturas políticas, jurídicas, culturais, ideológicas (superestrutura)."

5.2. JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA (*Op. cit.*, p. 52/53), distingue:

“Organização econômica de um país, que pode se caracterizar como um conjunto mais ou menos coerente de estruturas. O regime constitui uma aplicação concreta do sistema que é uma organização-tipo ou um ideal-tipo. Cada sistema econômico pode dar lugar a um grande número de regimes. O sistema capitalista conheceu diversos regimes no espaço e no tempo: o capitalismo comercial, o capitalismo industrial, o capitalismo financeiro, o capitalismo de pequenas unidades, o capitalismo liberal, o capitalismo dirigista, o neo-capitalismo, o capitalismo dualista nos países sub-desenvolvidos... O sistema socialista abrange também diversas formas de regime: o socialismo autogestionário, o socialismo de mercado, o socialismo de Estado, o capitalismo de Estado, o socialismo chinês.”

E aduz que *‘a Constituição Econômica opera a conversão do regime econômico em ordem jurídico-econômica.’*

II. A autonomia do direito econômico e suas bases constitucionais, no Brasil

1. A Carta Magna Brasileira identifica, expressamente, o Direito Econômico, ao fazê-lo, em seu art. 24, I, objeto da competência legislativa concorrente da União e dos Estados Federados (e do Distrito Federal); o que também se dá com *‘produção e consumo’*, consoante o inciso V do mesmo artigo.

2. Assim como dispõe sobre a ordem social (*Título VIII*), a CF trata da ordem econômica e financeira, em seu Título VII, sendo que a legislação identifica a ordem tributária (*cf. Lei n° 8.137, de 27.12.90*), que a Constituição caracteriza como sistema tributário nacional (*Capítulo I do Título VI*); assim como o faz com o sistema financeiro nacional (*art. 192*).

2.1. Expressivamente, a Constituição da República Portuguesa, em sua Parte II, cuida da Organização Econômica, enumerando o art. 80º os princípios em que assenta a organização econômico-social.

2.2. Destarte, não obstante ser a livre iniciativa um dos fundamentos da própria República Federativa do Brasil, indicado, desde logo, no art. 1º da CF, e repetido no art. 170, já agora como fundamento da ordem econômica; embora seja a livre concorrência um dos princípios dessa mesma ordem (*in-ciso IV do mesmo artigo*); apesar da garantia constitucionalmente assegurada do livre exercício de qualquer atividade econômica (*p. único do citado art. 170*); e mesmo reconhecendo a legitimidade do poder econômico (*art. 173, § 4º*), a economia brasileira se submete, juridicamente, a um sistema, principiológico e normativo, que constitui uma ordem, a formar um complexo de diretrizes e preceitos dispostos ‘com o fim de fixar as bases da economia’ (*Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 7ª ed., p. 602, verbete ‘Ordem econômico-social’*).

3. A designação poder econômico comporta um sentido sociológico e, outro, jurídico, indissolúvelmente ligados entre si.

3.1. No primeiro, é uma das formas ou divisões do poder nacional, “expressão integrada dos meios de toda ordem de que dispõe efetivamente a Nação, numa época considerada”. Ao lado do poder político, do poder psicossocial, do poder militar, está o poder econômico. A potencialidade de produção de bens e serviços dimensiona o referido segmento do poder nacional, condicionando a ação dos outros fatores componentes do mesmo. Esse poder projeta-se no campo internacional.

3.2. Juridicamente, cabe considerar que nossa ordem econômica se funda na liberdade de iniciativa, na concorrência

nos mercados, com o objetivo de lucro; na propriedade privada dos meios de produção, na liberdade do exercício de trabalho, ofício ou profissão.

3.2.1. Todas essas liberdades e garantias asseguram, a cada um, poderes, direitos e faculdades materiais, e impõem deveres, vedações, sujeições, imposições, que compõem o estatuto da situação jurídica de cada partícipe da atividade econômica. Sob o ângulo do Direito, o poder econômico, decomposto em direitos, poderes e faculdades, os tem institucionalizados como quaisquer outros, em termos de limites de conteúdo e de limitações de exercício.

3.2.2. Verifica-se que as já citadas liberdades econômicas não são absolutas, mas institucionalizáveis, e a própria CF, em numerosos de seus dispositivos, dá início a essa institucionalização, prescrevendo, inclusive, a necessidade de autorização de órgãos públicos, nos casos previstos em lei, para o exercício de determinadas atividades econômicas (*p. único do art. 170*). Ademais, fundamentos, princípios e ideologia dão o sentido profundo da ordem econômica.

3.2.3. O que se está institucionalizando, já na área do Direito Social, são os direitos de propriedade, ou seja, os direitos de conteúdo econômico, os direitos patrimoniais (e não, apenas, o domínio, o direito real máximo, que é o direito de propriedade em sentido estrito).

3.2.4. Neste significado largo, é que a CF Brasileira garante o direito de propriedade (*arts. 5º, 'caput', e inciso XXII, e 170, II*); e, consoante este significado amplo, pode dizer-se que, ao invés de um direito de propriedade, existem direitos de propriedade.

3.2.4.1. Os direitos patrimoniais encerram poderes jurígenos, como o de alienar, no caso do domínio; o de *ceder*, no caso do direito obrigacional; e faculdades, que traduzem,

faticamente (fato — facto — e faculdade são cognatos, derivando ambos do mesmo étimo *fac*), a satisfação do interesse, a que, juridicamente, atende o direito. Referindo-se ao *domínio*, o art. 485 do CC alude a “*poderes inerentes*” à *propriedade*.

3.2.5. O conteúdo do direito marca a sua extensão, define seu objeto e compõe-se desses poderes e faculdades. Os atos e fatos praticados pelo seu titular, de acordo com tal conteúdo, dentro dessa extensão, são o exercício do direito. O exercício dá-se, portanto, através de fatos, quando se trata de faculdades, como no caso da construção de um edifício, pelo proprietário, no imóvel de seu domínio; ou por atos jurídicos, quando se trata de poderes, como o de dispor.

3.2.6. Em verdade, os direitos de propriedade, embora básicos em nosso sistema de direitos individuais e econômico-sociais, não é um direito fundamental, no sentido em que o é a liberdade pessoal, porquanto, reitera-se, é institucionalizável: a propriedade é um instituto jurídico, uma instituição, que, em razão da garantia constitucional, não pode ser abolida, mas cujo conteúdo não é único, cabendo à lei, dentro do que a Constituição Federal dispõe, definir tal conteúdo, regular seu exercício, estabelecendo os respectivos limites.

3.2.7. Os direitos institucionalizados, como os patrimoniais, têm, portanto, limites, que circunscrevem seu conteúdo, seu complexo de poderes e faculdades; bem como limitações a seu exercício; sendo, por outro lado, balizados por tangencionamentos, as incursões, intromissões e ingerências que terceiros podem fazer.

3.2.7.1. Há, com efeito, um conteúdo positivo, circunscrito pelos chamados limites positivos, que fixam o elenco de poderes e faculdades do titular do direito, e o alcance do respectivo exercício, ou seja, até onde aquele pode ir na realização de tais poderes e faculdades.

3.2.7.2. Mas há um conteúdo e um alcance ditos negativos, circunscritos pelos limites e limitações negativos, que estabelecem até onde podem ocorrer ingerências e tangenciamentos de terceiros em relação ao direito alheio; quais os poderes e faculdades de que não dispõe seu titular, e aonde não pode ir esse no exercício do direito.

3.2.8. O exercício irregular dos poderes e faculdades; a contrariedade às proibições, imposições e sujeições caracterizam o abuso de direito, e, no que nos diz de perto, do poder econômico, dizendo respeito à produção de bens e serviços, à atividade financeira e outras; e tendo, este abuso, por objetivos ilícitos, o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, o que corresponde à subversão dos princípios básicos de nossa ordem econômica (CF, art. 173, § 4º).

3.2.9. O exercício de qualquer atividade, traduzida na fruição de poderes e faculdades, tem, pois, de ser regular, porquanto, do contrário, haverá abuso ou excesso, caracterizando-se o ato ilícito absoluto (art. 160, I, do CC). As limitações ao exercício dos direitos hão de ser respeitadas, para que não ocorra a irregularidade danosa ilícita: aos brocardos *qui iure suo utitur neminem laedit* e *nemo iniuria facit qui iure suo utitur* opõe-se, com vantagem, a máxima *summum ius, summa iniuria*.

4. Mas, conforme já salientado, a ordem econômica não se compõe, apenas, do capital, da empresa, do empresário, e de seus direitos e interesses; enfim, do poder econômico: a própria CF Brasileira, no Título respectivo, foca o trabalho e a figura do trabalhador; a personagem do consumidor; e bens e valores que têm de ser preservados em face da atividade econômica, como o meio ambiente.

5. O Direito Econômico é o Direito da Ordem Econômica, abrangendo: (a) a institucionalização do poder econômi-

co; de direitos de propriedade; (b) a valorização do trabalho humano; e (c) a defesa do consumidor. Têm imbricações com outros valores, as chamadas externalidades sociais, como a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais, o desenvolvimento nacional equilibrado, o pleno emprego, o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, e da propriedade rural, o desenvolvimento do mercado interno, inclusive objetivando a autonomia tecnológica do País, tudo com vistas à realização da justiça social (*CF, arts. 1º, IV; 3º, II a IV; 6º; 170, e seus incisos; 182, 186 e 219*), a partir de raízes e contornos inscritos na Constituição Federal (*Título VII*).

5.1. Tem por objeto as situações jurídicas, as relações jurídicas, os poderes, direitos, faculdades, deveres, obrigações, pretensões, ações, de que participam o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica (*CF, art. 174*) e como explorador desta (*art. 173*), e dos demais sujeitos econômicos, do setor público e do setor privado, com um espaço social, que é o mercado.

5.2. Conforme salientado, a Carta Política Nacional conferiu identidade ao Direito Econômico, em face do Direito Financeiro, do Direito Tributário, do Direito Administrativo, e dos demais ramos jurídicos, eis que referido, nominalmente, no art. 24, I, da CF.

5.2.1. Assinale-se, uma vez mais, que o dispositivo coloca o Direito Econômico como matéria da competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal.

5.3. É no campo do Direito Econômico que nos encontramos. Mas outros ramos jurídicos (como o Direito Civil, o Comercial, o Direito Societário, o Direito da Propriedade Intelectual e Patentes, o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor, os já citados Direitos Financeiro, Tributário, o

Direito Administrativo), que com ele se inter-relacionam, o fazem em moldura contextualizada.

6. O poder econômico tem, dentre os poderes sociais, realce e força especiais, oferecendo para aqueles que tentam controlá-lo, fiscalizá-lo ou criticá-lo, o chamado '*risco de captura*' e, até mesmo, de destruição.

6.1. Daí, ser fundamental que o Direito Econômico tenha os agentes e instrumentos adequados para sua efetivação.

6.2. Assim, um *Estado fraco*, o '*Estado mínimo*', o '*Estado nanico*' ser incapaz, inclusive, de assegurar as condições, adequadas, da economia de mercado.

6.3. Por isso, é precisa a enumeração, pela Constituição Portuguesa, dentre os princípios da organização econômico-social, o da '*subordinação do poder econômico ao poder político democrático*' (art. 80º, a) eis que o ato político é a síntese dos demais atos e fatos sociais, e há de existir uma orientação axiológica (e, portanto política) que consulte aos interesses da sociedade.

7. Negrita JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, 3ª ed., 2000, IV: 520) que o citado dispositivo constitucional luso é uma das intenções primordiais em que, juntamente com a garantia dos direitos dos trabalhadores, se alicerçam as normas sobre a iniciativa privada, cujas regras demonstram '*um alcance mais restritivo*'.

8. Identificam-se, como sub-ramos, dentre outros, o Direito Econômico Regulador (Regulativo ou Regulatório) e o Direito Econômico Institucional; o Direito Econômico da Empresa e da Atividade Econômica; o Direito do Consumidor.

8.1. O primeiro compreende as modalidades — normativa e operativa — de intervenção, de ingerência do Estado na ordem econômica, no comportamento dos agentes econômicos, e que, em sua forma extrema, caracteriza o dirigismo total, cujo oposto, também em sua modalidade radical, é o absteísmo estatal completo, do '*laissez-faire, laissez-passer*' absoluto.

8.2. O segundo corresponde à estruturação organizacional do Estado, enquanto, ele próprio, agente econômico, e que, em sua configuração-limite, caracteriza o coletivismo global; e, no sentido contrário, o Estado inteiramente ausente da prática de atos econômicos.

8.2.1. É claro que não há uma separação absoluta entre os dois sub-ramos, mas uma interpenetração e uma interação necessárias, dado que, a par dos órgãos ordinários de sua estrutura, que atuam no campo do Direito Econômico, existem aqueles que são específicos na normatização, na regulação concreta e na atuação nos mercados econômico, financeiros, de capitais.

8.2.2. Por outro lado, ocorre nítida conjugação, em muitos casos, entre a regulação concreta e a atuação mercadológica.

8.3. O terceiro sub-ramo compreende a empresa, como pólo econômico e jurídico, a desenvolver, na qualidade de '*microcosmos econômico*', como estrutura organizacional e agente, e com o titular do capital, o empresário, o executivo, o empregado, a atividade econômica, compreendendo a prática dos atos econômicos de produção, de comercialização, de prestação de serviços; a atividade financeira e no mercado de capitais.

8.4. O Direito do Consumidor é o da defesa e proteção deste, da afirmação de seus direitos e garantias.

8.5. Dentre outras divisões, realce-se a do Direito Econômico Internacional, com as normas de Direito Interno sobre matéria econômica, e que têm conexão com elemento fático-jurídico estrangeiro; e o Direito Internacional Econômico, que tem assento nos tratados, convenções e atos jurídicos de Direito Internacional, envolvendo, inclusive, as entidades internacionais não-estatais. Identifica-se o Direito de Integração Econômica e consolidou-se, outrossim, o Direito Comunitário, a ordem jurídica comunitária.

São segmentos jurídicos básicos em época de economia globalizada e integrada, em que os mercados, os agentes econômicos, a regulação se *institucionalizaram*, se *transacionalizavam*, se *supranacionalizaram*.

8.6. Assumem relevância o Direito Econômico Penal (Punitivo), que caracteriza ilícitos jurídico-econômicos e comina as respectivas sanções; e o Direito Penal Econômico, parte, do Direito Criminal, que tipifica delitos, com as respectivas penas, em área que tem, como bem jurídico tutelado a ordem econômica, os direitos e interesses nela envolvidos.

9. A autonomia de um ramo jurídico assume vários patamares: (a) a autonomia didática, quando um segmento do Direito pode ser objeto de ensino sistematizado em disciplina independente; (b) a autonomia legislativa, que se traduz na existência de diplomas normativos específicos sobre a matéria; e (c) a autonomia científica, esta sim, constituindo a plenitude autonômica, e que exige duas modalidades: (I) a autonomia dogmática, atribuída por princípios próprios; e (II) a autonomia estrutural, que traduz a existência de institutos específicos.

9.1. O Direito Econômico está expressamente identificado como ramo jurídico, pela CF, em seu art. 24, I, ao lado do Direito Tributário, do Direito Urbanístico, que são ramos autônomos também modernos; e todos sob a competência legislativa concorrente da União e das unidades federativas que

são os Estados-membros e o Distrito Federal; não se podendo olvidar, outrossim, da competência supletiva municipal, no que couber, em relação à legislação federal e estadual, nos termos do art. 30, I.

9.2. O que resta saber é até que grau chega, na atualidade, a autonomia do Direito Econômico Brasileiro, inclusive seja em seu sub-ramo Regulatório.

9.3. As autonomias didática e legislativa são inquestionáveis. Analisemos a questão referente à autonomia científica.

9.4. Esta, segundo entendemos, existe e reflete a própria autonomia da Ciência Econômica, sob as formas da Economia Positiva e da Normativa, e da Política Econômica; e a identificação de uma ordem econômica, com seu espaço social, o mercado.

9.5. Quanto à principiologia própria, é a CF que nos fornece a mesma, quer, especificamente no art. 170, quer em outros dispositivos, como nos arts. 1º, IV; 3º, II; e 5º, XXIII.

9.6. No tocante à presença de institutos jurídicos específicos, encontramos as próprias figuras da Economia, institucionalizadas; a do incentivo, do fomento, do plano, do programa e do projeto econômicos; e as do mercado, do produtor, do consumidor; da atividade econômica enquanto instituto jurídico diverso do serviço público (art. 175 da CF), e assim por diante.

9.7. Conforme indica a doutrina, o Direito Econômico Regulativo desenvolveu-se a partir do alargamento da área de abrangência do poder de polícia administrativa, já agora sob a forma de poder de polícia econômica (cf. ALBERTO VENANCIO FILHO, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, Rio de Janeiro, FGV, 1968, p. 75; BERNARD CHENOT, *Dictionnaire des Sciences Économiques*, Paris,

Presses Universitaires, 1958, verbete 'Droit Public Économique', I: 420). Existente a diferença entre o poder de polícia e a regulação, a isso se soma a presença, no Direito Econômico, de princípios e institutos próprios; de uma organização, seja na estrutura estatal regulativa, seja empresarial, no setor público e no setor privado, a conferir-lhe, este conjunto, inquestionável autonomia.

10. O Direito Econômico é ramos do Direito Social, e este dispõe sobre os interesses dos espaços sociais, dos bens comuns de todos, dos grupos e classes sociais e de outros segmentos comunitários; da Nação; e dos indivíduos e instituições como integrantes da sociedade, com seus direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos.

10.1. Mantém estreitas relações, conforme já salientado, com os ramos do Direito Público, pela presença do Estado no campo que é seu objeto; e com os do Direito Privado, que tratam das situações e relações jurídicas individualizadas também de cunho econômico.

III. Os vários sentidos de 'regular' e de 'regulação', no direito brasileiro

1. O tema 'regulação econômica' é de inquestionável atualidade, não apenas no estrito campo da Economia, mas também da Política, da Sociologia, da Ética e, na área que nos diz de perto no presente trabalho, do Direito.

2. No setor jurídico, repercutem, de modo vital, em época globalizante e neoliberal, especialmente em Países pobres como o Brasil, o debate, sobre as disposições normativas e a atuação concreta estatais, entre, de um lado, aqueles que são a favor da desregulação, e crêem na auto-regulação dos mercados; e, de outro, aqueles que empreendem uma reação à ordem jurídica liberalizante, descreditada como instrumento

hábil de hétero-disposição de interesses individuais e coletivos, e de prevenção e solução de conflito sociais; envolvendo as várias correntes que se posicionam entre os dois extremos.

3. Trataremos, neste estudo, da regulação, enquanto instituto jurídico; e das linhas gerais, da experiência brasileira, na sua utilização, no campo econômico.

4. A fixação do sentido específico do termo regulação, no Direito Brasileiro, encontra óbices derivados de fatores vários, e que conduzem a um uso diversificado, muitas vezes impreciso, do vocábulo; fatores dentre os quais se encontram a própria origem etimológica latina e sua conseqüente cognação com regra, com regulamentar, com regularizar; além de serem homônimos, homófonos e homógrafos, o verbo e o adjetivo, regular.

4.1. Enquanto o verbo provém do latim '*regulare*', dirigir, dispor, ordenar; o qualificativo deriva do correspondente latino, '*regularis, e*', relativo a cânone, regra de direito eclesiástico.

4.2. A origem comum é '*regula, ae*', régua, tala, barra de pedreiro ou carpinteiro para aferir ou tornar reta uma superfície; e que, por seu turno, deriva do radical de '*rego, is, rectum, regere*', dirigir, guiar, conduzir, governar.

4.3. O antepositivo *reg*, também presente em '*rex, regis*', e a própria forma verbal '*rectus, a, um*', evidenciam sua cognação com '*dirigo, dirigere*', e, em decorrência, com '*directus*' direto, e, daí, com direito.

4.4. Destarte, o significado mais amplo de regular, é o de dispor, isto é, colocar em certa ordem, ordenar, estabelecer normas procedimentais e comportamentais; mas também o

de decidir, administrar, dar destinação, o que já tem um sentido, não mais normativo, mas individualizador.

5. As regras jurídicas *dispõem* normativamente; *dispõem, negocialmente*, as cláusulas avençadas pelos titulares dos interesses; as últimas, forma de auto-regulação; e, as primeiras, de hétero-regulação.

5.1. Nesta linha, a Constituição Federal Brasileira e as ementas legais empregam, em geral, a expressão *dispor*, no sentido normativo, como quando a primeira atribui ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, '*dispor sobre todas as matérias de competência da União*' (art.48).

5.2. Outros termos são, porém, utilizados neste sentido largo.

5.2.1. Assim ocorre com regular: os arts. 192 e art. 202 da Carta Magna Nacional prescrevem que o sistema financeiro nacional e o regime de previdência privada serão *regulados por lei complementar*.

5.2.2. Também são empregados, porém, disciplinar (*cf. art. 37, § 3º, da CF*); fixar (*art. 40, § 12*); definir (*cf. art. 37, VII*); estabelecer (*cf. art. 37, IX*); e regulamentar (*cf. art. 5º, LXXI*).

5.3. Exemplo conspícuo do emprego de regular, no sentido amplo de dispor, *normativamente*, encontra-se no art. 1º do Código Civil Brasileiro vigente: "*Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações.*"

6. Mas a própria CF evidencia que regular pode ter um sentido normativo próprio; como ainda o significado de atuação ou de concretização, *in casu*, e não abstrata, em tese, ao contemplar, no texto de seu art. 174, o papel de agente nor-

mativo, do Estado, em separado do de agente regulador, e isto, no campo específico da Economia.

7. No conjunto das funções estatais, identifica-se, com efeito, parcela específica, rotulada como regulação.

7.1. A Constituição Federal trata de regulação, neste sentido estrito.

7.2. Em dois tópicos, contempla a figura de '*órgão regulador*': no *art. 21, XI*, quando dispõe sobre os serviços de telecomunicações; e no *art. 177, § 2º, III*, que estabelece que a lei fixará "*a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União*", em tema de petróleo.

7.3. Por sua vez, o já citado *art. 174*, no Título, Da Ordem Econômica, é explícito em preceituar que, "*como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*".

7.4. Mas o que é regular, em senso específico?

7.4.1. Pode constatar-se, pelo uso do vocábulo, não somente na doutrina, mas na própria legislação brasileiras, que apesar da distinção, antes focalizada, entre agente normativo e agente regulador, feita pelo *art. 174 da CF*, regulação abranje uma atuação normativa, *em tese e em abstrato*; e outra atuação individualizadora, operativa, *in casu e in concreto*.

7.4.2. No segundo sentido, que é o empregado pelo dispositivo constitucional citado no subitem anterior, compõe-se a regulação, de atos de execução do direito, e se pode exemplificar com o controle do câmbio, mediante a venda, de dólares, pelo Banco Central.

7.4.3. No significado normativo estrito, poder regulador é segmento específico do poder normativo estatal, que, além do poder constituinte, engloba o legiferante e o regulamentar.

8. Tratemos, neste passo, do sentido normativo estrito.

8.1. O sistema constitucional brasileiro estabelece a discriminação de competências das ordens federativas para *legislar* sobre os vários direitos, poderes e faculdades, nos diferentes ramos jurídicos; isto é, para estabelecer o seu conteúdo, disciplinar o respectivo exercício, fixando os correspondentes lindes. Assim, no que tange aos *direitos patrimoniais*, a União é competente para dispor sobre os de *índole civil, comercial*, dentre outros; já sobre *direitos patrimoniais* de natureza *financeira* ou *tributária*, dentro das normas gerais nacionais, editadas pela União, os Estados federados, o Distrito Federal e os Municípios também o são (CF, arts. 24, I, 145 e 146, III).

8.2. A unidade federativa competente para *legislar* sobre o direito estabelece os limites de conteúdo e as limitações de exercício pertinentes, tendo em vista a necessidade de possibilitar a coexistência e o co-exercício dos vários direitos, poderes e faculdades, iguais ou conexos (v.g., os direitos dos proprietários dos vários prédios vizinhos; os do locador e os do locatário).

8.3. Mas as limitações de exercício de um direito ou poder podem, igualmente, decorrer da necessidade de salvaguardar interesses públicos e sociais cujas tutelas estão a cargo das várias pessoas político-federativas (e não, necessariamente, da competente para estabelecer o estatuto básico do direito em questão), interesses como a higiene, os bons costumes, a segurança, a tranqüilidade comunitária, a competição hígida nos mercados etc. Na medida em que o exercício dos poderes e direitos interfere com tais interesses, a pessoa política com-

petente, exercitando seu *poder normativo*, através da edição de normas legais, e de atos administrativos gerais normativos, *disciplina* poderes e faculdades, na proteção daqueles interesses, e, em conseqüência, o exercício dos direitos.

8.4. Essa disciplina traduz-se em *limitações de Direito Público e Social*.

8.5. As limitações em tela dão sentido expresso, à regularidade (daí, '*regular*' e '*órgão regulador*'), do exercício dos direitos, na defesa desses interesses. Quanto mais espontânea e autêntica for a sensibilidade da comunidade para esses interesses, menor terá de ser o número de normas em foco.

8.6. Mesmo quando emanam do mesmo legislador, porque competente em ambas as áreas — a da fixação do conteúdo e a da disciplina do exercício, em função de externalidades sociais —, distinguem-se, pelas razões expostas, as duas ordens de regras.

8.6.1. Realmente, bem diversa é a posição da União, quando legisla sobre Direito Civil (*art. 22, I, da CF*) e quando o faz sobre o exercício do direito de construir, através da normatização de polícia administrativa.

8.7. Em suma, assim como o *Poder Público* não pode ser *absoluto*, tampouco podem sê-lo *os direitos dos particulares*. É certo que existem *os direitos fundamentais*, como o direito à liberdade pessoal, absolutos no sentido de que não comportam *limites* a seu conteúdo. Ao lado desses, porém, conforme antes lembrado, existem, em maior número, os direitos, poderes e liberdades, ditos institucionalizáveis, como o de propriedade; institutos jurídicos sem conteúdo completo *a priori*, pois que o mesmo é dado pelo Direito. O Poder Público competente para legislar sobre o direito, estabelecendo o seu estatuto jurídico, forma o respectivo conteúdo, e configura seu exercício, dotando-o de poderes e faculdades e

traçando-lhe os seus limites positivos, com a indicação de até onde pode ir o titular do direito. Estabelece ainda limites negativos, ao conferir a terceiros, direitos de incursão, de ingerência no direito que está sendo objeto da legislação. Vê-se tal fenômeno, com clareza, na disciplina do direito da propriedade, como direito real, como domínio. Essa configuração institucional do direito decorre da noção de que, não sendo este absoluto, vigora o princípio de sua relatividade, necessária à própria coexistência e ao próprio co-exercício dos direitos iguais ou conexos (v. nosso *O Direito de Propriedade e as Limitações e Ingerências Administrativas*, São Paulo, RT, 1982).

8.8. *Tais limites não são, todavia, suficientes, porque o exercício dos direitos não deve ir de encontro a interesses públicos e sociais.*

8.8.1. Surgem, em conseqüência, as já referidas limitações ao exercício, limitações de Direito Público e Social, cujo objetivo é o de salvaguardar os mencionados interesses.

8.8.2. A própria CF, ao enumerar e assegurar direitos públicos subjetivos, esboça limitações desse gênero (*cf. art. 5º, XVII*).

8.8.3. As limitações ao exercício dos direitos e poderes são desenvolvidas pela legislação ordinária expedida pelo Poder público competente para tutelar esses mencionados interesses públicos e sociais.

8.8.4. Entra em cena, a seguir, o administrador público. Primeiramente, para pormenorizar as normas legais limitativas.

9. Surge, então, a primeira expressão normativa, no campo da regulação, o poder de polícia administrativa, como referido no art. 78 do Código Tributário Nacional (*Lei nº 5.172*,

de 25.10.66, com a redação do Ato Complementar nº 31 de 28.12.66), que estatui:

“Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

9.1. Consoante o art. 145, II, da CF, dentre os tributos que podem ser instituídos pelas unidades político-federativas, estão as taxas, devidas *“em razão do exercício do poder de polícia”*, quando se traduz já em atos concretos (licenciamento, autorizações, interdições etc).

9.2. A definição legal abrange, contudo, os sentidos normativo e operativo, de modo que se devem tomar, adequadamente, os termos *regula* e *disciplina*, empregados pelo art. 78, antes reproduzido.

9.3. Verifica-se, outrossim, que, na verdade, o CNT conceitua, não apenas, o poder de polícia, que é a regulação de direito público, mas a regulação em geral, quando emanada de órgãos administrativos.

10. Nesta moldura, tratemos da regulação de Direito Social, inclusive a de Direito Econômico, que é o campo que nos interessa mais proximamente, e, por isso, aprofundemos, agora, a noção de poder normativo regulador.

10.1. A Constituição é o contrato social; e suas disposições são mais cláusulas, do que regras.

10.2. O legislar — segundo o princípio da legalitariedade — compreende a edição do ato, formalmente legal, e só este pode criar, modificar ou extinguir situações jurídicas objetivas, em tese, ou seja, poderes jurígenos e deveres.

10.3. No nível da normatização infralegal, temos o regular e o regulamentar.

10.3.1. No significado normativo, '*regular*' não é '*regulamentar*', apesar do uso promíscuo das duas palavras, e embora ambas sejam segmentos do poder normativo estatal, e tenham a mesma origem etimológica.

11. '*Regulamentar*' — mediante a expedição de decretos, portarias, resoluções, e outras modalidades — é atividade-meio, é atuação instrumental da Administração Pública, e autovincula-a na execução das leis (*CF, arts. 84, IV, e 87, II*). E o mister executivo é próprio da AP, que, através dos regulamentos, ao invés de decidir em cada caso concreto, antecipa-se e dispõe normativamente sobre sua conduta, autovinculando-se. Regulamentar é, pois, uma fase do executar.

11.1. Quando estamos no campo da função materialmente administrativa, em que regulamentar é o primeiro passo do executar (cf. *arts. 84, IV, e 87, II*, que cuidam da regulamentação para a execução), o regulamento formaliza uma espécie de ato-regra que não é um ato legislativo, mas sim um ato administrativo geral.

11.2. O ato administrativo regulamentar, por não ser ato legislativo, não cria novas situações jurídicas objetivas, *em tese*, mas cumpre certas funções, como as de interpretação, organização e especificação em relação à norma constitucional ou legal regulamentada; sempre com o objetivo de execução plena, dessas normas, pela Administração Pública.

11.3. Seria impossível, com efeito, administrar, se o administrador só pudesse manifestar-se nos casos concretos. É preciso que ele possa também dispor, em tese, para o futuro.

11.4. De fato, ao invés de interpretar e tomar providências de execução, com relação às normas legais, em cada hipótese ocorrente, o administrador edita regra jurídica sobre a matéria, dando caráter abstrato e genérico ao seu entendimento e deliberação.

11.5. Facilita-se, assim, a atuação do administrador e do administrado, que têm, diante de si, não meros precedentes em casos semelhantes anteriores, mas uma regra jurídica. A incidência da norma regulamentada acarreta a da norma regulamentadora: é uma incidência derivada.

11.6. A figura do regulamento está na competência do Chefe do Executivo, dos Secretários e Ministros de Estado (*CF, arts. 84, IV, e 87, II*). O poder regulamentar é um poder normativo menor, que serve, para que a Administração disponha sobre a sua atuação, sobre a execução que lhe cabe das leis, e sobre o procedimento dos administrados imbricados nessa execução. Por isso, a Constituição diz que cabe o regulamento para 'a fiel execução das leis'; e, quando se trata de autoridades menores, para a execução da Constituição, das leis e dos regulamentos, dos decretos expedidos pela Chefia do Executivo. E o regulamento apenas nos diz que, ao invés de a Administração decidir em cada caso, ela faz isso — interpreta, atribui, especifica, dá o seu entendimento, diz prospectivamente, o que ela vai fazer -, através de uma norma jurídica. Por isso, o regulamento é altamente democrático, porque ele é autovinculativo da Administração Pública. Isto é que é poder regulamentar: é algo que diz respeito à atividade da própria Administração Pública, no seu relacionamento com os administrados.

12. Já *'regular'*, enquanto, também, parcela do poder normativo da Administração Pública, corresponde à edição de regras jurídicas harmonizadoras de interesses, no seio da sociedade; disciplinadoras de espaços sociais, inclusive o mercado, a envolver as personagens que os compõem, sujeitas ao cumprimento dessas regras (não execução, que é atividade estatal), sendo parcela da atividade-fim administrativa, e correspondendo, como se viu, ao exercício do poder de polícia, se estamos na área do Direito Público; e de formas de participação social do Estado, a abranger a econômica.

12.1. O sentido normativo da regulação brasileira está claro na Lei Complementar nº 109, de 29.05.01, que dispõe sobre o regime de previdência privada, e cujo art. 5º explicita que a normatização das atividades das entidades de previdência complementar será realizada por órgão regulador (v. LEILA CUÉLLAR, *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, São Paulo, Dialética, 2001).

12.2. Questionada a figura da delegação legislativa (embora, para muitos doutrinadores, esteja ela embutida no regular), eis que, no sistema brasileiro, há leis delegadas (CF, arts. 59, IV, e 68, e §§), mas não regulamentos delegados (v., em *Regulação Econômica e Separação dos Poderes: a Delegação Legislativa na tradição do Direito Público Brasileiro*, a posição de JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA), a doutrina tem tentado enquadrar os atos normativos de regulação na formatação do regulamento autônomo ou independente.

12.3. Ora, conforme já salientado, não se trata de regulamentar; e o regulamento autônomo tem lugar em duas hipóteses: (a) quando a CF impõe uma atividade executiva à AP e não há lei sobre a matéria; e (b) se a CF atribui à AP a *'reserva administrativa'*, como o faz seu art. 84, VI, com a redação da *Emenda Constitucional nº 32/2001*, do que decorre que só

decreto do Presidente da República pode dispor sobre organização e funcionamento da Administração Federal.

12.4. A denotação da regulação está no fato de que ela tem, como destinatários, os particulares, adstritos ao cumprimento de suas regras; e não à própria AP, que é encarregada da execução das leis, o que é o campo da regulamentação.

12.4.1 Cai-se, então, numa figura diferente; em um outro tipo de poder normativo da Administração, que não é o poder regulamentar, mas o poder regulador. Ele não é regulamentar, porque não diz respeito à execução de leis. Quem executa leis é a Administração Pública, assim como quem aplica leis é o juiz. O que o particular faz? O particular cumpre o Direito.

13. Quanto ao Direito Econômico, estamos no campo do Direito Social, embora com as indissociáveis vinculações com o Direito Público, já que o organismo estatal é um dos atores presentes.

13.1. Nas situações e relações de Direito Social, verifica-se uma participação do Estado no inter-relacionamento entre os respectivos pólos, surgindo, em conseqüência, a atuação de participação social do Poder Público, como mais uma parcela da atividade governamental. Destina-se a equilibrar o relacionamento entre membros da comunidade, como quando se regulam as condições de segurança do trabalho.

13.2. No Direito Social, ramo que se somou, mais recentemente, ao Direito Público e ao Direito Privado, as situações jurídicas são aquelas que se constituem, se modificam e findam, tendo como referencial a posição, de cada um, como integrante da Nação, da sociedade como um todo, ou de um grupo social, de uma classe, de uma categoria, de um segmento comunitário, e das instituições que congregam os respectivos integrantes, nessa qualidade. Surgem as figuras do

consumidor, do produtor, do sindicato, da associação comunitária, da ONG, do posseiro, do latifundiário, do favelado.

13.3. É a área do patrimônio social comum, dos bens comuns de todos; do meio ambiente; do patrimônio histórico, artístico, paisagístico; dos mercados.

13.4. Para atingir, pelo menos dentro do humano e juridicamente possível, o objetivo de equilíbrio, de harmonização, o Governo tem de intervir nas relações sociais, e delas participar; tem de ir até o social, tornando-se, por exemplo, empresário, ou velando pelo cumprimento, por parte dos empregadores, dos encargos trabalhistas, com o poder de tornar efetivo tal cumprimento. O Estado torna-se sujeito de Direito Social. O Ministério Público, instituição social representante da sociedade civil, mas elemento da soberania estatal, é agente de fundamental importância nessa matéria, no campo de defesa do consumidor, dos valores comunitários, como o meio ambiente, e em muitos outros setores.

13.5. No Direito Social, encontramos o Direito do Trabalho, o Direito Previdenciário, o Direito Ambiental, o Direito Agrário, o Direito Urbano, e tantos outros, dos mais modernos segmentos jurídicos, inclusive aquele que nos interessa mais de perto, que é o Direito Econômico.

14. O Estado exerce a função legislativa, ao editar as normas de Direito Social; e a função jurisdicional, ao julgar os respectivos litígios, sendo a Justiça do Trabalho, como o é, também, uma Justiça competente para o julgamento das questões relativas aos direitos do consumidor, exemplos os mais característicos de Justças especializadas em Direito Social. Outrossim, as diferentes parcelas da função administrativa também interferem: a atuação instrumental, através, do exercício do poder regulamentar, a disciplinar a atividade administrativa no setor; a prestação dos serviços públicos, que assumem a condição de serviços sociais, como os de assis-

tência judiciária e de previdência ou seguridade social pública, dentro da ação social do Estado; e o exercício do poder de polícia administrativa que, por excelência, sempre foi a parte da atividade administrativa que teve endereço social mais evidente, mesmo quando inserida nos limites tradicionais da salubridade, da tranqüilidade, da segurança comunitárias, dos bons costumes etc., a que se acrescentou, mais modernamente, a polícia econômico-social. Já agora, estamos no campo da regulação.

14.1. A inovação na participação social do Estado, como parcela individualizável da atuação governamental, radica-se em que, estando os interesses juridicamente protegidos subjetivados em membros da comunidade, ou em parcelas da mesma, em relação a outros sujeitos jurídicos, desses relacionamentos é que o Estado participa, regulando normativamente, e, depois, atuando *in concreto*.

14.2. Essa co-participação estatal nas situações e relações jurídicas de terceiros — e, daí, a noção de intervenção — é que identifica a regulação, seja normativamente, num primeiro momento; seja concretamente, *in casu*, como exaurimento dessa atuação social do Estado.

15. Vários são os cortornos limitativos do poder regulador normativo da Pública Administração.

15.1. Preliminarmente, é de sublinhar-se que regular, administrativamente, não é legislar (CF, art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”); e, portanto, seja a atuação da Administração Direta, seja de agências autônomas, é, na espécie, uma atuação subordinada à lei, a qual, não pode ser contrariada — princípios da mais alta hierarquia eficaz da lei e da preferência legal —; como, tampouco, compete ao agente regulador dispor sobre o que é à lei reservado — princípio da reserva legal —, cabendo, exclusivamente, ao legislador o mister

de inovação do ordenamento jurídico, no sentido de criação, modificação ou extinção de institutos jurídicos, de situações jurídicas em tese, com seu conteúdo abstrato de poderes e deveres.

15.2. Assim, no Direito Brasileiro, o exercício do poder regulador é, substancialmente, vinculado; e seus aspectos discricionários estão sempre clausulados com os gravames da ponderação adequada dos motivos dos atos que são praticados; da razoabilidade e da eficiência de seu objeto; da proporcionalidade entre os ônus que este acarreta e os fins, de interesse social, com cuja consecução a AP está comprometida.

15.3 Dizer-se, portanto, que uma autoridade — que seja competente, em termos legais — tem poder regulador não significa que tudo possa fazer a seu exclusivo critério; mas, inversamente, seu comportamento estará sempre sob o controle de outras autoridades, inclusive a judicial, cuja atuação é provocável pelo cidadão, pelas organizações da sociedade civil e por instituições governamentais, como o Ministério Público.

15.3.1. O controle legislativo e o jurisdicional são básicos no balizamento da atuação reguladora. Estamos no campo do *'sistema de freios e contrapesos'*, dos *'checks and balances'*.

15.4. Assim, o art. 49 da CF, além de atribuir ao Congresso Nacional competência exclusiva para *"sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa"*, outorga-lhe a incumbência de *"zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa de outros Poderes"* (nº XI).

15.5. É mister sublinhar que o art. 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, revogou, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição de 88, salvo prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuíam ou delegavam ‘*a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa.*’

15.6. Por seu turno, quando se trata de processo e julgamento de questões que envolvem o Poder Público, caracteriza-se uma faixa específica da função jurisdicional, que é a de *controle*, com as peculiaridades da interferência e da mandamentalidade, sendo que o núcleo do poder administrativo discricionário, imune a esse controle, vem sendo restringido, de modo que ao controle da legalidade se soma, hodiernamente, o da legitimidade, ou seja, o da discricionariedade objetiva, a abranger a aferição da não-lesividade das ações administrativas.

15.7. A distinção entre ‘*regular*’ e ‘*regulamentar*’ é importante na fixação de limites do controle jurisdicional, segundo inteligência do Supremo Tribunal Federal.

15.7.1. Entende este que “*não cabe ação direta contra norma que regulamenta lei, porquanto se está diante de questão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade*”. Foi sob esse fundamento que o STF, por maioria, não conheceu da *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 2.387 — DF, aforada pelo Partido Socialista Brasileiro — PSB contra o Decreto nº 3.721/2001, que fixou o limite mínimo de idade para o início do recebimento da complementação da aposentadoria, alterando o Decreto nº 81.240/78, regulamentador do art. 3º da Lei nº 6.435/77 (Relatora p/acórdão, Ministra Ellen Gracie; julg. em 21.02.201, Inf. STF 218:1).

15.7.2. É certo que, com agudeza, o Relator originário, Ministro Marco Aurélio, conheceu da ação, por entender que

a norma impugnada seria um ato normativo autônomo, porquanto a Lei nº 6.435/77 não fazia qualquer referência ao fator 'idade'.

15.7.3. Com efeito, se 'regular' não é 'regulamentar', constituindo segmento próprio do poder normativo estatal, e tendo, por destinatários, terceiros, vinculados ao cumprimento da norma reguladora, pode haver vício direto de inconstitucionalidade, o que alarga os lindes do controle jurisdicional (CF, arts. 102, I, a, e 103, § 5º: cabe a Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de 'lei' ou 'ato normativo').

16. As eventuais dificuldades no tracejamento de limites ao poder regulador, não significa a inviabilidade de fixação de seu contorno.

16.1. Invoquemos a lição de FRANCISCO CAMPOS (*Direito Administrativo*, Rio, Freitas Bastos, 1958, p. 34/35), segundo a qual a ação administrativa, mesmo a discricionária (e, no caso, ela é, em grande dose, vinculada), "é limitada externa e internamente. Externamente o seu limite consiste na ordem jurídica em cujo quadro se desenvolve a atividade administrativa e, particularmente, na existência de interesses juridicamente protegidos, ou de direitos subjetivos dos administrados. Além desses limites externos, a ação discricionária encontra limites interiores que consistem, precisamente, no fato de que os conceitos indeterminados em que se funda o juízo discricionário dispõem, ainda que imprecisos, de um limite superior e de um limite inferior. Por maior que seja a liberdade de apreciação, própria do juízo discricionário, é sempre possível mostrar-se claramente que a conclusão excede um dos limites."

17. A regulação normativa tem uma função de complementariedade em relação às normas constitucionais e legais.

17.1. Complementar não é completar: é aditar algo que mantém um certo conjunto interseção, uma certa conexão ou homogeneidade com o aditado, mas tem identidade própria. Assim, a Lei Complementar *complementa* a CF, mas não a *completa*, o que só é possível, por meio de Emenda Constitucional.

17.2. A doutrina brasileira, para embasar o poder regulador normativo, tem dado especial ênfase à relevância de princípios e '*standards*' ou padrões jurídicos, próprios das normas em branco, que, presentes na CF e na legislação sobre regulação econômica, dão a possibilidade de complementar por via regulativa, sem ofensa ao princípio da legalidade (cf. BENEDITO PORTO NETO, *Regulação e o Direito das Comunicações 'in' Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 290/291).

18. Mas, como é inevitável, a conceituação de regulação não é uniforme na doutrina, nem na própria legislação brasileira, a partir, como citamos, do próprio art. 174 da CF.

18.1. Para os que a têm em sentido amplíssimo, abrange atos concretos, '*in casu*', como os de fomento; e a própria gestão direta, como produtor de bens e serviços; e atos normativos, a caracterizar a regulação normativa, também esta em significado largo.

18.2. CARLOS ARI SUNDFELD (*Introdução às Agências Reguladoras*, '*in*' *Direito Administrativo Econômico*, cit. p.18), apresenta uma noção ampla da regulação:

"A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, de nor-

malização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns — enfim, as “atividades econômicas em sentido estrito”) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de “serviços públicos”, exploração de “bens públicos” e de “monopólios” estatais) “.

18.3. Em seu *Direito Econômico* (Coimbra, Almedina, 1998, p. 255 e s), ANTONIO CARLOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES conceituam:

“A regulação pública da economia consiste no conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas através das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla, ou influencia o comportamento de agentes econômicos, tendo em vista evitar efeitos desses comportamentos que sejam lesivos de interesses socialmente desejáveis.

O conceito de regulação aqui adotado é, portanto, menos amplo do que o de intervenção pública na economia, visto que exclui a actividade directa do Estado como produtor de bens ou de serviços.

Na sua essência, o conceito de regulação pública económica implica a alteração dos comportamentos dos agentes económicos (produtores, distribuidores) em relação ao que seriam se esses comportamentos obedecessem apenas às leis de mercado ou a formas de autoregulação.”

Abrangem-se as foram que limitam a liberdade econômica, no que toca ao acesso, organização ou exercício da ati-

vidade econômica; e as medidas que contêm indicações, incentivos, apoio ou auxílios.

19. A CF Brasileira, ao tratar da participação econômica do Estado (melhor, reiteramos, que intervenção — v. *art. 149* —, que trai a idéia de que o chamado domínio econômico não é espaço social próprio para a atuação governamental; ou, no mínimo de que o Estado é um terceiro, não podendo ser parte no processo econômico), usa, como salientado, no art. 174, o termo *regulação*, no sentido operativo, e específico para os casos de fiscalização, incentivo e planejamento, já que coloca, ao lado do papel estatal de agente regulador, o de agente normativo; mas, em verdade, também no sentido, exatamente, de *normatização regulativa*, diversa da *legislação*, da *normatização legislativa*; *normatização regulativa* essa, que só pode dizer respeito às mesmas funções de *fiscalização*, de *incentivo* e de *planejamento* (v. *A Função e a Posição das Agências Reguladoras no Estado Contemporâneo*, Rio, dissertação de mestrado, 2001, por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO).

19.1. Mas a *regulação* em sentido amplíssimo, abrange, também, com efeito, a própria *gestão direta*, porque, segundo o art. 173, está só se dá com o objetivo de regularizar, pois que só permitida a *exploração direta* de atividade econômica pelo Estado, *‘quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei’*.

20. Quando os arts. 173 e 174 da CF impõem limitações à atividade econômica reguladora, seja sob o aspecto operativo, seja sob o ângulo normativo, isso nada tem a ver com o poder legiferante estatal, em matéria econômica.

20.1. Este último, além de dispor sobre o papel regulador (normativo e operativo) do Estado — nos limites dos arts. 173 e 174 —, o faz ainda, segundo a própria CF, sobre Direi-

to Econômico em geral: *art. 24, I*; e sobre produção e consumo: *art. 24, V*. Este *art. 24* contempla a competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal, e inclui, também o Direito Urbanístico, no seu citado *inciso I*; e outras matérias ligadas à Economia, nos *incisos VI a VIII*. A União legisla, igualmente, sobre Direito Civil, Comercial, Agrário, Marítimo, Aeronáutico, do Trabalho, Previdenciário, todos, com denotações e conotações econômicas (*arts. 22, I e 24, XII*); sobre águas, energia, informática, telecomunicações, radiodifusão, sistemas monetário e financeiro nacional, política de crédito, câmbio, transferência de valores, seguro e resseguros, comércio exterior e interestadual, regime de portos e navegação, transportes, jazidas, minas e outros recursos minerais, metalurgia, sistemas de poupança, captação e garantia de poupança popular, consórcios e sorteios, seguridade social, previdência privada, atividades nucleares e propaganda comercial (*arts. 22, IV, VI a XII, XIX, XX, XXIII, XXVI e XXIX; 192 e 202*).

21. Outrossim, mesmo no que toca, especificamente, à participação estatal na economia, à regulação propriamente dita, a CF oferece áreas específicas, como decorre das atribuições conferidas à União, no art. 21, incisos VI a XII, XIX a XXI, XXIII e XXV, dentre essas, *v.g.*, a de *'autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico'*; assim como, no art. 23, VIII, a de *'fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar'*, dentro da competência comum dos vários níveis político-federativos, como também as atribuições dos *incisos III e IV, VI e VII, IX e XI*, do mesmo art. 23; e, ainda, de modo muito especial, a competência federal em sede de sistema financeiro nacional (*art. 192*).

22. É interessante observar que a CF, no art. 178, ao tratar dos transportes, aéreo, aquático e terrestre, prescreve caber à lei a respectiva *'ordenação'*.

23. Acentue-se que, hoje, a noção de poder de polícia econômica, é insuficiente para esgotar a de regulação.

23.1. Giza ALBERTO VENANCIO FILHO, em sua clássica obra, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico* (Rio, FGV, 1968, p. 75), que, segundo BERNARD CHENOT (*verbete 'Droit Public Économique', 'in' Dictionnaire des Sciences Économiques*, I: 422), a regulação se desenvolveu pelo alargamento da noção de poder de polícia; e que, também no Brasil, foi, originariamente, a noção de poder de polícia a justificativa doutrinária para a chamada intervenção do Estado no domínio econômico, considerado tal poder, já pelo grande RUI BARBOSA, como *poder orgânico elementar, fundamental a que estão ligadas as exigências capitais de conservação da sociedade* (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidas por HOMERO PIRES, São Paulo, Saraiva, 1934, V: 315).

24. A regulação, quer em sua feição normativa, quer concretizadora, no Direito Brasileiro, abrange as atividades econômicas do setor privado os serviços públicos delegados, o que se acentuou com a recente privatização das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, fazendo-as concessionárias e permissionárias de serviços públicos e autorizatárias de serviços de relevância pública.

25. O serviço público e o serviço de relevância pública, em si mesmos são modalidades de atividades econômicas, na satisfação das necessidades sociais; e os que têm sua execução concedida, permitida ou autorizada, vão contar, como prestadoras, com empresas capitalistas, que visam ao lucro, mesmo que sob um regime jurídico especial, inclusive quanto à remuneração, se se dá através de preço público, a tarifa.

25.1. Aliás, num conceito estrito, adotado por alguns, a regulação teria como âmbito, por excelência, na normatização

administrativa e na atuação operativa, este campo dos serviços públicos e de relevância pública.

25.2. Foi esta área que, muito especialmente, levou à criação das agências reguladoras, louvadas por muitos, encantados pelo que consideram sua modernidade; mas combatidas por outros tantos, que as vêem cópia, impertinente, do Direito Norte-americano, e sujeitas ao chamado '*risco de captura*' pelos interesses dos próprios '*regulados*'.

26. A figura da regulação econômica levou, de fato, no Direito Brasileiro recente, à criação das agências reguladoras.

26.1. A CF contempla, expressamente, conforme antes referido, dois órgãos reguladores: (a) o previsto no *art. 21, XI*, para os serviços de telecomunicações; e (b) um outro, para o monopólio da União, que '*poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades*' objeto desse monopólio, que tem por objetivo, *atividades ligadas ao petróleo, ao gás natural e a outros hidrocarbonetos fluidos*'.

26.2. Mas outros órgãos são constitucionalmente previstos com funções regulativas.

26.2.1. Assim, o *art. 192, III*, refere-se ao '*órgão oficial fiscalizador*' dos '*estabelecimentos de seguro, resseguro, previdenciário e capitalização*' (v. *art. 21, VIII*).

26.2.2. O mesmo artigo, no inciso IV, prescreve que a lei complementar, que '*regulará*' o sistema financeiro nacional, disporá sobre "*a organização, o funcionamento e as atribuições do banco central*".

27. A Carta Política Brasileira identifica uma série de serviços públicos e de relevância pública.

Se explorados, os primeiros, por particulares, surgem as figuras da concessão, da permissão e da autorização; os segundos são objeto de autorização pelo Poder Público ao particular.

São nestas áreas que, conforme antes assinalado, atua a maioria das agências reguladoras.

28. Além daquelas constitucionalmente previstas, e das já existentes antes do advento da Carta Política de 88, embora, estas, com feição própria, várias agências reguladoras foram criadas pela legislação infraconstitucional. Podemos dizer que se vive, no Brasil, a *'febre'* dessas entidades, tidas como instrumentos adequados — e mesmo indispensáveis — ao exercício, pelo Estado, de sua função de regulação, sendo elas apresentadas como entes independentes, ágeis e eficientes, eis que técnicas, sob o princípio da *'neutralidade política'*; e democráticas, pela possibilidade de acesso e participação dos interessados, empresas e consumidores.

28.1. Na nova fase de instituição específica dessas agências (denominação importada do Direito norte-americano, embora já tivéssemos tido órgãos com essa designação, como a *Agência Nacional*, mas aqui no sentido de agência noticiosa), elas se caracterizam como autarquias (que são as pessoas jurídico-administrativas não-político-federativas), mas tidas *'de regime especial'*, pelo seu posicionamento autônomo, mais expressivo, no contexto estatal (como, por exemplo, dirigentes não exoneráveis *ad nutum*, mas detentores de mandato certo); e pelo regime jurídico próprio de seu pessoal.

28.2. A proliferação das agências reguladoras enquadra-se no contexto, que se adensou a partir da assunção do Governo FERNANDO COLLOR, do amplo processo de desestatização, de privatização, de alienação de ativos de empresas estatais, de delegação de execução de serviços públicos; de transformação de serviços públicos em serviços de relevância pública; e de mutações de monopólios estatais.

28.3. É importante notar que pioneiras autarquias econômicas, que se ligavam à atividade econômica do setor privado propriamente dito, do mercado em seu sentido mais específico, foram extintas, como o Instituto Brasileiro do Café, o do Açúcar e do Alcool.

28.4. As novas agências, diversamente, dizem respeito, reiterando-se, primordialmente, embora não exclusivamente, à regulação de serviços delegados por concessão, permitidos ou autorizados.

28.5. Já se salientou terem elas defensores entusiasmados e ferrenhos opositores, figurando, entre os dois grupos, críticos desconfiados, no que tange aos aspectos que são básicos a essas agências, os da eficiência e da autonomia, quer em face do Executivo, quer das empresas que desenvolvem as atividades sob a jurisdição das mesmas.

28.6. Órgãos e entidades de regulação advindos dos regimes constitucionais anteriores são, no campo das instituições monetárias, bancárias e creditícias, de que trata a Lei nº 4.595, de 31.12.64, o Conselho Monetário Nacional (Capítulo II) e o Banco Central (Capítulo III).

28.6.1. A Comissão de Valores Mobiliários — CVM, de que cuidou a Lei nº 6.385, de 07.12.76, tem poder regulativo, cuja legitimidade, questionada, foi objeto de parecer do Professor CAIO TÁCITO (*Temas de Direito Público*, Rio, Renovar, 1997, 2º; 1075 e s.), que conclui pela validade dos atos normativos expedidos por esta autarquia.

28.6.2. No âmbito da previdência complementar mantiveram-se o Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC), a Secretaria de Previdência Complementar (SPC); e neste setor, e no de seguros, o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

dos (SUSEP): *art. 71 da Lei Complementar n° 109, de 30.05.02.*

29. A primeira agência a surgir no novo período, cujo marco inicial é representado pela Emenda Constitucional n° 8, de 15.08.95, foi a Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL, instituída pela Lei n° 9.427, de 26.12.96, que disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, setor em que se deu, de forma ampla, a privatização de empresas estatais, federais e estaduais.

29.1. Por seu turno, a Lei n° 9.472, de 16.07.97, que reestruturou um dos setores mais atingidos pelo processo de desestatização e de privatização, o dos serviços de telecomunicações, a partir da citada EC n° 8/95, deu vida à Agência Nacional de Telecomunicações — ANATEL, vinculada ao Ministério das Comunicações, e prevista, expressamente, no texto constitucional (*art. 21, XI, com a redação dada pela citada EC*).

29.2. Também referida na CF, já agora por força da Emenda Constitucional n° 9, de 09.11.95, que acrescentou, ao art. 177, um § 2°; cujo inciso III prevê a existência de um órgão regulador, a Agência Nacional de Petróleo — ANP veio a ser instituída pela Lei n° 9.478, de 06.08.97, que dispôs sobre a política energética nacional, e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, tendo sido criado, ainda, o Conselho Nacional de Política Energética.

29.3. Criada pela Lei n° 9.782, de 1999, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVISA exerce sua competência, normativa e de fiscalização, em setores econômicos privados que geram potencial de risco à saúde pública, como os ligados aos medicamentos e alimentos.

29.4. As ações e serviços de saúde são considerados, pelo art. 197 da CF, como de '*relevância pública*', e, nesta moldura,

a Lei nº 9.656, de 03.06.98, alterada por inúmeras Medidas Provisórias, a última das quais, a de nº 2.177-44, de 24.08.01, em vigor por força da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, dispôs sobre os planos privados de assistência à saúde, cabendo à Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS, instituída pela Lei nº 9.961, de 28.01.00, a edição de normas e a fiscalização no tocante a esses planos.

29.5. Cite-se a existência da Agência Nacional de Águas — ANA, criada pela Lei nº 9.984, de 2000, e que se inscreve no Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, sobre o qual dispôs a Lei nº 9.433, de 1997. Para alguns não se trata, efetivamente, de órgão regulador: ANA AMÉLIA MENNA BARRETO DE CASTRO FERREIRA (*ANA: órgão não regulador*) conclui que a Agência Nacional de Águas — ANA

“veio somente aumentar o peso da máquina administrativa governamental, introduzindo mecanismos que em nada contribuem para o aperfeiçoamento e descentralização da gestão dos recursos hídricos no país”

29.6. Pelo art. 178 da CF, cabe à União dispor sobre *‘a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.’*, sendo de assinalar que ordenação pode parecer menos abrangente do que regulação, e que compreenderia, apenas, o aspecto normativo.

29.6.1. No exercício dessa competência, foi editada a Lei federal nº 10.233, de 2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários — ANTAQ.

29.7. Criada pela Medida Provisória nº 2.219, de 2001, mantida esta em vigor pela Emenda Constitucional nº 32/01, a Agência Nacional do Cinema — ANCINE, é caracterizada

como autarquia especial de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica.

29.8. Os Estados federados também criaram agências reguladoras de seus serviços públicos delegados: cf. AGERBA, da Bahia; ARCE, do Ceará; AGESP, do Espírito Santo; AGER/MT, de Mato Grosso; ARSEMG, de Minas Gerais; ASEP-RJ, do Rio de Janeiro; ASEP-RN, do Rio Grande do Norte; AGERS, do Rio Grande do Sul; SC/ARCO, de Santa Catarina; CSPE, de São Paulo; ASES, de Sergipe.

29.8.1. Em geral, existe, em nível local, uma única entidade para todos os serviços públicos. No Estado do Rio, os serviços de transportes foram mantidos na alçada de uma autarquia específica (DETRO-RJ).

29.9. Trata-se, já agora, tal como ocorre com a maioria das agências federais, especificamente de serviços públicos, e não mais de atividade econômica de mercado. Serviços públicos delegados, isto é, concedidos, permitidos ou autorizados sendo que, nos dois primeiros casos, há uma situação contratual, de índole econômico-financeira, acoplada a uma situação estatutária: a concessão e a permissão são estatutos protegidos por contratos, pois que, pelo Direito Brasileiro, a permissão de serviços públicos tem natureza contratual (CF, art. 175, p. único, I; Lei nº 8.987, de 13.02.95, art. 40).

29.9.1. As várias formas de terceirização dos serviços estão sujeitas a modificações regulatórias, seja por atos concretos, individualizados, *in casu*, praticados pelo concedente ou permitente, seja por atos normativos.

29.9.2. Na hipótese de autorização, a situação individualizada é precária, jungida a uma situação estatutária, ambas mutáveis, em razão de alterações regulativas, de natureza concreta e normativa.

29.10. No regime anterior, órgãos reguladores e fiscalizadores dos delegatários de execução de serviços públicos, integravam a Administração Direta, como o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica.

29.11. Há, já sob o novo regime, exemplos de órgãos reguladores incrustados na Administração Direta, como é o caso, no tocante às entidades fechadas de previdência privada, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC), sendo o órgão fiscalizador correspondente a Secretaria de Previdência Complementar (SPC), ambos integrantes da estrutura do Ministério da Previdência e Assistência Social (*art. 74 da Lei Complementar nº 109, de 29.05.01*)

29.12. Na atual estrutura do Poder Executivo Federal, há numerosos Ministérios integrantes da área econômica, capitaneados pelo Ministério da Fazenda, e a que se somam o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; o do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; do Desenvolvimento Agrário; dos Transportes; do Trabalho e Emprego; de Minas e Energia; das Comunicações; da Ciência e Tecnologia; do Meio Ambiente; da integração Nacional.

30. Cada agência tem seu estatuto próprio, mas, em geral, reúne atribuições normativas e operativas.

30.1. Uma parte da doutrina brasileira salienta que a inspiração no modelo norte-americano foi extemporânea, porque, mesmo nos Estados Unidos da América, grandes limitações — em função da política de desregulação, especialmente a partir do Governo Reagan — e acentuadas desconfiças surgiram em relação às agências reguladoras.

30.1.1. Lembremos, ademais, que, na América do Norte, existe o controle parlamentar sobre o exercício da competência normativa das agências reguladoras, intensificado a par-

tir de 1993: (a) prévio (*rules review*), consistente no exame do projeto, antes de ter início o procedimento regulativo; e (b) ulterior, por meio do *legislative veto*, que impede a entrada em vigor do diploma normativo.

30.1.2. No Direito Francês, a Constituição, no art. 37, estabelece elenco, sob o critério do *numerus clausus*, das matérias reservadas à lei. Todo o resto é objeto de regulamento, ou seja de regulação.

31. É certo, porém, que o fenômeno, já chamado de 'agencificação', se vem difundindo pelo Mundo, como uma das conseqüências da globalização.

31.1. Em seu trabalho, já citado, *A Função e a Posição das Agências Reguladoras no Estado Contemporâneo*, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO conclui (p. 479 e s.):

"A globalização e a crise de financiamento dos Estados contemporâneos lhes impõem a revisão de suas estratégias intervencionistas e regulatórias, o que, todavia, pode se dar no sentido de um maior absentismo estatal ou não. Tanto é assim, que no Brasil as agências reguladoras têm sido criadas, tanto para disciplinar a prestação de serviços públicos desestatizados, como para propiciar uma forte incidência regulatória sobre atividades econômicas da iniciativa privada ...

Os serviços públicos encontram-se em mais um momento de desafio e de renovação conceitual, imposta, desta feita, pela conjugação dos seus termos tradicionais com um regime jurídico concorrencial, o que muitas vezes os leva a se aproximarem conceitualmente das atividades privadas de interesse público, titularizadas pela iniciativa particular, mas sujeitas a um poder de polícia autorizativo dinâmico, perene e operativo.

Sob o prisma da Teoria Geral do Direito as entidades reguladoras independentes se caracterizam como ordena-

mentos setoriais, sendo-lhes insita uma certa esfera de autonomia normativa sobre determinado setor da economia.

O pluralismo e a complexidade das sociedades contemporâneas não poderiam deixar de se refletir sobre a organização e a estrutura do Estado, que para poder atuar com eficiência teve que se descentralizar materialmente, não apenas formalmente, criando âmbitos de atuação autônomos, evoluindo de sua estrutura napoleônica central-hierarquizada.

Neste contexto, o surgimento de agências reguladoras independentes é um lugar comum nos países ocidentais, nos quais, com óbvias variações, foram levantadas impugnações de caráter constitucional de análoga natureza, tendo todas as suas Cortes, também através de argumentos análogos, afirmado a constitucionalidade destas entidades.

A independência das agências reguladoras é, propriamente, uma autonomia reforçada, se comparada com a das demais autarquias, sejam elas de regime especial ou não; e, como toda autonomia, é por definição limitada.”

32. Acentua-se a neutralidade política e a discricionariedade essencialmente técnica, mas é impossível que a regulação, com seu forte contingente axiológico, possa ser, apenas, dessa última natureza e não se afeiçoe à orientação política, das grandes opções, em sede de diretrizes e objetivos governamentais; inclusive quanto à mudança de planejamento superior, determinante para o setor público, quando haja sucessão eleitoral, dos antigos governantes, por outros, de posição político-ideológica distinta.

32.1. Essa neutralidade e as garantias de estabilidade, no cargo, dos dirigentes das agências têm o seu lado negativo, em relação à evolução política, podendo servir de instrumento conservadorista em benefício de interesses cristalizados de uma minoria.

32.2. EURICO DE ANDRADE AZEVEDO (*Agências Reguladoras*, RDA 213: 141-148) enumera:

“Nesse sentido, algumas premissas básicas devem ser firmadas para que o órgão regulador possa atuar eficazmente no exercício das funções reguladora e fiscalizadora do Estado: necessidade de possuir ampla autonomia técnica, administrativa e financeira, de maneira a ficar, tanto quanto possível, imune às injunções político-partidárias, aos entraves burocráticos e à falta de verbas orçamentárias; necessidade de expedir normas operacionais e de serviço, de forma a poder acompanhar o ritmo extraordinário do desenvolvimento tecnológico e o atendimento das demandas populares; necessidade de aplicar sanções com rapidez, respondendo aos reclamos da população e às exigências do serviço; necessidade de associar a participação dos usuários no controle e fiscalização do serviço.”

33. A regulação é tida por muitos, como elemento para assegurar a competição, de modo que o mercado se desenvolva livremente e ordene, de modo natural, a atividade econômica. É o conceito da neo-regulação ou regulação para a competição, de que se são exemplos, no Brasil, aqueles serviços de telecomunicações prestados sob o regime de direito privado (Lei Geral de Telecomunicações, art. 126 a 144).

33.1. A substituição de *‘menos Estado’* por *‘por mais sociedade’* significa a substituição da regulação estatal (que chamam de regulamentação) pelas regulações sociais. Daí, a *‘deregulation’* norte-americana. A CF Brasileira dá, porém, expressa, incisiva e imperativamente, ao Estado (não só a União) o mister de agente regulador, em sentido largo.

33.2. Nesta linha, está excluída, da noção de regulação, a auto-regulação privada, salvo se constitucionalmente prevista, como a das ordens profissionais.

33.3. A desregulação não pode ser absoluta e nem considerada como o inverso da regulação, mas como uma reestruturação dos mecanismos regulativos.

33.4. EROS ROBERTO GRAU (*O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 94 e s.) identifica regulação — que diferencia de regulamentação — com a tendência neoliberalizante da auto-regulação ou desregulamentação:

“Literalmente, ‘desregular’ significa, no caso, deixar de fazê-lo através de preceitos de autoridade, ou seja, jurídicos. (...). O mercado não seria possível sem uma legislação que o protegesse e uma racional intervenção, que assegurasse a sua existência e preservação”

34. A regulação não tem, apenas, uma face dúctil, indutiva, indicativa (só o planejamento, para o setor privado), ou *de intenção*, para suprir falhas ou assegurar o bom andamento do mercado.

34.1. De fato, a existência de objetivos macroeconômicos e o dever público de sua consecução, faz com que o Estado não possa deixar de, comissivamente, participar da atividade econômica.

34.2. Tem de ser, em alguma medida, interventivo (participativo) e punitivo, como, aliás, pelo menos em tese, é no Brasil. Em verdade, a regulação tem de contar com instrumentos de efetivação (o Direito Brasileiro é, em muitos casos, falho neste ponto) e de repressão, já agora nos casos de prática da ilicitude.

35. Assinala CALIXTO SALOMÃO FILHO (*Regulação da Atividade Econômica — Princípios e Fundamentos Jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 13 e s.) que, no Direito Brasileiro, nunca houvera uma tentativa de formulação de uma teoria geral da regulação, sendo este próprio termo raramen-

te usado, encontrando-se, mais a miúdo, o vocábulo regulamentação. Os trabalhos a respeito, mais recentes, são voltados, de modo mais prático, às questões ligadas às agências reguladoras, modernamente criadas, inclusive em seu inter-relacionamento com os órgãos de defesa da concorrência:

“Ressalte-se que as agências de regulação dos serviços federais, como a ANATEL, ANEEL, e ANP, não absorveram, em relação a seus respectivos setores da economia, competências típicas do CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica que as possui também nesses setores. Mas as novas agências cumprem papel jurídico relevante quanto à concorrência, seja exercendo poder normativo na definição da estrutura do setor (casos da ANATEL e ANEEL), seja atuando como preparador de processos a serem submetidos ao CADE (caso da ANATEL).”

35.1. Em erudito trabalho, *A Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro: Um Modelo para o Brasil* (Rev. da Fac. de Direito da USP, vol. 96, a ser publicado), JEAN PAUL C. VEIGA DA ROCHA analisa “*as disputas dogmáticas sobre o conflito de competência entre o CADE e o Banco Central*”, e apresenta a proposta de um novo desenho institucional para o controle de atos de concentração de instituições financeiras, sugerindo a discussão da criação de uma Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC).

36. Entendem muitos doutrinadores que a teoria da regulação pode representar a contribuição mais útil do Estado, quando decide retirar-se da gestão direta, com realce para sua função de organizador das relações econômicas, sendo, para tanto, insuficiente o poder de polícia sobre os mercados, e em face do crescimento do movimento de concentração econômica.

36.1. O conceito de regulação, segundo CALIXTO FILHO (*op. cit.*, p. 15) deve ser amplo, abrangendo, pois, inclusive,

a regulação dos serviços públicos concedidos, permitidos e autorizados.

36.2. O Autor, citando G. STIGLER (*The Theory of Economic Regulation*, 1971, e *What can regulators regulate? The case of electricity*; com C. FRIEDLAND, 1962) e H. DEMSETZ, *Why regulate utilities?*, 1968), trata da *Escola Neoclássica* ou *Econômica da Regulação*, segundo a qual é possível a reprodução das condições de mercado através das agências reguladoras, naqueles setores que essas condições não podem ser produzidas naturalmente, como aqueles caracterizados pelos chamados *monopólios naturais*.

36.3. Explana, em continuação, que, como essa 'reprodução em laboratório', das regras de mercado, revela-se inviável, a conclusão seguinte, para muitos, é que se devesse deixar que o mercado funcione por si só, e, daí, a opção pela desregulação estatal, acompanhada da auto-regulação, sob a influência da *Escola de Chicago*, para que, agora sim, se possa criar um ambiente semelhante à concorrência perfeita, com forte preocupação com os chamados 'custos de transação'. Cita o exemplo do setor energético brasileiro.

36.4. Desenvolve o Autor seu entendimento, acentuando que o valor mínimo da regulação deve ser o da garantia institucional da concorrência, e não do mercado (p. 39/40):

"No campo da regulação do funcionamento dos mercados as regras de concorrência desempenham exatamente as duas funções descritas acima: facilitar a escolha individual e reconhecer o elemento valorativo no processo de escolha. Em primeiro lugar, possibilitam a escolha individual e, em segundo, sendo regras eminentemente procedimentais, permitem a descoberta das melhores opções econômicas através única e exclusivamente de seu próprio exercício. Uma vez atribuída importância a uma regra de procedimento econômico, permitem a participação individual (do consumidor) no processo de escolha dos objetivos econômicos. Finalmen-

te, cumprem um terceiro e fundamental objetivo: o de difundir o conhecimento econômico, necessariamente redistributivo. A difusão de conhecimento é incompatível com a existência de poder econômico. A democracia cognitiva proporcionada pela concorrência traduz-se também em maior isonomia econômica.

.....
É preciso entender a existência da concorrência como um valor em si, inadmitindo o poder econômico e exigindo que ganhos de escala sejam repartidos com o consumidor (admitindo-se, portanto, a eficiência só no sentido distributivo, e não alocativo), ao mesmo tempo em que não se permite que o processo de interação econômica leve à exclusão social (exigindo-se, portanto, que compromissos de desempenho incluam regras estritas de garantia de emprego, i.e., cumprindo com rigor o disposto no art. 58, § 1º, da lei concorrencial).

Assim entendida, a concepção institucional da regulação leva não só a preservação da escolha e liberdade econômica individual, mas também, como se verá, ao cumprimento da função social da empresa."

36.5. Classifica os setores regulados, como o dos mercados dominados, de que são exemplos os chamados serviços de rede, como o da telefonia (em que a utilidade só existe, se todos os usuários estiverem ligados à mesma rede) e com a *Internet* (com relação à qual quanto mais usuários e provedores, maior utilidade existe). As redes são o elemento básico para a dominação dos mercados por parte dos agentes econômicos que detêm mercados de acesso e permanência controlados, como no Brasil, os setores bancário e aéreo, em que têm havido crises, pela imperfeição da regulação do primeiro e pela desregulação do segundo.

36.6. Trata, também, da *essential facility doctrine*, que considera ilícita a recusa de contratos, em todos os casos em que

haja o controle, pelo sujeito ativo, de um meio de produção imprescindível e insubstituível para a produção de um certo bem final, sendo técnica e economicamente possível colocá-lo à disposição do sujeito passivo. E cita a regulação do setor brasileiro de telecomunicações.

IV. As modalidades regulatórias, nos termos do art. 174 da Constituição Brasileira

1. O incentivo, o estímulo, o fomento são formas tradicionais de apoio (inclusive no campo dos incentivos fiscais e dos hoje guerreados subsídios), às empresas que atuam nos mercados econômico, financeiro e de capitais (*cf. arts. 174, §§ 2º e 3º; e 179; 180; 218, § 4º*).

1.1. A participação econômica estatal de incentivo, no Brasil, fez-se sentir na política de desenvolvimento regional, fundamental em um País de dimensões continentais e gritantes contrastes sócio-econômicos em seus diferentes espaços geográficos.

1.2. A partir da Lei nº 541, de 15.12.48, que instituiu a Comissão do Vale do São Francisco, a qual teve seu plano geral de aproveitamento econômico aprovado pela Lei nº 2.599, de 13.09.55; sobreveio a Lei nº 1.806, de 06.01.53, que traçou a política de valorização da Amazônia, com a criação de uma Superintendência executiva; o Decreto nº 45.445, de 20.02.59, instituiu o Conselho do Desenvolvimento do Nordeste, a que se seguiu, com a Lei nº 3.692, de 15.12.53, a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste — SUDENE.

1.3. No nível dos Estados, foram criados Conselhos Estaduais de Economia; Planos de Fomento Econômico, o Instituto de Cacao da Bahia.

1.4. No setor do desenvolvimento econômico, o referido regime se institucionalizou, com a criação, pela Lei nº 1.518, de 24.12.51, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico; e se alargou com a criação de fundos para o apoio a setores econômicos específicos (como o FINAME, para a aquisição de máquinas e equipamentos industriais), ordenados pela Lei nº 4.728, de 14.07.65.

2. A fiscalização, tecnicamente, difere do controle.

2.1. É de relembrar-se a origem etimológica do vocábulo controle: *de contra rotulum* derivou-se o francês *contre-rôle*, segundo registro, que funciona como confronto com o registro original, e serve para verificação dos dados destes. Abreviou-se, depois, essa expressão para *controle*.

2.2. Na lição de UGO FORTI, o controle envolve a '*averiguação da correspondência de um determinado ato ou comportamento a certas normas. Compreende, pois, a aferição da conformidade do objeto do controle com um padrão, o rôle, que serve de escala de valor para a apreciação*' (BERGERON, *Fonctionnement de l'État*, Paris, 1965, p. 52).

2.3. Em linhas gerais, *controle* alberga acepções distintas, embora conexas, e, por isso, nem sempre dissociadas; e tradutoras do inter-relacionamento entre a atuação do *órgão controlador* e a do *controlado*; a de *dominação*; de *direção* ou *comando*; de *limitação*; a de *vigilância*, *fiscalização*, de *velamento*; de *verificação*, *exame* ou *constatação*; e de *registro*, *autenticação*.

2.4. O controle abriga os aspectos de licitude e de eficiência, compreendendo os meios de permanente aferição do respeito a esses valores: é o controle em *sentido lato*, a abranger o controle '*stricto sensu*' e a *fiscalização*.

2.5. Com efeito, o vocábulo controle, que é empregado, em geral, em sentido lato, comporta essas duas espécies básicas — o controle *'stricto sensu'* e a *fiscalização*.

2.5.1. O controle em sentido estrito envolve uma participação do controlador na atividade controlada; a *fiscalização* posiciona-se exteriormente em relação a essa.

Destarte, o *controle em sentido próprio* (*controle direto*) importa a ingerência, a co-participação na atividade controlada.

2.5.2. A *fiscalização* (*controle indireto*) é exterior com referência à atividade fiscalizada.

2.6. A Lei Complementar nº 109, de 29.05.01, que dispõe sobre o regime de previdência privada, além de distinguir entre órgão regulador e órgão fiscalizador, entre, portanto, regulação e fiscalização em sentido próprio, que cita nominalmente, e aquela primeira, a abarcar a normatização, coordenação, supervisão e controle (art. 5º).

2.7. No Brasil, o Governo sempre interveio na Economia, sob diversificadas formas de controle.

2.7.1. Achado, em 1500, em conseqüência de razões econômicas (ligadas ao caminho atlântico para as Índias), como Colônia sofria o comando do Reino. A transmigração da Família Real (1808) ensejou a tomada de medidas econômicas diretas, como a criação do Banco do Brasil, a abertura dos portos, medidas de fomento à colonização. Com a Independência (1822), o novo Estado assumiu sua primeira dívida externa, e enfrentou grandes dificuldades financeiras, o que prosseguiu no Período Regencial (1831) e no Segundo Reinado (1840 — 1839), culminando com a abolição da escravidão (1888). No Governo Republicano Provisório (1889), com a expansão creditícia, deu-se a experiência do *encilhamento*. Logo após, a economia cafeeira recebeu o influxo

do intervencionismo do Estado no domínio econômico, em processo cujo início se deu com a assinatura, pelos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, do Convênio de Taubaté, em 26.02.1906, marco do começo da *valorização* do produto, por mecanismo tido, internacionalmente, como pioneiro, e que consistia na retirada do mercado de certa quantidade de café, para manter o preço e o equilíbrio entre a oferta e a procura.

2.8. Na 1ª República, a política de intervenção é apresentada, de início, como emergencial, esporádica, tópica. Foi o Decreto nº 4.548, de 19.06.22, que deu início a uma intervenção sistemática, autorizando o Governo a promover o incremento e a defesa da produção nacional, agrícola e pastoril, e das indústrias conexas, criando o Instituto de Defesa Permanente do Café, de caráter autárquico, de modo que foi o referido diploma 'a primeira tentativa de intervenção econômica por meio de entidades paraestatais ou autárquicas'. Uma das formas de regulação operativa era a compra de café para retirada provisória do mercado, objetivando a regularização da oferta.

2.8.1. É certo que, dez anos antes, o Decreto nº 2.513-A, de 05.01.1912, estabeleceu medidas destinadas a desenvolver a cultura da seringueira, representando um instrumento legal que renunciou toda uma atividade regulativa do Estado no domínio econômico, e consistindo em um plano de intervenção, conhecido como '*a defesa da borracha*'.

2.8.2. Com a Revolução de 1930, iniciou-se a Era Vargas, de forte intervencionismo.

2.8.2.1. Do período que se segue até o advento da Constituição de 1934, a Administração Pública Brasileira expandiu-se, e desenvolveu-se a participação estatal no campo econômico-social. Ainda em novembro de 1930, foram criados os Ministérios da Educação e do Trabalho, criadas Juntas de

Conciliação e Julgamento. No mencionado período, surgiram os primeiros Institutos de Previdência, como o dos Marítimos, dos Comerciários e dos Bancários, resultantes da transformação de Caixas de Aposentadorias e Pensões, que haviam começado a surgir na década anterior.

2.8.2.2 A Constituição de 1934, sob a influência de Weimar e do México, era de cunho social, conforme referido. O Governo, em seu regime, legislou e atuou amplamente no campo administrativo e econômico-social. Novos Institutos Previdenciários foram criados; e editados Códigos administrativo-econômicos, como o Código de Águas, ainda em vigor, o Código de Minas, o Código Florestal, todos de cunho nacionalista.

2.8.2.3. A carta de 1937 implantou o chamado Estado Novo, de cunho autoritário, que nunca chegou, propriamente, a ser aplicada, salvo, no que tange ao seu art. 180, que outorgava ao Presidente da República a atribuição de editar decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.

2.8.2.4. A Administração Pública, no entanto, continuou a se desenvolver. Teve seqüência, outrossim, a legislação e a atuação no campo econômico e social, com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho, a definição dos crimes contra a economia popular, o tabelamento de preços, as primeiras leis de exceção em matéria de inquilinato.

2.8.2.5. Teve lugar a criação de autarquias econômicas (de polícia econômica e de participação sócio-econômica do Estado) como o Instituto do Café, do Pinho, do Mate, da Borracha.

Expressivo, foi o denominado Estatuto da Lavoura Canavieira (Decreto lei nº 3.855, de 21.11.41), que criou um mecanismo de defesa dos fornecedores e lavradores de cana, em face dos grandes engenhos industriais.

Em 1933, pelo Decreto nº 22.779, de 1º de junho, foi criado o Instituto do Açúcar e do Alcool, junto ao qual, na moldura corporativista da Carta Política de 1937, foram instituídas Comissões de Conciliação e Turmas de Julgamento, com a participação de fornecedores e usineiros.

2.8.2.6. Um dos instrumentos interventivos mais utilizados, no Brasil, foi o tabelamento de preços, a partir de atos decretais de 1916, no período da Primeira Grande Guerra, e que se intensificaram a partir da Reforma Constitucional de 1926, que deu, ao Congresso Nacional, competência para legislar sobre o comércio exterior e interior, podendo autorizar as limitações exigidas pelo bem público.

Outra forma relevante de regulação econômica foi a política de preços mínimos, que se efetiva a partir do Decreto-lei nº 7.774, de 24.07.45.

A Lei nº 1.522, de 26.12.51, autorizou o Governo Federal a intervir no domínio econômico, para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, tendo sido instituída a Comissão Federal de Abastecimento e Preços — COFAP.

O grande passo viria, porém, a ser dado, no Governo João Goulart, pela edição da Lei Delegada nº 4, de 26.09.62, que dispôs sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, para assegurar a livre distribuição de mercadorias e de serviços essenciais ao consumo do povo. Pela Lei Delegada nº 5, de mesma data, criou-se a Superintendência Nacional de Abastecimento — SUNAB, entidade autárquica encarregada de executar os atos de regulação.

2.8.2.7. A Era Vargas, como em todos os demais setores econômicos, desenvolveu a participação estatal, no setor financeiro, tendo sido criada a Caixa de Mobilização e Fiscalização Bancária, e, já em 1945, pelo Decreto-Lei nº 7.293, de 2 de fevereiro, foi instituída a Superintendência da Moeda e do Crédito — SUMOC, objetivando o exercício do con-

trole do mercado monetário, e a futura criação do Banco Central, o que só veio a ocorrer com a Lei nº 4.595, de 31.12.64.

2.8.3. Com a Constituição de 1946, buscou-se um equilíbrio entre o liberalismo e o sentido social das Constituições anteriores. O art. 147 clausulava, expressamente, a propriedade com a sua função social. Criou-se um novo caso de desapropriação por interesse social, que visava, como, explicitamente, declarava o texto constitucional, a permitir a redistribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos, no propósito de realização da justiça social.

A Administração Pública experimentou novas modificações, com a divisão do Ministério da Educação e Saúde, do Trabalho, Indústria e Comércio, e com a criação do Ministério das Minas e Energia.

Desenvolveram-se empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais, sendo de lembrar a criação da Petrobrás, para a execução do monopólio estatal do petróleo.

2.8.4. O Governo Juscelino Kubitschek caracterizou-se por seu caráter desenvolvimentista, na busca da consecução, sob o *slogan* '50 anos em 5', de objetivos, *de metas*, nos setores da energia, transportes, educação, indústria, tendo sido implantada a indústria automobilística e inaugurada Brasília.

Foram instituídos instrumentos protecionistas, assegurando-se mercado para o produto da aplicação dos investimentos externos, impondo mais carga tributária aos similares importados, objetivando a atração do capital estrangeiro. A produção industrial desenvolveu-se substancialmente.

2.8.5. Tivemos breve passagem pelo regime parlamentarista, entre 1961 e 1963. Algumas leis editadas à época ainda estão em vigor, como a citada Lei delegada nº 4, de 1962, que dispõe sobre a intervenção da União no domínio econô-

mico em matéria de abastecimento dos chamados gêneros de primeira necessidade.

2.8.6. Institucionalizada por sucessivos Atos a partir de 9 de abril de 1964, a Revolução Militar daquele ano deu início a uma nova fase político-administrativa, e de implantação da fase 'técnica' das medidas de superação das crises econômicas.

Caracteriza-se, mais uma vez, o Estado Intervencionista, com a criação de empresas estatais, de órgãos reguladores e o desenvolvimento marcante da infra-estrutura.

Acentuou-se a importância dos Ministérios da *área econômica* (Planejamento, Fazenda, Agricultura, Indústria e Comércio, Minas e Energia).

Durante este período vintenário, ocorreu, inclusive, o chamado '*Milagre Econômico*'.

2.8.7. A redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, encontraram um País com economia em crescimento, balanço de pagamento equilibrado, mas inflação em termos de 200% ao ano, passando o combate a esta a ser o principal objetivo governamental, fase que referimos em outro trecho.

2.8.8. ISAAC BENJÓ (*Fundamentos de Economia da Regulação*, Rio, THEX, 1999, p. 19) destaca:

"A partir do governo Collor, as políticas públicas nacionais adotaram como base as tendências liberais, assumindo: redução da máquina estatal; privatização de companhias estatais e de concessionárias de serviços de utilidade pública; abertura aos mercados internacionais, visando à integração da economia nacional ao comércio exterior."

2.8.9. As '*receitas*' do FMI e a influência do Banco Mundial caracterizam esse período. É a globalização neoliberalizante. É a regulação externa.

2.8.10. O neoliberalismo globalizante teve seu marco inicial mais nítido no Brasil, a partir de 1990, com a fase do Governo Collor, que procedeu ao confisco de ativos financeiros, e, através da Lei nº 8.031, de 12.04.90, criou o Programa Nacional de Desestatização; e se intensificou no Governo Fernando Henrique, a contar da implantação, no interregno do Governo Itamar Franco, do chamado Plano de Estabilidade Econômica, o popular Plano Real. A Lei nº 8.031, de 12.04.90, foi substituída, posteriormente, pela Lei nº 9.491, de 09.09.97, que dispõe sobre o Programa Nacional de Desestatização, dentre cujos objetivos está (art. 1º, I) *'reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público'*.

2.8.11. O marco da intensificação teve lugar com a promulgação da Emenda Constitucional nº 6, de 15.08.95, que eliminou o conceito de empresa brasileira de capital nacional, seguindo-se as EC's nº 7 e 8, de mesma data, que determinaram a ordenação dos transportes, e o regime dos serviços de telecomunicações; e a EC nº 9, de 09.11.95, que *'flexibilizou'* o monopólio do petróleo.

3. O planejamento é um dos princípios do Direito Econômico, e uma das funções do Estado como agente regulativo da atividade econômica.

3.1. O Direito do Planejamento é parte do Direito Econômico Regulatório, e tem por objeto a disciplina da atuação do Poder Público na fixação da política e da programação econômicas, que se traduzem na elaboração e implementação de planos, programas, projetos e atividades.

3.2. O planejamento é, conforme já indicado, uma das funções regulativas do Estado Brasileiro, no seu papel de agente regulador normativo e operativo, da atividade econômica: CF, art. 174.

3.2.1. A CF do Brasil, em numerosos tópicos, contempla o planejamento, no setor econômico e afins: arts. 21, IX, XVII XX, e XXI; 22, IX; 30, VIII; 174 e § 1º, 178, e p. único; 182; e §§; 187, 188; e 204, II.

3.3. É de distinguir-se entre a *economia positiva* e a *economia normativa*.

3.3.1. A *economia positiva* é ontológica (estuda o que é), observando e descrevendo os fatos e enunciando as leis econômicas, de caráter *explicativo* ou *causal*, chegando, daí, à *teorização*. Desdobra-se, assim, na *economia descritiva* e na *teoria econômica (economia política)*.

3.3.2. A *economia normativa*, manejada pela ação governamental, cuida da fixação de normas de conduta imperativas ou indutivas, formulando juízos de valor, avaliando conseqüências e escolhendo as melhores alternativas de ação. Tem cunho *axiológico (ocupa-se do julgamento do que deve ser feito)*. Compreende a *política*, a *programação* e os *projetos econômicos*.

3.3.3. A *economia positiva* examina os meios escassos ou limitados de satisfação das necessidades humanas, e seu emprego em fins que ela não julga ou discute. À *economia normativa* é que cabem a valoração e as escolhas dos fins e dos meios disponíveis para alcançá-los.

3.4. A política e a programação dependem da sustentação teórica fornecida pela *economia positiva*. Por outro lado, aquelas contribuem para o desenvolvimento da última, porque é através da experiência prática que são confirmados ou rejeitados os princípios estabelecidos em nível teórico. Os ensinamentos da teoria econômica nasceram e se revitalizaram e renovaram, em resposta à necessidade de disciplinar ou reestruturar as práticas correntes da vida econômica.

3.5. O suporte oferecido pela *economia positiva* à *normativa* está presente, quer no âmbito da *macroeconomia* (consumo, poupança, investimento, oferta e demanda globais, mercados do produto e monetário, análise do produto e da renda e de insumos-produto), orientando quanto aos instrumentos fiscais, monetários e cambiais de regulação do crescimento e do equilíbrio econômicos; quer no âmbito da *microeconomia* (teorias do equilíbrio do consumidor e da empresa, da microprodução e da repartição), orientando quanto à utilização de outros instrumentos, visando à *regulação* da atividade empresarial, dos preços de produtos e da remuneração dos fatores e da repartição.

3.6. Mas a *economia normativa* leva em conta, também, fatores *extra-econômicos*, como a estrutura político-administrativa do Estado e seu Direito; a segurança nacional e valores sociais e éticos, devendo a estrutura e os instrumentos jurídicos ser adequados.

3.7. A *política econômica* tem por objeto a estruturação superior e coerente da ordem econômica. Corresponde ao conjunto das principais normas referentes ao manejo de todos os instrumentos econômicos e extra-econômicos, mobilizáveis para a realização dos objetivos globais do sistema. É a dimensão maior, hierarquicamente superior, da *economia normativa*.

3.8. A *programação econômica* corresponde ao segundo estágio da *economia normativa*, decorrendo sua hierarquização, em relação à *política econômica*, do fato de que, no nível da *programação*, são decompostos os principais objetivos que o sistema pretende alcançar.

3.8.1. Envolve *programações globais e decomposições setoriais* ou *regionais*.

3.8.2. Os *programas gerais* correspondem aos modelos gerais de atuação, compreendendo o *sistema econômico* em sua totalidade, com ajustamento às diretrizes fixadas pela *política econômica*. Os *modelos de desenvolvimento* são exemplos típicos de *programação econômica geral*.

3.8.3. A *decomposição setorial* engloba a determinação de metas para cada um dos setores da atividade econômica, no sentido de que possam ser realizados, sem *desajustamentos* e *pontos de estrangulamento*, os objetivos da *política econômica*.

3.8.4. A *decomposição regional* disciplina e localiza no espaço econômico do País os investimentos públicos e privados e os esquemas de incentivo às atividades produtivas. Busca distribuir, de modo equânime, entre as várias regiões do País, os custos e os benefícios resultantes dos objetivos globais da economia, atenuando os desequilíbrios inter-regionais.

3.9. O *projeto econômico* é um desdobramento da *programação econômica*, desenvolvendo-se no nível de um único *empreendimento*, e referindo-se, em geral, à implantação ou expansão de uma *unidade de produção*. Os *projetos econômicos* devem ser avaliados, não apenas no que se refere à sua própria *viabilidade econômico-financeira*, mas também no que respeita à sua vinculação com os *programas globais definidos*, segundo os marcos de referência estabelecidos pela *programação econômica*.

3.10. O *planejamento* é, assim, um processo, a atividade de aplicação de um sistema racional de escolhas entre um conjunto de alternativas reais de investimentos e de outras possibilidades para o desenvolvimento, baseado na consideração dos custos e benefícios econômicos e sociais.

3.11. *Plano* é o documento que retrata o *planejamento estratégico do Governo*. Deve conter os *objetivos gerais* a serem atingidos; identificar as *fontes de recursos*; e estabelecer as *políticas* para uso desses recursos.

Assim, se o *planejamento* é o *processo*; a *planificação* é o *resultado*; e o *plano*, o *documento* que o formaliza.

3.11.1. O *orçamento* é um plano, um instrumento de ação administrativa, caracterizando-se como plano de ação governamental expresso em termos físicos e financeiros.

3.12. O planejamento é, portanto, instrumento fundamental na caracterização da participação do Estado no domínio econômico, e da própria índole da ordem econômica. Sustenta EROS ROBERTO GRAU (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988 — Interpretação e Crítica*, São Paulo, Malheiros, 7^a ed., 2002, p. 324), o ‘planejamento de que tratam o art. 174, e seu § 1^o, da CF, é o planejamento do desenvolvimento nacional, como expressamente referido no citado parágrafo.

3.13. Na oposição economia descentralizada (*economia de empresa, de mercado*) x economia centralizada (*economia de cálculos técnicos e objetivos, de unidades técnicas de produção, de injunções, pela ação imperativa do Estado, que, unilateralmente, determina os objetivos da economia e os meios e os prazos para realizá-los*), o papel do planejamento econômico é decisivo. De um lado, temos a planificação indicativa, pela qual o Estado busca influenciar as quantidades globais básicas (investimentos, consumo, despesa global), deixando, porém, dentro dos limites desses números, atuar os cálculos particulares das empresas e dos indivíduos, *planificação* em que atuam todos os *procedimentos indiretos de intervenção*, inclusive através da execução das políticas financeira, monetária e social, tratando-se de uma forma de *intervenção em ‘grandes linhas’*. De outro, temos a *planificação ampla*, com a justaposição do *setor público* e do *setor*

privado da economia, o primeiro orientando o segundo. Há, ainda, a planificação integral e imperativa, como na antiga União Soviética. Para que haja uma economia não-centralizada basta a presença, mais ou menos atuante, dos mecanismos de mercado. Vê-se, destarte, que não se pode opor, na atualidade, uma *economia liberal* a uma *economia planificada*, eis que os *planos econômicos* são, em nossa época, numerosos, e diversificados quanto à forma, amplitude e força coercitiva, quer para o particular, quer para o próprio Estado. Importante é que a macroeconomia, as previsões e projeções globais, o planejamento não desumanizem as soluções, esquecido o homem, como indivíduo e como membro da comunidade.

3.14. No dirigismo ou economia dirigida, a autoridade pública exerce uma ação sistemática sobre os fatos econômicos. Se bem que não conduza, necessariamente, ao *socialismo*, modifica a estrutura jurídica do *capitalismo*, limitando, em proveito do Estado, a liberdade das empresas.

3.14.1. O planismo é a forma mais branda do dirigismo. Toda uma gama de procedimentos pode ser posta em prática pelo Poder Público, para pressionar a vontade dos particulares (política fiscal, de subvenções ou de crédito, etc.).

3.14.2. Dá lugar à *planificação da vida econômica*, quando os objetivos definidos pelo Governo se tornam tão numerosos e precisos que cercam, num sistema de limitações, a maior parte das empresas, sendo posta em prática através de instrumentos jurídicos.

3.14.3. No dirigismo total, o Poder Público fixa, com rigor, a tarefa de casa um, não tendo mais o empresário poder de iniciativa e sendo seu lucro limitado. Mantém-se, apenas, a propriedade privada dos meios de produção. É o *estatismo*.

3.14.4. Nos sistemas econômicos centralizados, em que são praticadas a planificação global e a plena intervenção, a política, a programação e todos os projetos econômicos são elaborados, implementados e controlados pelo Poder Público.

3.14.5. Nos sistemas econômicos baseados na livre iniciativa empresarial, *política e programação são governamentais*. A elaboração e a implementação dos *projetos econômicos* competem tanto ao *setor público*, quanto ao *setor privado*. Ao Governo cabe conciliar ou compatibilizar os interesses sociais e privados, no que tange a empreendimentos específicos, sendo o *projeto* o instrumento técnico-administrativo que facilita o exercício dessa função: “as instituições governamentais; os bancos e os órgãos de desenvolvimento que administram programas de incentivo cambiais, fiscais e financeiros generalizam a exigência do projeto, como condição para o recebimento desses fatores, transformando-os no instrumento que permite a distribuição dos benefícios referidos, estritamente de acordo com os ditames da política econômica que previamente tenha sido traçada.

3.15. Já foi salientada a diferença entre a planificação indicativa e a planificação imperativa ou determinante, distinção econômica de rico conteúdo jurídico.

3.15.1. Na segunda, há comandos, preceitos cogentes, com sanções para o *descumprimento*.

3.15.2. Na primeira, não se dão ordens, mas se enunciam objetivos e preferências ou opções. Não há prescrições, mas recomendações. Existe previsão e orientação.

3.16. A planificação brasileira é flexível (*alterável*), sendo indicativa para o setor privado e determinante ou imperativa para o setor público: *CF, art. 174*.

O § 1º do artigo citado prescreve que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

3.17 No Brasil, as primeiras tentativas de programação econômica plurissetorial foram o Plano Especial de Obras Públicas e Aparelhamentos da Defesa Nacional de 19.01.39 (Decreto-lei nº 1.058); o Plano de Obras e Equipamento, de dezembro de 1943; o Plano Salte, relativo à Saúde, Alimentação, Transporte e Energia, de 18.05.50. Com o último, pela primeira vez, no País, se fixaram metas indicativas para o setor privado, estimulando-o, através da concessão de financiamentos oficiais, a empreender alguns projetos. As duas outras tentativas limitaram-se à área estatal, tendo tido o plano de 1939, porém, o mérito de ter sido o primeiro da abrangência plurissetorial.

3.17.1. Etapa iniciada em 1956 deu lugar à elaboração de oito importantes planos governamentais: o Programa de Metas (1956-61); o Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social (1963-65); o Programa de Ação Econômica dos Governos (1964-66); o Programa Estratégico de Desenvolvimento (1967-70); Metas e Bases para a Ação de Governo (1971-74); e os três Planos Nacionais de Desenvolvimento (o I PND — 1972-74; o II PND — 1975-79; e o III PND — 1980-85).

3.17.2. O Plano Trienal foi o primeiro a ir além da formulação plurissetorial, tendo-se fundado nas projeções globais da economia brasileira, e fixado um conjunto de oito objetivos para a economia.

3.17.3. O Direito Econômico Brasileiro da Planificação Econômica teve, ulteriormente, como base normativa, as disposições do Ato Complementar nº 43, de 29.1.1969; do Ato

Complementar nº 76, de 21.10.1969; e da Lei Complementar nº 9, de 11.12.70.

3.17.4. Dispuseram esses diplomas normativos sobre a elaboração, pelo Executivo, e a apreciação, pelo Congresso Nacional, dos Planos Nacionais de Desenvolvimento (v. nosso trabalho, *Eficácia Jurídica dos Planos de Desenvolvimento Econômico*, RDA 140: 16/35).

3.18. Em face da inflação e de outros aspectos críticos da economia, foram editados: (a) o PAEG — Programa de Ação do Governo, no Governo Castelo Branco, e que englobou a instituição da *correção monetária*, a criação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, a instituição do *Conselho Monetário Nacional* e do *Banco Central*; e (b) os Planos de Estabilização Econômica (verdadeiros anti-planos, em termos de planejamento do desenvolvimento nacional) ou seja, os Planos Cruzados I e II (1986); o Plano Brasser (1982); o Plano Verão (1988); o Plano Collor I e II (1990/1991), inclusive com mudança do sistema monetário e o confisco de ativos; o Plano de Ação Imediata — PAI (1993) e, finalmente, o Plano Real (1994), inclusive este último com a substituição da moeda e com o sistema de controle de ‘*âncora monetária*’ e de ‘*âncora cambial*’, valorização da taxa de câmbio e elevação da taxa de juros, com destaque absoluto para a política monetária. No começo de 1999, o sistema de ‘*banda cambial*’ foi substituído pelo de ‘*câmbio flutuante*’. Questionado foi o PROER — Programa de Estímulo à Reestruturação e Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional.

3.19. O Direito Brasileiro atual conhece três leis orçamentárias (*art. 165 da CF*): (a) o plano plurianual, que estabelece, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública, para as despesas de capital, e decorrentes; e para as relativas aos programas de duração continuada; (b) a lei de diretrizes orçamentárias compreende as metas e prioridades da administração pública, incluindo as despe-

sas de capital para o exercício financeiro subsequente; e (c) o orçamento anual, compreendendo o fiscal, o de investimento das empresas estatais e o da seguridade social (*CF, art. 165, §§ 1º e s.*).

3.20 Conforme já salientado, a Carta Magna Nacional é rica de dispositivos sobre planejamento: (a) *planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX)*; (b) *planejamento contra as calamidades públicas (art. 21, XVIII)*; (c) *política nacional de transportes (art. 22, IX)*; (d) *política agrícola (art. 187)*; (e) *plano nacional de reforma agrária (art. 188)*; (f) *formulação de políticas e programas das ações governamentais na área de assistência social (art. 204, I e II)*

4. Tópico fundamental é o da repressão ao abuso do poder econômico, por meio do Direito Econômico Punitivo.

4.1. O Decreto-lei nº 7.666, de 22-6-45, dispôs sobre “os atos contrários à ordem moral e econômica”, tipificando atos contrários à economia nacional e nocivos ao interesse público, bem como criando a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), a que cabia a fiscalização do poder econômico.

4.2. Farta é a legislação de Direito Social sobre a prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica, que é “*orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico*”; sendo que “*a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos*” pela Lei nº 8.884, de 11.06.94, que trata da matéria.

4.2.1. Este diploma normativo (alterado pela Lei nº 9.021, de 30.03.95) transformou, em autarquia, o Conselho

Administrativo de Defesa Econômica — CADE ‘*órgão judicante*’ administrativo, criado pela Lei nº 4.137, de 10.09.62, e competente para “*decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades*”.

4.2.2. As infrações têm a natureza de responsabilidade objetiva (independem de culpa) e, de modo geral, abrangem os atos — ainda que não sejam alcançados os efeitos — que tenham por objeto ou possam produzir às conseqüências de “*limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa*”; bem como “*dominar mercado relevante de bens ou serviços*”; e “*aumentar arbitrariamente os lucros*”; e, ainda, de “*exercer de forma abusiva posição dominante.*” Ressalva-se que “*a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito de ‘domínio de mercado’*”.

4.2.3. O CADE está vinculado ao Ministério da Justiça, em cuja estrutura existe a Secretaria de Direito Econômico, que zela pelo cumprimento da legislação, “*monitorando e acompanhando as práticas de mercado*”.

4.2.4. Também vigente a já várias vezes referida Lei Delegada nº 4, de 26.09.62, que dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.

5. O Direito Penal Econômico compreende as infrações criminais contra a ordem econômica; e a cominação das penas correspondentes.

5.1. A legislação brasileira tem consagrado a punição de crimes contra a economia popular (cf. *Decretos-leis n°s 869, de 18.11.38, e 840, de 11.09.46*) e a repressão penal da usura (v. *Decreto n° 22.626, de 07.04.33*).

5.2. Em vigor, em parte, a *Lei n° 1.521, de 26.12.51*, que dispõe sobre os crimes contra a economia popular, incluída a usura pecuniária ou real.

5.3. Mais recentemente, a *Lei n° 8.137, de 27.12.90*, definiu crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo, os '*crimes de colarinho branco*'.

5.4. Ulteriormente, a *Lei n° 9.613, de 03.03.98*, dispôs sobre os crimes de '*lavagem*' ou ocultação de bens, direitos e valores; e a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos no mesmo diploma normativo.

5.5. Citem-se, ainda: *Decreto-lei n° 16, de 10.08.66*, sobre a atividade econômica referente ao açúcar e ao álcool; *Lei n° 8.176, de 08.02.91*; que definiu crimes contra a ordem econômica; *Lei n° 8.666, de 21.06.93*, sobre licitação e contratações administrativas; *Lei n° 9.034, de 03.05.95*; sobre a repressão de ações praticadas por organizações criminosas; *Lei n° 8.974, de 05.01.95*, sobre engenharia genética; *Lei n° 7.646, de 18.12.87*, sobre proteção da propriedade intelectual de programas de computador e sua comercialização; *Lei n° 5.197, de 03.01.67*, sobre proteção à fauna; *Decreto-lei n° 221, de 28.02.67*, e *Leis n°s 7.643, de 18.12.87*, e *7.679, de 23.11.88*, de proteção à pesca; *Decreto-lei n° 73, de 21.11.66*, sobre operações de seguros; *Lei n° 6.538, de 22.06.78*, quanto a serviços postais.

5.6. A CF estabeleceu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em razão de crimes contra o meio ambiente (*art. 225, § 3°*).

5.7. Citemos a palestra proferida por ALBERTO SILVA FRANCO, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 25.03.00, sob o título '*Globalização e Criminalidade dos Poderosos*' (*Temas de Direito Penal Econômico*, São Paulo, RT, 2000, p. 234 e s.), em que tratou dos

crimes de globalização, em forma de '*criminalidade desvinculada do espaço geográfico de um Estado*', os crimes transnacionais, que abrangem espécies diversas, como a criminalidade econômica '*stricto sensu*', o narcotráfico, a criminalidade ecológica, e que têm sempre presente, em seu horizonte, o móvel da '*obtenção de ganhos ilimitados*'.

5.8. Há de referir-se, também, à coletânea, '*Violência em tempo de globalização* (São Paulo, Hucitec, 1999, organizada por JOSÉ VICENTE TAVARES DOS SANTOS), de trabalhos apresentados, em Seminário Internacional, realizado em 1996, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul; e em que dizem respeito, mais de perto, ao tema objeto deste trabalho, os estudos sobre '*Sociedade global, história e transculturação*', de OCTÁVIO IANNI (p. 43); '*A globalização do crime e os limites da explicação local*', de ALBA ZALUAR (p.91) e '*A realidade do trabalho em tempo de globalização. Precarização, exclusão e desagregação social*', de SONIA M. G. LARANGEIRA (p. 123).

6. Área em que o Direito Brasileiro se tem afirmado é a da defesa do consumidor, fundamental em uma '*sociedade de consumo*', na qual a patologia do '*consumismo*' grassa em um mercado de consumo globalizado; o cidadão cede lugar ao consumidor; e o ser humano vale pelo que consome ou como simples elemento de produção, de preferência subempregado ou em regime de trabalho servil.

6.1. A CF de 1988 erigiu a defesa do consumidor como direito público subjetivo, quando, no inciso XXXII de seu art. 5º, prescreveu que '*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*', e ao consagrar, como princípio da ordem econômica, esta mesma defesa (art. 170, V); tendo o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinado, ao Congresso Nacional, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

6.2. O termo 'defesa' já denuncia que os consumidores são vítimas de ataques, e hipossuficientes nesta batalha, sendo o Direito da Consumidor, parte do Direito Econômico, integrante, portanto, do Direito Social, na sua função de tentativa de equilíbrio de forças entre os segmentos sociais.

6.3. A Lei nº 8.078, de 11.09.90, (Código de Defesa do Consumidor) cuja promulgação atendeu ao citado dispositivo constitucional transitório, alude à '*proteção do consumidor*'; e é uma dos mais importantes diplomas legais brasileiros de todos os tempos, seja na parte de Direito Material, seja de Direito Processual.

6.3.1. Encarnando a principiologia e a função do Direito Social, reconhece, expressamente, que, no mercado de consumo, há a vulnerabilidade do consumidor; e sua proteção exige a presença do Estado, neste mercado (*art. 4º*).

6.3.2. Neste sentido, deve o Poder Público (*art. 5º*) manter assistência jurídica em favor do consumidor carente; instituir Promotorias especializadas no âmbito do Ministério Público; criar Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas; estimular a criação e desenvolvimento de associações de defesa do consumidor.

6.3.3. Os chamados PROCON's, órgãos públicos de defesa do consumidor, além das instituições privadas congêneres, e o Ministério Público, legitimado, juntamente com as citadas associações, para a propositura das ações em defesa de interesses e direitos dos consumidores têm tido papel relevante no setor.

6.4. Dentre mecanismos importantes, contempla a descon sideração da pessoa jurídica (*art. 28*), a inversão do ônus da prova (*art. 6º, VIII*).

6.5. Contém, igualmente, uma parte penal (*arts. 61 e s.*).

7. A ordem econômica internacional conduziu, em certa medida, à integração econômica, na parte dos chamados Direito *Internacional* Econômico e do Direito Internacional Econômico.

7.1. Em 20.03.91, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai celebraram, em Assunção, o Tratado que criou, entre eles, o Mercado em Comum, o MERCOSUL, que veio a ter personalidade jurídica. Com isso, se atendeu, em parte, ao disposto no *parágrafo único* do art. 4º da CF, que prescreve que o Brasil buscará a integração econômica dos povos da América Latina, '*visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*'.

7.2. Mas, a par de dificuldades outras, a recente crise argentina abalou a iniciativa. Surge, outrossim, o fantasma da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), que levará os Países da região à subordinação à potência hegemônica, os Estados Unidos da América do Norte. É o que assinala JOÃO CLEMENTE BAENA SOARES, em entrevista no *Journal do Brasil* de 17.02.02 (p. 19), em que prevê a anulação do MERCOSUL, concluindo: "*Não há um País, uma potência sem nenhum refundo nacionalista. É positivo defender os interesses de seu País. É uma forma de nacionalismo.*"

7.3. No campo da política de integração econômica, devem ser citados as iniciativas pioneiras da Comissão Econômica para a América Latina — CEPAL; a criação, em 1960, da Associação Latino-Americana de Livre Comércio — ALALC; a participação do Brasil no GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*); a instituição da Zona de Livre Comércio, pelo Tratado de Montevideu, de 1961.

8. Um aspecto fundamental da moderna regulação econômica é a da chamada economia consensual ou concertada, da qual uma das formas é a economia contratual, com o surgimento dos contratos econômicos (LUIS S. CABRAL DE

MONCADA, Direito Econômico. Coimbra Editora, 2ª ed., p. 379 e s.).

8.1. No Estado Intervencionista, a intervenção se mostrava uma atividade imperativa, unilateral. Contemporaneamente, o consenso, o ajuste, a parceria, o acordo, o contrato são formas de co-exercício da soberania, pelo Governo e pelo cidadão, com a criação de situações jurídicas subjetivas.

8.2. No Brasil, esta vertente ainda não se desenvolveu, sendo que os incentivos fiscais condicionados são tidos como isenção negocial e bilateral (*art. 178 do Código Tributário Nacional*; HELY LOPES MEIRELLES, *Estudos e Pareceres de Direito Público*, São Paulo, RT, 1975, p. 379 e s.), geradora de direito adquirido (Supremo Tribunal Federal, RE nº 70.559 — ES, Relator Min. Bilac Pinto, 12.12.78, DJ de 22.03.79; v. nosso '*A Contratualização do Direito Administrativo e do Direito Econômico*', na *Revista Brasileira de Direito Comparado*, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1999, p. 48 e s.).

8.3. A Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS, por exemplo, tem *flexibilidade na aplicação de sanções* (*art. 29 e 29-A da Lei nº 9.656/98*), mediante a formalização de termos de ajuste de conduta.

8.4. No campo da AP, em especial com relação à empresas estatais, a autonomia gerencial pode ser ampliada mediante contrato (*CF, art. 37, § 8º*).

8.5. No denominado Terceiro Setor, contratos de gestão e contratos de parceria são celebrados, respectivamente, com as organizações sociais e com as organizações da sociedade civil de interesse coletivo, objetivando a adequação de sua atividade com este interesse, assim como o cumprimento de metas e a avaliação de desempenho.

9. Tem tido grande prestígio, no Brasil, a noção de Terceiro Setor, que é uma porção do setor privado juntamente com o mercado, mas em que não se desenvolve a atividade lucrativa, mas de interesse social. Este conjunto binário, formado pelo mercado e pelo Terceiro Setor, se opõe ao setor governamental.

9.1. O Terceiro Setor é aquele da atividade, dos particulares, não-lucrativa, abrangendo as instituições *non profit* (que nada cobram pelo que fornecem); e as *not for profit* (cujos serviços são remunerados, sendo o resultado positivo obtido reaplicado nos seus objetivos sociais, e não distribuídos a membros ou dirigentes, a título de lucro ou participação).

9.2. O Terceiro Setor abrange o que é considerado 'a área social da realização da filantropia empresarial'; bem como os segmentos das ONG's, das associações e fundações civis de fins altruísticos, considerados de utilidade pública, de fins filantrópicos. Estão nelas figuras criadas, mais recentemente, e que são as organizações sociais (*Lei n° 9.637, de 15.05.98*) e as organizações da sociedade civil de interesse público (*Lei n° 9.790, de 23.03.99; Decreto n° 3.100, de 30.06.99*).

9.3. É a área do chamado setor público não-estatal, em que se podem enquadrar atividades econômicas de relevância social, 'public utilities', sob formas especiais de regulação (às quais, aliás, as fundações em geral, sempre se submetem, no Direito Brasileiro).

10. Atividade econômica fundamental é a dos meios de comunicação social, de que trata a CF Brasileira no Capítulo V (arts. 220 a 224), no Título VIII, 'Da Ordem Social'.

10.1. Libertas estão de 'qualquer restrição' a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo (*art. 220, caput*); de todo

'*embaraço*', a liberdade de informação jornalística em qualquer veículo (§ 1º); e vedada qualquer '*censura*' de natureza política, ideológica e artística (§ 2º); cabendo ao Poder Público apenas informar, em termos de espetáculos e diversão públicas, sobre sua natureza, faixas etárias, locais e horários, recomendáveis (§ 3º, I). A mídia tornou-se, neste quadro, um instrumento social decisivo; detentora de um poder psicossocial de força, na prática, incontrolada, apesar das limitações que a própria CF estabelece, especialmente em matéria de rádio e televisão, inclusive em termos de publicidade (*arts.* 220, § 3º; II: e § 4º; e 221).

10.2. A Constituição fixa, neste caso, regime de complementariedade dos sistemas privado, público e estatal (*art.* 229), mas a participação do Congresso Nacional, no setor, prevista no art. 223 da CF, não se aperfeiçoou, pela não — criação, até agora, de órgão auxiliar seu, constitucionalmente previsto, o Conselho de Comunicação Social (*art.* 229).

10.3. O art. 220 proíbe monopólios e oligopólios dos meios de comunicação social, mas a realidade prática é diversa.

10.4. Por seu turno o art. 222, e seus §§, reservam a propriedade das empresas jornalísticas, de rádio e de televisão, a brasileiros e vedam a participação de pessoas jurídicas no respectivo capital, salvo partidos políticos e sociedades cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros, mas emenda constitucional em tramitação permite a participação do capital estrangeiro.

V. Jurisprudência

1. A Justiça Brasileira tem tido ocasião de, através das várias fases do Direito Regulador Nacional, decidir questões a ele vinculados.

2. No *Mandado de Segurança nº 333, de 09.12.36*, foi tida por inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, a intervenção governamental na economia cafeeira, embora a tese vitoriosa o tenha sido por escassa maioria, eis que vários votos vencidos consideraram legítima a política governamental.

2.1. Salienta ALBERTO VENANCIO FILHO (*A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, Rio, FGV, 1968, p. 39):

“O leading case sobre a matéria é, porém, o ‘Mandado de Segurança 356 (DF) de 161-4-1937’, sendo impetrante o Espólio de VICENTE DIAS JUNIOR, e que confirma sentença do então Juiz Federal CASTRO NUNES, e assim dispõe na sua ementa: “Mandado de segurança contra o ato do Departamento Nacional do Café — Departamento Nacional do Café — Quota de sacrifício — As medidas autorizadas no Decreto 22.121, de 1932, e adotadas pelo Departamento, encontram assento no artigo 5º, nº XIX, letra I, da Constituição, que autoriza adotar normas gerais sobre produção e consumo, podendo estabelecer limitações exigidas pelo bem público.” A “fixação de preço” de que cogita aquele decreto não é consensual, senão normativa ou regulamentar — o sacrifício de direito de propriedade está pressuposto nas medidas de economia dirigida, previstas naquele inciso constitucional.”

O exame dessa decisão extravasa assim dos simples limites ao exercício do direito da propriedade, para encontrar em normas constitucionais a faculdade de intervenção e de imposição de ônus.

Na sentença, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, assim se expressa o Juiz CASTRO NUNES ao comentar o artigo 5, nº XIX, letra I, da Constituição: “O que, à evidência, se ressaltou à União no inciso constitucional foi a faculdade de estabelecer, por meio de limitações ditadas pelo interesse público, o controle das produção e do consumo. Nessa cláusula constitucional se contém, em princípio, a economia dirigida, isto é, a possibilidade, reservada à União, de

intervir nos mercados, tabelando preços, proibindo ou limitando o plantio, subtraindo ao consumo os excessos da produção etc....”

3. Questões relevantes surgiram, outrossim, com o advento da Constituição de 1946, no que tange à legislação de intervenção econômica na indústria canavieira, tendo o STF, no Recurso do *Mandado de Segurança n° 3.386*, decidido que a nova CF não revogara as leis anteriores que davam poderes interventivos ao *Instituto do Açúcar e do Alcool*.

3.1. Também em favor da atuação reguladora já agora na economia do trigo, decidiu o STF, do MS n° 9.077, no começo da década de 1960.

3.2. O STF foi igualmente chamado a pronunciar-se — e o fez favoravelmente — sobre a constitucionalidade do *Código de Águas* frente à Carta de 1946.

3.3. A Suprema Corte Brasileira teve, outrossim, por constitucional, a atribuição conferida ao Conselho de Política Aduaneira, para alterar alíquotas da tarifa alfandegária (MS n° 12.977).

3.4. Com a promulgação da Constituição democrática de 1946, surgiram questionamentos sobre a validade do tabelamento de preços:

“O leading case na matéria é o habeas corpus 30.355 julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 211-7-1948, sendo relator o Ministro CASTRO NUNES em decisão com a seguinte ementa: ‘Delegação legislativa — tabelamento de preços — lei e regulamento — A proibição da delegação de poderes não é absoluta; deve ceder quando houver necessidade de assegurar a execução de outro preceito constitucional. — Interpretação do artigo 36, parágrafo 2º da Constituição Federal’ (ALBERTO VENANCIO FILHO, op. cit., p. 232).

4. ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO (*op. cit.*, p. 448/450 e 457) refere decisões relevantes, já pertinentes às fases mais modernas do Direito Econômico Brasileiro:

“O Supremo Tribunal Federal — STF em diversas ocasiões já fixou a legitimidade da atribuição de poder normativo através de ‘standards’ e finalidades genéricas estabelecidas em lei. Em recente decisão liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN nº 1.668/DF, Relator MINISTRO MARCO AURÉLIO), o STF considerou constitucional a habilitação normativa efetuada pelos incisos IV e X do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações — LGT em favor da ANATEL, desde que esta subordine-se aos preceitos legais e regulamentares pertinentes.

No Recurso Extraordinário nº 76.629/RS, o MINISTRO ALIOMAR BALEIRO afirmou que “se o legislador quer os fins, concede os meios. (...) Se a L. 4.862 expressamente autorizasse o regulamento a estabelecer condições outras, além das que ela estatuir, aí não seria delegação proibida de atribuições, mas flexibilidade na fixação de ‘standards’ jurídicos de caráter técnico, a que se refer STATI (RTJ 71: 479).

Encerramos o presente tópico com decisão do Superior Tribunal de Justiça — STJ que, mesmo antes da previsão constitucional de órgãos reguladores e específicos, a exemplo do “órgão regulador do monopólio da União” sobre as atividades petrolíferas (art. 177, § 2º, III, CF), lavrou acórdão no qual o MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS afirmou a possibilidade da Administração Pública, para alcançar as finalidades genéricas da disciplina da matéria, mas sem qualquer autorização legal, restringir a liberdade dos “postos de gasolina” adquirirem combustíveis. A importância do acórdão é que é um dos poucos exemplos em que a nossa jurisprudência foi além de questões atinentes ao caso concreto, tratando do âmago doutrinário e teórico da matéria, ou seja, do que deve ser entendido como “execução de lei”. Vejamos:

‘A Constituição Federal, em seu art. 170, preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho

humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os princípios que enuncia. No seu art. 174 pontifica que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Desses dispositivos resulta claro que o Estado pode atuar como agente regulador das atividades econômicas em geral, sobretudo das que cuidam as empresas que atuam em um setor absolutamente estratégico, daí lhe ser lícito estipular preços que devem ser por elas praticados. Montado nestes argumentos, não tenho dúvida em afirmar que o Senhor Ministro dispõe de autoridade para impedir que o granelista venda combustível ao varejista ligado a bandeira que não é a sua. Como registrei acima, controlar a execução de determinada norma é fazer com que ela se desenvolva em busca dos fins sociais para a qual a regra foi concebida. Os preceitos que disciplinam a distribuição de combustíveis tem como finalidade fazer com que os usuários de tais produtos recebam, com segurança e facilidade, produtos de boa qualidade. Isto ocorre, porque a exibição do logotipo de marca famosa traduz a afirmação de que no local se vende daquela marca. Ora, se o posto negocia produtos cuja origem não corresponda à sua bandeira, ele estará enganando o freguês (...). Quando o freguês é iludido, a distribuição de combustíveis não estará correspondendo aos fins sociais que orientam as normas disciplinadoras da distribuição de combustíveis” (MS nº 4.478-DF).”

.....

“Note-se que o Supremo Tribunal Federal — STF recentemente teve a oportunidade de afirmar explicitamente a legitimidade constitucional da deslegalização: ao julgar o Recurso Extraordinário nº 140.669-1 PE, o MINISTRO RELATOR ILMAR GALVÃO, encampando as lições de J.J. Gomes Canotilho (“ajustam-se perfeitamente ao caso sob exame”), asseverou que os princípios da legalidade, do congelamento do grau hierárquico e da precedência da lei não impedem, salvo em matérias reservadas à lei (tributos e cri-

mes), que se adote uma “maior flexibilidade através da deslegalização ou degradação do grau hierárquico. Neste caso, uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamentos.”

5. Já agora, o Judiciário Brasileiro, por uma de suas Cortes Supremas, o Superior Tribunal de Justiça, decidiu (MS 5585-DF, 24.03.99, Relator Min. José Delgado):

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CANA-DE-AÇÚCAR. PREÇO. LIBERAÇÃO. PORTARIA Nº 294/96 — MINISTÉRIO DA FAZENDA. LEGALIDADE.

1 — A Portaria nº 294/96, do Ministro da Fazenda, que estabelece regime de preços liberados para álcool anidro nas unidades produtoras, a partir de 1º de maio de 1998, não contém qualquer violação ao princípio da legalidade.

2 — O referido ato administrativo tem apoio na Lei nº 8.178/91 e decorre de motivação referente a políticas econômicas e técnicas legítimas adotadas para o setor canavieiro pelo Governo Federal.

3 — Não há sustentação jurídica para se defender a aplicação da Lei nº 4.870/65, arts. 9º, 10 e 11, para a fixação dos preços da cana-de-açúcar e de seus produtos derivados.

4 — Adoção pelas autoridades governamentais de política de liberação de preços, para aumentar a competitividade do mercado, em face dos preceitos contidos nos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal.

5 — Impossibilidade do Poder Judiciário controlar a edição de ato administrativo expedido por agente público que obedece a padrões estabelecidos pelos princípios da legalidade, da moralidade e da razoabilidade.

6 — Não é suficiente, para o Poder Judiciário desconstituir ato administrativo que libera o preço de determinado produto, a alegação de que determinadas indústrias regionais irão ser afetadas.

7 — *Os efeitos das dificuldades de mercado e de suas transformações não são objeto de controle pelo Poder Judiciário. Alegações, também, que não têm suporte concreto, pelo que não merecem ser homenageadas em sede de mandado de segurança.*

8 — *Mandado de segurança denegado.*”

6. É interessante citar trecho em que *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States* (1992, p. 117 e s.) explicita, no verbete Capitalism:

“In a capitalist economic system a large proportion of productive assets are held by private owners and most decisions about how goods are produced and distributed are made by the market rather than government command. Capitalism thus suggest a system of economic regulation that involves a minimum of state involvement. Nonetheless, even the most purely capitalistic of economic systems contains some governmental supervision and interference. The government must establish the basic institutional regimes, such as contract law, that define the workings and domain of markets. The government must also legislate to correct instances of ‘market failure’, or situations where the unregulated market does not work well. Most importantly, in any democratic political system a large number of interest groups continually petition all levels of government for laws that bias the market processes in their favor. Perhaps the Supreme Court’s most important function as regulator of capitalism is to define the appropriate constitutional limit of governmental interference with individual, market-driven decision making.”

VI. Críticas à regulação econômica brasileira

1. As críticas, no setor, são antigas.

1.1. OLIVEIRA VIANA chamou a atenção para o fato de que a intervenção do Estado Brasileiro na economia, sempre

favoreceu as elites. Cita depoimento de JOAQUIM NABUCO:

“Desde o princípio, o calor, a luz, a vida para as maiores empresas tinham vindo do Tesouro. Em todo o tempo, as grandes figuras financeiras industriais, do país, tinham crescido à sombra da influência e proteção que lhes dispensava o Governo: esse sistema só podia dar resultado à corrupção e à gangrena da riqueza pública e particular” (OLIVEIRA VIANA, *Princípios de Direito Sindical*, Rio, Max Limonad, 1943).

2. Em trabalho específico sobre *Os Desafios da Reforma Regulatória Brasileira* (Rev. da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, 1999, 1: 41 e s.), PAULO TODESCAN LESSA MATTOS e DIOGO ROSENTHAL COUTINHO realçam interessante aspecto:

“O contexto econômico em que se deu o processo de reforma regulatória no Brasil é bastante peculiar. A compreensão do desenho de um novo modelo de Estado passa pela percepção de que há razões de natureza política e macroeconômica a induzir e confortar todo o processo.

Em vista da conclusão de que o Estado estava sem capacidade de investimento para suprir a demanda por crescimento econômico nos serviços públicos, optou-se pela privatização das estatais, uma vez que ‘a infra-estrutura básica de baixa qualidade eleva os custos primários de produção, distribuição e armazenamento, elevando o chamado ‘custo-Brasil’ e não permitindo à indústria nacional competir em condições de igualdade com concorrentes nacionais’.

Também a opção pelas privatizações, como forma de redução do déficit público, é mostra de que há algo relevante a se notar na reforma regulatória brasileira: a par da eficiência econômica, buscou-se ainda uma saída para problemas econômicos. Em outras palavras, importa ressaltar que as razões pelas quais se está realizando a reforma regulatória têm fundamento em políticas macroeconômicas conjunturais e não em planejamento econômico. Indissociável, nesse sen-

tido, o PND das tentativas de estabilização econômica efetuadas pelos planos Collor e Real.

Quer-se com isso apontar para o seguinte: temos aqui sinais de que as mudanças regulatórias tiveram fundamentos outros que não somente a busca da eficiência na prestação dos serviços. O contexto internacional tem, nesse sentido, grande parcela de influência nos processos de liberalização econômica pelos quais passam os países subdesenvolvidos.

Inegável, portanto, que a reforma regulatória brasileira se insere no contexto amplo das políticas liberalizantes resultantes do Consenso de Washington adotadas pelos países subdesenvolvidos. Nessa sentido, as privatizações passaram a ser um imperativo cujas origens estão, cada vez mais, além das fronteiras de soberania decisória nacional.”

3. Vozes veementes denunciam e protestam como a de NELSON WERNECK SODRÉ (*A Farsa do Neoliberalismo*, Graphia, 1995, p. 41 e s.):

“Como assinalou, há pouco, Emir Sader, a acumulação do capital, no Brasil, foi reduzida a três áreas, privativamente: a da exportação; a do consumo conspícuo, da elite; e da especulação. A da exportação — lembram o postulado do mago da ditadura: ‘exportar é a solução’? — abrange uns poucos produtos agrícolas, como a soja, e uma série de produtos acabados, na maior parte gerados aqui por empresas multinacionais, caso dos automóveis, por exemplo. Não se trata das indústrias nacionais; trata-se de indústrias instaladas no Brasil. Coisas muito diferentes e por isso, na Constituinte — prometendo prolongar-se em sua dita revisão imposta pelas forças retrógradas e alienígenas — a definição de empresa nacional provocou tanta discussão. Na verdade, é o destino dos lucros que define a empresa: se ela converte os seus lucros em moeda estrangeira e os remete para o exterior, não é nacional.

O caso do consumo conspícuo — aqui usamos uma expressão cunhada por Veblen e propalada aqui por Roberto

Campos, a quem os investidores estrangeiros reservam sempre uma cadeira no Legislativo federal, depois de premiá-lo com duas embaixadas, logo em Washington e em Londres, adequadamente, enquanto na iniciativa privada os seus conspícuos conhecimentos fracassaram, pois o banco que dirigia não deu certo, para não dizer a coisa como realmente foi. Pois o 'consumo conspícuo' foi produto do chamado 'milagre brasileiro' ou 'modelo brasileiro de desenvolvimento'. Consiste em grau violento de concentração de renda, em que, como no Brasil, 5% da população vivem nababescamente, enquanto 80% vivem mal e, nestes, 30%, mais ou menos, permanecem no mias baixo nível de miserabilidade.

*É para manter essa estrutura que a mídia controlada e obediente, atrelada aos interesses externos, opera com afinco e eficácia. E é por isso que uma das metas do processo das privatizações é o setor de comunicações.” (NELSON WERNECK SODRÉ, *A Farsa do Neoliberalismo*, Graphia, 1995, p. 92/93).*

3.1. Aduz:

“O neoliberalismo, aqui, pretende esquecer que, nos últimos seis anos, as empresas estrangeiras aqui instaladas, e sob regime de privilégio, investiram no Brasil menos de meio milhão de dólares e transferiram às suas matrizes nove milhões de dólares. É a exportação do lucro, a exportação da acumulação, problema antiqüíssimo entre nós. Elas sempre procuraram aqui recursos naturais e força de trabalho barata. O neoliberalismo proclama a sua finalidade de prolongar e aprofundar esse tipo de exploração, sob o pretexto da globalização da economia. Defende para nós a abertura do mercado, não tendo preocupação alguma com o protecionismo dos que exportam para o Brasil. Fingem ignorar que o serviço da dívida, que pretendem eternizar, cresceu sete vezes, só entre 1970 e 1975, há vinte e poucos anos. A dívida externa é sagrada, para o neoliberalismo brasileiro, porque os seus adeptos são submissos aos credores e deles depen-

dem, inclusive nos ensinamentos que receberam e que pretendem impor ao país.”

3.2. Acrescenta, ainda:

“Oficialmente, o governo Collor estabeleceu a vitória incontestável do neoliberalismo e nele, sem tardança, operou-se o desmantelamento do aparelho de Estado, especialmente na apelidada ‘reforma administrativa’ que consistiu apenas na demissão ou aposentadoria compulsória de milhares de servidores públicos. O desemprego era então apresentado como meta vencedora que, por si só, levaria ao sucesso as reformas neoliberais em curso. Defenestrado Collor, seu substituto manteve as linhas gerais de uma política de debilitamento do Estado e de um clima de crença absoluta nas virtudes do mercado.

.....
Concomitantemente ao desmantelamento do Estado, o neoliberalismo colocou como fundamental o máximo de abertura do nosso mercado a bens, serviços e capitais. A recente e combatida Constituição pretendia considerar o mercado interno como patrimônio nacional. Tal heresia não foi a única mas, evidentemente, mais uma das razões apresentadas furiosamente pela reação mais empedernida pela revisão constitucional.

.....
A aceitação do neoliberalismo importa, realmente, na destruição da soberania brasileira. Desmantelado o Estado, privando-o das empresas que lhe permitem preservar a estrutura econômica do país, estabelecendo a franquia máxima do mercado interno, em decisão não negociada, aos fornecimentos externos, estabelecendo a regressão a um padrão econômico pré-industrial, como pregou o Consenso de Washington, deixaríamos de existir como nação.”

3.3. E arremata:

“O povo ficou mais pobre, chegando àquele limite de miserabilidade a que assistimos. Com a criminalidade em

limite extremo, com a cultura reduzida a zero, com a ciência abandonada e até perseguida, com as multidões famintas migrando para as cidades, com as ruas ocupadas por milhares de crianças abandonadas, apresentamos um quadro inédito em nossa história. Nunca descemos tanto. É o nível de degradação a que chegamos que pede um paradeiro. Isso tem de acabar e acabará. O imperialismo mostrou que é possível dominar os povos sem recurso à ditadura. Também a democracia pode permitir essa monstruosidade. É o que estamos vendo e o que deve e precisa ser enfrentado. Porque a democracia é um processo que só se define quando o povo assume o comendo desse processo.”

4. Citemos algumas análises sobre setores regulados, específicos da Economia Brasileira atual, feita por CALIXTO SALOMÃO FILHO (*op. cit.* p. 24, 26, 484/49 e 80/81):

a) Setor energético:

“O modelo brasileiro de reestruturação do setor elétrico tem inspiração explícita no modelo inglês. Esse é o primeiro e mais grave problema. Procura-se aplicar um modelo baseado na utilização de energia termoelétrica em outro baseado na utilização de energia hidroelétrica. Nesse último, ao contrário do primeiro, é impossível estocar energia. Isso torna muito mais difícil a concorrência livre, nos moldes do mercado smithiano. Funda-se o modelo brasileiro em dois pilares básicos: a desverticalização e a auto-regalação. Na verdade, a presidir ambas está a lógica neoclássica. Não há ênfase na concorrência, mas sim na reprodução das condições de mercado, como se o mercado fosse capaz de controlar vazão de rios e quantidade de chuvas. Ao contrário, deveria ter havido — isso, sim — uma preocupação na criação efetiva de um sistema concorrencial com pluralidade de agentes, em um setor onde não há ênfase na imposição coercitiva de condições efetivas de concorrência e na proibição de formação de monopólios inter-regionais. O que há é a tentativa de fazer com que os agentes resolvam de forma cooperativa os problemas surgidos com a desverticalização. Os custos

de transação mais elevados surgidos com a desverticalização não são combatidos através de medidas concorrenciais, mas, ao contrário, através da criação de uma pessoa jurídica (ONS — Operador Nacional do Sistema Elétrico) que congrega todos os participantes do mercado (criado em 26.08.1998, sob a forma de associação civil, o ONS tem como seus integrantes as empresas de geração, transmissão, distribuição, importadores e exportadores de energia elétrica (Lei 9.648, de 27.05.1998). Foi concedida ao mesmo responsabilidade pela coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados brasileiros, atividades regulamentadas pelo Decreto 2.655, de 02.07.1998. Ressalva-se que, além das empresas do setor, são também integrantes consumidores e o Ministério de Minas e Energia, como membro participante, com poder de veto em questões que conflitem com as diretrizes e políticas governamentais para o setor (o funcionamento da associação foi autorizado pela Resolução 351, de 11.11.1998, da Agência Nacional de Energia Elétrica). Antes que uma forma integrada de resolução de problemas, essa solução pode, excepcionalmente, sem regras concorrenciais claras, ser um convite à cartelização do mercado. O mesmo ocorre com o outro princípio, o da auto-regulação. Nesse sentido, organizou-se o MAE- Mercado Atacadista de Energia (previsto no art. 12 da Lei 9.648, de 27.05.1998; regulamentada pelo Decreto 2.655, de 02.07.1998, e instituído pelo Acordo do Mercado Atacadista de Energia). A idéia é que funcione, a partir de 2003, como uma verdadeira bolsa, concentrando transações e criando condições próximas à concorrência perfeita. Para tanto, a energia comprometida com os contratos iniciais (cujos valor e quantidade são regulados) passará, progressivamente, a ser livremente comercializada no mercado. A meta a ser atingida é a comercialização de toda energia disponível do país no MAE. Serão duas as principais formas de negociação: os contratos bilaterais, que serão livremente negociados pelas partes e registrados no MAE (diferentemente dos contratos iniciais — antigos contratos

de suprimento — que eram totalmente regulamentados pelo governo); e o Mercado de Curto Prazo, no qual será oferecida a energia disponível no mercado e não negociada nos contratos bilaterais. O grande problema é que a formação de um verdadeiro mercado auto-regulável tem certas premissas básicas: informação completa e atomização dos agentes econômicos são exemplos. Nenhuma dessas premissas está, entretanto, eficazmente garantida na regulação do setor.”

b) Setores bancários e aéreo

“O conjunto de medidas de regulação bancária no Brasil após o Plano Real é bastante ilustrativo desse problema. Diagnosticado que o setor bancário no Brasil encontrava-se inchado em função da inflação, uma série de medidas regulamentadoras visaram a enxugar o setor, para evitar os efeitos perversos da estabilização. Assim, o nível de capital mínimo dos bancos subiu, e uma série de outras medidas do gênero foram tomadas. Diante do curto prazo estabelecido para que os pequenos bancos se adaptassem às mudanças, esses não conseguiriam arcar com os níveis maiores de capitalização, nem com o aperto de liquidez bancária. O resultado imediato nos é apresentado por R.L. Troster, segundo quem ‘as instituições solventes e viáveis economicamente tiveram sua continuidade comprometida.

.....
A transformação operada no setor aéreo brasileiro em 1998 é outro exemplo paradigmático. Nele há diversas barreiras à entrada, referentes aos altos investimentos exigidos no setor e à regulação estatal. O ano de 1998 marca a abertura do setor aéreo, cujas conseqüências puderam ser constatadas, em especial, nas tarifas praticadas na ponte aérea Rio/São Paulo. O ingresso da TAM nesse mercado encerrou o domínio das três empresas que, em forma de pool, operavam em tal nicho (VARIG, VASP e TRANSBRASIL) e deu início a uma guerra de preços. O período subsequente é marcado por aumentos paralelos de preços, dando a entender que, seja por colusão involuntária ou cartel expresso, os partici-

pantes do mercado 'aprenderam' que a guerra de preços pode ser lesiva a todos. Isso significa que as perspectivas de que o 'jogo' seja de agora em diante colusivo são bastante expressivas.

.....
O sistema de transporte aéreo brasileiro é um exemplo claro dos efeitos maléficos que a desregulação pode trazer para um setor com condições estruturais propícias à predação e à colusão. Iniciada em 1992, a abertura do setor foi marcada principalmente pela flexibilização das tarifas e das possibilidades de exploração de linhas de transporte aéreo regular. Os efeitos da superprodução estão diretamente relacionados à flexibilização da exploração das linhas aéreas. Vale mencionar que anteriormente o transporte aéreo brasileiro estava dividido em linhas regionais, especiais e nacionais. A flexibilização decorreu das alterações instituídas, gradativamente, em cada um desses setores. Dentre as principais mudanças citem-se as sofridas pelas linhas regionais, que estiveram durante longo período sujeitas a clara restrição territorial.

.....
Foram justamente essas mudanças na regulamentação que permitiram às empresas regionais expandir suas atividades no território nacional. Da mesma forma, elas possibilitaram o ingresso de novas empresas no mercado regional. Com efeito, o número de participantes do mercado regional passou de 5 em 1991 para 18 em 1999 (IV Plano de Desenvolvimento do Sistema de Aviação Civil, p. 31). A abertura dos mercados de linhas aéreas nacionais, regionais e especiais foi gradualmente aumentando com a flexibilização. Se por um lado esse fenômeno levou ao acirramento da competição no setor aéreo, simultaneamente — como não poderia deixar de ser — levou também à elevação do volume de oferta. Na medida em que essa evolução não foi acompanhada nas mesmas proporções por crescimento da demanda, a conseqüência que se seguiu foi uma crise de superprodução e a guerra tarifária dela decorrente, no início de 1998.”

Acrescente-se que uma das empresas, a TRANSBRASIL parou de funcionar; e a TAM está diminuindo, drasticamente, suas linhas internacionais.

c) Setor de Telecomunicações

1) *“Ciente das dificuldades de aplicação efetiva das regras de interconexão, editou o regulador brasileiro um regulamento geral de interconexão que procura criar obrigatoriedade ativa de interconexão.*

Para criá-la o regulador sentiu a necessidade de, na declaração dos princípios a reger a interconexão, afirmar o caráter quase-público das redes. No art. 28 do Regulamento Geral de Interconexão (Regulamento aprovado pela Resolução 40 da ANATEL, de 23.07.1998), além da afirmação da obrigatoriedade da interconexão, afirma-se que as redes ‘devem ser organizadas como vias integradas de livre circulação’ e, no inciso III, que ‘o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social’.

Apesar dessa solene e ousada declaração de princípios, como, de resto, com freqüência ocorre no sistema jurídico brasileiro, a sua operacionalidade concreta fica muito limitada pelas próprias regras que pretendem atuá-los. O maior problema está, evidentemente, na possibilidade de livre negociação dos contratos, prevista no art. 7º do Regulamento de Interconexão. Livre negociação e livre acesso são conceitos de difícil compatibilização, especialmente quando em dos agentes é monopolista. Enquanto o primeiro pressupõe a disponibilidade pelo detentor da concessão das redes, o segundo a nega. Na verdade, a compatibilização só seria possível através da admissão de bom nível de dirigismo contratual. Uma aplicação coerente desses princípios só pode ser feita, portanto, através de uma revisão dos princípios jusprivatísticos.

.....
Desse modo, a contribuição, em uma de suas formas mais eficazes, pode ter uma importante externalidade social

positiva. Pode — e deve — contribuir para reequilibrar setores em que especiais condições de mercado criam benefício adicional para determinados agentes econômicos, em potencial detrimento dos demais concorrentes e dos consumidores. É exatamente o que ocorre na maioria dos setores em que há necessidade de regulação de monopólios formados a partir de redes. O titular de direitos sobre as redes parte de uma imensa vantagem inicial. Essa vantagem pode proporcionar lucros extraordinários. Esses lucros podem ser compensados tanto por uma obrigação direta de provimento de serviços a consumidores sem poder aquisitivo como pela instituição de uma contribuição de intervenção no domínio econômico.

.....
Exatamente o posto foi feito no setor de telecomunicações. O chamado 'fundo de universalização', previsto pela Lei 9.472, de 16.06.1997, e instituído pela Lei 9.998, de 17.08.2000, foi criado para financiar a universalização dos serviços de telecomunicações e tem como princípio básico exatamente a não-interferência nas condições de concorrência. A Lei 9.472 estabelece que as fontes de financiamento da universalização devem ser neutras em relação à concorrência (art. 80, § 1º). Ademais, a Lei 9.998 e o Decreto 3.624, de 05.10.2000, que regulamenta o fundo de universalização, afirmam expressamente que o fundo tem por finalidade proporcionar recursos destinados a cobrir parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço. E complementam: constituirão receitas do fundo, dentre outras coisas, contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes públicos e privados. Evidentemente, isso é contrário a qualquer lógica econômica ou jurídica. É também contrário à letra da Constituição. Trata-se de clara hipótese de regulamentação que permite o aumento arbi-

trário dos lucros (art. 173, § 4º, da Constituição Federal). A razão para tanto é simples. Permitir o retorno dos custos de universalização correspondente a admitir atividade empresarial sem risco. As empresas titulares das redes, além de enorme vantagem concorrencial que a pura e simples operação da rede lhes proporciona, se puderem ainda ressaltar às demais o custo da universalização terão obtido do Estado uma verdadeira tutela da obtenção da margem máxima de lucro. De um lado, uma posição dominante é transferida a elas e, de outro, lhes é tutelado o retorno de todo e qualquer custo social da atividade.”

2) “O princípio geral do compartilhamento de uso completa-se com o tão popular princípio da interconexão, segundo o qual não só a infra-estrutura, mas também a própria rede, nela incluídos os meios técnicos para transmissão de informações, deve ser compartilhada, podendo o concorrente a ela ligar-se e por ela transmitir suas informações (art. Do Regulamento de Interconexão). Essa possibilidade não pode ser negada nem dificultada pelo titular da rede. Uma alternativa a essa possibilidade, essa não-obrigatória no Direito Brasileiro, é a locação da própria rede (ou de algumas de suas frequências).

A lei geral de telecomunicações (Lei 9.472, de 16.07.1997) prevê essa possibilidade em seu art. 155: ‘Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo’.

O mesmo princípio do compartilhamento, amplamente formulado, encontra-se em outras leis, como a lei do petróleo (Lei 9.478, de 06.08.1997), que prevê, em seu art. 58: ‘Facultar-se-á a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações’.”

3) Sobre desconcentração estrutural discorre (p. 98):

“Norma expressa encontra-se, por exemplo, na disciplina dos meios de comunicação social. O art. 220, § 5º, da Constituição Federal prevê expressamente que ‘os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio’.

No setor de energia elétrica também há previsão nesse sentido. O art. 3º, VIII, da Lei 9.472, de 26.12.1996 (com redação dada pela Lei 9.648, de 1998), dispõe ser competência da ANEEL ‘estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si’.

Em ambos os casos a situação de poder (em um caso monopólio ou oligopólio, e em outro a concentração econômica) é considerada antijurídica per se, admitindo-se, portanto, medidas desconcentrativas meramente estruturais.”

O aumento da inadimplência e os efeitos da concorrência têm sido apontados como os maiores desafios do setor telefônico, na consolidação do modelo definido em 1997. A expansão esbarrou na distribuição de renda; outrossim, há o risco da formação de cartéis e monopólios.

4) Sobre a divisão de competências entre agências reguladoras e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE e a Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, escreve (p. 150/151):

“Nos setores regulados há diversas configurações dessa divisão. No âmbito da Agência Nacional de Petróleo, manteve-se a divisão de funções estabelecida pela Lei 8.884, de 1994, entre CADE e SDE. A ANP não assumiu a função de qualquer um dos órgãos de defesa da concorrência. Ela deverá comunicar ao CADE fato que possa configurar infração à ordem econômica (art. 10 da Lei 9.478, de 06.08.1997,

e de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica deverá comunicá-lo imediatamente à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que esta adote as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente. (Medida Provisória 2.056-2, de 11.10.2000, que altera o art. 10 da Lei do Petróleo). Já no setor de telecomunicações, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) poderá exercer as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações econômicas, ressalvadas as pertencentes ao CADE (art. 19, XIX, da Lei 9.472, de 16.06.1997, e art. 16, XX, do Decreto 2.338, de 07.10.1997). Esse dispositivo legal não permite concluir como se dará a divisão de competência de julgamento entre a ANATEL e o CADE. Tal obscuridade estimulou os órgãos a criarem uma Comissão para Cooperação Institucional entre CADE e ANATEL, criada pela Portaria Conjunta CADE/ANATEL-1, de 01.07.1998. Posteriormente, a função da ANATEL foi melhor definida pela Resolução ANATEL-195, de 07.12.1999, que atribui à Agência competência para instruir os processos, ou seja, para desempenhar a função exercida pela SDE. “

5. Tratando do setor elétrico, DAVID A.M. WALTENBERG (*O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL*, ‘in’ *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, p. 373), por menoriza a modificação do papel das Centrais Elétricas Brasileiras — ELETROBRÁS, empresa estatal-chave, e que perdeu uma parte de sua função de acionista controladora, no tocante a distribuidoras e de geradoras:

“Da mesma forma, a ELETROBRÁS já perdeu a função de condutora dos processos de planejamento e de coordenação da operação setorial, antes sob a responsabilidade do GCOI, comandado por ela, cujas atribuições, como visto, foram transferidas para o ONS, um ente privado. Também a função de planejamento da expansão setorial, relativa à identificação dos próximos aproveitamentos de geração a serem executados, térmicos e hidrelétricos, e das próximas linhas

de transmissão a integrar os sistemas interligados, antes exercida por intermédio do GCPS, o Grupo Coordenador do Planejamento dos Sistemas Elétricos, foi perdida pela ELETROBRÁS, com sua recente transferência para a Secretaria de Energia do Ministério de Minas e Energia, que faz parte da estrutura do Executivo Federal, e que hoje a exerce por meio do Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão dos Sistemas Elétricos, o CCPE.

Entretanto, a ELETROBRÁS manteve-se como representante brasileiro na participação no capital social da Itaipu Binacional, além de continuar a exercer a função de agente financiador, administrando determinados recursos setoriais, que são aplicados sem empréstimos ou investimentos em atividades de energia elétrica. Ademais, a ELETROBRÁS está assumindo a nova função de comercializadora de energia, de compradora ou vendedora e, eventualmente, até de intermediadora de negócios, inclusive como forma de assegurar a colocação da energia por novos projetos de geração, que buscam financiamento sob condições que exigem esse tipo de garantia.”

5.1. O setor elétrico veio a ser abalado com as limitações indiretas do consumo da energia elétrica, através dos expedientes do corte, das sobretatifa e de bônus, em razão da fixação de metas de energia, que se tornaram necessárias pela falta de chuvas nas regiões dos reservatórios, cujos níveis desceram muito aquém do normal; e pela falta de investimentos nos setores de geração e transmissão. Tudo isso para evitar o racionamento, que era pintado como drástico, e popularmente chamado de ‘apagão’, tendo a população colaborado na redução do consumo e sido adotado o ‘horário de verão’, além de as condições climáticas terem melhorado. Não obstante, tem havido interrupções no fornecimento atribuídos a acidentes, e que têm atingido, por várias horas, extensas regiões do País.

5.2. Foi constituído um ofício específico, o Comitê de Racionalização do Uso de Energia, dirigido pelo Ministro de Estado-Chefe da Casa Civil.

O Presidente da República anunciou o término do período de restrições, a partir de 28 de fevereiro.

5.3. Mesmo no campo dos serviços públicos e de relevância pública, a economia de mercado tem sido adotada. Daí, a instituição, pela Lei nº 9.648, de 1998, do Mercado Atacadista de Energia Elétrica — MAE, tido como ‘*essencial para o completo funcionamento do modelo de competição*’ no setor, mas que se mostrou inadequado, tendo sido recentemente alterado pela Medida Provisória nº 29, de 07.02.02.

6. O setor petrolífero, fundamental para a Economia Brasileira, foi reestruturado pela EC nº 9/95, que, embora mantendo o monopólio da União em relação a certas atividades — nem todas, mesmo antes, eram monopolizadas —, possibilitou o fim da exclusividade de sua exploração por empresa estatal federal.

6.1. A distinção entre atividades monopolizadas e não-monopolizadas permanece útil, em termos de acesso empresarial ao setor: *concessão* para as de *produção* e *autorização* para as demais.

6.2. No capítulo específico da regulação, a Lei nº 9.478/97 atribui, à ANP, expressamente, o poder regulativo sobre toda a indústria petrolífera, e não, apenas, como previsto no art. 177, § 2º, III, da CF, sobre as atividades monopolizadas.

6.3. Segundo MARIA D’ASSUNÇÃO COSTA MENEZELLO (*A Regulação e o Direito do Petróleo*, ‘in’ *Direito Administrativo Econômico cit.*, p. 392), “a expressão ‘regulação’, na Lei do Petróleo (Lei 9.778, de 1977), é usada em sentido estrito (sinônimo de poder normativo), consoante se depreende da interpretação do caput de seu art. 8º: Na Lei

Geral de Telecomunicações, ao contrário, tal expressão é usada em sentido mais amplo, albergando, outras funções, além da normativa.

6.4. Sobre a desregulação da indústria do petróleo, disserta (p. 395):

“A distinção legal, para a indústria do petróleo, entre concessão e autorização está em parte ligada ao programa de desregulação. As atividades autorizadas serão exercidas num regime de liberdade de competição. Isso envolve a importação e exportação de petróleo e derivados, refino de petróleo e processamento de gás, transporte e distribuição de combustíveis líquidos. Quem desejar explorar uma dessas atividades poderá fazê-lo onde achar mais conveniente. Basta solicitar autorização ao Poder Público, comprometendo-se a observar as condições rígidas estabelecidas na regulação.

Todavia, a implantação da competição não está restrita a esses setores. Ela também atinge a exploração e produção, que dependem de concessão. A diferença é que essas atividades envolvem o uso de bem público; portanto, a fruição de um privilégio.

Para implementar a livre competição é necessária a intervenção estatal no mercado, vez que nele não há, atualmente, a competição em determinadas áreas. Na produção do petróleo em território nacional, por exemplo, não havia competição, em decorrência do antigo monopólio.

Para implantar a competição não basta a simples abertura do mercado. É preciso utilizar instrumentos fortes para garantir o espaço dos novos empreendedores. Entra aqui o direito de acesso à estrutura vital para desenvolver sua respectiva atividade. Neste sentido, a Lei do Petróleo e sua regulamentação procuraram criar obrigações especialíssimas aos donos das instalações de infra-estrutura de transporte, especialmente os condutos e os terminais. Para haver competição na importação ou na exportação, por exemplo, é preciso amplo acesso às vias de transporte.”

7. Outros aspectos merecem realce, como a lesividade, em termos de interesse nacional, da nova lei de patentes; a ‘flexibilização’ — *rectius*, enfraquecimento ou mesmo extinção — de direitos sociais, *trabalhistas e previdenciários*; a desnacionalização das instituições financeiras; o aumento da concentração de renda e da exclusão social; a prevalência da política monetarista; o crescimento dos níveis de desemprego e do subemprego e da economia informal; o pequeno incentivo à média, pequena e microempresa; o acanhado crescimento do PIB; o controle de remessas de capital para o Exterior; a debilitação do setor público e o aviltamento da situação do servidor público; o engessamento da atuação governamental, pela Lei de Responsabilidade Fiscal; a multiplicação de valores das dívidas externa e interna; a vulnerabilidade da Economia Nacional (v. nosso ‘*O Direito e a Realidade Econômica Nacional*’, na Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, nº 8, p. 95 e s).

VII. Conclusão

1. Citemos o seguinte texto (‘*A Grande Transformação*’, KARL POLANYI, Rio, Campus, 2ª ed., 2000, p. 173/174):

“*Centenas de milhões de pessoas haviam sido afetadas pelo flagelo da inflação; classes sociais inteiras, nações inteiras, haviam sido espoliadas. A estabilização da moeda se tornara o ponto focal no pensamento político de povos e governos; a restauração do padrão-ouro era o objetivo supremo de todo o esforço organizado na área econômica. O pagamento dos empréstimos externos e o retorno às moedas estáveis eram reconhecidos como as pedras de toque da racionalidade política. Nenhum sofrimento particular, nenhuma violação de soberania, era considerada um sacrifício demasiado grande para a recuperação da integridade monetária. As privações dos desempregados, sem emprego devido à deflação, a demissão de funcionários públicos, afastados sem uma pensão, até mesmo o abandono dos direitos nacio-*

nais e a perda das liberdades constitucionais eram considerados um preço justo a pagar pelo cumprimento da exigência de orçamentos estáveis e moedas sólidas, estes 'a priori' do liberalismo econômico."

2. Não podemos negar a atualidade desse retrato social. Ocorre que foi ele descrito, não para a realidade presente, embora pudesse tê-lo sido, em sua maior parte para o Brasil de hoje; mas para a da década de 1920, no auge do liberalismo, o que mostra que o prefixo 'neo' foi acrescentado, para travestir aquele, com a fantasia da modernidade, mas com notória exacerbação, caracterizando-se o 'turbocapitalismo'.

3. Para um País como o Brasil, o neoliberalismo e a globalização andam de mãos dadas, no endeusamento do mercado — agora, com aspirações mundiais, e de caráter eminentemente financeiro: o mercado dos capitais voláteis e oportunistas -; bem como na afirmação de uma pretensa capacidade de auto-regulação. Esse endeusamento leva a que se tenha, não apenas um espaço social econômico, mas toda uma sociedade de mercado, em que tudo passa a ser mercadoria, em que tudo tem seu preço, na busca da otimização do lucro. Daí, os subprodutos do liberalismo globalizante, como a exclusão social, como o desemprego, o consumismo, a corrupção, a violência, a vulgarização, a banalização dos valores em geral, a perversa cultura de massa, imposta pelos meios de comunicação, e em oposição à legítima cultura popular, que, espontânea e autenticamente, aflora da coletividade.

4. Outrossim, dá-se o apequenamento do Estado-Nação, do Estado Nacional, — prega-se o 'Estado mínimo', o 'Estado nanico' — em favor dos organismos e empresas e entidades supranacionais.

5. O Estado não consegue realizar as suas tarefas básicas, e a educação, a segurança e a saúde públicas encontram-se em estado precário.

6. Ao contrário do que se apregoa, não há inexorabilidade no movimento neoliberal globalizante, pensado, implantado e desenvolvido premeditadamente; e pode-se e deve-se internacionalizar, sem capitular.

7. O papel básico cabe à própria Pátria (palavra e conceito olvidados), a seu povo, através da solidariedade, da participação, da organização da sociedade civil, do adequado exercício da cidadania — eis que o cidadão não pode transformar-se em mero consumidor —, a da apropriada atuação estatal, com a afirmação de nossos grandes trunfos, que são a unidade nacional, étnica, cultural, de idioma, e a riqueza e integridade do território, que foram legados que os Portugueses nos deixaram e que os Brasileiros souberam manter.

8. Forte e consistente de sua grandeza e potencialidades; com a certeza de que dispõe de bens, em abundância, que serão fundamentais para o futuro da humanidade, especialmente em termos de água e energia, o Brasil terá o seu papel pertinente na Economia Mundial. Sem isolacionismo, sem autarquização, 'patologias' de falso nacionalismo, mas no cumprimento dos princípios, do art. 4º da CF, que regem a República Federativa do Brasil, soberana (CF, art. 1º, I) nas suas relações internacionais:

I — independência nacional;

II — prevalência dos direitos humanos;

III — autodeterminação dos povos;

IV — não-intervenção;

V — igualdade entre os Estados;

VI — defesa da paz;

VII — solução pacífica dos conflitos;

VIII — repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX — cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.”