

REGULAÇÃO E SERVIÇOS PÚBLICOS

Sérgio Roberto Baasch Luz

O artigo que propomos tem como referente um tema indubitavelmente movediço e novedoso. A *regulação*¹ constitui um tema clássico e reflexivo para a doutrina americana, embora quase que, ao menos até recentemente, estranho aos demais países ocidentais, aí incluída a nossa velha Europa². Sua vagarosa chegada tem sido compensada, sem embargo, por uma triunfal entrada, prostrando a doutrina a seus pés. Não cabia outra situação, pois essa importação obriga necessariamente a nossa doutrina a apressar o passo, com o objetivo de consolidar a base doutrinária de que toda questão jurídica precisa.

-
- 1 Ariño Ortiz; y De La Cuétara Martínez: *Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos*, en *Cuadernos de Derecho Público* 9, enero-abril del 2000, p. 11. Uma definição diferente nos oferece T. Prosser, segundo o qual se deve entender como tal o ato de controlar, dirigir ou governar de acordo com uma regra, princípio ou sistema. *Law and the regulators*. Clarendon Press. Oxford, 1997.
 - 2 Assinala neste sentido J.J. Montero Pascual que na Europa continental não se pode falar nem de “desregulação”, “re-regulação”, nem de “neo-regulação”, dado que nela nunca foi realizada a prestação dos serviços de interesse geral através da regulação, senão mediante monopólios que eram ao mesmo tempo reguladores e gestores, porque os problemas se solucionavam através de decisões internas e raramente através de normas jurídicas, devendo, por isso, falar-se de simples regulação. *Titularidad privada de los servicios de interés económico general*, em *Derecho de las telecomunicaciones*. p. 1.220-1.221.

Por tudo isso, parece conveniente, como questão preambular, voltar vista à história, desde a premissa de que, quando as novas construções se realizam sem uma metódica reflexão sobre aquelas que vem a substituir, sempre se contradizem ou erram.

Pode-se afirmar a existência de um conceito tradicional de serviço público, que se aglutinava em torno dos seguintes pontos:

1) gestão direta da *administração*, ou indireta, embora sujeita à regulação dos poderes públicos;

2) titularidade administrativa da atividade em todo caso. É uma atividade de que a administração é domínio, mesmo que possa ceder sua gestão aos sujeitos privados;

3) tendência à gestão monopolística.

Em definitivo, um modelo que se baseia na exclusão das* regras que regem o mercado. A provisão dos serviços essenciais é, por assim dizer, algo que está para além dos interesses privados, algo que faz parte do domínio do interesse público, justificando, assim, que se excluam as motivações egoístas que regem o funcionamento das empresas privadas e se submeta a uma gestão desinteressada, como o é a pública.

Partindo desses pressupostos, não é de se estranhar a evolução para um novo modelo, que trata de recuperar as virtudes do mercado, sanando, desse modo, as escleroses provocadas pelo abuso na utilização do público, nem tampouco o é que essa inten-

* *Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Mestre e Doutorando pelo Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas — CPCJ — Univali (SC); Professor do Curso de Direito*

troca fosse fortemente contestada numa perspectiva social.

Surge, por isso, um movimento de defesa dessa noção, que se encontra fortemente enraizada nos valores sociais e democráticos, e que se pretende acossada por uma ofensiva neoliberal, que responde aos interesses dos grandes conglomerados econômicos. Esses paradigmas do serviço público aparecem especial-

ç
ã
o
d
e

mente entre os juristas franceses³, cujo apego a essa figura, de que são em boa parte criadores, é incontestável.

Antes de aceitar essa corrente crítica, impõe-se uma análise mais pausada, pois existem importantes razões que propunham a troca.

Em primeiro lugar, essas trocas respondem à aparição de novas condicionantes não existentes no momento da formulação da teoria tradicional.

O certo é que atualmente os serviços públicos requerem um âmbito mais amplo de gestão que não lhe pode oferecer um sistema que fraciona o mercado europeu, e porque não dizer os demais países ocidentais, em uma série de monopólios nacionais, gerenciados por empresas carentes de dimensão, abrangência e competitividade necessárias para poder enfrentar, em condições de igualdade, os grandes competidores americanos e japoneses.

Para conseguir esses objetivos, parece necessário, sem embargo, instaurar um sistema competitivo⁴. Nota-se que a criação de um mercado no âmbito europeu e sul-americano supõe enfrentar sujeitos de diferentes naturezas, pois o setor público dos diferentes Estados europeus e sul-americanos varia notavelmente de uns para outros. Assim, pode ocorrer que em um país uma atividade seja desenvolvida por empresas públicas ou privadas, beneficiadas por um regime de direito público, e em outro pode ocorrer que essas empresas atuem sujeitas às regras de mercado. Obviamente, não pode haver mercado onde não há igualdade⁵.

3 RAPP, L. *La politique de liberalisation des services en Europe, entre service public et service universel*, em *Revue du Marché Commun et L'Union Européenne* 389, junho-julio de 1995. p. 353.

4 Assinala Prosser que, se em matéria de regulação de monopólios e regulação para a competência existe um amplo corpo doutrinário, este é deficitário no âmbito da regulação social. Campo este que conta com uma importante base científica no modelo tradicional de serviço público. *Law and the regulators*. Clarendon Press. Oxford, 1997.

5 "El concepto de equidad no es meramente descriptivo, sino que se define y concreta desde una postura eminentemente normativa. Suele estar unido a algún outro criterio de medición de las necesidades o al logro de la igualdad de oportunidades. Según la teoría ortodoxa neoclásica, la equidad se alcanza cuando existe una igualdad entre el ingreso de un individuo y el valor de su contribución productiva a la sociedad" em GALDUF, Josep María Jordán; MARURI, Isidoro Antuñano.

Disso decorre que desde o tratado Maastrich (Bruxelas) objetiva-se que todas essas empresas se sujeitem a um mesmo regime (princípio de igualdade de trato), o que exige, em última instância, submeter essas empresas ao jogo da lógica imposta pelo mercado.

Em segundo lugar, há algum tempo o sistema tradicional sofre um certo declive, que permite perceber nele algumas deficiências. Durante muitos anos o controle da eficácia da gestão pública foi visto subordinado às finalidades sociais a que era dirigida, amparando-se na idéia de que ditos objetivos não podem ser objeto de valoração econômica. Nos últimos tempos, se há perfurado uma série de críticas à sua capacidade para cumprir suas funções.

Assim, em primeiro lugar, questiona-se sua verdadeira vinculação aos fins que a justificam. Não cabe dizer que as empresas privadas buscam um fim lucrativo, enquanto que o empresário público desenvolve uma atividade desinteressada em defesa do interesse geral. A realidade mostra que a Administração está integrada por um conjunto de pessoas físicas, que possuem seus próprios interesses, e condicionam sua atuação. Desse modo, pode-se dizer que o empresário busca somente o lucro, mas também que o político e os burocratas buscam apenas votos e poder.

Em segundo lugar, destaca-se a falta de incentivos do setor público para ser eficaz, pois quem está à frente da empresa pública dirige um negócio que, em tese, não quebra, inflado por uma fonte inesgotável de recursos públicos e que cederia à tentação de sacrificar a competitividade da empresa em busca de uma maior comodidade.

Nos últimos anos, a influência desses elementos tem abaixado o impulso e a direção das instituições comunitárias (nesse ponto a influência do ordenamento europeu tem sido enorme), a um processo de não muito clara qualificação (o termo mais usado tem sido de liberação, embora seja utilizado também outros como

Política económica: fundamentos, objetivos e instrumentos. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. p. 221.

o de privatização ou desregulação⁶), que tem trazido consigo uma polêmica de dimensões consideráveis, pois tem suscitado, ao mesmo tempo, ardorosas e vivazes críticas, de tal modo que alguns julgaram o citado processo como um atentado à ideologia do Estado Social e ao princípio democrático, que fazia o Serviço Público cair rendido, em uma visão puramente capitalista, que viria a fazer ressurgir os valores da sociedade liberal, sacrificando, desse modo, uma instituição que fazia do serviço, ao interesse público, um sacerdócio, máxima expressão de uma visão que dá preferência à rentabilidade econômica e ao grande capital.

O passar de tempo tem atenuado muitas asperezas e rejeitado as críticas e posições mais radicais. Poderia falar-se, inclusive, sem fazer uso de eufemismo, de que se tem obtido uma certa base de acordo. Fala-se, agora, bem melhor, reduzindo-se o campo de batalha, de mera transformação dos meios, em que se mantêm plenamente vigentes os fins tradicionais, cuja explicação não há de ser buscada em nenhuma base ideológica, senão em simples motivos tecnológicos, sociais e econômicos que têm sido acentuados pelas necessidades derivadas desses fenômenos, crucial sem dúvida alguma para entender as mudanças do Estado e dos ordenamentos jurídicos na Europa e na América, que são as integrações comunitárias. Seria, dessa maneira, uma tentativa de solucionar as deficiências de uma doutrina e de uma instituição que se tornou obsoleta, e que precisa de uma profunda reforma para que se atualize, adaptando-se aos novos tempos.

Não é estranho, como dizíamos, que uma troca desse calibre tenha tido uma forte oposição. O serviço público, e em grande medida a gestão pública, tem alcançado na sociedade européia um caráter “mítico”⁷. São percebidos pelos cidadãos como os ins-

6 WOLF, Charles Jr. Mercados o gobiernos. Eligir entre alternativas imperfectas. IEF. Madri, 1995. p. 37-38. Wenders, J. Public Utility. p. 86. BERNALDO DE QUIRÓS, L. Liberalización, desregulación y mercado, em Derecho administrativo económico. p. 234. LANE, Jan-Erik. The public sector. Sage, 2000. p. 124.

7 Nesta mesma perspectiva parece se situar Torno Mas, que considera que a “justificación de un servicio público televisivo, esto es, de una actividad prestacional de contenido económico, que se coloca fuera de las reglas propias del mercado, sólo podrá ampararse en la identificación de uns actividades prestacionales que el mer-

trumentos de um Estado ao serviço da igualdade e da justiça (pode-se dizer que a ideologia do Serviço Público está estreitamente vinculada às origens do Estado Social). Não se pode negar as vantagens que têm trazido ao mundo moderno um sistema sanitário público, a educação pública e as redes de transporte. Em definitivo, a cidadania teme ante a possibilidade de que o Estado deixe de assegurar a correta prestação daquilo de que mais necessita: os Serviços Públicos.

Esses temores não são infundados, não são uma mera submissão supersticiosa ao público, pois é certo que um sistema privado de provisão de serviços públicos gera algumas deficiências que demandam uma intervenção pública que as corrija⁸. Assim, é duvidoso que, se se deixar ao mercado a competência de ditas prestações, estas sejam prestadas com caráter universal, pois o normal é que os operadores situem-se nas partes rentáveis do mercado, olvidando-se das não-rentáveis. Também é duvidoso que o empresário tivesse em conta as necessidades de todos os usuários, prestando um serviço de qualidade adequada a um preço acessível a todos. Provavelmente regeria o serviço a prestar e o preço deste de forma que poderia incrementar ao máximo seus benefícios.

Partindo dessa conjuntura pode-se deduzir que o novo serviço público encontra-se em uma encruzilhada que lhe exige conciliar dois pólos opostos:

1) Procurar instaurar um sistema mais eficaz e competitivo, que permita, ademais, a criação de um autêntico mercado comunitário, em que empresários públicos e privados venham a competir em condições de igualdade.

cado no puede garantizar en condiciones de igualdad, continuidad y mutabilidad". *Las autoridades reguladoras de lo audiovisual*. Marcial Pons, 1999.

- 8 A idéia de que o processo de liberalização não tem um caráter ideológico parece atualmente sedimentada na doutrina. EHLERMANN, C. D. *Libérialisation et privatisation*, em *Revue du Marché Unique Européen* 1994-3, p. 6-7. LAGULA DE PAZ, J. C. *Liberalización y neoregulación de las telecomunicaciones en el derecho comunitario*, em revista Española de Derecho Administrativo 88, octubre-diciembre de 1995, p. 493. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, em *Revista de Administración Pública* 150, septiembre-diciembre de 1999, p. 65-66.

2) Manter o alto grau de proteção social que tem oferecido nosso sistema tradicional, e inclusive melhorá-lo.

A satisfação desses objetivos demanda um sistema que permite manter a consecução de finalidades tradicionais do Serviço Público em um contexto liberalizado⁹, o que supõe deixar de lado o nosso sistema tradicional de gestão pública para passar a um método estranho à nossa tradição jurídica, baseado na *regulação* da empresa privada.

Em linhas muito gerais, esse sistema caracterizar-se-ia por satisfazer as necessidades do serviço público mediante a regulação das empresas que desenvolvem a atividade de que se trata, normalmente por meio de uma agência reguladora, que tenha características de uma Administração independente.

Em um modelo desse tipo é preciso abandonar a prestação dos serviços públicos a sujeitos, bens públicos ou privados, que atuam em busca de um interesse comercial segundo as leis do mercado. Porém, de tal modo que, quando esses, ao satisfazer seus interesses privados, desatendem o interesse público, impõe-se-lhes forçosamente seu cumprimento. São as obrigações do serviço público, dentre as quais se destacam especialmente as que integram o chamado serviço universal, isto é, a prestação de um serviço de qualidade adequada e a preços razoáveis em condições de igualdade e sem discriminação a todos os usuários.

Desse modo, trata-se de articular a prestação dos serviços essenciais mediante o recurso à competência, alcançando a consideração do serviço público tão-somente a determinadas prestações, aquelas que o jogo concorrencial do mercado não satisfaz de forma idônea, e perdendo os poderes públicos o papel de prestador de serviço para assumir a posição de *regulador*.

BIBLIOGRAFIA

EHLERMANN, C. D. *Libéralisation et privatisation*, em Revue du Marché Unique Européen, 1994-3.

⁹ *Op. cit.*, nota n. 3.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, em Revista de Administración Pública 150, septiembre-diciembre de 1999.
- GARCÍA, Miguel Ángel Sendin. *Regulación y servicios públicos*, v. 5. Granada: Editorial Comares, 2003. 188 p.
- GALDUF, Josep María Jordán; MARURI, Isidoro Antuñano. *Política económica: fundamentos, objetivos e instrumentos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.
- LANE, Jan-Erik. *The public sector*. Sage. 3. ed. 2000.
- LAGULA DE PAZ, J. C. *Liberalisation y neoregulación de las telecomunicaciones en el derecho comunitario*, em revista Española de Derecho Administrativo 88, 1995.
- MAS, Torno. *Las autoridades reguladoras de lo audiovisual*. Marcial Pons, 1999.
- ORTIZ, Gaspar Ariño; MARTÍNEZ, Juan Miguel De La Cuétara. *Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos*. Cuadernos de Derecho Público, v. 9. 2000.
- PASCUAL, Juan José Montero. *Titularidad privada de los servicios de interés económico general*, em *Derecho de las telecomunicaciones*.
- PROSSER, Tony. *Law and the regulators*. Clarendon Press. Oxford, 1997.
- QUIRÓS, Bernaldo de. L. *Liberalización, desregulación y mercado*, em *Derecho administrativo económico*.
- RAPP, L. *La politique de liberalisation des services en Europe, entre service public et service universel*, em *Revue du Marché Commun et L'Union Européenne* 389, 1995.
- WOLF, Charles Jr. *Mercados o gobiernos. Eligir entre alternativas imperfectas*. IEF. Madri, 1995.