Número 39 – agosto/setembro/outubro - 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

REGULAÇÃO DE SETORES DINÂMICOS

Natália de Almeida Moreno
Doutoranda em Direito Público e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com Menção em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Docente Assistente Convidada da Secção de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Colaborada do Departamento de Altos Estudos em Direito da Energia da Universidade de Coimbra, Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil e Jurisconsulta (nataliamoreno@fd.uc.pt; +351 913144787; +55 21 98873-0866).

1. Introdução

As profundas transformações por que passou a sociedade nas últimas décadas modificaram em definitivo os processos produtivos e as relações intersubjetivas que lhe são inerentes, falando-se, hoje, de uma sociedade de risco e de informação, globalizada e pluralista, marcada fortemente pela complexidade e pelo dinamismo.

A regulação, porque expressão, produto e meio de controle da Sociedade e do Mercado, não pode olvidar e quedar-se inerte a tais transformações, devendo evoluir *pari passu* e coerentemente à evolução dos setores regulados[1], a partir da modelagem de estratégias regulatórias,

[1] A doutrina da *New Institutional Economics* ressalta convincentemente a importância e a estreita conexão que a modelagem e a operatividade das instituições (regulatórias inclusive) têm com o regular e eficiente funcionamento do mercado, pois que afetam diversos fatores da atividade econômica, em especial os custos de transação (v. COASE, Ronald. The New Institutional Economics. *The American Economic Review*, vol. 88, nº 2, may/1998, pp. 72-74; WILLIAMSON, Olivier E. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. *Journal of Economic Literature*, vol. XXXVIII, sep/2000, pp. 595-613). Os avanços da doutrina em Direito Regulatório encaminham-se no mesmo sentido, reconhecendo-se a impossibilidade de pensar-se e construir-se a regulação sobre bases puramente teorético-ideológicas, ensejando o acoplamento de uma importante componente pragmática, responsiva ao comportamento e tipos de agentes regulados (*responsive regulation*), às configurações de comportamento dos agentes regulados (enquadramentos de cognição e operação das firmas), ao ambiente institucional amplo em que opera o regime regulatório, às diferentes lógicas das ferramentas e estratégias regulatórias, à performance do próprio regime e às mudanças em

instrumentos e ferramentas hábeis a harmonizarem-se e compatibilizarem-se aos tipos, formas e naturezas das condutas e atividades que se prestam a controlar e orientar.

Diante disso, propusemo-nos aqui a estudar, ainda que sucintamente, dadas as limitações ínsitas aos trabalhos deste género[2], os meios regulatórios capazes de responder ao dinamismo que peculiarizam alguns setores econômicos.

2. Os setores dinâmicos

A busca por uma (boa) modelagem regulatória depende, em primeiro plano, da análise e entendimento do ambiente regulado (quais são os *players* e os seus respectivos interesses, como operam, em que consiste a atividade económica, de que depende para bem funcionar, as condições de financiamento, investimento e amortização e assim por diante).

Logo, pensar a regulação de setores dinâmicos há-de começar pela perquirição das características que os permitem assim adjetivar e particularizar.

O verbete dá-nos elementos iniciais para compreensão. Dinâmico: "1. Referente a dinâmica, a movimento, a força. 2 Diz-se de todo organismo vivo, em virtude de ser fonte da energia particular que constitui a vida. 3 Ativo, enérgico"[3].

Trata-se, em linguagem corrente, de algo sempre em movimento, pulsante, com vida própria. O oposto de estático.

Na física, a dinâmica é a matéria que estuda os movimentos e a interação dos corpos com as forças internas e externas que os faz movimentar. Na matemática, os sistemas dinâmicos distinguem-se pelo fato de serem não-lineares, isto é, de não poderem ser resolvidos unicamente por equações algébricas simples (a + b = c), na medida em que possuem variáveis indeterminadas, a impedir a apresentação de uma única resposta correta obtida através da técnica algébrica analítica tradicional[4].

Os setores dinâmicos, tal como o entendemos, são, assim, aqueles em constante e rápida transformação, marcados pela interação de diversos atores e variáveis que nem sempre são ou podem ser determinadas e cujas relações de causa e efeito escapam à linearidade e a respostas únicas, objetivas e conclusivas.

---

cada um destes elementos (*really responsive regulation*). Sobre o ponto, v. AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation – Transcending the Deregulation Debate*. Oxford Socio-Legal Studies. New York/Oxford: Oxford University Press, 1995; BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Really Responsive Regulation*. LSE Law, Society and Economy Working Papers, nº 15/2007; e o nosso MORENO, Natália de Almeida. Tecnologias Regulatórias Piramidais: *Responsive Regulation* e *Smart Regulation* (a publicar).

[2] Um artigo científico, principalmente se oriundo de exposições orais temporalmente constritas em congressos e seminários, como é o caso, não pretende esgotar todos os temas passíveis de análise. Logo, há conceitos e idéias que não serão aprofundados neste estudo, dele constando somente de forma instrumental.

[3] MICHAELIS. *Dicionário de Português Online*. Disponível em: http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=din%E2mico.

[4] VILLATE, Jaime E. *Introdução aos Sistemas Dinâmicos*. Uma abordagem prática com Maxima. Creative Commons, fevereiro/2007, pp. 1-2.

São produto do crescimento ininterrupto e exponencial[5] dos dados, informações e comunicações produzidos e comutados no seio social advindos da globalização e das revoluções informática e tecnológica.

O altíssimo volume de dados e informações hodiernamente existentes e a grande velocidade com que são gerados, apreendidos, detidos, difundidos e aplicados na sociedade contemporânea torna impossível o seu conhecimento total por parte de um único ator.

Em consequência, os processos decisórios, por mais diligentemente que sejam realizados, operam, sempre, com informações imperfeitas e incompletas, tornando imprecisas e contestáveis as suas soluções finais.

Em decorrência, assistimos a uma virada paradigmática nas ciências[6], em que se reconhece que processos científicos e técnicos não são necessariamente objetivos e absolutos[7], estando sujeitos a incompletudes, erros e zonas em que a deficiência de dados, informações ou mesmo do conhecimento humano deva ser preenchida por escolhas, assunções e aproximações eleitas pelo cientista[8-9].

A quebra da certeza e objetividade que desde sempre acompanharam o saber técnico-científico, somada à impossibilidade de conhecer e coletar todos os dados e informações hoje existentes e produzidos na sociedade desvelam, de forma inequívoca, a *racionalidade limitada* dos decisores, patenteando a incapacidade de chegar-se a decisões precisas, certas e invariáveis, passíveis de subsistir ao tempo e às mudanças cada vez mais rápidas e muitas vezes imprevistas que o futuro revela.

Em acréscimo, a multiplicação dos atores e interesses que hoje compõem a cena político-normativa e os incessantes avanços tecnológicos experimentados em maior ou menor grau pelos setores econômicos tornam os cenários regulatórios cada vez mais dinâmicos, dados os fluxos de energia, materiais, informações, experiências e comunicações que emanam das inúmeras relações, interações e interfaces que têm lugar nas sociedades contemporâneas.

Sobretudo em setores altamente tecnológicos e dependentes da apreensão ampla e contínua de conhecimento e informações (os setores dinâmicos para o efeito do presente trabalho, como as telecomunicações, o

---

[5] MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big Data. A Revolution that will transform how we live, work and think*. London: John Murray Publishers, 2013, p. 13.

[6] v. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as Ciências*. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2006.

[7] VOS, Ellen. Market Building, Social regulation and Scientific Expertise: An Introduction. In: JOERGES, Christian; LADEUR, Karl-Heinz; VOS, Ellen [Ed.]. *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making: National Traditions and European Innovations*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, 1997, p. 127.

[8] GODARD, Olivier. Social Decision-Making Under Conditions of Scientific Controversy, Expertise and the Precautionary Principle. In: JOERGES, Christian; LADEUR, Karl-Heinz; VOS, Ellen [Ed.]. *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making: National Traditions and European Innovations*. Baden-Baden: Nomos Verl-Ges, 1997, p. 39.

[9] Nas palavras de Ulrich Beck, “em questão de perigos, ninguém é um especialista… e sobretudo não o são os experts” (*La Sociedad del Riesgo Global*. Siglo Veintiuno de España Editores, 2001, p. 91). Esta e todas as demais traduções realizadas no corpo deste trabalho foram realizadas livremente pela autora, recaindo sobre ela todas as correspondentes responsabilidades.

setor elétrico inteligente, os mercados financeiros), as trocas (de informações, entendimentos, evoluções, experiências, resultados) entre os diversos agentes (públicos e privados) que operam no ambiente regulado não só são essenciais para o bom funcionamento do mercado, como dão-se rapidamente e sem itinerários pré-fixados e sem parâmetros fechados e estáticos de comunicação.

Isto, à evidência, dificulta ainda mais as predições quanto aos rumos a tomar, deixando o decisor público com meras probabilidades e estimativas acerca do futuro, envoltas em contingências, que se modificam rapidamente à medida que os dinâmicos cenários e interesses pós-modernos vão evoluindo e se conformando mutuamente.

Por isso, nestes setores, os processos decisórios e a produção de riqueza vêm mais intensamente acompanhados, sistematicamente, pela produção social de riscos e incertezas[10-11], não se podendo conhecer ou medir plena e objetivamente as consequências e impactos que as ações, omissões, atividades e serviços diversos levados a efeito terão.

Logo, há tanto consequências previsíveis, mas de proporções e naturezas desconhecidas ou impossíveis de serem delimitadas (seja quanto ao tempo, seja quanto ao espaço), como consequências que não são – e, em alguns casos, não podem ser – sequer antevistas, conhecidas ou previstas[12].

Verifica-se, então, uma quebra da linearidade entre causa e efeito, no sentido de que inúmeras causas podem concorrer para a ocorrência de um único efeito; uma única causa tem o condão de gerar plúrimos efeitos; e a concorrência de efeitos podem vir a ser causa (ou uma das causas) para um outro – ou outros – efeito(s).

E, como nem todas as causas, tampouco todos os efeitos podem ser apreendidos, medidos e conhecidos pela humanidade, as relações de causalidade tornam-se cada vez mais complexas, turvando responsabilidades e relações, o que não só lhes retira o caráter linear e passível de predição, como, em consequência, dificulta sobremaneira a antevisão de efeitos – dada a dinâmica entre causas que nem sempre são ou podem ser todas avaliadas pelo decisor – e a escolha dos meios passíveis de e adequados a evitá-los.

---

[10] BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998, p. 25.

[11] Para a diferença entre risco e incerteza, v. os pioneiros trabalhos de KNIGHT, Frank Hyneman. *Risk Uncertainty and Profit*. Boston: Hart, Schaffner & Marz, 1921; KEYNES, John Maynard. *A Treatise on Probability*. London: Macmillan, 1921. Um cotejo entre as visões de ambos os autores pode ser encontrado em QUELHAS, José Manuel Gonçalves Santos. *Sobre as Crises Financeiras, o Risco Sistémico e a Incerteza Sistemática*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 147-189. Para uma diferença entre as concepções de perigo [*hazard*], risco, incerteza e ignorância, v. KASPERSON, Roger E. Coping with Deep Uncertainty: Challenges for Environmental Assessment and Decision-making. In: BAMMER, Gabriele; SMITHSON, Michael [Coord.]. *Uncertainty and Risk. Multidisciplinary Perspectives*. London: Earthscan, 2009, p. 338.

[12] Segundo Gabriele Bammer e Michael Smithson, alguns riscos e incertezas resultam da inexistência de métodos ou ferramentas para conhecê-los; e outras coisas simplesmente são impossíveis de conhecer – são "inconhecíveis". Há incertezas em como enquadrar ou elaborar questões, assim como falta de informações porque relevantes áreas não foram investigadas ou porque os métodos à disposição são limitados. E, quanto às coisas "inconhecíveis", os tomadores de decisão sequer se apercebam do que não sabem. (*Uncertainty and Risk. Multidisciplinary Perspectives*. London: Earthscan, 2009, pp. 4-5).

As predições e prognósticos, diante disso, já não mais podem ser dotados de certeza e exatidão[13], deixando-se para o futuro – o desconhecido porvir – um largo e incógnito espaço a conformar.

Como bem expõe INNERARITY, "em meios muitos dinâmicos, até a ação mais repetitiva (fazer o mesmo em circunstâncias semelhantes) não assegura a previsibilidade do resultado, quanto mais não seja porque nunca um processo se repete do mesmo modo. As incertezas são propriedades endémicas nos sistemas complexos" [14].

Assim, fórmulas fechadas, cujo processo de evolução é não só altamente demorado como custoso, não se afiguram adequadas a tais ambientes regulados, mostrando-se forçoso, para estes setores, que as ações e decisões presentes se permeabilizem à integração e modificação futuras, permitindo que novas informações e dados sejam adicionados ao processo regulatório e que as realidades, interesses, evoluções tecnológicas e circunstâncias futuros – que não conhecemos, nem podemos hodiernamente conhecer – sejam incorporadas rapidamente e com os menores custos possíveis aos quadros normativos e administrativos vindouros[15].

O grau de dinamismo que marca alguns setores econômicos, portanto, demanda respostas adequadas do regulador para fazer frente à aceleração do tempo e à acomodação das inúmeras variáveis, possibilidades e interesses que daí exsurgem.

3. Regulação de Setores Dinâmicos

O dinamismo e a complexidade não mais permitem que atividades econômicas marcadas como de alta tecnologia e de interação e comunicação em rede entre os plúrimos atores envolvidos no mercado sejam geridas mecanicamente e a partir de respostas únicas e impostas de cima para baixo; ao revés, reclamam a identificação, o reconhecimento, a internalização e a adaptação às suas fontes e consequências[16] a partir da construção de um sistema regulatório mais aberto e mais flexível que possa evoluir

[13] Como bem expõe INNERARITY, Daniel (*O Futuro e os seus Inimigos. Uma defesa da esperança política*. Alfragide: Teorema, 2011), "As novas escalas do mundo exigem prognoses modestas e dispostas a serem corrigidas" (p. 63). Isto porque "os prognósticos não trabalham com explicações causais, mas plausíveis; não se movem no terreno da demonstração lógica, mas no da verossimilhança" (p. 58); "Em todos os prognósticos há um elemento de aposta, um elemento que não é plenamente formalizável ou traduzível em termos científicos" (p. 59). Como consequência, "a investigação sobre o futuro tem como pretensão reduzir decisivamente as incertezas acerca do futuro, mas estamos cada vez mais conscientes de que essa tarefa tem os seus limites (…) o futuro continua a ser algo aberto até que se converta em realidade presente ou passada (p. 61).

[14] Daniel Innerarity, *O Futuro e os seus Inimigos…*, op. cit., p. 61.

[15] Assim é também por força do princípio da responsabilidade intergeracional, que impede que as decisões da maioria de agora, do presente, vinculem de forma definitiva e inequânime as pessoas vindouras, inviabilizando, em consequência, a autodeterminação das futuras gerações. Sobre o ponto, v. MORENO, Natália de Almeida. *A Face Jurídico-Constitucional da Responsabilidade Intergeracional*. Workings Papers do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra (a publicar).

[16] "O primeiro requisito da decisão racional é reconhecer a complexidade do mundo" (INNERARITY, Daniel. *O Futuro e seus Inimigos…*, op. cit., p. 72).

concomitantemente e coerentemente à evolução dos cenários que lhe são subjacentes.

Ignorar as complexidades e dinâmicas ínsitas a determinados setores econômicos, ultrapassando-as com a aplicação de modelos desenvolvidos para gestão de cenários simples, lineares e estáticos, portanto, não é – nem pode ser – a solução, tendo em vista as graves falhas regulatórias e os altíssimos custos que são gerados em decorrência de uma ruptura entre a lógica e estrutura das atividades econômicas e os modelos e estratégias regulatórios.

A alta complexidade e dinamismo de algumas indústrias, somada ao longo prazo da relação estabelecida entre regulador e regulado (tanto em serviços públicos sujeitos a contratos de concessão duradouros, quanto em atividades privadas regulamentadas sujeitas a licenciamento ou autorização), torna impossível antecipar, quando do início da relação regulatória, todos os interesses, tecnologias e demandas que advirão.

Isto significa que o marco regulatório inicial (os projetos, obrigações e perspectivas calculados no momento da delegação da concessão ou da outorga da autorização) pode (e na quase totalidade dos casos é exatamente isto que ocorre) tornar-se obsoleto[17], inadequado ou mesmo imprestável ao longo do tempo e à vista de mudanças na realidade fática.

Os setores dinâmicos, por se fundarem em e dependerem de processos altamente tecnológicos e comunicações contínuas entre os diversos atores a operar no mercado, demandam uma estrutura regulatória capaz de absorver mudanças e incentivar inovações, que, contudo, as fórmulas regulatórias tradicionais não são capazes de promover.

O modelo tradicional de hetero-regulação estatal, ainda amplamente empregado na maioria dos países de tradição jurídica continental, pauta-se em fórmulas de comando, fundadas em regras operando sob um sistema binário, e de controle, fundadas no sancionamento das condutas divergentes da prescrição normativa.

Tal formato ordena, então, aos agentes privados como, onde e quando agir (descrevem as condutas a serem desempenhadas pelos agentes econômicos no que tange ao modo de produção econômica, à prestação de serviços, à alocação de recursos, receitas e riscos, à formulação e oferta de produtos e à formação de preços, etc.) e, assim, impõe *standards* de condutas de forma imediata, indiscutível[18] e geral.

Esta estratégia apresenta as vantagens de fornecer claras direções aos agentes regulados sobre as ações que a devem proceder, provendo clareza, certeza e segurança ao ambiente econômico, e de veicular obrigações universais e vinculantes a todos os atores regulados sem distinções e discriminações, fornecendo iguais regras do jogo a todos os atores e evitando, em regra, perturbações externas à concorrência.

Não obstante, uma vez que tais normas descrevem condutas e meios que se mostram, sob determinadas circunstâncias, hábeis a atingir

---

[17] SAUSSIER, Stéphane. *An Economic Analysis of the Closure of Markets and other Dysfunctions in the Awarding of Concession Contracts*. European University Institute, EUI Working Papers, RSCAS 2013/08, 2013, p. 8.

[18] BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice.* 2nd. Ed. New York: Oxford university Press Inc., 2012, p. 107.

determinados fins, uma mudança nestas circunstâncias (tecnológica, social, cultural, política, técnica) implica, necessariamente, uma mudança nas normas para a adequar as condutas e os meios produtivos prescritos à nova realidade, gerando ineficiências inúmeras, dadas as reiteradas renegociações de direitos e obrigações entre Estado e os operadores que passam a ter lugar sempre que evolui a realidade, impondo – sobretudo, mas não só, em atividades de preços regulados – custos constantemente acrescidos aos consumidores e deixando de promover o incentivo necessário à manutenção e atualização adequada dos bens e serviços.

Isto é assim porque a remuneração dos operadores encontra-se, direta ou indiretamente[19], conectada ao adimplemento de obrigações *de meio* impostas pelo regulador; no entanto, as evoluções da indústria impactam diretamente os meios para atingir os fins e interesses públicos, ensejando que as obrigações originalmente delineadas sejam constantemente modificadas, impondo novos custos aos operadores para fazer frente às mudanças operadas.

Assim, as alterações constantes do arcabouço regulatório, cuja necessidade é ainda mais frequente em setores dinâmicos, não só impõem pesados custos ao Estado e aos agentes privados, como são, sempre, demoradas, dependendo de trâmites formais previamente estipulados cujo percurso é repleto de disputas.

Daí a evolução da regulação de comando e controle vir sempre acompanhada de pesados ônus e encontrar-se normalmente temporalmente descompassada com as evoluções da indústria – ou, no pior dos casos, ficar blindada às evoluções tecnológicas e sociais.

Ademais, a natureza prescritiva geral das fórmulas de comando e controle acaba por uniformizar os serviços e processos produtivos levados a efeito pela indústria, o que se, de um lado, pode ser positivo para garantir *standards* mínimos de segurança e qualidade, de outro, cria fortes desincentivos à inovação e à adoção de soluções criativas que mais eficientemente e a menores custos poderiam atingir os mesmos fins e que poderiam levar à diferenciação dos agentes do mercado, incitando a concorrência.

[19] Embora não possamos, aqui, elucidar completamente tais pontos, esclarecemos sucintamente que, em sistemas ou atividades de preços regulados, adquire o agente regulado, seja num regime de concessão, seja num regime de licenciamento/autorização, direito a um equilíbrio econômico-financeiro global de suas contas, devendo recompor, o Estado, eventuais perdas advindas de mudanças realizadas no marco regulatório que acabem por afetar substancialmente a remuneração dos regulados. Em sistemas ou atividades de preços livres, o desempenho dos particulares é guiado e subordinado à lógica do mercado, operando as obrigações impostas pelo regulador somente como um dos custos – o "custo regulatório" – somado a todos os outros a serem considerados para o cálculo dos preços que promoverão uma taxa de retono considerada suficiente e economicamente viável pelo particular. Não obstante, o "custo regulatório" é igualmente repassado aos consumidores através do preço final, bem como, a depender do tipo de modificação no marco regulatório e na possibilidade ou não de os agentes regulados preverem as mudanças realizadas, podem os agentes regulado fazer jus a eventuais indenizações ou recomposições financeiras para cobrir eventuais perdas decorrentes da regulação estatal.

Sendo assim, a textura inflexível e geral das normas de comando e controle torna-as menos sensíveis às rápidas mudanças tecnológicas e ao necessário fomento à inovação que os setores dinâmicos reclamam.

Não bastasse, o fato de as técnicas e tecnologias estarem sempre a mudar e evoluir desvela que qualquer solução uniformizadora e coercitiva adotada por parte dos reguladores pode ser altamente danosa para o estabelecimento de modos de produção e serviços mais eficientes que a prática e a concorrência entre diversas técnicas e tecnologias aplicadas por diferentes agentes do mercado poderiam melhor identificar, sendo altíssimo o risco de um ineficiente e desastroso *lock-in*[20] dos operadores a escolhas (em termos de projetos, tecnologias, operatividade, etc.) realizadas pelo regulador que, embora se possam mostrar acertadas em um dado momento, acabem por se desvelar inadequadas e incompatíveis com as evoluções da indústria, do interesse público e da tecnologia em momento futuro.

Daí que a identificação, teste e escolha das formas e processos que melhor extrairão os benefícios das atividades económicas dinâmicas podem ser melhor empreendidos pelos agentes regulados, não pelo regulador, especialmente por serem aqueles, não este, quem detêm maior expertise e informação para decidir que tecnologias e condutas se encontram mais bem alinhadas com o mercado, os seus planos de negócios e as necessidades da indústria – vindo, evidentemente, a suportar os riscos de suas escolhas.

Por esses motivos, entendemos que os esquemas regulatórios ora em vigor, pautados em fórmulas de comando e controle dos meios a serem adotados para a consecução das políticas públicas, não são capazes de conduzir a uma gestão e a resultados eficientes – e a experiência prática bem denota isso –, não se afigurando, em consequência, adequados para orientarem a implementação e gestão de setores marcados pelo dinamismo.

Estes dependem de um regime jurídico calcado em um sistema de princípios e regras mais flexível, eficiente e maleável, capaz de absorver as transformações constantes das tecnologias e das relações intersubjetivas que propiciarão, vinculando menos intensamente o regulador e os operadores a fórmulas e projetos pré-concebidos e fornecendo-lhe maiores espaços de liberdade de conformação.

Daí propormos uma viragem da regulação de comando e controle para uma regulação de performance e resultados, fundada no deslocamento da ótica da regulação dos meios para os fins – para os resultados e para a performance das companhias reguladas.

O intuito fulcral desta proposta é promover uma alocação mais lógica de riscos, impondo-os às partes que possuem melhor condições de geri-los e suportá-los.

Se é a indústria, à vista do maior acúmulo de experiência e expertise e do mais fácil acesso à informação, que se apresenta mais bem colocada (técnica e informacionalmente) para valorar o custo-benefício e a adequação, por exemplo, de equipamentos, produtos, projetos e serviços para o

[20] Fala-se de *lock-in*, ou aprisionamento, dos operadores nas indústrias de rede porque os altíssimos custos envolvidos na construção e atualização das infraestruturas e a presença de custos afundados impedem sejam modificadas, após a concretização, total ou parcial dos projetos, as bases sobre as quais foram estes fundados.

atingimento dos objetivos do setor, deverão correr às suas custas os riscos das escolhas a serem levadas a efeito.

São os agentes regulados, por conseguinte, que realizam as opções de cunho comercial-empresarial sobre a forma pela qual desempenharão os seus negócios, assumindo os riscos daí decorrentes.

E o regulador, desincumbido da imensa carga – e responsabilidade – de eleger meios, foca-se naquilo que há muito deveria ser a sua tarefa precípua: materializar e identificar, à luz da realidade e das peculiaridades e constante evolução do mercado, os *resultados* que melhor efetivarão os interesses e políticas públicas traçados para o setor, legitimando mais fortemente as intervenções regulatórias.

Sob esta fórmula, incumbe ao regulador, em primeiro plano, demarcar metas e parâmetros de performance e resultados a serem perseguidos e atingidos pelos operadores.

Os *standards* de performance podem ser formulados pelo regulador com fulcro nos desempenhos históricos da indústria em sua jurisdição ou a partir de *benchmarks* e *standards* internacionais, os quais, em qualquer caso, devem ser definidos *a priori*, clara e objetivamente pelo regulador, limitando-se àqueles cujo atingimento esteja no âmbito direto de ingerência das companhias reguladas, reduzindo-se ao máximo a adoção de critérios vagos e indeterminados.

Uma vez definidos os parâmetros de performance e resultados pelo regulador, incumbe aos operadores delinearem projetos e tomarem decisões sobre como cumprir mais eficientemente as metas, assumindo os riscos do sucesso ou malogro de suas escolhas.

E, em ambiente de preços regulados, os operadores podem ser, ao final, recompensados, via bônus/incrementos (passíveis ou não de serem limitados pelo regulador) no valor da tarifa que lhes permite ser cobrada, ou penalizados, via incidência de multas pecuniárias ou contra-ordenações outras caso não atinjam os parâmetros de performance e os resultados arrolados pelo regulador.

Sob este formato, portanto, não há uma intervenção direta, mas sim indireta, do regulador nas atividades reguladas, repousando a sua atuação na adoção medidas que encorajem a mudança de comportamento dos agentes do mercado e a sua adequação para o atingimento das finalidades públicas.

A gestão direta dos riscos do negócio cabe, então, ao operador, incumbindo-lhe, ao mesmo tempo, adaptar evolutivamente os seus planos de negócio para fazer frente às novas realidades que se apresentem e arcar com ônus e bônus que advenham de suas escolhas.

Logo, sob um pano de fundo constante (as regras, metas, objetivos e bases de remuneração regulatórias), suporta o operador privado os riscos de suas escolhas, o que, de um lado, dá-lhe a devida e indispensável garantia de que será justa e razoavelmente remunerado e recompensado pelo atingimento das finalidades púbicas e, de outro lado, socializa somente os custos que reverterão em prol da coletividade, imputando ao operador as perdas decorrentes do malogro das más escolhas realizadas ou da gestão ineficiente de riscos operada.

Com efeito, mantendo-se as metas de performance e resultados as mesmas para um período regulatório, eventuais adaptações necessárias para fazer frente, p. ex., às atualizações tecnológicas, não dependerão de uma reformulação regulatória ou contratual, tampouco dependerão, em regra, de prévias renegociações e majorações tarifárias.

Além disso, a concentração do regulador nos resultados finais a serem entregues pelos operadores reduz drasticamente a quantidade de normas a serem conhecidas, observadas e adimplidas pelos regulados/concessionários, minorando os custos que daí advém e viabilizando que sejam repassadas aos consumidores os respectivos ganhos econômicos e de eficiência.

Da mesma forma, os ônus de *compliance* e *enforcement* que caracterizam as medidas de comando e controle são substancialmente mitigados.

De um lado, os agentes regulados – autorizatários e/ou concessionários – recebem um número mais reduzido e mais objetivo de missões (cumprir os parâmetros de performance e eficiência) e recebem incentivos financeiros para cumpri-las, o que tem o potencial não só de reduzir os custos e os desígnios de captura, como majorar a eficácia e efetividade das medidas, porque a adesão dos agentes regulados à proposta governamental implicará em maiores lucros.

De outro lado, o poder público desonera-se de grande parte dos ônus fiscalizatórios ao transferir para os agentes regulados o ônus de relatarem e demonstrarem o adimplemento das missões regulatórias, além de reduzir a incidência de processos contenciosos e os custos e tempo para as respectivas soluções.

Trata-se, portanto, de uma atuação estatal mais fluida e maleável – e usualmente mais barata –, que se põe a coordenar e induzir, ao invés de impor, condutas.

Por isso, parece-nos que a regulação de performance e resultados mostra-se sobremaneira adequada à regulação de setores dinâmicos.

Não obstante, há casos e questões, por exemplo, que demandam uma *standardização* fechada, abstrata e genérica que as normas de comando e controle podem melhor endereçar, nomeadamente em questões de interoperabilidade técnica e de perigos e condutas já amplamente conhecidos e delimitados como danosos ao ambiente regulado; assim como há situações que medidas altamente coercitivas precisem ser implementadas diante da inércia ou sucessivas demonstrações de descaso por parte dos agentes regulados (autorizatários ou concessionários) relativamente aos interesses públicos.

Nestas hipóteses, não há dúvidas, uma regulação de performance e resultados é ineficiente e incapaz de garantir a ordenação dos agentes privados à consecução das políticas públicas.

Por isso, a simples substituição de uma modelagem regulatória por outra é indesejável, devendo-se ter em conta que as complexas manifestações da realidade impõem um arcabouço regulatório igualmente complexo e multifacetado.

Daí incorporarmos os ditames da *smart regulation*, uma tecnologia regulatória que tem por escopo tornar a regulação mais flexível e inteligente, no sentido de que a combinação de diferentes métodos, técnicas e instituições

pode tornar os sistemas regulatórios mais eficientes e, as decisões regulatórias, de melhor qualidade.

A *smart regulation*, resumidamente, volta-se à preferência por políticas públicas e especialmente regulatórias que (i) incorporem um *mix* com uma ampla gama de instrumentos (medidas regulatórias, de auto-regulação e co-regulação) e instituições (públicas e privadas, lucrativas ou não); (ii) façam uso de medidas menos interventivas, reduzindo os custos regulatórios impostos aos agentes regulados e custos de elaboração, supervisão e fiscalização das medidas por parte do regulador; (iii) edifiquem pirâmides dinâmicas dos instrumentos a serem gradualmente aplicados na extensão necessária para o atingimento dos interesses públicos (*v.g.*, no reiterado descumprimento de obrigações voluntárias ou na não correspondência dos sinais de incentivo por parte dos agentes privados, adotar-se-ia um mecanismo mais interventivo, com a imposição de penalidades); (iv) concedam poderes aos participantes que estejam em melhores posições para levarem a efeito os objetivos públicos, agindo como "reguladores-suplentes" ou "reguladores-delegados" [*surrogate regulators*]; e (v) maximizem as oportunidades para resultados de proveito-proveito [*win-win outcomes*], em preferência a resultados de proveito-perdas[21].

Por conseguinte, uma vez que os mercados regulados são dinâmicos, a conjugação de mais de um tipo de medida regulatória para a consecução dos objetivos públicos mostra-se necessária e volta-se, ao mesmo tempo, a impedir modificações e revisões constantes e custosas dos métodos regulatórios e a compensar eventuais malogros ou ineficiências de uma determinada medida com o êxito de outra(s).

Um modelo de performance e resultados que incorpore algumas normas de comando e controle, portanto, parece-nos ideal para responder ao dinamismo e a complexidade de setores económicos marcados pela inovação tecnológica e pela pluralidade e velocidade das interações.

4. Conclusões

Podemos sintetizar as nossas conclusões nos seguintes excertos:

(i) a alta complexidade e dinamismo de algumas indústrias, somada ao longo prazo da relação estabelecida entre regulador e regulado (tanto em serviços públicos sujeitos a contratos de concessão duradouros, quanto em atividades privadas regulamentadas sujeitas a licenciamento ou autorização), torna impossível antecipar, quando do início da relação regulatória, todos os interesses, tecnologias e demandas que advirão;

(ii) uma vez que as normas de comando e controle descrevem condutas e meios que se mostram, sob determinadas circunstâncias, hábeis a atingir determinados fins, uma mudança nestas circunstâncias (tecnológica, social, cultural, política, técnica) implica, necessariamente, uma mudança nas normas para a adequar as condutas e os meios produtivos prescritos à nova realidade;

(iii) as alterações constantes do arcabouço regulatório, cuja necessidade é ainda mais frequente em setores dinâmicos, não só impõem pesados custos ao Estado e aos agentes privados, como são, sempre, demoradas,

[21] GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR. *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. Oxford socio-legal studies. Oxford: Clarendon Press Oxford, 1998, pp. 387 e ss.

dependendo de trâmites formais previamente estipulados cujo percurso é repleto de disputas;

(iv) os setores dinâmicos, por se fundarem em e dependerem de processos altamente tecnológicos e comunicações contínuas entre os diversos atores a operar no mercado, demandam uma estrutura regulatória capaz de absorver mudanças e incentivar inovações, que, contudo, as fórmulas de comando e controle, por ordenarem aos agentes privados como, onde e quando agir e, assim, imporem *standards* de condutas de forma imediata, indiscutível e geral, não podem promover;

(v) na medida em que os horizontes futuros contêm lacunas diversas, que só gradualmente e incrementalmente podem ser preenchidas e conhecidas pelos agentes do mercado e pelo regulador, as decisões regulatórias devem deixar abertas tantas opções para o futuro quanto possível, permitindo que as realidades, interesses e cenários futuros, que não conhecemos, nem podemos hodiernamente conhecer, sejam incorporadas aos quadros normativos e administrativos vindouros;

(vi) é indispensável que a regulação se operacionalize através de medidas e políticas públicas passíveis de graduais e contínuos preenchimento, avaliação e modificação, dotando-as de uma "capacidade adaptativa" para responderem adequadamente às novas informações, dados, riscos, tecnologias, efeitos práticos, preferências, circunstâncias e interesses que se apresentarem ao longo de sua implementação;

(vii) setores dinâmicos demandam mecanismos regulatórios flexíveis, graduáveis e moldáveis, permitindo que as percepções púbicas acerca dos mercados, seus operadores e respectivas dinâmicas se vão adaptando e concretizando *pari passu* à evolução do sistema;

(viii) a modelagem de regulação de performance e resultado parece-nos a mais adequada à regulação de setores dinâmicos, por transmudar a lógica regulatória *dos meios para os fins*, a partir do controle da performance e resultados apresentados pelos agentes regulados, e por se apresentar mais aberta, colaborativa e flexível, voltando-se a incentivar condutas dos agentes regulados ao invés de impor condutas e sancionar descumprimentos e promover uma compatibilização gradual da regulação aos cenários futuros, exarando respostas mais maleáveis e adequadas às cambiantes circunstâncias de setores dinâmicos e complexos;

(ix) assim, sem rupturas no arcabouço regulatório, é possível satisfazer as condições e necessidades compatíveis com a realidade que os setores dinâmicos demandem, pois a responsabilidade de eleger os meios que melhor atenderão às metas e objetivos finais arrolados pelo regulado em cada momento histórico é do agente privado (autorizatário ou concessionário);

(x) dessa maneira, Estado, Indústria e Sociedade repartem e compartilham equitativamente riscos, viabilizando que a sua gestão se dê mais eficientemente pelos atores que melhores condições têm de geri-los e suportar os respectivos ônus;

(xi) não obstante, há casos em que expressões da regulação de comando e controle pode se mostrar apropriada e necessária, não se podendo simplesmente substituir uma modelagem regulatória por outra;

(xii) uma combinação de estratégias, instrumentos e ferramentas afigura-se mais adequada a responder à complexidade e multidisciplinariedade dos problemas pós-modernos; e

(xiii) uma regulação mais apropriada a setores dinâmicos, portanto, é aquela que se mostre mais flexível e aberta para o futuro, incorporando as mudanças nos seus cenários subjacentes da forma mais rápida, eficiente e menos custosa ao Estado, à Sociedade e ao Mercado.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MORENO, Natália de Almeida. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 39, agosto/setembro/outubro, 2014. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-39-AGOSTO-2014-NATALIA-MORENO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.