O DIREITO REGULADOR DA ECONOMIA

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA*

O Direito Econômico é ramo 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.

Dentre esses espaços, figura o mercado; ou, mais exatamente, os mercados: o econômico, o financeiro, o de produção, o de consumo, o de trabalho.

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.

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 nº 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).

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

O Direito Econômico é o Direito da Ordem Econômica.

Tem por objeto as situações jurídicas, as relações jurídicas, os poderes, direitos, faculdades, deveres, obrigações, pretensões, ações, de que participam

* Professor Titular de Direito Administrativo. Advogado. Desembargador Federal, aposentado do TRF2. Ex-Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Brasileira de Ciências Econômicas, Políticas e Sociais."

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.

A CF Brasileira contém numerosíssimas disposições ligadas à Economia Nacional. Desde seu preâmbulo, que declara que o Estado Democrático, instituído pela Assembleia 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'.

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

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 comprometimentos 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.

A ordem econômica nacional brasileira consagra, fundamentalmente, o sistema de economia capitalista, na medida em que se funda na propriedade dos meios de produção, 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.

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.

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 plano 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).

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).

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).

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 (inciso 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').

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

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.

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.

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.

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

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

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.

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'.

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.

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.

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).

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.

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.

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.

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.

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.

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.

Mas há um conteúdo e um alcance ditos negativos, circunscritos pelos limites e limitações negativos, que estabelecem até onde podem ocorrer ingerências e tangencionamentos 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.

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).

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*.

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.

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-esta-

tais. Identifica-se o Direito de Integração Econômica e consolidou-se, outrossim, o Direito Comunitário, a ordem jurídica comunitária.

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.

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.

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.*”

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.

O art. 174, da Constituição Federal, 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”.

Pode constatar-se, pelo uso do vocábulo, na própria legislação brasileira, que apesar da distinção entre agente normativo e agente regulador, feita pelo citado art. 174 da CF, regulação abrange uma atuação normativa, *em tese e em abstrato*; e outra atuação individualizadora, operativa, *in casu e in concreto*.

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 pode exemplificar-se com o controle do câmbio, mediante a venda, de dólares, pelo Banco Central.

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

Evidencia-se, portanto, 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 da disposição em referência, o papel de agente normativo, do Estado, em separado do de agente regulador, no campo da Economia.

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).

A conceituação de regulação não é uniforme na doutrina.

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.

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 normalização, 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)".

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 atividade direta do Estado como produtor de bens ou de serviços.

Na sua essência, o conceito de regulação pública econômica implica a alteração dos comportamentos dos agentes econômicos (produtores, distribuidores) em relação ao que seriam se esses comportamentos obedecessem apenas às leis de mercado ou a formas de auto-regulação."

Abrangem-se as formas que limitam a liberdade econômica, no que toca ao acesso, organização ou exercício da atividade econômica; e as medidas que contêm indicações, incentivos, apoio ou auxílios.

A CF Brasileira, ao tratar da participação econômica do Estado (melhor 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, regulação também tem o sentido 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).

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'.

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.

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 Direito 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).

Tratemos, neste passo, do sentido normativo estrito.

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.

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.

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.

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.

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.

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).

Outros termos são, porém, utilizados neste sentido largo.

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.

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).

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."

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

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

A Constituição Federal trata de regulação, neste sentido estrito.

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.

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”.

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.

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

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

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”

O legislar – segundo o princípio da legalidade – 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.

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

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.

‘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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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 competente, 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.

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

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.

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.

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.

Em suma, assim como o Poder Público não pode ser absoluto, tampouco podem sê-lo. 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).

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

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

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

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.

Entra em cena, a seguir, o administrador público.

Primeiramente, para pormenorizar as normas legais limitativas.

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.

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.

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.

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.

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*.

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.

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

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.

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.

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 provável pelo cidadão, pelas organizações da sociedade civil e por instituições governamentais, como o Ministério Público.

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'*.

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).

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.'

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

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.

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).

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

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).

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'.

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').

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.

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, que se dá através de preço público, a tarifa.

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.

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

A figura da regulação econômica conduziu, em verdade, no Direito Brasileiro recente, à instituição das agências reguladoras.

A CF contempla, expressamente, 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' (art. 177, § 2º).

Mas outros órgãos são constitucionalmente previstos com funções regulativas.

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

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".

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.

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.

A proliferação mais recente 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.

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 Álcool.

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

Trata-se, já agora, 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).

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.

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

Cada uma dessas novas agências tem seu estatuto próprio, mas, em geral, reúne atribuições normativas e operativas.

Uma parte da doutrina brasileira salienta que essa recente inspiração no modelo norte-americano teria sido extemporânea, porque, mesmo nos Estados Unidos da América, sofrem as agências grandes limitações, em face da política de desregulação, especialmente a partir do Governo Reagan.

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

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.

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

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 afeioe 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.

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

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 são exemplos, no Brasil, aqueles serviços de telecomunicações prestados sob o regime de direito privado (Lei Geral de Telecomunicações, art. 126 a 144).

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.

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.

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.

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.

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.

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, fora criado o Instituto do Açúcar e do Álcool, 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.

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.

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, decla-

rava o texto constitucional, a permitir a redistribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos, no propósito de realização da justiça social.

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).

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 essa autarquia.

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): art. 71 da Lei Complementar nº 109, de 30.05.02.

A primeira agência a surgir no novo período, cujo marco inicial é representado pela Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.95, foi a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, instituída pela Lei nº 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.

Por seu turno, a Lei nº 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 nº 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).

Também referida na CF, já agora por força da Emenda Constitucional nº 9, de 09.11.95, que acrescentou, ao art. 177, um § 2º; cujo inciso III prevê a existência de um órgão regulador, a Agência Nacional de Petróleo - ANP veio a ser instituída pela Lei nº 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.

Criada pela Lei nº 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.

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.

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 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"

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.

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.

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.

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.

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).

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).

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.

É interessante citar, para concluir, 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."