

O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Renato Franco de Almeida
Aline Bayerl Coelho

RESUMO

Propõem que os limites do poder normativo das agências reguladoras não podem extrapolar o instrumento da mera regulação, pois, tendo sido adotada constitucionalmente a ideologia do neoliberalismo, compete ao Estado tão-somente corrigir os desvios próprios da atividade econômica, mediante incentivos, fomento e fiscalização, nos casos de atividades econômicas *stricto sensu*.

Quanto aos serviços públicos, como espécie de atividade econômica *lato sensu*, consideram que o Estado somente poderá prever, e mediante leis formais, a rescisão do contrato de concessão ou a revogação da permissão concedida, uma vez que, segundo entendem, revestem-se de inconstitucionalidade as resoluções das agências ou os decretos presidenciais quando prevêm medidas sancionadoras às delegatárias dos serviços públicos.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; agência reguladora; constitucionalidade; Welfare State; regulação; resolução; poder normativo; atividade econômica – *stricto sensu*, *lato sensu*; Estado – intervenção.

Após o desmantelamento do principal país socialista, passou-se a entender ser o Estado demasiadamente lento para a satisfação dos interesses sociais. Era o início do fim do Estado providência ou Welfare State, que, no afã de satisfazer as necessidades da população de forma assistencialista, redundou em um emaranhado burocrático de pouca eficiência, mormente no que concerne ao chamado "Terceiro Mundo".

Dessarte, para os ideólogos da nova ordem político-econômica – o neoliberalismo –, o que antes era atribuição do Estado deveria estar nas mãos da iniciativa privada, que, com sua alegada eficiência e rapidez na resolução de problemas, possuía vantagens sobre o aparelho burocrático estatal.

Tal regra é excepcionada pelos serviços ditos essenciais à sobrevivência humana – serviços públicos stricto sensu –, que continuariam, na maior parte, sendo atribuição do Poder Público, diretamente ou por meio de concessões.

Para tanto, a partir da década de 1990, no Brasil, ocorreu o fenômeno vulgarmente conhecido como "privatização" das empresas. Estas, antes propriedade do Estado brasileiro, passaram ao domínio de grandes grupos empresariais, nacionais ou estrangeiros, ocorrendo a transferência da execução do serviço público, restando ao Poder Público a fiscalização do proceder das novas empresas privadas no mercado.

O escopo do presente estudo é analisar os meios constitucionalmente admitidos de fiscalização das empresas que prestam serviços públicos; assim, situaremos a ideologia político-econômica adotada, mormente após a Emenda Constitucional n. 6, de 15 de agosto de 1995, que, ao revogar ou modificar alguns dispositivos da Constituição, inseriu novo conjunto de idéias a serem seguidas pelo Poder Público no exercício daquele poder fiscalizatório.

Faz-se mister, outrossim, conceituar de forma precisa o instituto da intervenções direta e indireta, e, nesta, a "regulação" para, ao final, asseverar que, consoante a ideologia acolhida na Constituição de 1988, encontra-se vedada a utilização de "regulamentação", no caso da intervenção indireta.

Assim, a criação de autarquias especiais pelo legislador pátrio desbordou do sentido ideológico

insculpido na Carta de 1988, e a metodologia aplicada na fiscalização da execução de serviços públicos (luz, água, telefonia etc.) padece de flagrante incompatibilidade com a Constituição da República em vigor.

2 DA IDEOLOGIA CONSTITUCIONAL

2.1 DO CONCEITO DE IDEOLOGIA

É cediço na doutrina especializada ser o termo "ideologia" polissêmico, e sobre grassam discussões desde a era grega até os nossos dias. Konder¹, citando Löwy, dá-nos a idéia da celeuma conceitual: Existem poucos conceitos na história da ciência social moderna que sejam tão enigmáticos e polissêmicos como este de ideologia. Ao longo dos últimos dois séculos ele se tornou objeto de uma acumulação incrível, até mesmo fabulosa, de ambigüidades, paradoxos, arbitrariedades, contrasensos e equívocos.

Não obstante tal imprecisão conceitual, duas conceituações ganharam foros de cidadania ao longo da história, mormente após Karl Marx, as quais, se não unificam os autores, têm o privilégio de apontar caminho bipartido que logra certo consenso.

Nessa linha de pensamento, avulta de importância, pelo passo que dá adiante nas discussões sobre o tema (Konder)², o conceito oferecido por Bobbio³, assinalado por Mario Stoppino: No intrincado e múltiplo uso do termo, pode-se delinear, entretanto, duas tendências gerais ou dois tipos gerais de significado que Norberto Bobbio se propôs a chamar de "significado fraco" e de "significado forte" da Ideologia. No seu significado fraco, Ideologia designa o genus, ou a species, diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos. O significado forte tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, a noção da falsidade: a Ideologia é uma crença falsa. No significado fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o caráter

mistificante de falsa consciência de uma crença política.

Ou seja, o conceito fraco corresponde a um conjunto de idéias direcionadas a determinado fim, sem que se cogite da realidade social um conceito neutro, portanto. De outro lado, vislumbra-se que o conceito forte é refúgio ideológico de determinada força política em um específico espaço, precipuamente em Estados divididos em classes; e a utilização da ideologia se dá, neste espaço, mediante a manipulação da realidade social pela classe dominante em relação à dominada.

Da mesma forma, Chauí⁴, no capítulo "Histórico do Termo", assevera que a ideologia, para os positivistas, possui dois significados: (...) por um lado, a ideologia continua sendo aquela atividade filosófico-científica que estuda a formação das idéias a partir da observação das relações entre o corpo humano e o meio ambiente, tomando como ponto de partida as sensações; por outro lado, ideologia passa a significar também o conjunto de idéias de uma época, tanto como 'opinião geral' quanto no sentido de elaboração teórica dos pensadores dessa época. E ainda: Além de procurar fixar seu modo de sociabilidade através de instituições determinadas, os homens produzem idéias ou representações pelas quais procuram explicar e compreender sua própria vida individual, social, suas relações com a natureza e com o sobrenatural. Em sociedades divididas em classes (e também em castas), nas quais uma das classes explora e domina as outras, essas explicações ou essas idéias e representações serão produzidas e difundidas pela classe dominante para legitimar e assegurar seu poder econômico, social e político. Por esse motivo, essas idéias ou representações tenderão a esconder dos homens o modo real como suas relações sociais foram produzidas e a origem das formas sociais de exploração econômica e de dominação política. Esse ocultamento da realidade social chama-se ideologia⁵.

Sem embargo da possibilidade de um conceito de ideologia como conjunto de idéias concatenadas para atingir um determinado fim, não podemos olvidar residir sua função principal em ocultar a realidade social subjacente como meio – em sociedades de classes antagônicas – de dominação, conformação, e absorção de princípios e valores da classe dominante pela classe dominada.

Via de conseqüência, o conceito fraco tem predominado na ciência e na sociologia política liberal burguesa, como fator integrador da sociedade. Ao revés, o conceito forte tem seu predomínio no contexto da tradição teórica da sociologia crítica, de vertente marxista⁶.

Contudo, a adesão à síntese de conformação dos conceitos, ofertada por Wolkmer⁷, revelará a necessidade da utilização harmônica de ambos: Trata-se de reapropriar a ideologia ao inverso, ou seja, utilizá-la, funcionalmente, como um "instrumental teórico" capaz de possibilitar uma análise desmistificadora do Estado e do Direito. Essa estratégia "contra-ideológica" não nega a "aparência" e o "real", mas revela os interesses e as contradições que se escondem por trás de uma dada realidade. É a capacidade de apresentar a inversão que ocorre entre as "idéias" e o "real", entre o "conteúdo" e a "forma", entre o "falso" e o "verdadeiro". A importância da utilização do "sentido negativo" (conceito fraco de Bobbio) de ideologia (adotado, via de regra, pela teoria social progressista) consiste em articular a formação de uma consciência crítica capaz de distinguir o "nível das aparências" da "realidade subjacente" que produz aquelas diversas formas ou manifestações reais.

Cumprir reconhecer que a utilização de um só conceito de ideologia induzirá o pensador a abstrair o primeiro sentido de qualquer texto constitucional que se consubstancia na integração da sociedade em torno de instituições relativamente aceitas em um dado momento histórico.

Segundo Konder⁸, independentemente da linha que se adote em relação aos problemas surgidos entre a construção do conhecimento e as condições sociais dessa mesma construção, o conceito de ideologia aceito ainda é o marxista. Entendemos, no entanto, que se deve fazer coro com Paul Ricoeur quando, nas palavras do próprio Konder⁹, afirma: Certas tomadas de consciência só podem se verificar através de um código ideológico. Nenhum indivíduo e nenhum grupo podem desenvolver uma reflexão total e tematizar tudo como objeto de pensamento. A ideologia, então, desempenha um papel essencial na integração, na constituição de cada grupo, atendendo à sua demanda por uma representação simbólica própria.

Cada grupo, contudo, como a sociedade como um todo, tem tam-

bém suas tensões internas, suas contradições. E na hora da tomada de decisões não pode deixar de aparecer o fenômeno da dominação, o exercício da autoridade. A ideologia, então, não pode deixar de assumir também, ao lado da sua função integradora, a dimensão da dissimulação, o caráter de distorção.

Sem embargo do acerto das palavras, a tragédia social ocorre, no entanto, quando a autoridade exerce o poder de disseminar a ideologia em seu próprio benefício, ou de sua classe socioeconômica, desvirtuando o ideal de organização e boa convivência necessário aos grupos sociais.

Com efeito, não é lícito, ou cientificamente aceitável, utilizar determinado conceito em detrimento de outro, já que, como se tentou demonstrar, estão umbilicalmente ligados em um jogo de variações que somente redundará em conhecimento do real, auferindo-se o útil manejo da ideologia em seu duplo aspecto conceitual.

2.2 DA IDEOLOGIA CONSTITUCIONALMENTE ADOTADA

Nesse sentido, e tendo em vista o alto poder de integração da Carta Política em uma comunidade específica, perscrutar a ideologia ínsita na Constituição brasileira de 1988 é fator determinante à solução dos problemas advindos da intervenção do Estado no domínio econômico, pois que dependerá daquela o grau de atuação deste¹⁰.

Nesse passo, a ideologia adotada pela Constituição da República, precipuamente após a Emenda Constitucional n. 6, de 1995, traduz-se em uma menor intervenção estatal no domínio reservado à iniciativa privada, qual seja, a atividade econômica. Destarte, força é reconhecer que, até mesmo por disposição constitucional expressa, como se demonstrará, o exercício de atividade econômica pelo Estado será excepcional, nos casos previstos na Constituição, em *numerus clausus*.

A outro giro, tentou o legislador constituinte originário integrar institutos de matizes ideológicas distintas em um único contexto constitucional, os quais, em razão da contrafactualidade do Direito, consubstanciar-se-ão no dever, a ser alcançado por meio das normas e princípios constitucionais, assim como da conformação daqueles princípios que se mostrem antagonísticos.

Com efeito, já na sua redação original, o texto constitucional, sem

mais delongas, afirma: Art. 173. Res-salvados 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.

Da leitura perfunctória do dispositivo transcrito, vislumbra-se a clara opção do legislador constituinte originário pelo neoliberalismo, no momento em que reserva a atividade econômica, em regra, à iniciativa privada, que, por exceção, será exercida pelo Estado quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Via de conseqüência, Fonseca¹¹ assevera a excepcionalidade da atuação do Estado na atividade econômica: Donde se deduz que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado constitui-se numa exceção. A regra é a de que o Estado não deve atuar diretamente no domínio econômico. A exceção está restrita à necessidade decorrente de dois fatores determinantes: imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo.

De seu turno, Souza¹² afirma: Assim, o Poder Econômico Público incumbe-se do controle e da orientação do Poder Econômico Privado,

(...) tendo em vista o alto poder de integração da Carta Política em uma comunidade específica, perscrutar a ideologia ínsita na Constituição brasileira de 1988 é fator determinante à solução dos problemas advindos da intervenção do Estado no domínio econômico, pois que dependerá daquela o grau de atuação deste.

enquadrando-o nos parâmetros da “Política Econômica” traçada de acordo com os princípios da “ideologia” constitucionalmente estabelecida. Concomitantemente, o Estado, embora agente do Poder Econômico Público, submete-se às permissões e limitações desses mesmos “princípios” constitucionais. E arremata: Temos, portanto, o Estado atuando diretamente na vida econômica, em antagonismo com a sua posição abstenetista, adotada no Liberalismo, que, por sinal, jamais foi tão completa, como alguns insistem em afirmar. Um mercado preconceito liberal, entretanto, no Neoliberalismo, aceita a ação do Estado, embora como “exceção”, enquanto a “regra” continuaria sendo a sua não-atuação¹³.

Dessa forma, restará ao Estado, mediante intervenção direta ou delegação, a atuação econômica nos casos expressamente elencados no dispositivo constitucional transcrito, sob pena de haver intervenção cuja constitucionalidade restará maculada.

Em outras palavras, a economia deverá fluir naturalmente, segundo seus próprios fatores, com mínima intervenção estatal: eis o neoliberalismo econômico.

3 ATIVIDADE ECONÔMICA E SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO

Fixada a ideologia insculpida na Constituição Federal, mister distinguir, dada a sua importância para o presente estudo, entre atividade econômica *stricto sensu* e serviço público, espécies do gênero atividade econômica *lato sensu*. Isso porque diferenciações nos respectivos regimes jurídicos darão ensejo a divergências sobre o modo de intervenção estatal no chamado “domínio privado”.

Para tanto, devemos nos fixar no conceito de interpretação lógico-sistemática do texto constitucional, pela qual se busca o sentido da norma jurídica no cotejo com outros dispositivos da Carta ou de outro diploma legal, em raciocínio sistêmico¹⁴.

Dessarte, no que concerne ao serviço público, a norma constitucional base está inserida no art. 175, que assim dispõe: Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Assim, como tal dispositivo se encontra no Capítulo, I Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, e, ainda, no Título VII, Da Ordem Eco-

nômica e Financeira, resulta que podemos afirmar, na linha de Azevedo¹⁵, que os serviços públicos são espécies de atividade econômica, não obstante ser corrente reconhecidamente minoritária: Existe, porém, um elemento implícito que só pode ser descoberto através da interpretação lógico-sistemática, qual seja, o de que todos os serviços públicos são espécies de atividade econômica. Por certo, essa afirmação evidencia uma postura minoritária, onde o conceito jurídico de serviço público tende a ser por demais restrito, se comparado às tradicionais classificações conhecidas nas obras de Direito Administrativo¹⁶.

Sendo os serviços públicos espécies de atividade econômica, a distinção entre eles e as atividades econômicas *stricto sensu* restringe-se à titularidade da atividade e ao regime jurídico ao qual essa atividade se sujeita¹⁷.

Assim sendo, todo serviço que tenha por titular o Poder Público – consoante dispõe o art. 175 da CF/88 – será considerado serviço público, e sujeito, portanto, ao regime jurídico-administrativo de concessões e permissões, caso venha a ser exercido por empresas privadas.

Por outro lado, quando a titularidade pertencer à iniciativa privada – o chamado “domínio econômico” –, estaremos perante atividade econômica *stricto sensu*, submetida, pois, ao regime jurídico de Direito Privado.

Apesar da distinção, disso não se infere que o Estado não possa praticar atividades econômicas *stricto sensu*. No entanto, tais práticas deverão se circunscrever aos requisitos expostos no art. 173 da CF/88, verbis: 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. (grifo nosso)

Dessa forma, lícito afirmar que o Estado poderá exercer atividade econômica somente nos casos de segurança nacional e relevante interesse coletivo, devidamente previstos em lei. Como anteriormente afirmado, a ideologia adotada pela Constituição é o neoliberalismo, em que o Estado deve abster-se da ingerência em segmentos econômicos pertencentes à iniciativa privada.

Sob outro aspecto, também as empresas privadas poderão exercer – e somente exercer – serviços públi-

cos, conquanto, nesse caso, tenham de se sujeitar a concessões e permissões, que deverão ser precedidas de licitação (art. 175, CF/88).

Para perquirirmos sobre quais atividades o Estado possui titularidade, temos de partir, por óbvio, do texto constitucional, no qual estão previstas as competências das entidades federadas.

No dizer de Azevedo¹⁸: Quanto ao sistema de repartição de competências, importa considerar que a Constituição estipulou atividades econômicas, cuja titularidade da prestação pertence à União, aos Estados-Membros ou aos Municípios, segundo a regra jurídica do art. 175. Portanto, tais atividades são consideradas como serviços públicos.

Desta feita, o art. 21, X, XI e XII, do texto constitucional traz o elenco de serviços públicos, cuja titularidade da prestação pertence à União, podendo a prestação ser delegada à iniciativa privada mediante contratos de concessão ou atos de permissão. Da mesma forma, o art. 25, §§ 1º e 2º, estipula as atividades econômicas cuja titularidade da prestação pertence aos Estados-Membros, conferindo-se a mesma possibilidade de delegação (da prestação) à iniciativa privada. Por fim, o art. 30, V, estipula as atividades econômicas cuja titularidade da prestação pertence aos Municípios, conferindo-se, mais uma vez, a mesma possibilidade de delegação (da prestação) aos particulares.

Assim, patente se mostra que os serviços públicos estão previstos constitucionalmente nas competências administrativas das entidades federadas e que, onde não houver tal previsão, restará à titularidade da iniciativa privada o exercício da atividade econômica. Portanto, em obediência à ideologia constitucionalmente adotada, percebe-se que as competências do Estado são determinadas por exclusão e expressa previsão constitucional ou legal, sendo o restante (a atividade que não possuir previsão entre as competências estatais) próprio do domínio privado.

Finalmente, cabe fazer considerações sobre as denominadas “funções irrenunciáveis do Estado”.

Paulo Modesto, citado por Azevedo¹⁹, sustenta existirem na Constituição serviços que somente terão natureza pública quando o Estado os prestar. A saúde e a educação, por exemplo, podem ser ofertadas pela iniciativa privada independentemente do exercício prestacional concomitante do Estado, consistindo em um

tertium genus de atividade de prestação social quando exercida pelo Estado. Afirma Azevedo²⁰: Pela interpretação da Constituição é possível demonstrar que os serviços públicos são atividades econômicas. Desta feita, a prestação, pelo Estado, de educação e saúde pública não pode ser serviço público, pois não está presente a relação econômica entre o Estado e os cidadãos. As atividades de prestação de educação e saúde pública são, pois, funções irrenunciáveis do Estado. São atividades não-econômicas cuja prestação estatal tem, por via de regra, o condão de garantir a efetivação de direitos fundamentais consagrados no Texto Maior.

Feitas as distinções necessárias, cabe agora destacar as modalidades de ação do Estado no domínio privado.

4 DOS MODOS DE INTERVENÇÃO ESTATAL

4.1 NA ATIVIDADE ECONÔMICA

Mesmo excepcionalmente, é consenso a necessidade da efetiva intervenção do Estado no domínio econômico, sob pena de serem os princípios (limites) estatuídos na Constituição (art. 170 e incs.) aniquilados ou distorcidos pelas leis naturais da economia.

Urge, pois, determinar quais as atuações constitucionalmente aceitáveis de intervenção do Estado na economia.

Reza o disposto no art. 174 da Constituição Federal: 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.

Dessa forma, no que tange às atividades econômicas *stricto sensu*, estabelecidas as bases sobre as quais o Estado deverá intervir na economia, mister afirmar que os meios para a interferência estatal deverão ser reduzidos ao mínimo, sem perturbação do mercado, sob pena de inconstitucionalidade da conduta ou da medida tomada. Isso porque a excepcionalidade deverá ficar restrita, na intervenção direta, à ocorrência de imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173, CF/88); quanto à intervenção indireta, o Estado deverá limitar-se a regular, mediante fiscalização, incentivo e planejamento, o exercício dessa

atividade pela iniciativa privada.

Como assevera Souza²¹, existem dois tipos de atuação econômica do Estado: O primeiro, pelo qual assume as condições de detentor do Poder Público, elaborando a legislação (Legislativo), executando-a na prática de atos econômicos (Executivo), ou aplicando-a e impondo sanções à sua transgressão (Judiciário). Então, estaremos diante das normas de Direito Regulamentar Econômico.

No segundo, o Estado assume a iniciativa da atividade econômica, pratica-a diretamente, faz-se empresário e, por meio dos organismos criados para esse fim, atua nos setores da economia do país, de modo a cumprir diretamente a Política Econômica a que se propõe. Estamos, então, diante de normas de Direito Institucional Econômico.

Partindo-se dessa dicotomia, extrai-se que: ou o Estado atua de forma a regular a atividade econômica, ou atua imiscuindo-se na própria atividade econômica, nas hipóteses previstas constitucionalmente.

Fonseca²², em escólios, esclarece: Vimos que o Estado pode atuar diretamente no domínio econômico, e pode atuar só indiretamente. No primeiro caso, assume a forma de empresas públicas, nome genérico que compreende no sistema jurídico brasileiro as empresas públicas propriamente ditas e as sociedades de economia mista, assim mencionadas no art. 173, §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição Federal. No segundo caso, atuação indireta, o Estado o faz através de normas que têm como finalidade fiscalizar, incentivar ou planejar; o planejamento, como se verá, é somente indicativo para o setor privado. Esta forma de atuação do Estado está prevista no art. 174 da Constituição Federal.

Assim, o Estado, a par da possibilidade de sua intervenção direta por meio das **empresas públicas lato sensu**, poderá, indiretamente, intervir na atividade econômica privada por intermédio de normas jurídicas.

Sem embargo, quanto à intervenção do Estado no domínio econômico na forma indireta, a legislação produzida somente poderá ter por escopo a **fiscalização**, o **incentivo** ou o **planejamento** – em outras palavras, reduzir-se-á ao constitucionalmente previsto para tal modalidade de intervenção. Partindo-se dessa premissa, ressalte-se inicialmente que o **incentivo** e o **planejamento** não poderão se consubstanciar em

um conjunto de normas sancionatórias, em razão de esse tal procedimento contraditório com sua própria natureza. Fonseca²² afirma que o incentivo é retratado pelo Estado quando: Ao atuar indiretamente na condução, no estímulo e no apoio da atividade econômica empreendida pelos particulares, o Estado adota determinadas formas de política econômica, peculiares a cada campo de atuação.

Ao estimular, apoiar o setor privado na economia, fomentando o crescimento ou até mesmo o investimento em determinado segmento econômico, o Estado trabalha com base no consenso, erigido na forma preponderante de atuar na intervenção indireta. Por isso Fonseca²⁴ assevera: Ressalte-se ainda que uma política econômica que consiga a adesão dos setores interessados tem muito maiores probabilidades de sucesso do que uma imposta autoritariamente. Daí por que atualmente os países se voltam para a adoção de políticas econômicas através do consenso.

A outro giro, o **planejamento** tem por escopo não apoiar ou estimular determinado setor da economia, porém racionalizar a operacionalização das políticas econômicas levadas a cabo pelo Estado. Lúcida a intervenção de Fonseca²⁵: Não se

(...) o Estado, a par da possibilidade de sua intervenção direta por meio das empresas públicas *lato sensu*, poderá, indiretamente, intervir na atividade econômica privada por intermédio de normas jurídicas.
(...) a legislação produzida somente poderá ter por escopo a fiscalização, o incentivo ou o planejamento – em outras palavras, reduzir-se-á ao constitucionalmente previsto para tal modalidade de intervenção.

pode desconsiderar a necessidade do planejamento que tem como finalidade conferir racionalidade, coerência às políticas econômicas adotadas. O planejamento tem como finalidade fixar metas que servem de norte para os esforços empreendidos. Somente um planejamento global, que preveja todo o contexto econômico e social, será capaz de conferir coerência e compatibilidade às medidas de política econômica a serem adotadas.

Como visto, nem o **incentivo** nem o **planejamento** possuem, em sua inerência, normas jurídicas de caráter sancionador; atualmente privilegia-se o **consenso** como forma de obter sucesso na aplicação das políticas econômicas engendradas. Na mesma esteira, a **fiscalização**, autorizada constitucionalmente como forma de intervenção indireta do Estado no domínio econômico, não poderá ser formalizada mediante leis que prevejam sanções àqueles segmentos do setor privado que não aderirem às políticas econômicas encetadas pelo Poder Público.

Isso porque, não obstante indicar o termo um verdadeiro controle na atividade do eventual controlado – o que induziria ao pensamento segundo o qual, não obedecida a determinação insita em uma específica política econômica, poderia o Estado aplicar sanções regularmente previstas –, a fiscalização sustentada na Constituição possui seus limites na própria ideologia adotada, haja vista que esta se traduz na menor intervenção do Estado no domínio econômico, forma de atuação estatal no neoliberalismo.

Daí por que Souza²⁶, ao lançar escólios sobre a regulação, enfatiza: Os "objetivos" da "regulação", portanto, enquadram-se no mesmo sistema operacional da "intervenção". De certo modo, a Regulação afasta-se da forma densamente intervencionista do Estado Bem-Estar, ou das atuações diretas do Estado-Empresário. Orienta-se no sentido do absentismo, sem jamais atingi-lo completamente, sob pena de negar a sua existência, por ser, ela própria, uma forma de "ação" do Estado. Afirma-se, para a área em que a livre iniciativa, pela ação privada, ou a livre concorrência em geral, não consegue atender ao "interesse público". Essa satisfação passa a ser atribuída, sob o regime de "Regulação", aos "serviços públicos", ou aos "particulares" quando ao serviço do público.

O tratamento jurídico da "regu-

lação", portanto, há de ser considerado fundamentalmente em termos de "gradação" da ação do Estado, ou seja, da sua presença no domínio econômico, do modo de conduzir a política econômica.

Estabelecida a ideologia constitucionalmente adotada – o neoliberalismo – a interferência estatal deverá ser mínima, sem o que o próprio mercado se desfaz, e restringir-se-á a garantir os princípios enumerados nos incisos do art. 170 da CF/88, tais como: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e dispensa de tratamento preferencial às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.

Via de conseqüência, toda e qualquer espécie de intervenção indireta do Estado no domínio econômico (atividade econômica stricto sensu) deverá ser por meio de incentivos, estímulos, fomentos e, principalmente, pelo consenso sobre a política econômica adotada, pois qualquer conduta distinta ensejará a inconstitucionalidade da lei que a preveja.

4.2 NO SERVIÇO PÚBLICO

Já no que diz respeito à prestação de serviços públicos, os papéis do Estado e da iniciativa privada se invertem. O Estado tem a incumbência de prestá-los obrigatoriamente, seja de forma direta, seja indireta, por meio de concessões ou permissões – delegações – à iniciativa privada.

Sem embargo de nas hipóteses de serviço público o Estado possuir sua titularidade, e, portanto, ter sua atuação, bem como a dos concessionários e permissionários, sujeita ao regime jurídico de Direito Público, infere-se que essa atuação, de qualquer forma, como não poderia deixar de ser, deverá nortear-se pela ideologia consagrada na Constituição, qual seja, o neoliberalismo.

Conseqüentemente, e do mesmo modo que ocorre nas hipóteses de intervenção estatal na atividade econômica, impõe-se tão-somente a mera regulação, visto que, por expressa determinação constitucional, a lei que preverá as formas de concessão e permissão – ou seja, as formas de delegação de serviços públicos à iniciativa privada – está vinculada: Art. 175. (omissis). Parágrafo

único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, **bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão**. (grifo nosso)

Dessarte, a atuação do Poder Público sobre as delegatárias se restringirá a mera fiscalização, na qual, por determinação constitucional, não poderá haver qualquer tipo de sanção que desborde do enunciado no inciso transcrito.

Em outras palavras: a única espécie de sanção, constitucionalmente aceitável, que poderá ser cominada às delegatárias dos serviços públicos – como vimos, de titularidade do Estado – ficará restrita à **rescisão da concessão ou permissão**, que vinculará a lei infraconstitucional editada, no caso, a Lei Federal n. 8.987/95 (regime das concessões e permissões do serviço público), a qual não poderá, sob pena de clara inconstitucionalidade, prever outras sanções punitivas.

Não se trata de conferir interpretação restritiva ao dispositivo constitucional. Ocorre, na realidade, a utilização de interpretação sistêmica, que adere – como não poderia deixar de ser – à ideologia constitucionalmente adotada, segundo a qual, na execução dos serviços públicos, prevalecerão sempre as empresas privadas, tanto no que diz respeito às atividades econômicas stricto sensu quanto à prestação de serviços cuja titularidade pertence ao Estado. Daí hodiernamente propugnar-se pela "diminuição" do Estado no domínio privado, em todos os aspectos da vida econômica, principalmente por intermédio das chamadas "privatizações", que nada mais são que a concretização da excepcionalidade da atuação estatal na atividade econômica (art. 173 CF/88) e a transferência do exercício de serviços públicos para empresas privadas, por meio de concessões e permissões¹⁷.

Assim, com o advento do processo de privatização e da Lei das Concessões e Permissões (Lei n. 8.987/95), a prestação dos serviços públicos se apresenta segundo uma nova tendência, baseada na prevalência do processo de delegação por contrato (concessões) ou ato administrativo (permissões), em detrimento da descentralização administrativa²⁷.

Dessume-se que a interpretação que o presente estudo defere ao parágrafo único do art. 175 nada tem

de restritiva, tão-somente acolhe e concretiza a ideologia integracional posta na Constituição.

5 AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Em decorrência do influxo da onda globalizante instaurada aproximadamente no início da década de 1990, o Brasil, além da venda de empresas públicas lato sensu para a iniciativa privada, utilizou-se dos instrumentos de concessão e permissão como nunca visto na história recente do País.

No entanto, não só as idéias de globalização exerceram influência no fenômeno da desestruturação do Estado brasileiro, como também a constatação de que este era ineficiente, moroso e desatualizado para prover as necessidades sociais.

Daí afirmar Azevedo²⁸: Este complexo processo de reforma do aparelho estatal deriva, como não poderia deixar de ser, da constatação de que o Estado está em crise. Segundo Bresser Pereira, a crise do Estado brasileiro, que atingiu seu ápice na década de 80, possui três formas de compreensão: crise fiscal, crise do papel interventor do Estado no econômico e no social, e, por fim, a crise na forma de administrar o Estado. Associado a essas constatações, o autor acrescenta ainda a influência do processo de globalização na autonomia das políticas econômicas e sociais dos estados nacionais.

Interessa ao presente estudo, no âmbito da classificação exposta, a **crise do papel interventor do Estado no econômico e no social**, pois, como se verá, o surgimento de **agências reguladoras** se deu exatamente na transformação do Estado de provedor a **regulador** (e não como afirmado por Azevedo²⁹, regulamentador).

Essa tendência é comprovada pela menor intervenção do Estado brasileiro nas atividades econômicas – incluídos, aí, os serviços públicos³⁰. Tal abstenção, no entanto, não pode ser considerada total, uma vez que houve, na realidade, uma modificação na qualidade da intervenção do Estado no domínio econômico. Com efeito, aquele Estado prestador/provedor que teve seu auge na década de 30, mais particularmente no **Estado Novo** de Getúlio Vargas, era pródigo na criação de pessoas jurídicas de Direito Público – notadamente **autarquias e fundações** – para prestação de serviços públicos, quadro que, já mencionamos, na década de 90 irá

se transmutar, dando azo à maior utilização do instituto da **delegação** – concessões e permissões –, ficando o Poder Público limitado à fiscalização das concessionárias e permissionárias.

Nessa ambiência constitucional de neoliberalismo, surgem as chamadas “agências reguladoras”: As agências estatais são pessoas jurídicas que integram a chamada Administração Pública indireta. Não são órgãos públicos, mas pessoas jurídicas, i. e., possuem autonomia político-administrativa, financeira e orçamentária em relação à pessoa jurídica do Estado. A expressão agência estatal é, pois, o gênero do qual existem duas espécies: a) agências executivas; b) agências reguladoras³¹.

Dessarte, segundo a classificação exposta, podemos afirmar que as **agências executivas** são autarquias ou fundações públicas que cumprem metas previstas no respectivo contrato de gestão. Desempenham **políticas de governo**, trabalhando de acordo com os interesses do grupo político-partidário que ocasionalmente ocupe o Poder, extraíndo-se daí que sua autonomia em relação ao Poder Executivo, mais especificamente ao Ministério ao qual está vinculada, é quase nula³².

Contrariamente, as **agências reguladoras** estão mais afetadas às **políticas permanentes de Estado**, ou seja, não estão vinculadas aos interesses administrativos do grupo político-partidário que ocupe momentaneamente o Poder. Logo, não obstante a celeuma que grassa neste particular, possuem maior autonomia em relação ao governo do que as agências executivas. É possível vislumbrar distinções no que concerne às atribuições, uma vez que, enquanto as agências executivas têm atribuições mais voltadas à arrecadação de impostos, promoção de seguridade social, dentre outros, as **reguladoras** respondem pelo controle de preços de atividades econômicas no mercado – como ocorre nos serviços públicos –, além da fiscalização quanto a sua qualidade e adequação³³.

Em compêndio, Azevedo³⁴ adverte: Em suma, as agências executivas, como o próprio nome sugere, desempenham atividades relacionadas à execução de políticas públicas, i. e., políticas de governo. Já as agências reguladoras se prestam ao desempenho de tarefa específica e permanente, consistente na regulação de atividades econômicas (no caso, os serviços públicos).

6 PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Feita a distinção entre as chamadas “agências”, o que importa é o poder normativo das agências reguladoras, sob o ângulo do Direito Econômico, segundo a ideologia constitucionalmente adotada.

Para tanto, imprescindível a exata distinção entre **regulamentação** e **regulação**, expressões muitas vezes admitidas como sinônimas, mas que, na realidade, possuem diferenças que interferem na própria ideologia acolhida na Constituição.

Com efeito, a **regulamentação**, para Souza³⁵ significa: Diremos que, ao “regulamentar” a economia, o Estado atua por medidas legais e executivas de fiscalização da prática econômica privada nos mercados, de incentivo a essa atividade por parte da iniciativa privada, suplementando-a e planejando, pela introdução de medidas que vão além do funcionamento auto-regulador do mercado pelas suas próprias forças.

A regulamentação da economia seria, em outras palavras, uma intervenção stricto sensu, isto é, uma atuação estatal de forte cunho dirigente no intuito de redirecionar a economia como ela é, e colocá-la como deve ser, dentro da ideologia constituio-

(...) as agências reguladoras estão mais afetadas às políticas permanentes de Estado, ou seja, não estão vinculadas aos interesses administrativos do grupo político-partidário que ocupe momentaneamente o Poder. Logo, não obstante a celeuma que grassa neste particular, possuem maior autonomia em relação ao governo do que as agências executivas.

nalmente adotada. Caracteriza-se pela adoção de medidas fortes no setor econômico, sob pena de aplicação de sanções previstas em lei em caso de descumprimento das políticas econômicas adotadas. Tal metodologia foi largamente utilizada pela França no pós-guerra.

Por outro lado, a regulação constitui intervenção intermediária, na qual o Estado, não obstante a atuação plena das leis de mercado, interfere para extinguir desvios próprios do livre mercado, sem, no entanto, impingir medidas sancionadoras de quaisquer espécies. Para Souza³⁶: na “intermediária”, encontramos as medidas “reguladoras” e “controladoras” – por exemplo, a criação de armazéns destinados a cumprir as tabelas, sem fazer concorrência aos particulares. Aqui poderíamos incluir as “agências reguladoras”.

A outro giro, característica importante desses institutos está na sua vinculação com a ideologia constitucionalmente adotada. Com efeito, a regulamentação estará mais voltada ao Estado protetor-intervencionista do Welfare State, enquanto a regulação, ao Estado neoliberal, Estado mínimo, cuja interferência privilegiará o consenso em detrimento da aplicação de medidas com caráter sancionador.

Pelo analisado, vislumbra-se claramente que o poder normativo das autarquias reguladoras não pode extrapolar o instrumento da mera **regulação**. Isso porque, uma vez adotada a ideologia do neoliberalismo na Constituição Econômica, entende-se que ao Estado – ou a quaisquer de suas pessoas administrativas – compete tão-somente corrigir desvios que a atividade econômica enseja naturalmente, mediante **incentivos, fomento e fiscalização**. No que toca aos serviços públicos – principal ponto deste estudo –, o Estado, por intermédio de agências reguladoras, somente poderá prever legislativamente uma única sanção, qual seja, a **rescisão do contrato de concessão ou a revogação da permissão** – pois esta não se traduz em contrato administrativo, e, sim, em **ato administrativo** – visto ser a única penalidade prevista constitucionalmente, devendo, como já afirmado, em razão da ideologia constitucionalmente adotada, tal dispositivo ser interpretado restritivamente.

Em consequência, todas as disposições normativas expedidas por meio de resoluções pelas agências reguladoras ultrapassam o poder normativo deferido pela Constitui-

ção ao Estado na hipótese de serviços públicos delegados, quando tais instrumentos normativos – **resoluções** – prevêm aplicação de multa nos casos de desobediência às respectivas determinações por parte dos delegatários.

No entanto, a aplicação de sanções pecuniárias às delegatárias dos serviços públicos se processa pelas respectivas agências reguladoras – mormente no que concerne à Anatel – em virtude do Decreto Federal n. 2.338/97, que determina, no parágrafo único do seu art. 19: A competência da Agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuarão de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O referido parágrafo do decreto presidencial, bem como quaisquer dispositivos legais que prevejam aplicação de medidas sancionadoras às delegatárias (com exceção da rescisão do contrato de concessão ou revogação da permissão), parecem-nos incompatíveis com a Constituição Econômica, no exato sentido de que optou a Carta Política pelo neoliberalismo como ideologia norteadora do seu **dever ser**. Isso, por via de consequência, vinculará o agir dos Poderes constituídos na medida em que somente poderão utilizar-se do instrumento da **regulação** para corrigir desvios ensejados pela natural atividade econômica lato sensu, sempre por meio de **fiscalização**, que se traduzirá em mera interferência nas atividades da iniciativa privada, nada além.

7 CONCLUSÃO

Uma vez adotada pela Constituição a ideologia neoliberal nas atividades econômicas lato sensu, especificamente nos serviços públicos, resta afastada a utilização de **regulamentação** como instrumento de política econômica própria do Estado intervencionista do Welfare State, incumbindo ao Poder Público tão-somente uma intervenção caracterizada pela **interferência** regulatória com o escopo de corrigir desvios ensejados pela natural atividade a cargo da iniciativa privada. Certo ou errado, aqui entendemos não ser o ambiente apropriado para tal discussão, porquanto não é lícito ao jurista pôr em dúvida a ideologia constitucionalmente acolhida.

De qualquer forma, em relação

ao problema central, a regulação a cargo do Estado deverá se processar, no pertinente à atividade econômica stricto sensu, mediante incentivos, planejamentos, fomentos e fiscalização, esta não ultrapassando aqueles; quanto aos serviços públicos, como espécie, de atividade econômica lato sensu, o Estado somente poderá prever, na sua atividade legiferante, e mesmo assim por meio de lei formal, a rescisão do contrato de concessão ou a revogação da permissão concedida, sob pena de clara incompatibilidade material com as diretrizes econômicas estabelecidas constitucionalmente.

Por fim, entendemos serem as resoluções das agências ou os decretos presidenciais de clara inconstitucionalidade quando prevêm aplicação de medidas sancionadoras às delegatárias dos serviços públicos.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 KONDER, Leandro. *A questão da ideologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. 279 p. p. 9.
- 2 Idem, p. 10.
- 3 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varrialle et al. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. v. 1. p. 585.
- 4 CHAÚÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Brasiliense, 2003. 118p. p. 28.
- 5 Idem, p. 23.
- 6 WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 229 p. p. 95.
- 7 Idem, p. 108.
- 8 KONDER, *op. cit.*, p. 164.
- 9 Idem, p. 165.
- 10 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. 598 p. p. 322.
- 11 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 279 p. p. 189.
- 12 SOUZA, *op. cit.*, p. 243.
- 13 Idem, p. 244.
- 14 AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do consumidor e regulação: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 192 p. p. 37.
- 15 Idem, p. 38.
- 16 Idem.
- 17 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. 327p.
- 18 AZEVEDO, *op. cit.*, p. 44.
- 19 Idem, p. 39.
- 20 Idem.
- 21 SOUZA, *op. cit.*, p. 245.
- 22 FONSECA, *op. cit.*, p. 198.
- 23 Idem, p. 201.
- 24 Idem, p. 203.
- 25 Idem.
- 26 SOUZA, *op. cit.*, p. 331.

27 AZEVEDO, *op. cit.*, p. 62.

28 *Idem*, p. 112.

29 *Idem*, p. 113.

30 *Idem*.

31 *Idem*, p. 117.

32 *Idem*.

33 *Idem*, p. 119.

34 *Idem*.

35 SOUZA, *op. cit.*, p. 327.

36 *Idem*, 329.

Artigo recebido em 30/10/2004.

ABSTRACT

The authors suggest that the limits of the normative power of the regulator agencies cannot extrapolate the instrument of simple regulation, for, once the neoliberalism ideology has been adopted by the Constitution, it is the duty of the State only to correct mistakes related to the economic activity, by means of incentives, encouragement and control in cases of *stricto sensu* economic activities.

Regarding public services, as a kind of *latu sensu* economic activity, they consider that the State will only be able to predict, and even so, by means of formal laws, either the rescission of the concession agreement or the revocation of the allowed permission. Thus, in accordance with the authors' understanding, the agencies resolutions or presidential decrees are full of unconstitutionality when they determine sanctions to the ones in charge of public services.

KEYWORDS – Administrative Law; regulator agency; constitutionality; Welfare State; regulation; resolution; normative power; economic activity – *stricto sensu*, *latu sensu*; State – intervention.

Renato Franco de Almeida é Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor em Belo Horizonte-MG.

Aline Bayerl Coelho é advogada.