Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 3 – agosto/setembro/outubro de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

SUCESSOS E FRACASSOS DA REGULAÇÃO

Prof. Gaspar Ariño Ortiz

Catedrático de Direito Administrativo
Universidade Autônoma de Madrí.

INTRODUÇÃO

Os setores regulamentados, isso que antes chamávamos de grandes serviços públicos –água, energia, transportes, comunicações, serviços urbanos, infra-estruturas de obra civil- são geridos hoje no mundo inteiro de um modo muito diferente de como se fazia há quinze ou vinte anos. Esta transformação não é simplesmente uma transferência de propriedade (privatização de empresas e bens) de mãos públicas para privadas. Atrás dela há um rompimento de velhos conceitos sobre as funções do Estado, que tinham sido cristalizados durante a primeira metade do século XX e que, apesar das críticas, perduram ainda em alguns países. No modelo tradicional se entendia que o Estado era o titular daquelas atividades que eram qualificadas de "serviços públicos" (geria também outras que estavam longe de o ser). Era o "*dominus*" de uns recursos ou setores que qualificava de "reservados" e que podia gerir diretamente mediante empresa pública ou através de terceiros, mediante concessão. Tais "concessões" eram configuradas como uma transferência de funções e tarefas cuja titularidade correspondia primariamente ao Estado, apesar de que estas atividades não eram intrínsecamente públicas, não eram atividade soberana, não formavam parte dos fins históricos ou essenciais do Estado. Mas tinham ficado "publificadas". Por isso, o que a Administração cedia na concessão não era a titularidade da atividade, mas o "privilégio" do seu exercício.

Este modelo, aplicado em toda a Europa durante décadas, e também, embora com importantes alterações que não vêm ao caso, no mundo anglo-saxão, começa a se questionar em meados da década de 1950, por um grupo reduzido de economistas americanos e britânicos. A escola liberal de pensamento econômico, que se cristaliza nesses anos em Chicago e outros lugares, norteia um intenso período de pesquisa nos grandes centros acadêmicos dos EUA, onde estas críticas são formalizadas teóricamente. É preciso lembrar aqui alguns nomes -quase todos, mais tarde, prêmios Nobel - como George Stigler, Milton Friedman, Ronald Coase, Harold Demsetz e outros. O seu trabalho se consagrará na década dos 70 quando, em palavras de Alfred Kahn, aprofunda o consenso de que a gestão pública ou semi-pública em monopólio tinha "suprimido a inovação, acolhido a ineficiência, fomentado uma espiral crescente de preços/salários, promovido um severo desajuste de recursos pela quebra do vínculo entre preços e custos marginais, fomentado uma concorrência improdutiva e inflacionária de custos, negando ao público a variedade de preços e opções de qualidade que o mercado competitivo teria oferecido" [1].

Graças ao continuado trabalho de toda uma geração, hoje entendemos que o papel do Estado deve ser outro. Os setores estratégicos ou essenciais não são "propriedade" do Estado e não têm porque serem geridos – nem diretamente, nem na sombra – pelas autoridades públicas. As consequências que tudo isso tem no regime jurídico das atividades de serviço púbico (hoje "serviços econômicos de interesse geral": artigo 86 –antes 90- do Tratado da União Europeia) são inúmeras. A fundamental é que deixaram de ser "atividades estatais" e o Estado passa a se centrar não na gestão, planejamento e controle das mesmas, mas na delimitação dos direitos de uns e outros – empresários e futuros empreendedores, empregados e fornecedores, cidadãos, usuários e potenciais consumidores – arbitrando suas diferenças e zelando pelo respeito desses direitos. O acesso a eles, portanto, é em princípio livre e não tem caráter temporário mas permanente, *sine die* (não há prazo de reversão ao Estado) nem este detém sobre eles um poder interno de modalização, ou de planejamento vinculante. Acabaram-se os monopólios e abriu-se o mercado e a concorrência.

REGULAÇÃO PARA A CONCORRÊNCIA

O novo modelo de ordenação jurídico-econômica, com novas autoridades (junto aos Governos surgiram os "reguladores independentes"), novos protagonistas (as antigas empresas públicas foram privatizadas e surgiram outras novas), novas normas e instituições, é o que conhecemos com o conceito de "regulação" e, mais específicamente, "regulação para a concorrência". Em verdade, sempre houve regulação na vida social, mas ela

[1] KAHN, ALFRED E., *"The Economics of Regulation: Principles and Institutions"*, MIT Press, 1988, Sexta Edição, página xvi.

tem hoje um novo conteúdo[2], cujas notas definidoras seriam, entre outras, as seguintes:

A regulação assenta no Direito, mas não é só Direito. As normas jurídicas delimitarão o que se pode fazer e o que não, o que é um direito subjetivo (acesso à redes –elétricas, gasístas, de telecomunicações-...) e o que é uma obrigação (de dar, fazer ou suportar), mas não transformarão a regulação em "coisa de advogados" e a metodologia não será a dialética seguida tradicionalmente junto aos tribunais de Justiça.

A regulação tem uma base técnica adequada ao "estado da arte" do setor de que se trate. Precisamente por esta circunstância é denominada de "regulação setorial", sendo feita por setores (energia) ou sub-setores (eletricidade, gás, petróleo...) para se adaptar aos requerimentos técnicos de cada um deles. O estudo e desenho da regulação requerem, em primeiro lugar, o conhecimento de como funciona cada setor, quais são as suas caraterísticas técnicas e econômicas.

A "tomada de decisões" regulatórias tem uma importância capital no conjunto desta disciplina. Ao regular uma atividade adotam-se continuamente decisões de uma grande transcendência para os regulados: são fixados preços, quantidades, quotas, tempos, etc. Embora, certamente, exista uma posterior supervisão judicial, os efeitos imediatos de cada decisão são de tal magnitude que é preciso o uso de técnicas específicas para orientar e definir suas condições de aceitabilidade inicial. As medidas regulatórias devem ser baseadas na análise econômica das decisões, que permita prever as consequências da mesma, não só a curto, mas, também, a médio e longo prazo.

A finalidade essencial da regulação é manter a atividade em funcionamento dentro de alguns parâmetros fixados. No essencial o regulador social funciona igual a um regulador físico, como o de uma caldeira a vapor: maneja forças importantes impedindo que ultrapassem determinados umbrais críticos (temperatura, pressão, velocidade, no caso dos reguladores físicos) para não pôr em perigo a estabilidade do sistema e para que possa funcionar eficientemente.

Assim, a regulação econômica será aplicável a atividades que, por alguma razão, requeiram se estabilizar ou organizar em função de determinados objetivos onde o enfoque, o ponto de vista a considerar, seja ordináriamente proporcionado pelas ciências econômicas. Com isso centramos o foco sobre atividades de produção, distribuição e consumo de bens caracterizados pela sua utilidade e escassez e sobre as decisões que os conformam, deixando de lado as regulações puramente técnicas, tão abundantes por razões de segurança, saúde, urbanísticas, ambientais, etc., e outras que embora relacionadas com a produção de bens e serviços, se

[2] Sobre o sentido tradicional do conceito e suas diversas modalidades, reporto-me ao nosso recente livro *"Nuevo papel del Estado en sectores regulados"*, Deusto, 2005, páginas 62 e seguintes (em colaboração con Juan Miguel de la Cuétara e Raquel Noriega).

fundamentam sobre bases deontológicas (regulação do exercício de profissões tituladas), culturais (patrimônio histórico) e demais de natureza não econômica (regulações esportivas, de moralidade, etc.).

ATIVIDADES ESTRATÉGICAS: CARACTERÍSTICAS ESTRUTURAIS

Estas atividades, hoje qualificadas como de interesse geral e antes chamadas de "serviços públicos" têm caráter estratégico, pois, satisfazem as necessidades vitais das pessoas e sobre elas assenta-se, em grande medida, a economia produtiva (a agricultura, a indústria, o comércio, os serviços). Quase desde seu nascedouro foram atividades intervindas, tuteladas, programadas e, em muitos casos, assumidas pelos poderes públicos. Reúnem algumas características técnicas e estruturais que convém serem lembradas:

São prestadas habitualmente sobre infra-estruturas de rede, contínuas (como as redes elétricas ou gasistas, as auto-estradas ou as ferrovias) ou discontínuas (como os aeroportos ou os portos). Às vezes, como ocorre nas telecomunicações, são redes combinadas de telefonia fixa ou celular, terrestres ou de satélite, por cabo ou por ondas, que constituem, no entanto, um sistema unitário.

Normalmente, exigem vultosos investimentos que requerem longos prazos de amortização e, depois de feito o investimento inicial, o custo adicional ou "marginal" de fornecer uma nova unidade será bastante pequeno, o que permitirá grandes economias de escala e o aparecimento de uma tendência ao monopólio / oligopólio, protagonizado por grandes empresas.

São, como já dissemos, atividades essenciais para a vida social, tanto para o bem-estar individual (que depende do bom funcionamento de alguns serviços), como para o desenvolvimento da atividade econômica (que depende numa parte importante da eficiência daqueles serviços: energia, transporte, comunicações).

Por estas e outras razões, o Estado assumiu-as como próprias durante muito tempo, reservando-as para o setor público (artigo 128 da Constituição). Mas, nos últimos quinze anos, o panorama mudou por completo. O Estado está se retirando em todo o mundo da gestão empresarial, onde tem se mostrado, em geral, muito ineficiente. Por outro lado, desapareceram muitas das razões que, num dado momento, aconselheram a nacionalização e o extraordinário custo social, que pesa de modo crescente nas Fazendas Públicas, obrigou-as a acudir ao capital privado para ele aliviar este peso. A solução se impôs por si só; se os serviços públicos requerem grandes investimentos, se existe capital disponível nos mercados internacionais e, por outro lado, escasseia o capital público, a saída era obvia: admitir a poupança privada e as empresas capitalistas para os serviços, regulando-os de modo que cumpram a sua finalidade. Um serviço público é, em essência, isto: *um capital adiantado* ao serviço da comunidade, gerido pelo dono, sob a supervisão da autoridade pública. Neste tipo de empresa, os donos do capital controlam a gestão, mas

os objetivos da empresa têm que ser compatíveis com a satisfação das necessidades sociais essenciais que o serviço vem cobrir. Para isso, algumas das principais determinações da gestão (o "estatuto do serviço", com os direitos dos usuários e as obrigações do gestor) são fixadas e supervisadas pela autoridade pública. A relação entre o titular do capital e a comunidade (representada pelo Estado) é um *contrato de gestão de serviços* (concessão, licença singular ou qualquer que seja o nome). Esta relação gera uma contínua interdependência entre partes titulares do contrato, o que exige, por parte de ambas, um constante espírito de cooperação e boa fé. Afinal, o Estado cedeu a titularidade da atividade, mas continua sendo essencial para a vida da povoação.

RISCO REGULATÓRIO E CONTRATO REGULATÓRIO

Desenhar uma boa regulação para a concorrência nos setores estratégicos recentemente liberalizados não é fácil. A regulação tem que contribuir com clareza e previsibilidade para a evolução destes setores, tem que facilitar a realização de planos de negócio e promover o investimento neles, tem que definir o "tabuleiro de jogos" face ao futuro de uma maneira clara e estável, na qual os operadores possam confiar. Isto é especialmente necessário quando, para além de liberalizar são privatizadas antigas empresas públicas, normalmente monopolistas, que operavam no setor. Quando se privatiza, é chamado em muitas ocasiões o capital internacional para que invista no país, setor e empresa de que se trata; e o investidor analisa sua aplicação em função, entre outras coisas, da regulação sob a qual deverá agir no futuro a empresa na qual inviste. Ocorre, sem embargo, que a regulação costuma incorporar algumas incógnitas e incertezas, que compõem o que conhecemos como "risco regulatório" (falhas da regulação). A seguir algumas delas:

A regulação incorpora em muitas ocasiões ambigüidade, calculada ou não. Assim, com frequência é estabelecido que o nível de concorrência para que se ativem ou desativem determinadas faculdades do regulador no mercado de que se trata (elétrico, gasístico, de combustíveis, etc) deve ser "suficiente". Mas, quando é suficiente? Como é que estimamos o mercado relevante a efeitos de suficiência?; se fazemos comparações –hoje, que o *benchmarketing* está tão na moda- com que países devemos de fazê-las? O mesmo se pode dizer de conceitos frequentemente utilizados na regulação como "facilidades essenciais", "preços acessíveis" etc. Quem aprecia ou como é declarado o caráter essencial de uma instalação? Qual é o nível de acessibilidade de um preço?.

A regulação é estabelecida em normas de menor hierarquia, que são fáceis de mudar. O medo dos responsáveis políticos da regulação de se verem presos em suas próprias medidas costuma fazer que evitem as normas parlamentárias – ou que redijam projetos de lei muito genéricos – preferem adotar as verdadeiras decisões através de normas meramente administrativas e, inclusive, através de instruções, circulares, diretrizes, recomendações e

demais formas de orientação das condutas dos operadores que incorporam a mínima responsabilidade. A falta de segurança jurídica assim criada reduz enormemente a previsibilidade no setor[3]. Um bom exemplo do que aqui se diz são as normas de estabelecimento dos preços de interligação dos operadores de telecomunicações, aprovadas na Europa com uma Recomendação e em Espanha com uma Ordem Ministerial.

Abusa-se da discricionariedade do regulador com efeitos claramente perniciosos. Diante do que acaba de ser exposto, a regulação é construída em muitas ocasiões sobre decisões discrecionais dos reguladores, o que tem diversos efeitos perniciosos: o poder político, para não perder o controle destas decisões discrecionais, tende a reduzir a independência do regulador; este se acostuma a não dar razões das suas decisões; os operadores tentam "capturar" sua vontade – às vezes por meios muito censuráveis- posto que não podem se manifestar técnicamente face à pura discricionariedade; e assim outros.

Os critérios dos reguladores e a regulação mudam súbitamente. Já dissemos que para o setor ser previsível, a regulação tem que ser estável, embora não estática (se as circunstâncias mudam, é preciso mudá-la, explicando como e porque). Mas isso nem sempre ocorre; nem muito menos. A experiência indica que, muitas vezes, os reguladores mudam o critério, em matéria de tarifas, concentrações ou direito de acesso, sem que se saibam muito bem as razões.

Assim, a imprevisibilidade e a insegurança são fatores destacados do "risco regulatório". Outros riscos são a politização das decisões, sua captura por um ou outro grupo de pressão ou de influência, a burocratização. O conjunto de todos eles pode atingir níveis muito significativos, que redundarão em claro prejuízo de empresas e usuários e inclusive da economia geral do Estado que os tolera. Assim, o risco regulatório tem uma manifestação muito clara na economia internacional ao se transformar em "risco país". Aqueles países com necessidades de investimentos internacionais, cuja regulação nos setores estratégicos é deficiente, insegura ou mal aplicada, são qualificados como de "alto risco" e para investir neles serão exigidos retornos mais altos, mais frequentes e mais rápidos do que aconteceria noutro caso. O risco regulatório pode ser quantificado nestes casos, e os seus efeitos negativos para o país podem chegar a ser muito elevados[4].

---

[3] Este caráter ambíguo, genérico, indefinido das normas que aprovam os Parlamentos nestas matérias foi sublinhado recentemente por Gregory Sidak em relação com as Telecommunications Act-1996 dos Estados Unidos: vid. SIDAK, G., *"The failure of good intentions: the collapse of American telecommunications after six years of deregulation"* em "Successes and failures in regulating and deregulating utilities", IEA, London, 2004, páginas 1 à 16.

[4] Os técnicos do Banco Mundial insistiram muito nisso e na necessidade de minimizar estes riscos. Assim é como fazem, por exemplo, GUASCH e SPILLER em *"Managing the Regullatory Procesc Design, Concepts, Isues and the Latin America and Caribbean Store"* (1996).

Para suavizar as mais notórias manifestações do risco regulatório existem diversas técnicas. Muitas delas são de índole jurídica formal e consistem em elevar a hierarquia da regulação "antes de" demandar investimentos internacionais, chegando, às vezes, a compromissos de nível constitucional. Mas há uma concepção de especial interesse que transcende o indicado nível jurídico formal e contempla a regulação, qualquer que seja a sua forma, como um autêntico contrato tácitamente subscrito entre o Estado, os investidores e os cidadãos usuários dos setores estratégicos. Esta teoria foi desenvolvida nos Estados Unidos por Sidak e Spulberg no interessante livro *Deregulatory Takings and Regulatory Contact* (Cambridge University Press, 1997). Básicamente, diz o seguinte:

As empresas de um setor regulado, qualquer que seja o título habilitador e a norma que o regula, se encontram numa situação de natureza materialmente contratual com o Estado sob cuja regulação atuam; nela, o direito a recuperar os custos de oportunidade do capital investido, mais um retorno razoável do investimento, é articulado junto à sua obrigação de prestar o serviço de que se trata aos cidadãos que o requeiram (que, por sua vez, têm direito a isso). Essa travação de direitos e obrigações, quer seja definida por norma ou por documento contratual (concessão), impede ao Estado agir de forma caprichosa, pelo menos em três componentes regulatórios fundamentais: condições de entrada no setor para outras empresas, potestade tarifária e delimitação das obrigações de prestar serviço.

A base desta concepção assenta em duas observações fundamentais. Primeira: desde a perspectiva econômica é essencial a toda regulação permitir que as empresas sujeitas a ela possam recuperar os seus custos do mesmo modo que ocorre nos contratos (a recuperação dos custos está ínsita na causa dos contratos). Segunda: desde a perspectiva jurídica, a cláusula da Constituição norteamericana, que impede as legislaturas dos Estados de atuarem contra o cumprimento dos contratos devidamente celebrados, resulta igualmente aplicável a estas situações para evitar extralimitações na atuação das *public utilities commissions*, que são os reguladores estatais dos setores estratégicos. É lógico que, em tais condições, se postule a existência de um contrato ou acordo básico em todos os regimes regulatórios, inclusive os não formalizados como tais. A existência de contratos explícitos em muitos casos, e de contratos implícitos reconhecidos pela jurisprudência noutros (caso *Charles River Bridge*, por exemplo) abonam esta teoria.

A tradição contratualista espanhola na gestão de serviços públicos abona, ainda mais, esta concepção que teve importantíssimas consequências na solução que se deu, em 1997, aos chamados "custos de transição à concorrência" (CTC's) que atingiram, no setor elétrico, o belo valor de 1,3 bilhões de pesetas, que ainda estão sendo pagos. Convém, pois, deixar aqui constância dos limites da potestade regulamentar em matéria regulatória e a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* nas obrigações de investimento assumidas pelas empresas. A Economia e o Direito apontam, assim, na mesma direção, que não é outra senão a aplicação do velho princípio da "boa

fé" e da proteção da confiança (situações nas quais os operadores têm direito a confiar) às empresas que agem em setores regulados[5].

A NECESSIDADE DE RE-CRIAR O MERCADO

No modelo clássico de regulação que presidia, até pouco tempo, os grandes serviços públicos (água, gás, eletricidade, telefones, transporte urbano, etc.), o regulador vinha substituir o mercado e assumia a maioria das decisões: o planejamento, o investimento a realizar, o financiamento, o regime contábil, os preços de todo tipo, a otimização e direção da exploração e, em fim, até as mais simples decisões empresariais ficavam determinadas, condicionadas ou simplesmente ordenadas pela Autoridade. Na Espanha tivemos uma experiência completa nos últimos cinquenta anos (1940-1990). Ao contrário, num sistema descentralizado e aberto, como o europeu (e, portanto, o espanhol desde 1996) a regulação cobra um outro sentido: não tem como objetivo central o "controle" –do sistema e dos seus operadores- senão que, pelo contrário, tenta **recriar o mercado**, promover a concorrência onde isso for possível e deixar fazer ao mesmo. Só quando aquele não existir ou a concorrência for insuficiente, o regulador virá proteger os interesses dos usuários – segurança, qualidade, fixação de preços do serviço- ali onde se mantiverem as características de um monopólio natural ou tenha surgido uma posição dominante estável e duradoura (*significant market power*, SPM).

Juristas e economistas concordamos, hoje, ao afirmar que o papel fundamental do Estado, em relação com o mercado, consiste básicamente em sustentar as instituições que tornam possível as transações dentro dele, e que tais instituições (o que eles chamam o "metamercado") se resumem na sustentação dos direitos da propriedade e a obrigação de cumprimento dos contratos. Dado que a regulação para a concorrência ajuda a criar mercados nos setores recém liberalizados, estas instituições essenciais são também aplicáveis nos setores estratégicos aqui considerados: a defesa da propriedade e o cumprimento dos contratos forma parte essencial da regulação de setores estratégicos de fornecimentos, transportes, comunicações...

Mas para isso ser possível, como norma geral, na maioria das situações, a regulação vê-se obrigada a estabelecer, em alguns casos, restrições e/ou ampliações das possibilidades de atuação de uns e outros: gera contratos forçados (interconexão e acesso a redes), impõe limites à propriedade (incompatibilidades, afetação de bens, limites máximos à participação nas sociedades) e ao uso dos ativos (compartição forçada); ao mesmo tempo, facilita o acesso de terceiros a determinados bens (*essential facilities*) ou a serviços a preço deficitário (serviço universal, em determinados pressupostos). De todas estas ações que integram a regulação é preciso reter que são exceções à regra geral e que, como tais exceções, devem ser justificadas caso

[5] Acerca deste tema, me reporto ao que escreví longamente em 1999. Vide GASPAR ARIÑO e OUTROS, *"Costes de transición a la competencia"*, Fundación de Estudios de Regulación, Madrí, 1999, 224 páginas.

a caso e estabelecidas conforme o princípio da legalidade. A justificação destas restrições decorre da existência de falhas no mercado (estruturais ou transitórias) que é preciso tentar corrigir com tais intervenções.

Da problemática das falhas de mercado poderiamos falar muito, e, inclusive, negar a sua existência, reconhecendo que tais falhas são, na realidade, falhas da regulação (incluindo nela todo o sistema institucional do "metamercado"). Para simplificar, vamos reter que na transição à concorrência, os mecanismos do mercado incipiente não irão funcionar de modo totalmente satisfatório (falha conjuntural) e que, ainda com a concorrência já estabelecida e amadurecida, nos setores com economias de rede (a maioria dos energéitocs, muitos dos de fornecimento e todos os de transportes e comunicações) os direitos que outorga a titularidade da rede devem ser limitados se se quer que exista pluralidade, concorrência e opcionalidade para os usuários (teoria jurídica das *essential facilities* e teoria econômica do *third party access*).

Em definitiva, a regulação vem, assim, a re-criar o mercado ali onde ele, sem aquela, não existiria.

OBJETIVOS E MEIOS DA REGULAÇÃO

Convém precisar muito bem quais são os objetivos da regulação. Não se trata, em absoluto, de fazer dela um instrumento político ao serviço de toda a classe de fins, por muito loáveis e desejáveis que eles sejam. A regulação econômico-setorial, de que aqui falamos, não está a serviço do emprego, ou da luta contra a inflação, ou do desenvolvimento regional, ou da redistribuição de rendas. Para isso servem a política trabalhista, a política monetária, a política industrial ou territorial de um Estado ou a política fiscal.

A política regulatória tem como objetivo único e exclusivo a defesa e boa ordenação do sistema de prestações de que se trata, nas melhores condições possíveis de segurança, qualidade e preços; com a maior eficiência que o estado da arte permita, tanto para hoje como para amanhã. Isso exige empresas solventes, estáveis, dinâmicas e rentáveis. Podemos especificar e concretizar um pouco mais tais objetivos, assim:

Primeiro, facilitar a entrada e saída do setor, possibilitando o investimento e o desinvestimento de capitais privados (pluralidade e capacidade de escolha). Os possíveis abusos são controlados mediante a regulação de defesa da concorrência.

Segundo, facilitar a conformação da própria oferta comercial pelas empresas do setor, possibilitando a livre formação de preços (regime de concorrência); se para isso for necessário regular o uso de alguns meios (acesso a redes, por exemplo) deverá ser feito.

Terceiro, facilitar a inovação e a assunção de riscos, possibilitando a apropriação dos benefícios que deles se possam obter (equilíbrio risco-benefício).

Quarto, garantir a livre escolha dos consumidores entre os diversos prestadores; ali onde não exista a possibilidade de escolha para os usuários, a regulação deve atuar (fixação de tarifas, estandarização e publicidade da oferta, etc.) e, também, o deve fazer para que as prestações declaradas essenciais cheguem a todos os possíveis destinatários (continuidade e regularidade da prestação de um serviço básico e universal).

É preciso combater a tendência de misturar fins diversos e, às vezes, contraditórios na regulação setorial. É experiência comum que as decisões regulatórias, muitas vezes, se colocam ao serviço dos grandes objetivos do Governo (por exemplo, combater o desemprego ou a inflação), dos interesses de diversas administrações ou grupos (aqui intervém a política territorial ou autonômica em muitas ocasiões), ou de outros setores aos quais se deseja ajudar (por exemplo, o setor mineiro do carvão na regulação elétrica espanhola). Isso é sempre um erro que distorce injustamente muitas medidas regulatórias. Há, também, que separar a regulação económica-setorial de outras regulações ambientais, sanitárias, urbanísticas ou fiscais, que serão muito convenientes, sem dúvida, mas que não são destinadas a manter a concorrência nos mercados liberalizados. Aquelas devem ser sempre neutras a respeito dos diversos operadores ou tecnologias presentes no setor; como a regulação do trânsito à respeito do sistema de transporte

Convém trazer aqui –para denunciar- a experiência observada em muitos lugares, na prática regulatória destes anos. Apreciam-se as tendências seguintes:

Uma tendência a *sobreregular* – regular em excesso- e uma tendência a que as regulações obsoletas sobrevivam, pelos interesses que sempre surgem ao abrigo das mesmas. A regulação econômica se autoalimenta (*is self-inflatina*) querendo corrigir seus múltiplos efeitos negativos por novas regulações.

Existe uma complexa trama de interesses que se ocultam atrás de toda regulação: interesses dos políticos, dos burocratas e dos grupos que crescem ao abrigo dos mesmos. *Os políticos*, que não só procuram o bem comum, mas, também os seus próprios interesses, encontram na regulação uma fonte de poder, de influência sobre os regulados, entre os quais rápidamente surgem amigos e protegidos, sem que o político assuma mais do que um mínimo custo (a regulação não custa: paga o público). Estes amigos fazem doações ao partido, estendem a sua influência e têm um poder mediático que o político agradece.

Também *a burocracia* tem seus próprios interesses: aumentar seu orçamento, ampliar sua competência, conseguir poder e prestígio através das regulações que eles têm que desenhar, supervisar e executar. Muitas vezes os

burocratas terminam por ser "capturados" pelos regulados e, depois de um tempo, deixam a Administração e trabalham para eles (*the revolving door*).

Finalmente, *os grupos de interesses* que se organizam em torno da regulação dos grandes setores são, pela natureza destes e os imensos recursos que movem, muito poderosos e os meios que desenvolvem para obter regulações favoráveis são muito variados. Face a estas poderosas e bem travadas organizações, o público permanece afastado, longe dos centros de decisão, desorganizado, embora, ao final, a fatura será paga por ele.

Estas conclusões da Comissão alemã de desregulação são coincidentes com as formuladas noutros países, fundamentalmente nos Estados Unidos e na Grã Bretanha e, também, com as que formulou em Espanha, há anos, o Tribunal de Defesa da Concorrência[6].

REGULAÇÃO E REGULADORES

A regulação econômica é uma tarefa complexa. Só uma adequada mistura de engenharia, análise econômica e bom direito público permitirá fazer uma *boa* regulação para a concorrência em setores estratégicos. Ainda, para adotar decisões certas, o regulador, que goza sempre de uma grande discricionariedade técnica, deve seguir determinados processos formais (convênios, audiências públicas, chamamento de interessados solução de reclamações) com os quais vai estabelecendo os equilíbrios necessários. Ainda, deve explicar, em foros, órgãos consultivos ou publicações de diversos tipos, a razão econômica e técnica da decisão que se pretende adotar, razão que pode ser discutida técnicamente em foros regulatórios específicos o fora deles.

Pois bem, tão importante como o regime legal, teórico, definido nas normas, é a qualidade, a fiabilidade e a credibilidade dos reguladores e suas boas práticas. Sem dúvida, o regime ou esquema regulatório definidor dos direitos e deveres dos operadores –autoridades, concessionários e gestores, usuários – é fundamental. Deve ser claro, estável, equilibrado; deve conter regras e princípios críveis que inspirem confiança aos operadores; mas, pela sua própria natureza, não definem com precisão *soluções fechadas* aos múltiplos conflitos que a realidade oferece, senão que devem formular critérios flexíveis de atuação, em função dos objetivos e das circunstâncias do momento. Assim, a apreciação - ou não – da existência de poder de mercado *(market power)* numa determinada área de atuação; ou se existe ou não capacidade disponível na rede para o acesso de terceiros, ou a quantia e condições dos aportes financeiros exigíveis àqueles usuários que requerem

[6] Vide entre outros muitos testemunhos ingleses e norteamericanos (Relatório Noll e outros) as conclusões a que chegou a Comissão de Desregulação alemã no seu relatório *"Opening of markets and competition"*, Bonn, 1991. No mesmo sentido, Relatório do TDC espanhol, *"Remedios políticos que pueden favorecer la favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios"*, Madrí, 1994.

novas conexões no serviço ou um aumento substancial de potência; ou a apreciação do cânon de pedágio exigível para a interconexão e o transporte de energia (ou de sinais) pela rede. São todos eles problemas que os reguladores devem resolver, mas que não podem ficar predeterminados *ex ante* nos diplomas legais. É preciso deixá-los –em alguma medida- ao juízo discricional e técnico (isto é, com discricionariedade técnica, portanto controlável) dos órgaõs competentes, o que implica que *tão importante como as regulações são os reguladores* encarregados da sua aplicação. Tão importante como o desenho da norma é a formação, a qualidade e a exemplaridade dos homens e mulheres a quem é confiada essa tarefa.

Conditio sine qua non para uma boa prática regulatória é a independência do regulador a respeito do poder político. Já dissemos que é preciso evitar que ele caia na tentação de utilizar os setores regulados como instrumentos para a obtenção de fins políticos, legítimos se se quer, mas estranhos ao serviço e que se devem obter através de meios mais transparentes e legalmente aprovados. Mas a figura do regulador independente também não se encontra isenta de riscos face aos quais o legislador deve se acautelar. É importante insistir na necessidade de que o regulador cumpra a Lei, os regulamentos e as regras estabelecidas; que não improvise ou invente regras; que exista segurança jurídica quanto à sua aplicação e que as condutas produzam efeitos previsíveis. Este requisito se poderia traduzir num traço fundamental do regulador, não quantificável, mas muito importante: a *credibilidade*[7].

Contudo, convém insistir em que o regulador não tem que ser o protagonista do setor; tem que saber que os seus poderes são simplesmente instrumentais, estão ao serviço do trabalho das empresas. Com isso queremos nos adiantar a uma certa tentação de todo regulador: a de se sentir o dono do setor e protagonista dos seus destinos. Se ele se deixar levar por essa tentação, tenderá a não fazer o trabalho – delicado, dificultoso, inacabável - de ajuste fino, constante, que é preciso, mas a tomar decisões sem justificar, tenderá a configurar ele próprio a realidade, a planejá-la e/ou a desenhá-la, determinando ele próprio, sem dar explicações, qual deve ser o número de operadores, suas quotas de mercado, seus investimentos e modalidades de prestação; numa palavra, quererá ser o desenhador do mercado e ele adquirirá um comportamento errático que conduzirá o setor ao caos. Os mercados se desenvolvem sózinhos espontâneamente, porque são a consequência da liberdade, e toda tentativa de configurá-lo desde o exterior é perigosa e contraproducente

[7] Sobre os entes reguladores, a sua estrutura, formação e regras de funcionamento, reporto-me ao que escreví há mais de dez anos, em *"Economía y Estado"*, Marcial Pons, Madrí, 1992, especialmente capítulo XI, páginas 376 a 389. Mais recentemente, o muito completo estudo de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, *"Agencias Reguladoras, Instrumentos de Fortalecimiento del Estado"*, BID, 2003, *in totum*.

SÍNTESE E CONCLUSÕES

Sintetizando uma teoria da regulação, fruto da observação de bastantes anos de dois setores – a energia e as telecomunicações - vou atrever-me a formular as dez conclusões seguintes:-

1ª) A regulação para a concorrência segue naturalmente a ruptura dos grandes monopólios de serviço público e a privatização das empresas estatais que os geriam. Tal ruptura é necessária e tal privatização conveniente para a modernização do setor e a melhor atenção dos usuários.

2ª) A introdução da concorrência é um processo. Sua regulação deve partir de um esquema inicial claro e aceitar sucessivos ajustes. Os políticos devem fugir da tentação de utilizar esta flexibilidade regulatória para ações de dirigismo sobre as empresas reguladas.

3ª) Uma adequada regulação é chave para o sucesso de qualquer privatização, pois proporciona a segurança jurídica de que precisam os potenciais investidores. Sem segurança de futuro, os investimentos se retraem ou encarecem. Tão importante como a regulação é o aparelho institucional em que se assenta.

4ª) Na referida regulação se deve eliminar tudo aquilo que impeça a inovação ou que produza transferências injustas de recursos a grupos privilegiados. Devem ser incorporadas, por outro lado, todas aquelas ações necessárias para que a concorrência se desenvolva efetivamente na prática, com um balanço acertado entre os custos que envolvem e os benefícios que dela se obtêm.

5ª) A regulação deve atuar tão só nos “gargalos” e nas outras falhas do mercado, para tornar viável a concorrência, ao tempo que reparte equitativamente os objetivos públicos que se julguem irrenunciáveis (serviço universal, cargas de serviço público) entre todos os operadores do setor.

6ª) O compromisso das autoridades com a regulação é condição essencial para a sua credibilidade; esta, por sua vez, é necessária para a aceitação das novas regras do jogo por operadores e usuários e à minimização dos custos transacionais.

7ª) Uma agência reguladora independente deve garantir a neutralidade na aplicação, a todos, de tais regras, agindo no dia a dia com poderes normativos (subordinados), executivos e arbitrais.

8ª) As fórmulas de desenho destas agências são variadas, como também o são as suas possíveis responsabilidades em torno de um núcleo de atividades já estabelecido (licenças, tarifas, padrões, conflitos, diretrizes). O importante é, por um lado, que se encontre dotada de autoridade efetiva e, por outro, que o desenho impossibilite a sua captura por qualquer tipo de poder ou grupo político ou econômico.

9ª) Cada setor terá a sua própria forma de incorporar o novo pluralismo, com uma estutura do mercado determinada. Em todo o caso, os mecanismos da "regulação por incentivos" resultam especialmente úteis em situações residuais de concorrência imperfeita.

10ª) A liberdade de escolha dos usuários, o aumento da iniciativa, o aparecimento de inovações, a melhora tecnológica ou o barateamento das tarifas, são alguns dos benefícios da introdução da concorrência regulada nos grandes serviços públicos.

A idéia da regulação que acaba de ser sintetizada pode ser projetada, em geral, às principais funções do Estado na vida econômica, o que nos permite falar sem rodeios de um "Estado-regulador" (em lugar de um "Estado-gestor") que seria aquele que, admitindo o protagonismo econômico da sociedade civil, se limitasse a manejar os instrumentos e alavancas necessárias para otimizar as interações no próprio seio, umas vezes corrigindo os excessos de pressão e outras a carência de impulso segundo a necessidade, mediante técnicas bem estudadas e finamente aplicadas. Não é um mau papel para a atividade econômica do Estado.

Madrí, 12 de setembro de 2005

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

ORTIZ, Gaspar Ariño. Sucessos e Fracassos da Regulação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível