

Regulação como princípio constitucional de comportamento econômico: a falta de sintonia no setor de telecomunicações

Regulation as a constitutional principle of economic behavior: the lack of tuning in the telecommunications sector

Márcio Iorio Aranha*

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, 172p. (R\$34,90)

Há obras inspiradas no passado e obras inspiradoras do futuro. Há, todavia, aquelas que conjugam uma percuciente análise de fatores até então tratados de forma esparsa com a afirmação de postulados sólidos, reconciliando-os com a história e, mais ainda, com as percepções disciplinares da história. É seguramente nessa última categoria de obra inspirada e inspiradora em que se encontra o livro intitulado “Regulação de serviços públicos na perspectiva da Constituição Econômica brasileira”, do decano de direito administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Sua leitura em meio a presente crise financeira mundial iniciada em 2007 revela-se atual, em especial com relação à pertinência do tema regulatório aos fatores de justiça social e política econômica.

Trata-se de um dos temas áridos existentes na fronteira entre o direito administrativo – mais especificamente regulatório – e o direito econômico, enfrentando-o a partir do pressuposto jurídico-regulatório de atuação estatal como uma exigência constitucional: “[a] presença do Estado – direta ou indireta – em setores de ‘serviços públicos’ se faz indispensável. É este um comando constitucional” (p. 5).

O fio condutor do estudo encontra-se na assertiva de que as políticas regulatórias são ínsitas aos princípios jurídicos inerentes à ideologia constitucionalmente adotada no Brasil, estudada pelo direito econômico e

*Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade de Brasília. *Visiting Fellow* na *University of Southern California*.

aplicável às atividades econômicas *lato sensu* na perspectiva de que “os princípios incidentes sobre os serviços públicos exigem regulação” (p. 156). Mais ainda, o argumento central difundido por toda a extensão da obra é o de que a regulação estatal de serviços públicos não só se afigura como uma demanda constitucional como também encontra-se previamente direcionada em seus vetores principais por princípios regulatórios tradicionais de direito público. Tal percepção é transparecida no decurso das análises efetuadas pelo autor no que se refere às noções de serviço público, de ideologia constitucional, de regulação, de liberdade de iniciativa, de liberdade de concorrência, dentre inúmeros outros temas correlatos, tais como o de aplicação do princípio da economicidade (p. 78), o de definição do espaço público e privado (p. 83), o de dever-poder do Estado na disponibilização de serviço público (p. 90).

Ao ocupar espaço fronteiro entre as disciplinas de direito administrativo e direito econômico – e porque não direito administrativo regulatório, setorial ou simplesmente regulatório –, é natural que o primeiro obstáculo conceitual recaísse na delimitação de escopo disciplinar. Nunca é demais recordar que o processo de autonomia de um ramo de conhecimento jurídico dificilmente ocorre de modo pacífico; nele, são geradas arestas na medida em que a disciplina mais específica se apropria das temáticas até então estudadas na disciplina originária. Não é diferente o caso do direito econômico e a obra inaugura sua abordagem com o olhar sobre a regulação de serviços públicos a partir da análise de regras jurídicas “que impõem a seu destinatário uma determinada conduta de mercado, um comportamento econômico” (p. 3). O ponto de partida da obra é o de que o direito administrativo é identificado pelo estudo da noção de serviço público, suas características e seus princípios, o regime jurídico-administrativo regente, a atuação da Administração Pública, a competência dos órgãos e entidades integrantes de sua estrutura, enfim, ao direito administrativo é reservado o estudo do papel estrutural da Administração Pública, enquanto instituição, e do serviço público, enquanto instituto jurídico. Por outro lado, o agregado teleológico de caráter econômico gravado nos serviços públicos seria disciplina específica do direito econômico na medida em que esse ramo de estudo jurídico preocupa-se, acima de tudo, com a “direção da política econômica pelo Estado” (p. 2), ou seja, com princípios orientadores da

conduta do destinatário no mercado, princípios esses de sede eminentemente constitucional.

Fixado o enfoque de análise da regulação dos serviços públicos por meio da realização da chamada Constituição Econômica, a opção do estudo foi a de situar como objetivo do Estado Social a proteção dos direitos fundamentais por intermédio da garantia das condições necessárias para o desfrute dos direitos cívicos e, acima de tudo, a partir do estreitamento entre Estado e sociedade advindo do compromisso de garantia dos meios para gozo dos direitos, conferindo à dimensão interventiva do Estado Social sua perpetuação sob a insígnia do Estado Democrático de Direito (p. 19). A implementação das políticas neoliberais a partir da década de 1970 é colocada em perspectiva na medida em que se evidenciam as diferenças entre os ambientes existentes na Europa e nos Estados Unidos, em contraposição ao vivenciado na América Latina, desmistificando-se os resultados festejados dos programas de desestatização na região (p. 24-32).

Ao se defrontar com o conceito de regulação, o trabalho aprofunda-se mais ainda no caráter diretor dos princípios constitucionais em relação à política econômica e, por conseguinte, na pauta normativa diretiva da atuação estatal no domínio econômico: a regulação e seu “papel pró-ativo na formulação e na implementação de políticas setoriais” (p. 43). O esforço em se evidenciar um significado mais amplo à regulação que não a mera garantia do equilíbrio do mercado ou a correção de práticas distorcidas de agentes econômicos levou o estudo à subdivisão de manifestações regulatórias segundo seus objetivos, sejam eles: a) a regulação de monopólios para reprodução das forças de mercado por intermédio de controle de preços e fixação de padrões de qualidade dos serviços; b) a regulação da concorrência, em que a atuação estatal procura criar as condições necessárias para existência da concorrência, bem como mecanismos para sua preservação; c) e, finalmente, a regulação de serviço público, ou regulação social, em que a atuação estatal não busca, como seu objetivo primordial, a simulação de condições de mercado a um monopólio ou o estímulo e preservação da concorrência mediante correção de falhas de mercado, mas se dirige diretamente ao fim maior de preservação do interesse social, mediante, por exemplo, medidas voltadas à universalização dos serviços públicos.

Outro desafio enfrentado pelo texto diz respeito à definição do conceito mais discutido no âmbito do direito administrativo e essencial à abordagem pretendida pela obra: a própria definição de serviço público. Raramente um tema tão espinhoso recebe um tratamento que não recaia em postulados dogmáticos ou posições ortodoxas, e o que se nos é apresentado no trabalho é exatamente o produto da experiência acadêmica de seu autor: o tratamento coerente e suficiente da definição de serviço público como espécie de atividade econômica submetida à ação regulatória do Estado (p. 54). Embora, à primeira vista, possa parecer que tal definição mantém o serviço público no limbo ao ser classificado no rol ainda maior das atividades econômicas, essa opção de tratamento da matéria conecta o serviço público e sua conceituação jurídica às políticas econômicas, enquadrando-as, assim, no âmbito de incidência da principiologia constitucional. O serviço público não é mais um serviço submetido a um conjunto discricionário de opções de política econômica, mas uma atividade econômica submetida a um conjunto principiológico de comandos constitucionais orientados para o acesso universal de serviço adequado, regular, atual, modicamente tarifado e contínuo (p. 56). A partir da coligação entre as garantias clássicas de direito administrativo e a percepção da regulação como princípio de realização da Constituição Econômica, a aplicação do ambiente concorrencial deixa de ser uma opção político-administrativa para se transformar em uma questão normativa de adequação ou de inadequação. “A concorrência produz bons resultados em segmentos tipicamente privados como siderurgia, mineração, construção, naval, petroquímica, o que não ocorre em infraestrutura e serviços públicos” (p. 64). Para o estudo em pauta, serviços públicos de infraestrutura de redes são, em regra, arredios ao ambiente concorrencial, que destrói as economias de escala e de integração, não induz ganhos de eficiência e de qualidade, como também não resulta em preços mais baixos para os consumidores.

A correlação estabelecida entre serviços públicos de infraestrutura e regulação para concretização de valores constitucionais explica o esforço do trabalho de ordem conceitual em esclarecer a ideologia constitucionalmente adotada no Brasil. Nela se vê um Estado comprometido com direitos individuais e sociais, bem como orientado à redução das desigualdades regionais. Ambos os objetivos constitucionais encontram-se envoltos pela aura da dignidade da pessoa humana assim declarada tanto como

fundamento do Estado Democrático de Direito quanto como princípio da ordem econômica. A par dos pressupostos orientadores da atuação regulatória nos serviços públicos de infraestrutura, há ainda o componente extraído das lições de João Bosco Leopoldino da Fonseca: a centralidade das instituições de aplicação da política econômica (p. 79).

A primeira metade da obra, portanto, encerra em si mesma um postulado de correlação entre serviço público, regulação, política econômica e instituições político-administrativas de concretização da ideologia constitucional. Dita correlação é essencial para os passos seguintes de avaliação da prática das instituições regulatórias brasileiras.

À análise conceitual, por si só, complexa, segue-se a análise do funcionamento e das características das instituições em sua função de concretização da ideologia constitucionalmente adotada, enfocando-se os setores específicos de serviços públicos de infraestrutura e a configuração institucional dos arautos do modelo regulatório inaugurado na década de 1990: as agências reguladoras.

É certo que a presença autárquica regulatória das agências reguladoras experimentou altos e baixos ao longo do seu primeiro decênio de maior visibilidade, em especial com relação aos setores de infraestrutura. A obra dialoga exatamente com esse universo fragmentado de prestação e regulação de serviços públicos nas áreas de transporte rodoviário, energia elétrica, saneamento básico e telefonia fixa local. Nesse sentido, o estudo, em seu conjunto, é um libelo circunstanciado, cujo réu – a prática regulatória referente aos setores descritos – vê-se confrontado com os objetivos regulatórios inscritos nos diplomas normativos primários de índole constitucional e infraconstitucional.

Em meio à crítica dos encaminhamentos regulatórios praticados no Brasil nos setores de transporte rodoviário, energia elétrica e saneamento básico, o setor de telecomunicações não só foi objeto de análise em sua dimensão de sucesso/insucesso da política regulatória frente às expectativas constitucionais, como também serviu como modelo de incompatibilidade de sua lei maior, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), ao texto constitucional (p. 98-100). Segundo o autor, a sistemática adotada pela Lei Geral de Telecomunicações não se limitou a delegar a execução dos serviços de telecomunicações aos particulares: “[a]o que tudo indica, se preordenou a privatizar boa parte dos serviços de telecomunicações e se adotou critério

similar aos países da União Europeia, sem respaldo da Constituição Brasileira” (p. 99). O descompasso da Lei Geral de Telecomunicações com o parâmetro constitucional caracterizador, em regra, dos serviços de telecomunicações, como serviços públicos, dessarte alienados do regime de concorrência, embora não do ambiente concorrencial, apresenta-se claramente na acusação de que dita lei teria adulterado a previsão constitucional ao transformar a exceção – serviços de telecomunicações privados de interesse exclusivo de agentes privados – em regra. Não se questiona, portanto, a possibilidade de submissão de serviços de telecomunicações ao regime privado, nem a possibilidade de serem de titularidade de particulares, mas se acusa a Lei Geral de Telecomunicações de inverter o sinal da ideologia constitucionalmente adotada para serviços públicos de infraestrutura. “[P]ode-se até acolher que muitos deles [dos serviços de telecomunicações] não se incluem na concepção de ‘serviços públicos’; seriam do interesse exclusivo de agentes privados. Mas se assim for, a matéria demandará um tratamento específico, compatível com o texto constitucional” (p. 100).

No que diz respeito à prática do setor de telecomunicações em sua dimensão de telefonia fixa local, o estudo registra um descompasso entre a política econômica adotada no Brasil e os objetivos ínsitos ao serviço público. A posição ocupada pela telefonia fixa local no conjunto de setores analisados na obra evidencia a característica modelar do setor de telecomunicações, tendo em vista não só o festejado conjunto de medidas prévias à privatização do Sistema Telebrás voltadas a uma transição que não convivesse com solução de continuidade na atuação regulatória estatal, como também a consolidação de uma das agências reguladoras mais bem equipadas do modelo inaugurado na década de 1990 – a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). “[A] política econômica adotada para o setor de telefonia fixa local – ainda que reconhecida como consistente, em muitos pontos, e evidenciando eficiente presença da Anatel – ainda não conseguiu consolidar nenhum dos dois objetivos primordiais visados: instauração da ‘concorrência’ (...) e ‘universalização do serviço’ (...) Evidencia-se a necessidade de maior presença estatal no setor, que pela sua significação para o bem-estar do cidadão não pode ficar à mercê das forças de mercado” (p. 144).

Se as digressões presentes na obra já não fossem, em si mesmas, estudos esclarecedores do estado da arte para os temas da atuação pública no domínio econômico, de relação da política econômica com a regulação estatal, do contexto da disponibilização de serviços públicos em meio à ideologia constitucional, bem como das políticas regulatórias de serviços públicos de infraestrutura no Brasil, a obra, em seu conjunto, promove à abertura dos olhos do jurista às exigências impostas não só pela “entidade” (p. xvii) *Constituição Econômica Brasileira*, mas precipuamente pelo esforço de se levar o Direito Administrativo clássico a sério em seus princípios derivados do dever-poder estatal de prestação e regulação de serviços públicos, em especial os de infraestrutura. “Quando se cuida de um regime de concorrência entre operadoras locais de um ‘serviço público’ o que se quer significar é uma opção do Estado por um regime de ‘não exclusividade de prestação’ (ou em ‘um ambiente concorrencial’)” (p. 142). Em outras palavras, a lógica dos princípios derivados do dever-poder estatal de prestação e regulação de serviços públicos de infraestrutura de redes não se rende, por razões jurídico-administrativas embasadas na ideologia constitucional, ao jogo dos mercados, assim entendidos os ambientes de manifestação da livre iniciativa e da livre concorrência.

