



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

RENATO SOARES PERES FERREIRA

**A (IN)ADEQUAÇÃO DOS MECANISMOS REGULATÓRIOS
SETORIAIS AOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE ÍNDOLE
CONSTITUCIONAL DO MERCADO E DA UNIVERSALIZAÇÃO
DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Brasília
2009

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

**A (IN)ADEQUAÇÃO DOS MECANISMOS REGULATÓRIOS
SETORIAIS AOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE ÍNDOLE
CONSTITUCIONAL DO MERCADO E DA UNIVERSALIZAÇÃO
DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Autor: Renato Soares Peres Ferreira

Orientador: Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”.

Brasília, 18 de agosto de 2009.

FOLHA DE APROVAÇÃO

RENATO SOARES PERES FERREIRA

A (in)adequação dos mecanismos regulatórios setoriais aos institutos jurídicos de índole constitucional do mercado e da universalização de serviços públicos.

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”.

Aprovada em: 18 de agosto de 2009.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
(Presidente)

Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo

Prof. Dr. Luis Fernando Ramos Molinaro

Prof. Dr. Luis Gustavo Kaercher Loureiro

À amada Daniela, a linda anjinha que Deus colocou na minha vida.

E a um bebezinho muito especial.

Agradecimentos

Os sinceros agradecimentos do autor a todos aqueles que contribuíram, das formas mais prováveis e improváveis, para que esta pesquisa pudesse ser finalizada.

Agradecimentos especiais à amada Daniela, incentivadora incansável do seu nem sempre constante marido, a Maurélio e Bianca, pelo apoio de sempre e pelo exemplo de tudo, a Rodrigo e Helena, pelo emocionante companheirismo de todas as horas, ao Professor Márcio Iorio, pela confiança demonstrada principalmente nos momentos mais difíceis, aos amigos-irmãos Igor e Murilo, por apostarem sempre em mim e ao Professor e amigo Othon, pelas conversas e indicações bibliográficas.

Não posso também deixar de mencionar especificamente o amigo Pedro Felizola, a compreensiva equipe do escritório, com os guerreiros Daniel e Gabriel sempre à frente, os colegas e Professores do Mestrado, especialmente os amigos Gabriel Laender, Leandro Mariosi, Tiago Camargo e Breno Zaban e os demais Professores e amigos da UnB, além do indispensável pessoal da Secretaria, especialmente a sempre atenciosa Maria Helena. Meus agradecimentos também aos servidores da ANATEL, pelo dedicado auxílio com a busca de material inédito de pesquisa na sede daquela autarquia.

Por fim, presto minha homenagem ao Professor Osiris de Azevedo Lopes Filho, colega de trabalho, amigo e homem de grandes idéias e ideais, com quem tive a honra e a felicidade de conviver, registrando aqui o seu apoio e o seu incentivo ao desenvolvimento deste trabalho.

Resumo

A presente dissertação investiga de que maneira a regulação setorial instituída no Brasil compatibilizou-se ou deixou de se compatibilizar com os institutos jurídicos de índole constitucional do mercado e da universalização de serviços públicos. Adotou, para isso, como estudo de caso, a regulação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) estabelecida, no setor de telecomunicações, a partir da privatização do sistema TELEBRÁS, analisando as principais linhas da política regulatória desse serviço até o ano de 2007. O trabalho cuida, assim, em um primeiro passo, da abordagem teórica da regulação, do mercado e da universalização, enquanto conceitos expressos jurídica e constitucionalmente no Brasil e, em seguida, analisa a configuração da regulação brasileira, diante das teorias e *rationales* regulatórias e do estudo de caso escolhido. Ao final, conclui-se pela adequação, ao menos relativa, entre as políticas regulatórias desenvolvidas para o STFC e os pressupostos constitucionais do mercado e da universalização, principalmente em razão da estratégia escolhida, de ampliar aos poucos a competição e exigir das empresas incumbentes o cumprimento, antes da ampliação definitiva da competição, de metas de universalização.

Palavras-chaves: REGULAÇÃO SETORIAL. TELECOMUNICAÇÕES. MERCADO. REGULAÇÃO ECONÔMICA. COMPETIÇÃO. UNIVERSALIZAÇÃO. REGULAÇÃO SOCIAL. SISTEMA TELEFÔNICO FIXO COMUTADO (STFC).

Abstract

This dissertation focuses on the Brazilian regulatory framework and its correlation with the constitutional principles of market and universal service. With this objective in mind, it zeroed in on the case of regulating “Fixed Switched Telephone Service” (STFC) after the privatization of the TELEBRÁS system, focusing on the main regulatory policies applied to this service until 2007. This research includes, as a first step, a theoretical study of regulation, market and universal service as concepts adopted by the Constitution of Brazil and, as a second step, analyses the Brazilian regulatory framework, according to theories of regulation and the selected case. As conclusion, this study states that there is a partial consistence between regulatory policies developed for the STFC and the constitutional values of market and universal service, especially due to the chosen strategy of light pro-competition regulation in the first moment and universal service obligations, in charge of the incumbent companies.

Keywords: REGULATION. TELECOMMUNICATIONS. MARKET. ECONOMIC REGULATION. COMPETITION. UNIVERSAL SERVICE. SOCIAL REGULATION.

Sumário

Introdução	10
Capítulo 1 – A Regulação	15
1.1. A semântica da regulação e a sua afirmação como conceito jurídico-econômico	15
1.2. A apropriação da idéia de regulação pelo Estado dito Regulador	27
1.3. A expressão jurídico-constitucional da regulação na realidade brasileira atual: a intervenção do Estado Democrático de Direito na economia	37
Capítulo 2 – O Mercado	58
2.1. A transformação da idéia de mercado na Economia Clássica: o local de trocas comerciais entre indivíduos se torna mecanismo operador da ordem social.....	59
2.2. Mercado, eficiência econômica e falhas de mercado	70
2.3. A expressão jurídico-constitucional do mercado, na atualidade brasileira: a consagração da liberdade, da propriedade e do contrato e a proteção da concorrência	87
Capítulo 3 – A Universalização de Serviços Públicos	101
3.1. O germe da idéia moderna de universalização dos serviços essenciais no ideário revolucionário do século XVII e a sua gênese, no Estado Pluriclasse	101
3.2. As políticas de universalização como derivações do conceito clássico de serviço público e a sua independência, no ambiente do Estado Regulador	113

3.3. A expressão jurídico-constitucional da universalização de serviços considerados essenciais: a universalização como direito a políticas públicas na formação da ordem constitucional econômica.....	123
---	-----

Capítulo 4 – Teorias e <i>rationales</i> regulatórias entre o mercado e a universalização: a regulação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) no Brasil, no período pós-privatização	130
--	-----

4.1. A racionalização da atividade regulatória nas teorias da regulação	131
---	-----

4.2. <i>Rationales</i> regulatórias do mercado e <i>rationales</i> regulatórias da universalização.....	142
---	-----

4.3. Expressão jurídico-constitucional das teorias e <i>rationales</i> regulatórias: a Constituição brasileira entre o mercado e a universalização	152
--	-----

4.4. <i>Rationales</i> regulatórias, mercado e universalização na regulação do Sistema Telefônico Fixo Comutado (STFC) brasileiro, no período pós-privatização	162
--	-----

Considerações Finais	177
----------------------------	-----

Bibliografia	180
--------------------	-----

Introdução

A sempre instigante relação do Estado com a economia e a mediação exercida pelo Direito – mediação típica do Estado Democrático de Direito – sobre essa relação encontram-se, no Brasil atual, diante de uma encruzilhada. De um lado, há, desde meados da década de 90, os “ventos neoliberais” e um fundado receio quanto à perda da capacidade estatal de investimento, levando à aclamada necessidade do programa de privatizações que se desenvolveu a partir do governo de Fernando Henrique Cardoso, com reflexos institucionais inegáveis, na forma de reformas constitucionais liberalizantes. De outro, há a nossa Constituição de 1988, exigindo, com toda a sua eloquência, inúmeros *faceres* estatais, inclusive no que toca a uma ordem econômica descrita pela Lei Maior de maneira quase onírica. A questão de fundo que motivou o presente trabalho foi, precisamente: como compatibilizar esses dois movimentos sem avançar inutilmente contra os moinhos da realidade e sem fazer letra morta a Constituição cidadã?

Essa pergunta tomou a forma de uma pesquisa diante do quadro da regulação do setor de telecomunicações, a partir da privatização do sistema TELEBRÁS. Naquele caso, lançou-se mão do sistema jurídico para mediar a relação entre o Estado e a economia, enfrentando o desafio de fazer o Estado abandonar o seu papel provedor, de comandante direto da economia (como exigiam os ventos neoliberais e a dura realidade da crise fiscal) para assumir um papel regulador, sem deixar de lado os compromissos impostos pela Constituição. Conseguiria o Estado Regulador ser o artífice do mercado sem rasgar a *Lex Mater*, ao tratar de serviços tão essenciais quanto os de

telecomunicações? Os objetivos de universalização das telecomunicações, exigidos pela Constituição e antevistos pelo projeto de reforma, poderiam ser alcançados, ao mesmo tempo em que se estabelecia um regime de mercado para o setor?

Foram essas as perguntas que motivaram o desenvolvimento do presente trabalho. Ele partiu da imediata rejeição de respostas simplistas, que são facilmente encontradas em opiniões sobre a questão. Não se satisfez, assim, desde o início, com a simples rejeição, sob a pecha de inconstitucionais, de todas as transformações pelas quais passou a relação do Estado com a economia, no Brasil, a partir da década de 90, ao mesmo tempo em que afastou a possibilidade de se considerar a Constituição uma exortação política sem eficácia normativa. A dificuldade da situação sobreviveu, assim, a um primeiro olhar: a Constituição, com seu papel conformador da sociedade e sua eficácia normativa, deveria ser compatibilizada com os movimentos de passagem do Estado Social para o Estado Regulador. O Estado Regulador deveria ser Democrático de Direito e alcançar os objetivos constitucionais, inclusive a universalização, e o Estado Democrático de Direito deveria instrumentalizar a regulação, dando seqüência às reformas da década de 90, assegurando, tanto quanto possível, um ambiente de mercado para diversos setores antes monopolizados, inclusive o de telecomunicações.

Dessa forma, o trabalho lançou-se a uma construção dos pressupostos teóricos da regulação, do mercado e da universalização, identificando a expressão jurídico-constitucional de cada um deles. Isso se fez para que fosse possível identificar as determinações constitucionais sobre a intervenção do Estado na economia e sobre os objetivos distintos visualizados (mercado e universalização), a fim de que, em momento

posterior, se pudesse tratar da compatibilização, na atividade regulatória – e, em especial, na regulação da telefonia fixa pós-privatização –, desses princípios.

O capítulo 1, portanto, trata do conceito de regulação e de sua expressão jurídico-constitucional. A regulação, assim, é estudada a partir da semântica do vocábulo até a sua fixação como conceito jurídico-econômico, especificamente relativo a uma forma de intervenção do Estado na economia. A seguir, são identificadas as transformações que fazem da regulação a marca própria da reforma do Estado – o caractere fundamental do Estado Regulador –, instante em que o termo passa a se referir a uma atuação indireta, ou estratégica, do Estado em relação à esfera econômica da sociedade. Por fim, ao se apreciar a expressão jurídico-constitucional da regulação, foram identificados alguns pontos em que a intervenção regulatória do Estado na economia deve se moldar às exigências institucionais do Estado Democrático de Direito.

No capítulo 2, analisa-se o segundo pressuposto conceitual identificado como relevante para o presente trabalho. Parte-se, nesse aspecto, do nascimento da idéia moderna de mercado, correspondente à transformação, no ideário da Economia Clássica, de um termo que até então identificava apenas um local em que se davam trocas econômicas para um vocábulo que designa um verdadeiro mecanismo de ordenação social. Depois, são tratadas duas idéias que compõem o conceito de mercado e o retratam como mecanismo de ordenação da sociedade, referentes à sua operacionalidade (a eficiência econômica) e à sua inoperacionalidade (as falhas de mercado). Por fim, o trabalho cuida da expressão jurídico-constitucional do mercado, identificada como correspondente a garantias como a liberdade, a propriedade, o contrato e a defesa da

concorrência. Por trás dessas garantias constitucionais, encontra-se o arranjo do ambiente de mercado.

O capítulo 3, por sua vez, trata da universalização enquanto conceito e pressuposto conceitual. Parte, assim, do ideário revolucionário liberal que alimentou a idéia de um serviço verdadeiramente “público”, sucessor do serviço do Rei, para afirmar que a consolidação institucional da idéia não vem com o Estado burguês nascido da Revolução, mas sim com o Estado Pluriclasse consolidado cerca de um século mais tarde. A seguir, identifica as relações entre as idéias de serviço público e universalização, com as transformações dessas relações na passagem para o Estado Regulador, momento em que a universalização passa a ser relativamente independente do decadente conceito de serviço público. Ao final, analisa-se a expressão jurídico-constitucional da universalização, firmada ao redor dos princípios e das garantias que impõem uma série de deveres ao Estado, com o intuito fundamental de assegurar a todos uma existência digna.

Encerrada a exposição eminentemente teórica dos pressupostos conceituais necessários à investigação sobre as perguntas que motivaram o desenvolvimento da pesquisa, lança-se o trabalho, no capítulo 4, a investigar o que as teorias e *rationales* regulatórias que se desenvolvem entre o mercado e a universalização dizem a respeito da regulação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) no período pós-privatização, no Brasil, tendo como pano de fundo a consagração, pela Lei Maior, tanto de princípios de mercado, que estimulam uma *rationale* econômica para a regulação, quanto de princípios substantivos, que estimulam a racionalidade social da regulação. Identificam-se, assim, as teorias e *rationales* que derivam dos conceitos de regulação, mercado e universalização e a marca genética da Constituição brasileira de 1988 como Carta que pode ser lida, ao

mesmo tempo, como liberal e social. À luz dessas considerações, a regulação do STFC na primeira década após a privatização do sistema TELEBRÁS é analisada, de maneira sucinta, quanto à sua compatibilidade com os pressupostos jurídico-constitucionais de mercado e universalização.

Com todas essas considerações, o trabalho alcança algumas poucas considerações finais à guisa de conclusão, relativas, fundamentalmente, à convivência, no setor de telecomunicações – e, especialmente, na regulação do STFC – dos princípios constitucionais do mercado e da universalização. Afirmar-se-á, de fato, ao final, que o desenho regulatório concebido pela Lei Geral de Telecomunicações e estabelecido, para o STFC, por instrumentos normativos como o Plano Geral de Outorgas (PGO) e os Planos Gerais de Metas de Universalização (PGMUs), até o ano de 2007, mostrou-se compatível com as exigências simultâneas da instauração de um regime de mercado competitivo e da universalização do serviço de telefonia fixa.

Capítulo 1 – A Regulação

1. A Regulação

Compreender o que se entende por regulação no atual contexto constitucional brasileiro é um primeiro passo indispensável para o presente trabalho. A regulação é, por isso, o primeiro dos pressupostos conceituais a serem expostos com a finalidade de fundamentar uma análise que se pretende científica sobre as medidas adotadas para assegurar um ambiente de mercado e, ao mesmo tempo, a universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).

Para alcançar esse conceito, será preciso identificar como o termo regulação se transforma, de vocábulo amplamente relativo a qualquer forma de controle comportamental para conceito jurídico-econômico que diz respeito a uma forma de atuação do Estado na economia. A esse passo deverá seguir-se um outro, para indicar as transformações que o conceito jurídico-econômico de regulação sofre no contexto do chamado Estado Regulador.

Feita essa exposição eminentemente conceitual da regulação, será preciso identificar a sua expressão jurídico-constitucional, a fim de que se possa tratar dela como princípio e diretriz constitucional para mediar a compatibilização entre outros dois princípios, o mercado e a universalização.

1.1. A semântica da regulação e a sua afirmação como conceito jurídico-econômico

Já se teve a oportunidade de alertar para o fato de que o conceito de regulação, como é inerente a um conceito advindo das ciências do espírito, não pode ser definido de maneira cabal, com uma demonstração matemática que alcançasse um resultado único, dedutivamente demonstrado. Trata-se de conceito amplo o suficiente para abrigar semânticas muito diversas e vastas taxonomias¹.

Em realidade, a amplíssima variedade de sentidos agregada pela expressão “regulação” é comparável àquela típica dos termos que designam conteúdos artísticos. De uma maneira mais geral, faz referência a toda e qualquer forma de controle comportamental – ato de controlar, dirigir ou governar de acordo com uma regra, um princípio ou um sistema – ou a um conjunto de mecanismos que permitem a manutenção da constância de uma função². De um ponto de vista mais específico, a regulação diz respeito a formas especiais de controle e direcionamento jurídico como aquelas exercidas por meio de agências reguladoras, em contraste com outras formas de controle jurídico, como o direito penal e o direito dos contratos³.

É interessante, nesse aspecto, uma descrição doutrinária que enumera três componentes básicos para qualquer sistema de regulação, ou de controle. Nas palavras de Hood:

(...) qualquer sistema de controle na arte ou na natureza precisa, por definição, conter pelo menos três componentes (...). É preciso que haja alguma

¹ Cf. DAINTIH, Terrence. *Encyclopedia of Comparative Law: vol. XVII*, Law, State and Economy. Tübingen: Mohr e MITNICK, B. M. *The Political Economy of Regulation*. 1980.

² São as origens extra-jurídicas da noção de regulação, identificadas por Jean-Philippe Colson e Pascale Idoux. COLSON, Jean-Philippe e IDOUX, Pascale. *Droit Public Économique*. 4^e Ed. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 459.

³ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 1 e PROSSER, Tony. *Law and the Regulators*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 4.

capacidade de *fixação de padrões*, para possibilitar a distinção entre um estado mais perfeito e um estado menos perfeito do sistema. É preciso também que haja alguma capacidade de *coleta de informações* ou monitoramento, para que se produza conhecimento sobre os estados atual e cambiante do sistema. Acima disso tudo deve haver alguma capacidade de *transformação comportamental* para mudar o estado do sistema⁴.

Nesse contexto, uma primeira tentativa de definir o sentido da regulação – restringindo o amplíssimo rol de situações de “controle comportamental”, “manutenção de constâncias” ou busca de “transformações comportamentais” – é a sua afirmação como objeto das ciências sociais. Em tal contexto, a regulação é uma atividade de controle permanente e direcionado, por meio de fixação de padrões, coleta de informações e mudança comportamental, exercido por uma agência pública sobre atividades que são valorizadas pela comunidade⁵.

Uma definição como essa enfrenta, logo à primeira vista, o problema da vastidão do rol de atividades “valorizadas pela comunidade”. É evidente que entre essas há inúmeras manifestações humanas, somente enumeráveis a partir de uma comunidade concreta, nunca a partir de um modelo puramente abstrato. Ademais, estudar a regulação das atividades valorizadas pela comunidade, em geral, ainda que se tentasse localizar uma comunidade concreta como objeto de estudo, seria tarefa fadada à superficialidade. Ou seja, a atitude de deixar vazio o objeto da regulação, em busca de um conceito abrangente, ou de restringir tal objeto de maneira ainda muito ampla, com referência a atividades valorizadas pela comunidade, acaba por impedir que se chegue a uma

⁴ HOOD, C. *et al.* *The Government of Risk*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 23. Tradução livre.

⁵ SELZNICK, P. *Focusing Organizational Research on Regulation*. In: NOLL, R. (ed.). *Regulatory Policy and the Social Sciences*. 1985.

definição apta a viabilizar um estudo aprofundado sobre uma manifestação do fenômeno regulatório.

Por essas razões, para os fins do presente estudo – como no caso de diversos outros estudos sobre a regulação⁶ – é preciso estreitar ainda mais o conceito, a partir do objeto regulado, para tomá-lo como conceito fundamentalmente político-econômico. Dessa forma, o conceito de regulação passa a ser vinculado à intervenção do Estado no domínio econômico e à idéia de um Direito Econômico⁷.

É relevante pontuar ainda, nesse aspecto, que a opção do presente trabalho pelo pressuposto conceitual regulação, e não pelo pressuposto conceitual Direito Econômico (ou Direito Público Econômico), se explica pela necessária distinção entre o objeto de estudo e a disciplina que o aprecia⁸. De fato, o Direito Econômico é a disciplina que se põe a estudar a regulação enquanto fenômeno, o ramo do Direito que se propõe à análise das políticas públicas voltadas ao domínio econômico. É a natureza desse fenômeno, mais do que a disciplina que o estuda, que interessa, enquanto pressuposto conceitual, ao presente trabalho.

⁶ Cf. OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, BALDWIN, Robert e CAVE, Martin. *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999 e PROSSER, Tony. *Law and the Regulators*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

⁷ Deve-se observar que há autores que tomam o *wirtschaftsverwaltungsrecht* alemão e o *droit public économique* francês como idéias correspondentes à de *regulation*, na tradição anglo-saxônica, assim, também à de “regulação”, no uso importado pelo Brasil da tradição anglo-saxônica. Nesse sentido, OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 2 e JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 15, este último alertando para a dificuldade inerente à importação dos termos *regulation* e *regulator* pela experiência brasileira, superada pela correspondência dos mesmos a “regulação” (e não regulamentação) e regulador.

⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 82-83.

A regulação enquanto conceito econômico-jurídico pode ser vista, em sentido amplo, como a intervenção estatal nas decisões econômicas das companhias⁹. De maneira mais estrita, e na mesma linha, pode-se ver a regulação como um conjunto de intervenções públicas que afetam a operação dos mercados por meio de comando e controle, embora se deva ter em vista o fato de que esses comando e controle podem ser delegados por meio do uso da “auto-regulação”¹⁰. Também na mesma ordem de idéias, só que pelo prisma da economia neo-clássica, a regulação se define como um conjunto de limitações impostas pelo Estado à discricionariedade que pode ser exercitada pelos indivíduos e pelas organizações, guarnecido pela ameaça de sanções¹¹. Em qualquer caso, estão envolvidos, naturalmente, os processos de fixação de padrões, coleta de informações e alteração de comportamentos¹².

Costuma-se apontar, não obstante o risco de excessiva simplificação, que as atividades abarcadas pelo conceito econômico-jurídico de regulação situam-se no cerne da tensão fundamental, presente nas sociedades industriais, entre dois sistemas de organização econômica. O primeiro seria o sistema de mercado, em que é preponderante a interação entre indivíduos em busca de seu bem-estar pessoal, submetidos esses indivíduos apenas a restrições “básicas” à sua liberdade. Num plano diverso estaria o sistema coletivista, no qual o Estado busca diretamente encorajar um comportamento que presumivelmente não seria observado se os indivíduos estivessem relativamente livres para agir (sujeitos apenas a “restrições básicas” à sua liberdade). À primeira vista, a

⁹ Essa, a definição clássica de Foster. Cf. FOSTER, C. D. *Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly*. Oxford: Blackwell, 1992, p.186.

¹⁰ PROSSER, Tony. *Law and the Regulators*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 4.

¹¹ STONE, Alan. *Regulation and its Alternatives*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press, 1982, p. 10.

¹² HOOD, C. *et al. The Government of Risk*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 23.

regulação estaria ligada a essa segunda forma de organização econômica, como um meio de implementação de um sistema econômico coletivista¹³.

Algumas características típicas da regulação seriam explicadas por essa sua natureza de instrumento do sistema coletivista de organização econômica. Afinal, a função diretiva da regulação poderia ser ligada à sua natureza de “controle por um superior”, com os poderes inerentes a essa situação. Ademais, a natureza heterônoma clássica da atividade regulatória seria facilmente explicável por sua origem coletivista. Por fim, a típica centralização da atividade regulatória também se deveria à sua genética ligação com o sistema econômico coletivista¹⁴.

Todas essas características, além de ligarem a regulação ao sistema econômico coletivista, colaborariam em muito com o seu afastamento em relação ao sistema de mercado. Isso porque, nesse sistema, a função do Direito seria precipuamente facilitativa, e não diretiva, como supostamente ocorreria na regulação (e no sistema coletivista), pois o sistema jurídico poria à disposição do indivíduo um conjunto de compromissos formais mediante os quais ele pode agasalhar seus interesses¹⁵. Também no sistema de mercado, reinaria a autonomia dos indivíduos, que estabelecem voluntariamente suas obrigações e ajustam de maneira também autônoma as situações de descumprimento. Da mesma forma, o sistema de mercado seria precipuamente descentralizado, enquanto o coletivista – vinculado a uma primeira idéia econômico-jurídica de regulação – seria, como visto, classicamente centralizado¹⁶.

¹³ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 2.

¹⁴ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 2.

¹⁵ Interessante, aqui, a ligação entre essa concepção do sistema econômico de mercado – que seria, *a priori*, avesso à regulação – e a idéia clássica de direito subjetivo como “interesse juridicamente tutelado”.

¹⁶ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 2.

A literatura econômica sobre a regulação – ou pelo menos aquela que se alinha ao modelo da Economia Clássica – também reforça a aparente aproximação entre a idéia de regulação e o sistema econômico coletivista, oposto ao sistema chamado “de mercado”. De fato, nas palavras de Alfred Kahn:

A ciência econômica emergiu nos séculos XVIII e XIX como uma tentativa de *explicar e justificar* um sistema de mercado. Essa é uma grande simplificação, mas é uma caracterização bastante exata do pano de fundo do pensamento econômico ocidental. O propósito tem sido o de descrever como uma economia essencialmente não controlada, na qual as decisões econômicas basilares são tomadas por indivíduos, cada qual perseguindo separadamente seu interesse próprio, pode, não obstante a isso, ordenar eficientemente a sociedade. O mecanismo de coordenação e controle é o mercado competitivo, com o sistema de preços que emerge das negociações livres entre compradores e vendedores¹⁷.

A própria idéia de regulação, portanto – sem deixar de admitir manifestações não diretivas, não públicas e não centralizadas da regulação¹⁸ – tem forte vínculo com a idéia de ordem econômica enquanto dever-ser, pois a regulação, substituindo o mercado competitivo como mecanismo de coordenação e controle, passa a corresponder ao conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Em outras palavras, a regulação comumente serve de

¹⁷ KAHN, Alfred Edward. *The Economics of Regulation – Principles and Institutions*. Cambridge: The MIT Press, 1988, vol. I, p. 1. Tradução livre. A idéia de Kahn – que tem clara inspiração em Smith e na nova dimensão que esse autor dá ao conceito de mercado – será explorada em maior detalhe no Capítulo 2 do presente trabalho.

¹⁸ Idem, p. 3.

instrumento à busca de um projeto institucional determinado, do ponto de vista da conformação da sociedade em seu aspecto econômico¹⁹.

Essa ligação permite afirmar desde logo que o fenômeno regulatório se apresenta com uma coloração especial – e com princípios regulatórios especiais – em sistemas cuja tradição constitucional cria não apenas um ambiente de convivência entre indivíduos, posicionando-os uns em relação aos outros (colocando à disposição mecanismos para que eles agasalhem seus interesses), mas também uma ordem jurídica substancial que posiciona os indivíduos em relação ao todo (estabelecendo um projeto institucional mais definido)²⁰.

De qualquer maneira, é possível ainda ir além da vinculação entre o sistema coletivista e a regulação – afastando ao mesmo tempo o risco de desvincular totalmente o sistema de mercado e a regulação – utilizando de maneira mais proveitosa o fato de o conceito de regulação estar no foco da referida tensão típica das sociedades industriais. Isso pode ser feito a partir da instigante qualificação da regulação como um elemento que permite o desenvolvimento do sistema de mercado dirigido, até um certo ponto, pelas instituições públicas²¹.

Essa visão, mais apta a abarcar a complexidade do fenômeno regulatório, contribui em muito para o desenvolvimento do conceito. Partindo da afirmação de que a regulação emergiu no século XX como uma instituição política para resolver novos

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 72.

²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ronald Dworkin's principle-based constitutionalism: An Italian point of view*. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 1. n. 4. Out. 2003, p. 642. A ordem jurídica instituída pelas Constituições inspiradas pela tradição europeia continental se manifesta, no que toca à economia, exatamente como ordem econômica enquanto dever-ser.

²¹ HORWITZ, Robert Britt. *The Irony of Regulatory Reform – the deregulation of American Telecommunications*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 9.

problemas do sistema sócio-econômico – que não eram totalmente respondidos pela economia política, surgida entre os séculos XVIII e XIX²² – afirma que a regulação é a marca do moderno intervencionismo de Estado, por meio do qual o desenvolvimento é alcançado pela ação dos privados, mas dirigido, de uma certa maneira, pelo Estado. Pela regulação, passou-se a conciliar o crescimento e o desenvolvimento econômicos com o pano de fundo capitalista²³.

Essa perspectiva da regulação, acentuada, como se verá a seguir, pela emergência do Estado dito Regulador, é relevante para definir a atividade regulatória como uma ação de comando e controle que pode conciliar o sistema de mercado com a busca de fins públicos que seria típica – na dicotomia retrocitada entre sistemas econômicos – do sistema coletivista. Trata-se de uma visão da regulação alinhada à idéia de constituição econômica do capitalismo²⁴.

De ver-se, ainda, que a afirmação segundo a qual a regulação é fenômeno que não se limita aos sistemas econômicos coletivistas, estando também presente nas formas de organização econômica que privilegiam o mercado, não é uma afirmação que só possa ser comprovada a partir da emergência do Estado Regulador. De fato, há evidências de que o sistema econômico de mercado, historicamente, jamais se desvinculou completamente da intervenção estatal²⁵.

Nesse sentido, é possível afirmar que sempre houve, no mínimo, um espaço de organização estatal da economia, em qualquer época, mesmo sob o paradigma

²² KAHN, Alfred Edward. *The Economics of Regulation – Principles and Institutions*. Cambridge: The MIT Press, 1988, vol. I, p. 1.

²³ Idem, *ibidem*.

²⁴ MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1978, pp. 143 e ss. e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38.

²⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 60-67.

liberal. Essa fixação das regras básicas do jogo capitalista, sempre presente nas sociedades historicamente analisadas, ainda que se limitasse a regras de proteção ao contrato e à propriedade, constituiria, em si mesma, uma política pública econômica²⁶.

No caso da matriz brasileira, os exemplos de que o Estado nunca esteve ausente da regulação econômica vão desde a adoção, pela Metrópole portuguesa, da empresa colonial (com o exemplo extremo do desenvolvimento das gigantescas companhias de comércio e do “renascimento português” sob o Marquês de Pombal, nos séculos XVII e XVIII) até a onipresente utilização da política aduaneira como instrumento de intervenção na economia (do Tratado de 1810 com a Inglaterra até a atual regulação do Imposto de Importação, por ato do Poder Executivo), passando pelos reflexos institucionais da oposição entre a aristocracia agrária e a nascente classe industrialista (como a tarifa Alves Branco, em 1844, e a polêmica entre Eugênio Gudin e Roberto Simonsen, no final da década de 40 do século XX)²⁷.

No que se refere aos serviços públicos, o papel primordial do Estado é ainda mais evidente, se se promove uma análise a partir do mesmo prisma histórico²⁸.

No caso brasileiro, costuma-se localizar as primeiras demandas por serviços públicos ainda no período colonial, após a vinda de Dom João VI e da exigente Corte portuguesa para o então inóspito território brasileiro²⁹. No período imperial, é

²⁶ Idem, p. 60. Pode-se afirmar, assim, que a preservação do mercado competitivo como mecanismo de coordenação e controle do aspecto econômico da sociedade é, em si, também, uma política regulatória.

²⁷ Idem, pp. 62-64.

²⁸ Para Alexandre Santos de Aragão, “(E)m todos os momentos históricos a coletividade foi encarregada de assegurar aos indivíduos alguns bens e serviços, mas quais deles deveriam ser prestados e os mecanismos jurídicos pelos quais o seriam variaram muito”. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 26.

²⁹ CALDEIRA, Jorge. **Mauá: o empresário do Império**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, pp. 77-78 e GOMES, Laurentino. **1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta**

possível observar registros de concessões, como as viabilizadas para as ferrovias pela Lei Geral nº 641, de 1852, sob condições complexas³⁰, e o início do desenvolvimento do sistema elétrico, de início pelos industriais e, após, por governos locais, como a Prefeitura de Campos – RJ³¹. Na incipiente República, apesar do liberalismo reinante³², foram implementadas medidas voltadas ao desenvolvimento da ainda precária infra-estrutura do país³³. Com o Estado Novo, escancarou-se o pensamento desenvolvimentista³⁴ e iniciou-se um processo de estatização e centralização fundado numa gradativa transformação da doutrina liberal oitocentista em fundamentação racional da gestão das atividades de interesse público diretamente pelo Estado³⁵. Esse mesmo pensamento desenvolvimentista seguiu até a década de sessenta do século XX e depois foi mantido e ampliado, pelo governo militar, até a década de oitenta, ficando os serviços públicos, naturalmente, sob a imediata tutela do Estado. No entanto, mesmo no período de desestatização que se seguiu, entre a década de noventa e o início do século XXI, é de ver-se que a presença do Estado não foi totalmente arrefecida. Afinal, mesmo em tal período, as reformas constitucionais voltadas à adaptação do sistema brasileiro ao ambiente chamado

enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta, 2007, 213-227.

³⁰ JOHNSON, Bruce Baner *et. al.*. **Serviços Públicos no Brasil: mudanças e perspectivas.** São Paulo: Edgard Blüncher, 1996, pp. 53-54.

³¹ GIRARDI, Cláudio. *Regulação da Energia Elétrica: uma visão prática.* In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). **Regulação Pública no Brasil.** Campinas: Edicamp, 2003, p. 175.

³² Observe-se, nesse sentido, o diagnóstico de Raimundo Faoro, sobre o brasileiro do final do século XIX e do início do século XX. Cf. FAORO, Raimundo. **Os Donos do Poder.** 3ª Ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 567.

³³ BARROS NETO, João Pinheiro. *O Estado Vertebrado.* In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). **Regulação Pública no Brasil.** Campinas: Edicamp, 2003, p. 121.

³⁴ Representativo desse pensamento, fortemente influenciado pela doutrina anglo-saxônica das *public utilities*, é Bilac Pinto, para quem setores de utilidade pública, como eletricidade, gás e telefone, não podem ficar sob o domínio de grandes conglomerados internacionais, sob pena de o Estado se tornar incapaz de regulamentar os setores correspondentes. Cf. PINTO, Bilac. **A Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 54-55.

³⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Do Econômico nas Constituições Vigentes.** Vol. 2. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1961, pp. 140-142.

neoliberal não afastaram, na generalidade dos casos, a titularidade estatal para a prestação dos serviços públicos, embora se tenham ampliado significativamente as situações em que tal prestação – sem transferência da titularidade do Estado – fica a cargo de particulares³⁶.

Portanto, o fenômeno descrito pelo conceito jurídico-econômico de regulação se manifesta em variados contextos, desde ambientes em que se exacerba o arroubo desenvolvimentista-estatista (como no Estado Novo brasileiro) até outros, em que se favorece o pensamento liberal ou neo-liberal (como o período do início da República ou o período da desestatização a partir dos anos 90). A regulação, assim, descrita como conjunto de formas de intervenção do Estado no domínio econômico, por meio de comando e controle, com a fixação de padrões, a coleta de informações e a transformação de comportamentos, permitindo inclusive a convivência do sistema econômico coletivista com o sistema de mercado, constitui um primeiro passo para o presente trabalho. Afinal, é só a partir da fixação dessa primeira baliza que será possível analisar o específico desenvolvimento da regulação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), no Brasil, nos dez anos subsequentes à Lei Geral de Telecomunicações³⁷.

Para o prosseguimento do estudo, porém, a mera afirmação da regulação enquanto conceito jurídico-econômico de intervenção do Estado na economia não é ainda

³⁶ Essa é exatamente a fase do Estado Regulador, que será tratada pormenorizadamente adiante, valendo adiantar, desde logo, que nela o Estado não se ausenta do domínio econômico, mas muda de posição, deixando de ser o comandante direto e passando a ser o supervisor. Cf. CHEVALLIER, Jacques. *L'État Post-moderne*. 3ª Ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 59.

³⁷ Pode-se dizer que esse conceito jurídico-econômico da regulação corresponde a uma estabilização histórica do fenômeno, circunstância que permite que ele sirva de ponto de apoio ao presente estudo. Não é conceito universal – antes que se pudesse falar em Estado, por exemplo, não se poderia, em absoluto, utilizar o conceito aqui tratado de regulação – mas é conceito suficientemente estável para viabilizar a apreciação de especificidades do fenômeno.

suficiente. É preciso olhar para as alterações – muitas das quais já antecipadas, quando se tratou da própria semântica da regulação – que a idéia de regulação sofre a partir de sua apropriação pelo Estado dito Regulador. À luz dessas mudanças, poder-se-á tratar com mais proveito dos fundamentos teóricos da regulação, de suas *rationales* e de seus princípios expressos no sistema jurídico, para se chegar a analisar, com o necessário senso crítico, a regulação do Serviço de Telefonia Fixo Comutado (STFC), no contexto brasileiro da década posterior à criação do atual marco regulatório.

1.2. A apropriação da idéia de regulação pelo Estado dito Regulador

Como visto, do amplo espectro semântico que surge com o uso da expressão regulação é possível extrair um sentido jurídico-econômico apto a embasar um conceito da mesma natureza, que se relaciona diretamente com a intervenção do Estado na economia, por meio de comando e controle, e permite a convivência do sistema econômico coletivista com o sistema de mercado³⁸.

A seleção dessa variação semântica, entretanto, não é ainda suficiente para sustentar considerações sobre a regulação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), no Brasil, nos dez anos subseqüentes à Lei Geral de Telecomunicações. Para que o conceito esteja pronto à análise pretendida pelo presente estudo, é preciso colocá-lo à luz do Estado dito Regulador.

Jean-Philippe Colson e Pascale Idoux identificam na tormentosa questão sobre as regras aplicáveis à relação entre o emergente Estado Regulador e a economia um

³⁸ Nesse sentido, conforme já referido, cf. HORWITZ, Robert Britt. *The Irony of Regulatory Reform – the deregulation of American Telecommunications*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 9.

dos pontos nodais do advir do Direito Econômico. Para esses autores, embora o movimento ideológico de liberalização que está por trás da figura do Estado Regulador parecesse indicar, *a priori*, um confronto à própria presença do Estado na economia, os que proclamaram a “morte de Colbert” precipitaram-se. Isso porque o surgimento do Estado Regulador representa antes a renovação do papel estatal do que o seu desaparecimento³⁹.

De fato, para muitos autores do Direito Econômico, iniciou-se, a partir da década de 80 do século XX, uma “onda neoliberal” que modificou a perspectiva até então vigente de que o Estado deveria assegurar às parcelas menos favorecidas da população garantias mínimas de condições de vida. Essa exigência, embora permanecesse oponível ao Estado, deveria, a partir do influxo neoliberal, ser combinada com as necessidades de uma “economia de mercado”, viabilizada pela predominância de instrumentos jurídicos vindos do Direito Privado⁴⁰.

Essa “onda” seria, de certa forma, o ressurgimento de uma perspectiva segundo a qual o papel do Estado na economia deve ser reduzido. Na perspectiva do Estado Liberal, de fato, inaugurado e justificado a partir da valorização do indivíduo enquanto fundamento e fim da organização social⁴¹, o Estado não assumia um papel de

³⁹ Colson e Idoux afirmam, de fato, que a pretendida substituição dos mecanismos do Direito Público “clássico” por mecanismos de Direito Privado, nos movimentos de liberalização econômica da passagem do Estado do Bem-Estar Social para o Estado Regulador, redonda numa situação em que se excedem (*dépassement*) os limites do próprio Direito Privado, para (re)incluir nele traços do Direito Público. Assim, o papel do Estado, ao invés de se extinguir, se renova. Cf. COLSON, Jean-Philippe e IDOUX, Pascale. *Droit Public Économique*. 4^o Ed. Paris: L.G.D.J., 2008, pp. 21-25.

⁴⁰ ROSSI, Giampaolo. *Pubblico e Privato nell'Economia di Fini Secolo*. In: *Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè Editore, 1995, pp. 230-242.

⁴¹ Sobre a relação entre o individualismo e o florescimento do Estado Liberal, cf. VILLEY, Michel. *Critique de la Pensée Juridique Moderne*. Paris: Dalloz, 1976, p. 188 e LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 30-33.

transformador social, mas sim o de “auxiliar o bom desempenho das atividades econômicas da classe burguesa”⁴².

No contexto do Estado Liberal, havia uma separação clara entre o papel do Estado e o papel dos privados, por meio da reserva do domínio econômico aos particulares e de limitadas funções ao Estado. Do ponto de vista do liberalismo smithiano, de fato, ao Estado cabiam funções como a proteção da sociedade da violência ou da agressão de outras sociedades independentes, a proteção dos indivíduos da injustiça ou da opressão de outro membro da sociedade e a prestação dos serviços públicos que, embora correspondam a um interesse de todos os membros da coletividade, não são suscetíveis de exploração lucrativa e, por isso, não interessariam a quaisquer privados⁴³.

A ideologia por trás do Estado Liberal, portanto, indicava de fato, como regra, a limitação no papel do Estado, ao qual incumbiam funções bem específicas e, até certo ponto, neutras no que diz respeito às relações entre os indivíduos no interior da sociedade.

Essa neutralidade do Estado Liberal no que concerne às relações entre os indivíduos, no interior da sociedade, deu ensejo ao surgimento de um novo modelo. Com efeito, a partir da ampliação do sufrágio, a organização política, até então representante dos interesses de uma classe social preponderante, passa a ser mais permeável às exigências das outras classes. Esse movimento levou, de modo gradual, a uma ampliação das funções do Estado e do Direito, que desembocou no chamado Estado Social⁴⁴.

⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 34.

⁴³ SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: Bantam Dell, 2003, pp. 879-917.

⁴⁴ Para Aragão, o Estado Social é uma expressão do Estado Pluriclasse, que surge com a ampliação do sufrágio. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 37-38 e GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Pubblico dell'Economia*. Il Mulino, 1995, pp. 31-

A mudança de perspectiva do Estado em relação à economia responde, portanto, a uma mudança de posição do Estado em relação à própria sociedade. Se o Estado até então se encontrava diante de uma sociedade de indivíduos, com o advento do Estado Social passa a estar diante de grupos⁴⁵. Há um grande aumento do número de serviços públicos e atividades econômicas em geral exploradas pelo Estado, em regra diretamente, sem a utilização de instrumentos como a concessão⁴⁶.

Indica-se que, com o Estado Social, foram atingidos resultados bastante satisfatórios, tanto no que diz respeito ao aperfeiçoamento da vida comunitária⁴⁷ quanto no que toca às condições de vida dos cidadãos⁴⁸. Logo se verificaram, no entanto, sinais de esgotamento desse modelo, que levariam ao declínio do Estado Social.

Aponta-se, em geral, a globalização e o déficit fiscal acumulado ao longo de anos de prestação direta de serviços públicos pelo Estado como razões que levaram à “onda neoliberal” e às correspondentes transformações no papel do Estado, em todo o mundo⁴⁹. O influxo das idéias liberalizantes teria sido reforçado, no caso de países periféricos como o Brasil e outros latino-americanos, pelo papel das organizações internacionais de crédito e de fomento, que condicionaram a concessão de empréstimos e

32. Compartilham de opinião semelhante, no sentido de que o Estado Social foi uma reação ao predomínio dos interesses da burguesia sob o Estado Liberal autores como Alberto Venâncio Filho. Cf. VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 8.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 203-204.

⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 41.

⁴⁷ É o diagnóstico de Carlos Eduardo Vieira de Carvalho. VIEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. **Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 21.

⁴⁸ Marçal Justen Filho afirma que índices como a expectativa de vida da população estiveram, sob o Estado Social, nos melhores níveis históricos já identificados. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 18.

⁴⁹ É o caso de Aragão. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 46-48.

financiamentos à implementação de reformas liberalizantes e à supervisão, por esses entes, da conduta dos governos locais⁵⁰. Para outros autores, ao lado dessas imposições quase mecânicas por parte das organizações internacionais de crédito e fomento, amplificaram os ecos neoliberais oriundos dos países centrais fatores mais sutis, como o privilégio, nas fontes de informações e nos espaços acadêmicos dos países periféricos, de elites e funcionários de alto nível, que ajudaram a difundir as concepções estabelecidas nas regiões centrais⁵¹.

Há ainda autores que destacam, como fator preponderante para a mudança de posição do Estado em relação à economia – operada pela ascensão do Estado Regulador – o declínio dos meios clássicos de ação do próprio Estado. Indica-se, assim, a crise do embasamento clássico do Estado-nação democrático da era industrial sobre os conceitos inseparáveis de soberania nacional e representação democrática cidadã, que faz com que o Estado, ao mesmo tempo, seja cada vez mais inoperante na escala global e menos representativo na escala doméstica⁵².

Essa carência de meios efetivos de ação por parte dos Estados, se é comum a todos os atores nacionais no ambiente global da Era da Informação, é ainda mais preponderante nos países periféricos, pela incapacidade material destes de arcar com as demandas da população. Principalmente sob o impacto do comércio internacional

⁵⁰ BORÓN, Atílio. *A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal*. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, pp. 93-94 e VIEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. **Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 27-29.

⁵¹ COPELLO, Maria Mercedes Maldonado. *Privatización de los Servicios Públicos Domiciliarios y Transformación del Derecho Estatal em Colombia*. In: **Anuário 2001 GEDIM – Dez Anos de Mercosul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 314.

⁵² CASTELLS, Manuel. *Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na Era da Informação*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEEM, Jorge e SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em Transformação**. Brasília: UNESP, ENAP e Imprensa Oficial, 1999, p. 155.

especializado, os países periféricos são levados a exportar produtos de baixo valor agregado e importar bens de alto valor, ficando como que excluídos dos benefícios sociais do fluxo de comércio⁵³.

Essa significativa situação de penúria dos Estados periféricos chegou a fazer com que, em certos casos, os movimentos de desestatização fossem dirigidos mais ao valor obtido pelo Estado com as licitações e outorgas do que aos benefícios sociais que poderiam advir daquela mudança ou às características técnicas do empreendimento⁵⁴.

É verdade que há vozes que buscam relativizar a transformação identificada na referida “passagem” do Estado do Bem-Estar Social para o Estado Regulador, como um movimento de retração da presença estatal na economia. Argumenta-se, assim, que, tanto em países centrais como em países periféricos, os gastos públicos verificados em anos tidos como “neoliberais” são superiores aos valores aplicados antes das reformas supostamente liberalizantes⁵⁵. Com base nesses dados, há autores que falam num Estado Social “extremamente sólido” mesmo no início do século XXI, embora admitam que, com a incorporação de várias das propostas neoliberais, esse Estado Social mudou em muito a sua “feição original”⁵⁶.

Há, ainda, a perspectiva segundo a qual o Estado Regulador é mais uma nova expressão do Estado Pluriclasse, por meio de uma nova forma de atender aos

⁵³ DUPAS, Gilberto. O Poder dos Atores Globais. In: **Jornal Folha de São Paulo**, p. A3, 23 de maio de 2004.

⁵⁴ Há o registro, na Argentina, de contratos de exclusividade outorgados a privados não por razões técnicas, mas sim pelo fato de tais contratos serem mais rentáveis para o Estado, em termos de valor oferecido na outorga. Cf. CAIELLA, Pascual. Regulación de los Servicios Públicos y Concurrencia. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A & C**. Vol. 12, 2003, p. 114.

⁵⁵ THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 46.

⁵⁶ VIEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. **Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 23.

anseios de largas parcelas da população, do que uma volta ao Estado Liberal, com sua pretensão de neutralidade em relação ao domínio econômico. Pelo Estado Regulador buscar-se-ia uma combinação das exigências de presença estatal com as necessidades do mercado de livre fluxo de capitais⁵⁷.

De qualquer maneira, é preciso considerar que, pelo menos em termos de expressão jurídica da transformação, a mudança de feição do Estado Social em Estado Regulador é mais do que uma readequação pontual ou uma diferença de intensidade no uso deste ou daquele mecanismo de intervenção na economia.

O Estado Regulador, com efeito, dá à idéia de regulação um sentido de renovação do intervencionismo estatal. Associada à idéia de um relativo afastamento do Estado em relação à economia, a idéia de regulação se transforma, passando a representar exatamente as novas regras por meio das quais o Estado organiza o novo quadro econômico. Embora sempre tenha agido de modo a “regular” o domínio econômico (no sentido de promover intervenções públicas que afetam a operação dos mercados por meio de comando e controle), no momento em que se torna “Regulador” é que o Estado, ao se afastar, se reaproxima e dá um novo sentido a essa atividade de comando e controle⁵⁸.

A transformação jurídica havida com o Estado Regulador, portanto, na medida em que alcança a forma de prestação dos serviços públicos, a titularidade de diversas atividades e o próprio desenho das Constituições Econômicas formais e materiais de diversos países, representa uma renovação significativa da idéia de

⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 45.

⁵⁸ Exatamente nessa ordem de idéias, Colson e Idoux se referem à interessante definição de Bazex, segundo o qual a atividade regulatória que acompanha o movimento de desestatização é a forma suprema de intervencionismo. COLSON, Jean-Philippe e IDOUX, Pascale. *Droit Public Économique*. 4^e Ed. Paris: L.G.D.J., 2008, pp. 17-18.

regulação. O comando e controle que parte do Estado para o domínio econômico de uma determinada sociedade aparece, agora, de modo mais sutil, mas não necessariamente menos efetivo. Não por acaso, essa nova noção de regulação é frequentemente associada à *soft law*, a uma forma de atuação que, embora aparente ser menos impositiva do que a clássica, não é, por isso, menos efetiva⁵⁹.

Para Jacques Chevallier, a regulação (no sentido próprio e novo que o Estado Regulador dá a essa noção) se distingue dos modos clássicos de intervenção do Estado porque consiste na supervisão do jogo do mercado, no estabelecimento de certas regras e na intervenção permanente para amortecer as tensões, reger os conflitos e assegurar a manutenção de um equilíbrio de conjunto. Pela regulação, portanto, o Estado não se põe mais como um ator do jogo econômico, mas como árbitro desse mesmo jogo, cuja função é harmonizar as interações entre os jogadores. Essa postura regulatória exige, portanto, determinadas condições, como uma posição de exterioridade em relação ao jogo econômico, uma capacidade de arbitrar os interesses presentes e uma capacidade de ação contínua para proceder aos ajustamentos necessários⁶⁰. Não por acaso, essas condições coincidem com as exigências teóricas destacadas por Hood como inerentes a todo sistema de regulação, ou seja, a fixação de padrões (posição de exterioridade em relação ao jogo econômico), a avaliação dos estados do sistema (arbitramento dos interesses presentes) e a ação voltada à mudança comportamental (ação contínua para proceder aos ajustes necessários)⁶¹.

⁵⁹ Idem, pp. 463-470.

⁶⁰ CHEVALLIER, Jacques. *L'État Post-moderne*. 3ª Ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 62.

⁶¹ HOOD, C. et al. *The Government of Risk*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 23.

Os meios de que se vale a atividade regulatória são também especiais no Estado Regulador. Envolvem a criação de regras de conduta, o monitoramento do mercado regulado, a alocação de direitos (adjudicação) e a resolução de conflitos. Envolve também uma formalização jurídica diversa da clássica, pois depende de um Direito pragmático, flexível, elaborado em relação estreita com os destinatários e em permanente reajuste em função dos resultados obtidos⁶².

É comum dizer-se, nessa ordem de idéias, que a regulação que caracteriza o Estado Regulador é, em realidade, uma forma especial de direcionamento de condutas por meio de comando e controle. Trata-se de uma atividade mais dinâmica e, ao mesmo tempo, mais distante, mas não menos efetiva no que diz respeito ao desenvolvimento das interações econômicas.

Novamente, é possível recorrer a Chevallier, com proveito, em busca de uma definição para esse novo ambiente do Estado Regulador. Trata-se da substituição do Estado-Dirigente pelo Estado-Estrategista. De fato, com o afastamento da ação estatal em relação ao domínio econômico, ele deixa de comandar a economia, deixa de ser o motor e comandante das ações econômicas, deixa de desenhá-las de modo direto conforme o desejado. No entanto, ao Estado se reserva o papel de estrategista, daquele que, por meio de uma ação mediada, chega à obtenção dos melhores resultados possíveis, tendo sempre em conta os condicionamentos externos, ou o caminho – indireto – entre a ação praticada e o resultado a alcançar⁶³.

A nova postura do Estado se faz, assim, visível. Ele deixa de olhar as variáveis econômicas – oferta, demanda, preços, etc. – como elementos que dependem

⁶² CHEVALLIER, Jacques. *L'État Post-moderne*. 3ª Ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 62.

⁶³ CHEVALLIER, Jacques. *L'État Post-moderne*. 3ª Ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 62.

apenas – ou ao menos principalmente – da sua ação e das suas escolhas. Passa a enxergar a realidade econômica como externa a si e põe-se a alterar indiretamente as variáveis econômicas, adotando estratégias para chegar aos melhores resultados possíveis.

Assim, embora a regulação, em sentido amplo, seja quase conatural às manifestações normativas do Estado ou mesmo de outras organizações públicas do poder (já que, historicamente, essas instituições jamais puderam deixar de intervir na chamada “esfera econômica” da vida dos súditos⁶⁴), a regulação ganha claramente uma nova dimensão a partir do momento em que é adotada pelo Estado Regulador. Com a retração da atuação estatal direta na economia, a esfera econômica perde o seu comandante, mas ganha um estrategista, capaz de dirigir sutilmente as interações econômicas no caminho desejado pela coletividade.

Com essas colocações, chega-se ao conjunto de alterações promovidas pelo Estado Regulador no próprio conceito de regulação. Este passa a ser um conceito mais específico e localizado do que sugeria a investigação de sua semântica, pois relativo a uma nova forma de intervenção do Estado na economia, menos direta mas nem por isso menos efetiva. Essa renovação do conceito, que passa a dizer respeito a uma nova maneira de agir do Estado, será retomada, juntamente com outros conceitos, em momento posterior do presente trabalho, no ponto que investigará as bases teóricas da regulação e as conseqüentes *rationales* segundo as quais a regulação opera. Por ora, deve-se prosseguir analisando a expressão jurídico-constitucional da regulação no contexto brasileiro, para que se entenda a caracterização jurídica da intervenção do Estado Democrático de Direito fundado pela Carta de 1988 na seara econômica.

⁶⁴ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 96-97.

1.3. A expressão jurídico-constitucional da regulação na realidade brasileira atual: a intervenção do Estado Democrático de Direito na economia

A reforma do Estado – ocorrida, no Brasil, a partir do início da década de 90 – teve como objetivo o alinhamento do ordenamento jurídico à “modernidade administrativa”. Ela foi reflexo de um momento de profundas transformações nas relações entre o Estado e a economia e, por tabela, nas relações entre o Estado e os cidadãos. Foi, nos termos da abordagem teórica recém finalizada, a materialização institucional da passagem do Estado Social para o Estado Regulador.

Essa reforma do Estado ocorreu – e ocorre, ainda – num ambiente institucional em que vige o mandamento maior de legitimação democrática do Estado por meio do Direito. Em outras palavras, o Estado que se quer Regulador, muito especialmente a partir das décadas finais do século XX⁶⁵, é compelido necessária e fundamentalmente a ser também – e ao mesmo tempo – um Estado Democrático de Direito⁶⁶. É missão do jurista, portanto, ao tratar do Estado Regulador, no contexto brasileiro atual, aplicar à sua análise a perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Registre-se desde logo, por oportuno, que a classificação do Estado como “Regulador” e não “Provedor” é uma classificação claramente econômica, ou seja, uma classificação que toma como parâmetro a forma de atuação do Estado no domínio econômico. Não se cuida, propriamente, assim, de uma classificação jurídica ou política,

⁶⁵ VIEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. *Considerações sobre a atuação estatal no domínio econômico, no processo evolutivo do Estado de Direito*. In: **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, Ano 12, Volume 23, janeiro / dezembro de 2004, p. 47.

⁶⁶ Preâmbulo e artigo 1º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

como ocorre com a que conduz ao conceito de Estado Democrático de Direito – que utiliza como parâmetro a forma de exercício e o fundamento do poder do Estado, em todos os âmbitos. Falar em Estado Regulador Democrático de Direito, assim, é conjugar dois conceitos oriundos de classificações diversas, ou seja, propor uma abordagem relacional entre o fenômeno regulatório e o tema mais geral da legitimação democrática do poder do Estado.

Deve-se advertir, porém, que, embora os conceitos de Estado Regulador, por um lado, e Estado Democrático de Direito, por outro, tenham origens diversas (economia e política, como visto), a abordagem relacional pretendida é perfeitamente possível e, inclusive, recomendável para a aproximação do objeto. Isso fundamentalmente porque, de acordo com a própria idéia de Estado de Direito, o ente estatal deve estar jurídica e constitucionalmente legitimado para quaisquer de suas ações, em qualquer esfera. O Estado de Direito age segundo e em prol dos mandamentos jurídicos que recebe da Constituição em todos os âmbitos e, assim, também em sua ação sobre a economia. Olhando a questão pelo ângulo oposto, é possível afirmar que o Estado que age sobre a economia, no contexto atual, deve legitimar essa sua intervenção por intermédio do Direito. Daí se poder afirmar, sempre do ponto de vista do contexto brasileiro atual, que o Estado de Direito o é enquanto Estado Regulador e que o Estado Regulador o é enquanto Estado de Direito.

Importa notar, por fim, que essa mesma abordagem transversal, entre regulação e legitimação democrática do Estado, já foi feita, com grande proveito, em outras ocasiões. Chegou-se, de fato, a descrever uma relação íntima entre o desenvolvimento do Estado Regulador e a evolução do Estado Democrático de Direito.

Trata-se de lição oriunda da doutrina portuguesa, ensinada por Luís Cabral de Moncada, segundo o qual “*a intervenção do Estado na economia foi a via através da qual a noção de Estado de Direito se foi modificando*”⁶⁷. Por tudo isso, entender como se relacionam o Estado Regulador e o Estado Democrático de Direito é fundamental para que fique bem delineado o conceito de regulação a ser utilizado ao longo do presente trabalho, do ponto de vista da atual realidade brasileira.

Nesse sentido, é importante lembrar que a reforma do Estado, na direção do Estado Regulador, se deu num momento em que se entendia esgotado o modelo do Estado de Bem-Estar Social, que se debruçava sobre a atividade econômica para assegurar, mediante uma atuação efetivamente empresarial, a prestação de serviços públicos. Daí a descrição de Carlos Eduardo Vieira de Carvalho do declínio do modelo do Estado Social, como circunstância que abriu espaço para a redefinição do papel do Estado⁶⁸.

Nessas circunstâncias históricas, boa parte dos serviços considerados públicos ou de utilidade pública deixaram de ser prestados diretamente pelo Estado e passaram a ser prestados – ou voltaram a ser prestados – por particulares. Tal mudança, por si só, como aponta Ariño, já indica a indispensabilidade da regulação e da necessidade da redefinição do papel do Estado, enquanto Estado Regulador. Nas palavras do professor espanhol:

⁶⁷ MONCADA, Luís Cabral. **Direito Económico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 28.

⁶⁸ VIEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. Considerações sobre a atuação estatal no domínio econômico, no processo evolutivo do Estado de Direito. In: **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, Ano 12, Volume 23, janeiro / dezembro de 2004, pp. 52-54.

*Porém, quando tais empresas e atividades (os serviços públicos) são devolvidas à iniciativa e ao capital privado, a necessidade de regulação se faz evidente; é preciso harmonizar, com prudência e equidade, dois interesses contrapostos: o da empresa – que aspira à obtenção de benefícios por sua atividade, quanto mais melhor – e o dos usuários – que querem ter um serviço seguro, barato e de qualidade*⁶⁹.

Importa frisar que a discussão sobre as circunstâncias históricas que levaram à reforma do Estado, relacionadas ao declínio do Estado Social provedor de serviços públicos – e sobre as conseqüências de tais transformações – é muitíssimo complexa. Immanuel Wallerstein, por exemplo, parte do pressuposto da influência monumental da globalização sobre o papel do Estado, chegando a afirmar que, diante do sistema-mundo, o Estado é um “*grande obstáculo*” às transições gerais atravessadas pela sociedade mundial e que as ações intermediadas pelo Estado “*não têm importância alguma no longo prazo*”⁷⁰.

É claro que posições como a de Wallerstein, levadas às últimas conseqüências, vão além da mera redefinição do papel do Estado, defendendo mesmo o esgotamento do papel do Estado no sistema-mundo e apontando-se para a necessidade de um sistema histórico completamente novo. Essa não é a posição adotada para o desenvolvimento do presente trabalho. Entende-se, para os fins desta Dissertação, que as transformações históricas que levaram ao declínio do Estado provedor de serviços públicos exigem, de fato, novos posicionamentos por parte do Estado. No entanto, essas transformações podem ser alcançadas por meio de uma redefinição da posição do Estado em relação ao ambiente econômico sem embargo de conquistas históricas indispensáveis,

⁶⁹ ARIÑO, Gaspar. *Economia y Estado: crisis y reforma del sector publico*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 260. Tradução livre.

⁷⁰ WALLERSTEIN, Immanuel. **Após o Liberalismo: em busca da reconstrução do mundo**. Tradução de Ricardo Aníbal Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 13.

consolidadas no conceito do Estado Democrático de Direito. Por isso a Constituição vigente – elemento definidor do objeto do presente trabalho – longe de esvaziar as funções do Estado, estabelece inúmeras missões ao mesmo, tanto em termos de concretização de uma ordem econômica (no seu aspecto de Estado Regulador) quanto nas exigências de legitimação e concretização democrática (no seu aspecto de Estado Democrático de Direito). O Estado Regulador enseja, portanto, antes uma renovação do papel do Estado do que a sua extinção⁷¹.

A afirmação do Estado Regulador, portanto, é antes de mais nada um novo voto de confiança ao próprio papel do Estado, papel este que se vê redefinido e remoldado, mas não abandonado. Exata, nesse ponto, a advertência de Gaspar Ariño, que afirma:

No entanto, convém não se enganar. Não se pode prescindir do Estado, porque este é o ponto de união de todos em uma sociedade organizada, o mecanismo civilizado de defesa do bem comum. O que se pode e deve fazer é refundar o sentido de sua ação: o Estado produtor deve ser substituído pelo Estado regulador. E a regulação não deve se orientar pela substituição do mercado e da competição, mas sim por sua promoção. Se uma das razões da privatização é evitar os monopólios do governo, que se mostraram perversos, é preciso assegurar que não são substituídos por monopólios (ou oligopólios) privados⁷².

Defender o conceito de Estado Regulador é, como visto, buscar a superação da empobrecedora dicotomia entre mercado e intervenção. A intervenção do

⁷¹ COLSON, Jean-Philippe e IDOUX, Pascale. *Droit Public Économique*. 4^e Ed. Paris: L.G.D.J., 2008, pp. 21-25.

⁷² ARIÑO, Gaspar. *Economia y Estado: crisis y reforma del sector publico*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 260. Tradução livre.

Estado na economia passa a ser ordenadora, no exato sentido de estabelecer balizas para o agir dos particulares. Como afirma Vieira de Carvalho, com base em Antônio Carlos dos Santos, o Estado Regulador busca o direcionamento das atividades econômicas exercidas pelos agentes privados, controlando e influenciando comportamentos de modo a orientá-los a direções socialmente desejáveis⁷³.

O Estado Regulador é, assim, antes de mais nada, um Estado estrategista⁷⁴, que busca harmonizar os interesses dos particulares, viabilizando a prestação dos serviços públicos – muitas vezes por agentes privados – de modo socialmente desejável.

O Estado Regulador busca viabilizar, também, uma forma de responder às velozes mudanças típicas da modernização tecnológica e de uma sociedade crescentemente complexa e dinâmica. Essas transformações vertiginosas da sociedade exigem um acompanhamento dinâmico e especializado de determinados campos econômicos, sendo necessário transformar, igualmente, a tecnologia jurídica até então predominante, fundada em regulamentações genéricas para todos os setores sociais⁷⁵.

Esse ambiente, típico das complexas e compartimentadas relações sociais da modernidade⁷⁶, enseja o desenvolvimento do Direito Administrativo Conjuntural, com competência técnica para enfrentar questões muito específicas. Essa circunstância faz surgir ainda uma outra questão muito relevante para o Estado Regulador. Trata-se de

⁷³ SANTOS, Antônio Carlos dos *apud* VIEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. Considerações sobre a atuação estatal no domínio econômico, no processo evolutivo do Estado de Direito. In: **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, Ano 12, Volume 23, janeiro / dezembro de 2004, p. 55.

⁷⁴ CHEVALLIER, Jacques. *L'État Post-moderne*. 3ª Ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 62.

⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Ano 37, nº 148, outubro / dezembro de 2000, pp. 275-276.

⁷⁶ Cf. GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Tradução de Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2002.

avaliar se a regulação deve se limitar ao oferecimento de soluções técnicas para a harmonização dos interesses envolvidos ou se deve a atividade regulatória ser ampliada para envolver o espaço estatal de discussão pública.

Em nosso país, a implementação do Estado Regulador se deu, marcadamente, por meio da criação de autarquias especiais voltadas ao exercício da regulação setorial. Às agências reguladoras, enquanto integrantes da Administração Pública indireta não caberia, a princípio, a formulação ou a discussão de quaisquer políticas públicas, mas somente a sua execução ou implementação. Classicamente, o rígido desenho representativo do Estado brasileiro não deixava espaço à formulação e discussão de políticas por meio dos órgãos tipicamente regulatórios, como as agências reguladoras.

Entretanto, é necessário reconhecer que a regulação engloba, pelo menos em parte, o espaço estatal de discussão pública. Isso porque é importante afirmar a funcionalidade das agências reguladoras como espaço público. Deve-se repetir a lição segundo a qual o espaço público é um espaço construído diuturnamente e depende de quem se habilite a criá-lo⁷⁷.

Com efeito, não é possível separar de modo absoluto a implementação ou execução de uma política pública da formulação dessa política. É claro que existem diversos graus de abstração, da lei em sentido formal à decisão administrativa, passando pelos diversos instrumentos normativos infra-legais. Deve-se reconhecer, entretanto, que o exercício do poder normativo dos entes reguladores e os espaços de discricionariedade

⁷⁷ ARANHA, Márcio Iorio. *Agência Reguladora e Espaço Público: sua funcionalidade como espaço de exercício de virtude política*. In: ARANHA, Márcio Iorio (org.). **Direito das Telecomunicações: estrutura institucional regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil**. Brasília: Universidade de Brasília, 2005.

reconhecidos na Administração Pública são momentos de aplicação do direito que não se apartam ontologicamente da formulação de uma política na esfera legislativa. O fenômeno da pluralização das fontes normativas é uma das mais importantes transformações do Direito Público, na esteira do Direito Administrativo Conjuntural e do Estado Regulador⁷⁸.

Por isso, as transformações institucionais pelas quais passou o Estado Brasileiro, na reforma iniciada no início dos anos 90, modificou ao mesmo tempo a sua forma de intervenção na economia e a sua forma de legitimação democrática. A intervenção indireta, estrategista, pela via das agências reguladoras ditas independentes, ensejou uma nova forma de ação econômica, mas renovou, também, a forma de legitimação democrática. O desenvolvimento em paralelo do Estado Regulador e do Estado Democrático de Direito passou pela criação de entes que viabilizam uma nova intervenção econômica e, ao mesmo tempo, uma nova forma de abertura democrática⁷⁹.

Assim, fundamentalmente, o Estado Regulador visa à harmonização de interesses dos particulares no sentido da viabilização da prestação de serviços considerados públicos ou de utilidade pública por agentes privados, de maneira socialmente desejável, a partir de uma estrutura com competência específica para abordar questões tecnicamente complexas, sem embargo de constituir, na própria atuação regulatória, um espaço de exercício de virtude política alternativo ao modelo

⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Ano 37, nº 148, outubro / dezembro de 2000, p. 278.

⁷⁹ Houve assim, nessa evolução do contexto brasileiro, uma aplicação da lição de Cabral de Moncada, já referida, segundo a qual “*a intervenção do Estado na economia foi a via através da qual a noção de Estado de Direito se foi modificando*”. Cf. MONCADA, Luís Cabral. **Direito Económico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 28.

representativo clássico. Trata-se de caracterização com viés econômico, portanto, mas com uma inegável manifestação política-constitucional.

Nesse sentido é que a abordagem relacional entre o Estado Regulador e o Estado Democrático de Direito se faz relevante. Karl Loewenstein, em sua célebre classificação dos sistemas políticos constitucionais, descreve o sistema “democrático constitucional” como aquele que:

*(...) depende da existência de instituições efetivas por meio das quais o exercício do poder político está distribuído entre os detentores do poder, e por meio dos quais os detentores do poder estão submetidos ao controle dos destinatários do poder, constituídos em detentores supremos do poder*⁸⁰.

Portanto, pelo menos três elementos fundamentais fazem parte da clássica definição do Estado Democrático de Direito, a saber, a separação dos poderes, o controle do exercício dos poderes e a soberania popular. Esses aspectos, como afirmará mais à frente Loewenstein, devem estar fundamentados pela Constituição, em seu aspecto material⁸¹.

A esses aspectos típicos do Estado Democrático de Direito, somam-se dois outros, oriundos da concepção liberal do Estado de Direito, que são a limitação do poder e o respeito aos direitos fundamentais do homem. Esses elementos são ainda completados pelos mecanismos de aferição e proteção dos direitos fundamentais e limitação do poder,

⁸⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 149.

⁸¹ *Idem*, p. 153.

expressos especialmente pela garantia de acesso ao Poder Judiciário e por um órgão responsável pela guarda da Constituição⁸².

No sistema brasileiro, merecem destaque, nesse exato sentido, as referências, no artigo 1º da Constituição de 1988, à soberania popular e ao estabelecimento, pela Carta Magna, de um Estado de Direito. Afirma-se, assim, que a soberania popular, o controle do exercício dos poderes e sua separação, no Brasil, serão atingidos por meio do Direito.

É importante mencionar, antes de mais nada, que a concepção do Estado Democrático de Direito partilha necessariamente da concepção do mundo jurídico e social como artifício. Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito viabiliza a potencialização da dimensão política do homem e lhe permite desenhar as instituições de acordo com ideais e valores compartilhados. A participação no Estado Democrático de Direito dependerá de um passo filosófico em que o indivíduo seja capaz de “desnaturalizar” o mundo social, mas sem abandoná-lo ao acaso, ao caos⁸³.

Note-se ainda que a busca da soberania popular por meio do Direito faz-se através de um Estado de Direito e não por meio de um Estado do Direito. O artigo 1º da Constituição Federal não deve ser entendido como óbice às mudanças na teoria da legislação – mudanças, aliás, que têm íntima relação com o Estado Regulador. A exortação constitucional deve ser vista como uma referência à dimensão institucional do Direito, mais do que à sua manifestação formal.

⁸² SILVA, Ênio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Ano 42, nº 167, julho / setembro de 2005, pp. 218-222.

⁸³ Para as concepções filosóficas de natureza, caos e artifício, cf. ROSSET, Clément. **A anti-natureza: elementos para uma filosofia trágica**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1989.

Nesse exato sentido é a lição de Redor Marie-Joëlle, para quem o Estado Legal ou do Direito, que estabelece uma regra constitucional de predomínio do Poder Legislativo sobre os demais não deve ofuscar o Estado de Direito, que é marcado por uma ordem axiológica da sociedade⁸⁴. A busca dessa ordem axiológica da sociedade, por meio do desenvolvimento institucional do Direito, é fundamental para a compatibilização entre o Estado Regulador e o Estado Democrático de Direito e para a inclusão de princípios substantivos na atividade regulatória.

Outro interessante estudo sobre o Estado Democrático de Direito é aquele que o localiza na teoria do discurso. Jürgen Habermas, expoente dessa corrente doutrinária, busca fundar a legitimidade do Estado Democrático de Direito no princípio do discurso, ou seja, na exigência de que as normas de ação aprovadas pela sociedade sejam aceitas pelos possíveis afetados por elas, mediante discursos racionais. Assim, para essa outra vertente, o mais importante para o Estado Democrático de Direito é o fundamento racional e discursivo das normas vigentes, valorizando-se, sempre, a autonomia responsável dos indivíduos⁸⁵.

Além disso, é indispensável para o Estado Democrático de Direito que seja assegurada uma igualdade mínima entre os cidadãos, em termos de participação nas decisões coletivas e relacionamento com o Estado. Assim, o Estado Democrático de Direito nutrir-se-á da igual consideração devida a cada cidadão, fórmula defendida por Dworkin⁸⁶.

⁸⁴ MARIE-JOËLLE, Redor. *De l'État légal à l'État de droit*. Ed. Economica, 1992, p. 389.

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez – sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría Del discurso*. 4ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 199-262.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Não obstante existam muitíssimas outras abordagens sobre o Estado Democrático de Direito, as características já expostas podem ser consolidadas de forma suficiente à abordagem relacional pretendida, que envolve o Estado Regulador.

Em primeiro lugar, um Estado Democrático de Direito deve ter uma Constituição, em sentido material, e deve preservar a soberania popular, a divisão dos poderes e o controle do exercício desses poderes. Em segundo lugar, o poder deve ser limitado e os direitos fundamentais do homem assegurados, garantindo-se, ainda, o amplo acesso ao Poder Judiciário e a existência de um órgão encarregado da guarda da Constituição. Ademais, o Estado Democrático de Direito deve partir de uma concepção do mundo social como meio de realização do potencial político humano, viabilizando-se o desenho das instituições políticas de acordo com ideais e valores compartilhados pelos indivíduos. Em quarto lugar, é preciso afastar uma possível confusão entre o Estado de Direito e o Estado legal ou do Direito, privilegiando-se o conceito que faz referência a uma ordenação axiológica da sociedade. Em quinto lugar, deve-se valorizar, no Estado Democrático de Direito, a autonomia responsável dos indivíduos, por meio da discussão racional e livre das normas de ação. Por fim, é preciso dispensar a todos os indivíduos igual consideração, possibilitando que eles tenham condições iguais de interferir nas decisões coletivas e se relacionem em iguais condições com o Estado.

Tendo em vista essas seis considerações especiais sobre o Estado Democrático de Direito, será possível aproximá-lo do Estado Regulador e delinear assim um conceito de regulação que seja ao mesmo tempo revitalizado e adequado às exigências de fundamentação jurídico-política do exercício do poder, como exige o vigente contexto constitucional brasileiro.

Descritas dessa forma características fundamentais do Estado Regulador e do Estado Democrático de Direito, é possível esboçar finalmente o estudo relacional do Estado Regulador Democrático de Direito. Esse estudo parte do pressuposto de que há um caminho de adaptação a ser percorrido pelas estruturas do Estado Regulador brasileiro na direção da gradual integração, a essas mesmas estruturas, de expressões típicas do Estado Democrático de Direito. As estruturas regulatórias estatais, assim, vão assimilando paulatinamente conquistas do Estado Democrático de Direito, por meio de um lento processo de mudança institucional.

Foi William Graham Sumner⁸⁷ o responsável pela divulgação, ainda no início do século XX, de estudo sociológico que descrevia a relação entre *folkways*, mores e instituições. A partir de sua teoria é possível descrever o que se pode defender como dinâmica da mudança institucional, em direção ao Estado Regulador Democrático de Direito.

De acordo com Sumner, as necessidades sociais formulam costumes e hábitos que, posteriormente, formam *folkways*. Esses *folkways* se transformam em mores e posteriormente os mores fundamentam instituições e leis. Para o autor, os *folkways* nada mais são do que hábitos individuais e costumes coletivos repetidos⁸⁸. Esses *folkways*, em determinado momento, passam a ser conjugados com generalizações sobre o bem-estar social e se transformam em mores⁸⁹.

Nesse ponto, da transformação dos *folkways* em mores a partir de generalizações sobre o bem-estar social, há a influência daquilo que Dworkin chama de

⁸⁷ SUMNER, William Graham. *Folkways – Estudo sociológico dos costumes*. Tomo I. Tradução de Lavínia Costa Villela. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1950.

⁸⁸ Idem, pp. 28-29.

⁸⁹ Idem, p. 34.

atitude interpretativa. Trata-se de uma mudança de perspectiva, em que os membros da coletividade passam a refletir sobre as suas práticas sociais e buscam verificar, a partir dessa reflexão, quais as práticas capazes de maximizar o bem-estar social. Essa atitude interpretativa é essencial para a noção do direito como interpretação construtiva exercida diuturnamente e, por conseguinte, para a dinâmica institucional da hermenêutica jurídica⁹⁰.

Afirma ainda Sumner que os mores, quando socialmente cristalizados e racionalizados, transformam-se em instituições. As instituições, por sua vez – entre elas as normas de direito positivo devem permanecer coerentes com os mores estabelecidos na sociedade, sob pena de não serem capazes de prever e regular os comportamentos dos indivíduos⁹¹.

Ainda de acordo com o célebre estudo sociológico do autor norte-americano, os mores e instituições podem ser modificados a seu modo, mas resistem a mudanças arbitrárias⁹². A força estática dos mores não impede sua alteração ou a alteração institucional, mas faz com que essas alterações só possam ser alcançadas a partir da ação diuturna dos indivíduos⁹³.

A lição de Sumner segue atual, muito especialmente para a descrição do que se espera da consolidação do Estado Regulador Democrático de Direito, no Brasil. A mudança das práticas regulatórias, para aumentar a legitimidade democrática a partir da consolidação das exortações do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, dependerá de

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 57-58.

⁹¹ SUMNER, William Graham. *Folkways – Estudo sociológico dos costumes*. Tomo I. Tradução de Lavínia Costa Villela. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1950, pp. 61-62.

⁹² Idem, p. 94 e 99.

⁹³ Idem, p. 125.

um lento movimento diário de adaptação institucional, que terá sua arena no cotidiano das práticas jurídicas-regulatórias. Afinal, como afirma Sumner:

A combinação, nos mores, de persistência e variabilidade, determina a extensão em que é possível modificá-los por meio de ação arbitrária. Não existe meio, nem artifício algum, que possa modificá-los extensamente ou de súbito, ou em qualquer de seus elementos essenciais. É possível modificá-los por meio de esforço vagaroso e continuado, se o ritual se modificar por pequenas variações⁹⁴.

As formas jurídicas podem abrir espaço para os desejados movimentos de adaptação (o “esforço vagaroso e continuado”, a que se refere Sumner), mas jamais poderão implementá-los de maneira súbita e cabal. São apenas meios e artifícios que definem espaços de ação para os indivíduos, mas jamais serão a própria essência do fenômeno jurídico. Aqui, concordamos com Iorio que, a partir de Santi Romano, afirma que:

A concepção institucional apresenta-se como uma formulação do conceito mesmo de direito a contrastar com a concepção, então predominante, mediante a qual se entendia o direito somente em seu aspecto normativo e relacional. Definia-se o direito por seu aspecto interno e não por sua natureza intrínseca qualificadora.

(...)

O que deriva da concepção de Santi Romano é a idéia de que o direito serve-se das normas jurídicas e portanto não se resume a elas. O direito não se resume a reger relações sociais, mas consiste, acima de tudo, em uma organização,

⁹⁴ Idem, ibidem.

*uma estrutura, uma posição da sociedade. Consiste, em outras palavras, no mecanismo institucional estatal*⁹⁵.

O Direito deve ser visto, portanto, como uma atividade interpretativa de organização da sociedade, adaptável a partir da dinâmica institucional e não como um simples conjunto de regras dadas que podem ser alteradas formal e arbitrariamente. A consolidação do Estado Regulador e de sua expressão institucional, em que se torna necessariamente Estado Regulador Democrático de Direito, portanto, é um movimento lento e permanentemente inacabado, em que ganha extraordinária relevância a aplicação cotidiana do que se entende por Direito Regulatório.

A partir dessas importantíssimas premissas, é possível sugerir alguns caminhos para a integração, à estrutura do Estado Regulador, de alguns dos ideais do Estado Democrático de Direito, completando assim o quadro da expressão jurídico-constitucional do conceito de regulação.

Como visto, o Estado Regulador visa à harmonização de interesses dos particulares para a viabilização da prestação de serviços considerados públicos ou de utilidade pública por agentes privados, de maneira socialmente desejável. Possibilita, ainda, a construção, na própria atuação regulatória, de um espaço de exercício de virtude política alternativo ao modelo representativo clássico. Tudo isso a partir de uma estrutura com competência específica para abordar questões tecnicamente complexas.

O Estado Regulador envolve, portanto, estruturas técnicas administrativas que visam à viabilização da prestação adequada de serviços considerados públicos ou de

⁹⁵ ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000, pp. 51-52.

interesse público. Essas estruturas estatais, por sua vez, têm a inalienável obrigação de zelar pelo Estado Democrático de Direito.

Portanto, as estruturas regulatórias devem ser capazes de concretizar a Constituição – em sentido material –, preservar a soberania popular, a divisão dos poderes, o controle do exercício e a limitação desses poderes, assegurar os direitos fundamentais e seus instrumentos de garantia, a partir de uma visão que privilegie a dimensão política dos indivíduos, a autonomia responsável e a igual consideração devida a todos os membros da coletividade. Dessa forma, far-se-á possível o atingimento da ordenação axiológica da sociedade que caracteriza o Estado de Direito.

A garantia da soberania popular, a valorização da autonomia responsável e a promoção da dimensão política do homem a partir das estruturas regulatórias poderiam ser facilitadas por um constante aumento da publicidade efetiva dos atos do Estado Regulador. Os entes regulatórios estarão mais perto de concretizar o mandamento da soberania popular quanto mais públicos e abertos forem os seus procedimentos de tomada de decisão. Assim, iniciativas como a disponibilização de atos normativos e decisões dos entes regulatórios na Internet e na imprensa e audiências públicas devem ser estimuladas, pois aproximam o Estado Regulador dos pressupostos do Estado Democrático de Direito.

Deve-se notar, ainda, que o próprio fato de o Estado Regulador conferir aos particulares a missão de prestar serviços de relevância pública valoriza a autonomia responsável dos indivíduos. A valorização da liberdade alcançada por tal circunstância contribui, sem dúvidas, para a concretização do Estado Democrático de Direito.

A concretização da Constituição e dos direitos fundamentais, no âmbito da regulação, poderia ser alcançada a partir de uma valorização do conhecimento jurídico

pelos entes reguladores e por uma correspondente abertura interna desses entes a discussões constitucionais. Seria positivo para a concretização do Estado Regulador Democrático de Direito o estímulo a uma paulatina alteração nos modos de agir dos reguladores, para que eles tomassem consciência de seu papel relevante como aplicadores do Direito e dos princípios constitucionais, preponderantemente.

Desse modo, iniciativas como o aprimoramento jurídico dos reguladores e a relativização da hierarquia administrativa – conferindo-se maior liberdade para que o regulador discuta juridicamente as orientações internas do ente regulador deveriam ser estimuladas. É preciso que a função de aplicação do Direito – com grande preponderância dos princípios jurídicos – se destaque na regulação, acima da função técnica não-jurídica e da função de mediação de conflitos entre os particulares.

Ao mesmo tempo, a separação entre os poderes, a limitação dos mesmos e a garantia dos mecanismos de defesa dos direitos poderiam se beneficiar de uma maior participação dos outros poderes – além do Executivo – na atividade regulatória. Isso porque a separação harmônica dos poderes não deve ser entendida como divisão hermética de funções, mas como viabilizadora do sistema político de freios e contrapesos, tendo em vista a limitação dos poderes e a garantia dos direitos.

Nesse sentido, como descreve Carl Schmitt, o desenvolvimento da doutrina da distinção de poderes a partir de Bolingbroke e Montesquieu foi marcado pela busca de um “contra-balanço”, um equilíbrio entre os poderes⁹⁶. Nas palavras do próprio Schmitt:

⁹⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução para o espanhol de Francisco Ayala. Madrid: Editorial *Revista de Derecho Privado*, 1934. Série “C”, Volume VIII, p. 214.

Com a diferenciação de vários “poderes” toma forma o ulterior pensamento orgânico de introduzir divisões mais amplas no interior dos campos assim diferenciados da atividade do Estado para alcançar um alto grau de controles e freios (checks and controls). A diferenciação não equivale a uma simples separação – situação que daria ensejo a uma pluralidade de atividades estatais isoladas, sem conexão alguma – mas tem o fim de produzir um equilíbrio⁹⁷.

Portanto, consoante afirmado por Schmitt, a separação dos poderes – tratada por este autor a partir do significativo termo “distinção dos poderes” – não implica uma repartição absoluta de funções estatais. Em realidade, a separação em sentido absoluto é um simples modelo teórico que visa à exposição do princípio de organização. Historicamente, a relação entre poderes sempre foi regida pela busca do equilíbrio, a partir de influências recíprocas⁹⁸.

Nesse sentido, iniciativas como a especialização do Poder Judiciário e formas alternativas de participação desse Poder na regulação deveriam ser estimuladas⁹⁹. Poder-se-ia pensar ainda – com proveito para o Estado Regulador Democrático de Direito – em formas de participação efetiva do Poder Legislativo na atividade regulatória, a partir, por exemplo, de comissões parlamentares especializadas, que se aproximassem da regulação setorial. Essa intensa participação dos demais poderes na atividade regulatória

⁹⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução para o espanhol de Francisco Ayala. Madrid: Editorial *Revista de Derecho Privado*, 1934. Série “C”, Volume VIII, p. 213. Tradução livre.

⁹⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução para o espanhol de Francisco Ayala. Madrid: Editorial *Revista de Derecho Privado*, 1934. Série “C”, Volume VIII, pp. 216-217.

⁹⁹ São dignas de nota, nesse ponto, as formas de coordenação entre os Poderes Executivo e Judiciário dos Estados Unidos da América, na regulação, como a doutrina dos parâmetros significativos (*meaningful standards*). Para uma sucinta análise do tema, cf. MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 121-122.

teria ainda a vantagem de ampliar o grau de representatividade democrática das iniciativas regulatórias.

Por sua vez, a igual consideração devida aos cidadãos poderia ser viabilizada, no Estado Regulador Democrático de Direito, a partir da desburocratização do acesso dos indivíduos aos entes regulatórios e do combate à cooptação dos reguladores pelos setores regulados. Um esforço institucional – vagaroso e continuado – no sentido de definir os limites entre a esfera pública e a esfera privada, atacando a chaga da patrimonialização do Estado, é essencial para toda a consolidação do Estado Regulador Democrático de Direito e, muito especialmente, para a garantia da igual consideração devida a todos os cidadãos, na atividade regulatória.

As iniciativas voltadas à incorporação, à estrutura do Estado Regulador, dos princípios do Estado Democrático de Direito devem, portanto, partir da conscientização da necessidade de conferir uma ordem axiológica à sociedade, harmonizando os interesses do jogo regulatório de modo a concretizar paulatinamente a comunidade ideal descrita pelos princípios constitucionais. Trata-se, portanto, de concretizar, por meio da atuação estratégica do Estado Regulador, uma ordem econômica aberta a princípios regulatórios substantivos¹⁰⁰.

A expressão jurídico-constitucional do conceito de regulação na atualidade brasileira, portanto, está longe de ser um objeto estático e já bem acabado. Trata-se de expressão em constante construção, diante de tarefas múltiplas, voltadas à adaptação

¹⁰⁰ É relevante lembrar novamente a consideração de Gustavo Zagrebelsky sobre a instituição, nas Constituições de inspiração européia ocidental, de uma ordem que posiciona os indivíduos não apenas uns em relação aos outros, mas também em relação ao todo, inclusive no que diz respeito ao domínio econômico. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ronald Dworkin's principle-based constitutionalism: An Italian point of view*. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 1. n. 4. Out. 2003, p. 642.

desse “novo Estado” aos velhos princípios e às antigas demandas que recebem guarida constitucional. Como se verá a seguir, os desafios enfrentados por esse novo Estado são especialmente sublinhados nos pontos em que ele se depara com as exigências do mercado e aquelas derivadas da consagração da idéia de universalização.

Capítulo 2 – O Mercado

2. O Mercado

As benesses do ambiente de mercado serviram de pano de fundo para o movimento de liberalização que, no setor de telecomunicações, culminou com a privatização do sistema TELEBRÁS. Por isso, a identificação do mercado enquanto conceito jurídica e constitucionalmente expresso é essencial para o presente trabalho, que se debruça sobre a regulação das telecomunicações, no período pós-privatização e investiga, especificamente, a compatibilização das medidas regulatórias com os princípios constitucionais voltados ao mercado e à universalização.

Para tanto, será necessário entender como a idéia de mercado deixa de ser a de um local em que se realizam trocas comerciais e passa a referir um mecanismo de ordenação social, que converte toda coletividade em uma coletividade de mercadores. Será necessário, ainda, investigar os casos em que funciona e não funciona esse mecanismo de ordenação social, tendo em vista o seu objetivo fundamental de gerar eficiência econômica e as dificuldades consubstanciadas nas falhas de mercado.

Por último, será importante relacionar o ambiente de mercado à proteção constitucional conferida à liberdade, à propriedade, ao contrato e à concorrência, enxergando nessas garantias a própria expressão jurídico-constitucional do mercado. Somente com o alcance desse ponto é que se poderá prosseguir com o presente trabalho, para alcançar a apreciação da regulação estabelecida para o Sistema de Telefonia Fixa Comutada (STFC).

2.1. A transformação da idéia de mercado na Economia Clássica: o local de trocas comerciais entre indivíduos se torna mecanismo operador da ordem social

Não obstante os registros da existência de atividades comerciais desde o início da História, é possível dizer que foi a partir da passagem do século XVIII para o século XIX que a Economia passou a exercer um papel decisivo na vida humana. Clark, por exemplo, resume a História Econômica do mundo a um gráfico que mostra a diferença da renda *per capita* mundial entre o período anterior a 1800 e o posterior a esse marco¹⁰¹.

Do ponto de vista teórico, essa mudança de perspectiva, de uma vida econômica rudimentar pré-1800 para um desenvolvimento que alcançaria padrões inéditos (pelo menos para algumas sociedades), após o referido marco temporal, esteve intimamente ligado à idéia de mercado. Se até então o mercado era simplesmente a denominação de um local em que os indivíduos trocavam bens que haviam produzido, a partir da passagem do século XVIII para o XIX, o mercado ganha a conotação de mecanismo operador da ordem social. Essa transformação, fundamental para que se entenda o conceito de mercado, para os fins do presente trabalho, foi viabilizada, em larga medida, pela Teoria Econômica Clássica.

Com efeito, o conceito de mercado ganha uma inédita centralidade a partir da Teoria Econômica Clássica. O *locus* da interação econômica entre os homens, que se dá naturalmente e é responsável por pelo menos uma boa parte do desenvolvimento das

¹⁰¹ Com esse gráfico, Clark mostra que, em termos de renda *per capita*, a humanidade viveu um período de estabilidade de 10.000 a. C. até 1800 d. C., momento a partir do qual segregaram-se claramente sociedades que tiveram alto crescimento de renda e sociedades que desceram a um nível ainda pior do que o vivenciado até o século XVIII. CLARK, Gregory. *A Farewell to Alms – a brief economic history of the world*. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 2, fig. I.I.

sociedades, é valorizado, a ponto de ser elevado a mecanismo de operação da integração social.

Na principal obra de Adam Smith – não por coincidência, publicada em 1776, nos estertores do século XVIII – a relevância das interações econômicas entre os indivíduos é correspondente à importância, para esse autor, da divisão do trabalho. Para Smith:

É a fantástica multiplicação dos produtos de todas as diferentes artes, como consequência da divisão do trabalho, que dá ensejo, em uma sociedade bem governada, à opulência universal que se estende às camadas mais frágeis do povo. Todo trabalhador tem uma grande quantidade de seu próprio trabalho que pode dispor, por ser superior à quantidade que ele próprio pode utilizar; e se todos os outros trabalhadores estão exatamente na mesma situação, ele pode trocar uma grande quantidade de seus próprios bens por uma grande quantidade, ou, o que acaba sendo a mesma coisa, pelo preço de uma grande quantidade dos bens dos outros trabalhadores. Ele supre os outros trabalhadores abundantemente com os bens desejados por eles, e esses suprem o primeiro com aquilo que ele deseja, e esse movimento se difunde por todas as camadas da sociedade¹⁰².

Antes de prosseguir, impende observar que a importância da divisão do trabalho para a Ciência Econômica – que, como se verá, constitui a base da importância da ideia de mercado para a Economia Clássica – já havia sido ressaltada por diversos predecessores de Smith, como Josiah Tucker e Henry Martin. No entanto, em Smith, a divisão do trabalho ganha uma nova dimensão, não apenas por sua importantíssima ligação com o conceito de mercado, como também pela ênfase dada a essa ideia como fundamento principal da riqueza das nações (ênfase essa entendida como inédita) e pela

¹⁰² SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: Bantam Dell, 2003, pp. 18-19. Tradução livre.

desconexão entre a especialização produtiva e os talentos naturais de cada indivíduo (argumento comum aos predecessores de Smith e que remontam claramente a Platão). Ao colocar a divisão do trabalho sob nova luz, portanto, Smith inaugura a perspectiva da Economia Clássica, e salienta a importância da idéia de mercado, possibilitando a sua conversão em mecanismo operador da ordem social¹⁰³.

A divisão do trabalho e as interações econômicas que a viabilizam ampliam-se gradativamente e essa ampliação lhe dá relevância sociológica. Para Smith, com a divisão do trabalho ampliada, toda sociedade se desenvolve voltada para o aspecto mercantil. Nas palavras do autor britânico:

Quando a divisão do trabalho chega a se estabelecer amplamente, não há mais do que uma pequena parte dos interesses de um homem que pode ser suprida pelo seu próprio trabalho. Ele supre uma parte imensamente maior dos seus interesses por meio de trocas entre a parte excedente do produto do seu próprio trabalho, que está além e acima da sua própria capacidade de consumo, pelas partes excedentes dos trabalhos de outros homens. Todos vivem, portanto, por meio das trocas, ou se tornam em certa medida mercadores, e a própria sociedade se desenvolve no sentido de ser, propriamente, uma sociedade comercial¹⁰⁴.

O surgimento de um ambiente verdadeiramente amplo e central de trocas econômicas entre os homens, portanto, é como que um desenvolvimento natural da divisão do trabalho. Essa, por sua vez, é uma resposta a uma propensão natural do

¹⁰³ WEST, Edwin G. *Adam Smith and Modern Economics: from market behaviour to public choice*. Brookfield: Edward Elgar Publishing, 1990, p. 34.

¹⁰⁴ SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: Bantam Dell, 2003, p. 33. Tradução livre.

homem¹⁰⁵, que enseja grandes avanços e se constitui na chave para entender a riqueza das nações¹⁰⁶. O desenvolvimento social, assim, para a Economia Clássica, passa pela viabilização das trocas, ou seja, pelo estímulo à divisão do trabalho e à conseqüente natureza comercial da sociedade.

Esse estímulo, por sua vez, liga-se de modo muito especial à noção de mercado. Afinal, é indispensável para a difusão da divisão do trabalho e para o alcance da sociedade comercial que os homens se encontrem em um ambiente favorável às trocas. Novamente recorrendo a Adam Smith, é possível esclarecer esse ponto:

A partir do instante em que é o poder de trocar que dá ensejo à divisão do trabalho, então a extensão dessa divisão será sempre limitada pela extensão daquele poder, ou, em outras palavras, pela extensão do mercado. Quando o mercado é muito pequeno, nenhuma pessoa pode ter qualquer estímulo a se dedicar inteiramente a um emprego, já que não dispõe do poder de trocar toda a parte excedente do produto de seu próprio trabalho, que está acima e além do seu nível de consumo, pelas partes excedentes do produto do trabalho de outros homens¹⁰⁷.

O desenvolvimento da divisão do trabalho depende, assim, do desenvolvimento e da ampliação do ambiente de trocas entre os indivíduos, ou seja, da ampliação do mercado. Não há propriamente uma novidade na ocorrência em si das

¹⁰⁵ Nas palavras de Smith: “A divisão do trabalho, da qual são derivadas tantas vantagens, não é originalmente o efeito de algum conhecimento humano, que antevê e se dirige a toda a opulência à qual a divisão do trabalho dá ensejo. Ela é a conseqüência necessária, embora muito lenta e gradual, de uma certa propensão na natureza humana que não tem em vista essa opulência; a propensão ao escambo e à troca de uma coisa por outra”. Idem, p. 22. Tradução livre.

¹⁰⁶ Também na obra seminal de Smith se encontra a seguinte passagem: “O maior de todos os melhoramentos nos poderes produtivos do trabalho, bem como a maior parte da habilidade, da destreza e do conhecimento com o qual o trabalho é, em quaisquer circunstâncias, dirigido ou aplicado, parecem ter sido efeitos da divisão do trabalho”. Idem, p. 9. Tradução livre.

¹⁰⁷ SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: Bantam Dell, 2003, p. 27. Tradução livre.

trocas comerciais – como visto, há registros históricos antiquíssimos das trocas entre bens produzidos por diferentes indivíduos – mas sim no estímulo a um ambiente que facilite as trocas, fruto da visão de que, ampliando esse ambiente, e portanto ampliando também a divisão do trabalho, poder-se-á melhorar a sociedade.

Esse ponto é ressaltado por Jean-Claude Drouin, que, ao comentar a relação entre a divisão do trabalho e o mercado, em Smith, afirma:

No entanto, a divisão do trabalho, fonte da riqueza das nações, só pode existir numa sociedade que tenha institucionalizado a troca entre os agentes produtivos, isto é, uma sociedade que disponha de um mercado. A propensão à troca e o tamanho do mercado são para Smith uma condição *sine qua non* para a divisão do trabalho. Um mercado de dimensões muito restritas encoraja o surgimento de múltiplas atividades para cada indivíduo. A especialização, a excelência numa atividade produtiva só pode surgir a partir do momento em que cada indivíduo tem a possibilidade de vender o produto do seu trabalho, a fim de comprar o que lhe é necessário e que ele não produz. Como mostra Smith, cada homem se torna uma espécie de comerciante, e a própria sociedade é, caracteristicamente, uma sociedade mercantil¹⁰⁸.

Portanto, do ponto de vista da Economia Clássica, as limitações do mercado, tanto do ponto de vista espacial quanto do ponto de vista jurídico, devem ser combatidas¹⁰⁹. Afinal, o mercado “pequeno”, espacial ou juridicamente, limita a divisão do trabalho, e, portanto, limita também a geração de riquezas derivada da especialização,

¹⁰⁸ DROUIN, Jean-Claude. **Os Grandes Economistas**. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 19.

¹⁰⁹ O processo de crescimento defendido por Smith a partir da divisão do trabalho e da ampliação do mercado não é, para o próprio autor, expansível indefinidamente. Ele encontra como limites, de fato, no “solo e no clima” do país, na sua “situação em relação aos demais países” e, também, nas “leis e instituições desse país”. Há, portanto, limitações geográficas e limitações jurídicas, a serem reduzidas em prol da expansão da divisão do trabalho, pela ampliação do mercado. Acerca desse importante ponto, cf. ROSTOW, Walt Whitman. *Theorists of economic growth from David Hume to the present: with a perspective on the next century*. New York: Oxford University Press, 1990, p. 35.

sendo essencial, para o desenvolvimento das nações, a ampliação do comércio, para que o mercado corresponda a toda a sociedade¹¹⁰.

A contribuição dada por Smith ao desenvolvimento da idéia de mercado foi reconhecida como imensa, por seus sucessores. É o que destaca Pierre Rosanvallon, na seguinte passagem:

O conceito de mercado muda de significado com Adam Smith. Ele não é mais simplesmente um local particular e localizado de trocas: é a sociedade inteira que constitui o mercado. Ele não é mais somente um modo de alocação dos recursos por meio de uma livre determinação do sistema de preços: é um mecanismo de organização social, mais que um mecanismo de regulação econômica¹¹¹.

Rosanvallon destaca, de fato, que Smith é o responsável por fazer com que a idéia de mercado deixe de se referir apenas às simples trocas comerciais entre indivíduos¹¹² e passe a ser correspondente a um mecanismo operador da ordem social. Para Rosanvallon, há uma generalização da sociedade de mercado, na esteira do desenvolvimento do liberalismo, fortemente influenciado pelas idéias de Smith¹¹³.

¹¹⁰ Afirmar que Smith defende a ampliação do mercado até o ponto em que toda a sociedade fique nele engajada não é o mesmo que afirmar que esse autor defende a total absorção da sociedade pelo mercado. Smith não prega a extinção das esferas sociais independentes do comércio entre particulares, sendo claros sinais desse posicionamento o alinhamento, na sua teoria, de funções que devem ser desenvolvidas pela “soberania” (pelo Estado), especificamente a defesa nacional, a administração da justiça e as atividades econômicas que, não obstante sejam do maior interesse da coletividade, não são passíveis de exploração lucrativa por qualquer particular. Cf. SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: Bantam Dell, 2003, pp. 879-927.

¹¹¹ ROSANVALLON, Pierre. *Le libéralisme économique – Histoire de l’idée de marché*. Paris: Éditions du Seuil, 1989, p. 70. Tradução livre.

¹¹² Esse segue representando, porém, ainda hoje, uma definição importante para a análise econômica, no sentido de se identificar “um mercado”, por exemplo, o mercado financeiro, o mercado imobiliário, etc. Nesse sentido, definindo o que deve ser entendido economicamente como “um mercado”, e não “o mercado”, cf. SAMUELSON, Paul A. *Economia*. 14ª Ed. Lisboa: McGraw-Hill, 1992, p. 43.

¹¹³ ROSANVALLON, Pierre. *Le libéralisme économique – Histoire de l’idée de marché*. Paris: Éditions du Seuil, 1989, pp. 70-76.

Na mesma esteira, Eros Grau define a transformação pela qual passa o conceito de mercado. De maneira muito semelhante à afirmação de Rosanvallon, o jurista paulista indica que:

Mercado deixa então de significar exclusivamente o *lugar* no qual são praticadas relações de troca, passando a expressar um projeto político, como *princípio de organização social*¹¹⁴.

Como já se teve oportunidade de indicar, a idéia de Rosanvallon encontra eco em estudos de História Econômica. Recorrendo novamente ao significativo gráfico de Gregory Clark, é possível dizer que, a partir do momento em que as idéias da Economia Clássica foram colocadas em prática – ou seja, a partir do momento em que se buscou fazer do mercado o operador da ordem social – surgiram resultados materiais realmente muito positivos, ao menos para algumas sociedades¹¹⁵.

É possível afirmar, nesse ponto, um viés importante do conceito de mercado, que é revalorizado pela Teoria Econômica Clássica. Por mercado se entende, nesse viés, o ambiente de interação econômica entre os indivíduos que lhes confere o poder de realizar trocas entre excedentes de produção. Há mercado sempre que ao indivíduo é possível intercambiar o excedente de sua produção pelo excedente da produção de um outro indivíduo, e o mercado é tanto maior ou mais desenvolvido quanto mais amplas forem as possibilidades de trocas, ou quanto maior for o poder de realizar tais trocas¹¹⁶.

¹¹⁴ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 33.

¹¹⁵ CLARK, Gregory. *A Farewell to Alms – a brief economic history of the world*. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 2, fig. I.I.

¹¹⁶ É visível desde logo que essa definição, embora se alinhe a uma teoria econômica que vê o mercado como natural ou espontâneo, é tributária de dois institutos jurídicos, que serão adiante explorados, a

Por trás desse conceito de mercado encontram-se valores marcadamente individualistas e utilitaristas, típicos, ademais, do desenvolvimento clássico da ciência econômica. O pressuposto da ação individual que tem em vista a maximização do bem-estar próprio está aos pés do referido conceito de mercado. Sobre esse aspecto, é útil a colocação de José Gómez-Ibáñez:

Os valores no coração do mercado são individualistas e utilitários. Mercados livres permitem que indivíduos celebrem trocas voluntárias de bens e serviços. Na presença de determinadas condições a serem discutidas mais tarde [em condições de mercado], a natureza voluntária das trocas assegura que as partes se considerem em melhores condições do que estavam anteriormente. Se assim não fosse, as partes não estariam de acordo com a troca. Dessa perspectiva, o papel da sociedade é estimular a felicidade individual por meio da facilitação das transações voluntárias, tarefa que pode ser alcançada pelo desenvolvimento de mercados simples e competitivos¹¹⁷.

Na mesma direção, e de modo mais didático, identificando os pressupostos do mercado como individualistas e utilitários, encontram-se juristas que se debruçam sobre o fenômeno da regulação. É o caso de Anthony Ogus, que afirma:

Individualismo. O modelo [de mercado] pressupõe que o bem-estar social pode ser entendido como um simples agregado de todo o bem-estar individual; aquilo que é “valioso para a sociedade” não pode ter outro significado.

Comportamento maximizador de utilidade. Indivíduos são tomados como se se comportassem sempre “racionalmente”, escolhendo ações que maximizem a sua utilidade. Com a possível exceção dos muitos jovens e dos deficientes

propriedade e o contrato. É que, para que haja troca entre excedentes de produção, é preciso que cada indivíduo possa ter como seu o produto de seu próprio trabalho (direito de propriedade) e, ao mesmo tempo, possa entabular acordos com outros indivíduos (contrato).

¹¹⁷ GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. *Regulating Infrastructure – monopoly, contracts and discretion*. Harvard: Harvard University Press, 2003, p. 18. Tradução livre.

mentais, nenhuma concessão é feita para a incompetência ou a inabilidade de tomar decisões¹¹⁸.

Muito embora essa característica individualista e utilitarista da idéia econômica clássica de mercado seja a sua marca – e, como visto, já suficiente, desse ponto de vista, para que a sociedade tome o mercado como um ambiente a ser cultivado e protegido – o desenvolvimento teórico mais significativo do conceito promove uma generalização do bem-estar individual advindo das interações no mercado para o ambiente mais amplo da coletividade. É que se entende que as interações de mercado, muito embora se motivem e se dirijam à satisfação das necessidades dos indivíduos que transacionam entre si, resultam automaticamente em benefícios para toda a sociedade. É o conceito econômico de “equação básica de crescimento” (*basic growth equation*), que caracteriza, como já referido, a Teoria Econômica Clássica¹¹⁹.

Dessa maneira, chega-se à afirmação de que, com o desenvolvimento teórico da Economia Clássica, o mercado é revalorizado enquanto ambiente de interações econômicas entre os indivíduos e assume, ao mesmo tempo, uma nova feição, como fonte do desenvolvimento geral do bem-estar coletivo. O que já correspondia ao conceito de mercado – as interações que valorizam a liberdade individual – é revalorizado, e o conceito passa a ser, também, símbolo de uma nova maneira de enxergar a ordenação social.

Nesse aspecto, a doutrina econômica clássica sobre o mercado é bem ilustrada pela famosa Fábula das Abelhas, obra satírica de autoria de Bernard de

¹¹⁸ Cf. OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 23-24. Tradução livre.

¹¹⁹ ROSTOW, Walt Whitman. *Theorists of economic growth from David Hume to the Present: with a perspective on the next century*. New York: Oxford University Press, 1990, pp. 35-36.

Mandeville e publicada em 1714, com o sugestivo subtítulo “Vícios Privados, Benefícios Públicos”. Na apresentação do trabalho de Mandeville, F. B. Kaye salienta:

Na *Fábula*, Mandeville defende, explicitamente, a teoria atualmente conhecida como a teoria do *laissez-faire*, que dominou o pensamento econômico moderno por uma centena de anos e ainda tem uma força significativa. Essa é a teoria que defende que os assuntos comerciais andam melhor quanto menos regulados pelo governo; que as situações tendem por si mesmas a encontrar seu nível apropriado; e que a busca da auto-satisfação sem amarras por parte dos indivíduos na sociedade com o qual ele interage vai se desenvolver de forma a que o resultado seja benéfico à comunidade. A interferência desnecessária por parte do Estado tende a perverter esse ajuste delicado. Sobre essa atitude Mandeville tem uma opinião decidida: “No conjunto das várias nações, os homens de diferentes graus devem manter uma certa proporção uns em relação aos outros, como se dá com os números, para dar ao todo uma mistura bem dimensionada. E como essa devida proporção é o resultado e a consequência natural das diferenças que há entre as qualificações dos homens, e das vicissitudes que se verificam entre eles, não há melhor forma de atingi-la, ou de preservá-la, do que mantê-los a sós. Então nós talvez aprendamos como o conhecimento míope, ou talvez o povo bem-intencionado, pode nos roubar a felicidade que fluiria espontaneamente da natureza de toda grande sociedade, desde que ninguém desviasse ou interrompesse o fluxo”¹²⁰.

Para a economia clássica, tal como se dá na alegoria das abelhas, os indivíduos que interagem no mercado buscam acima de tudo a sua própria satisfação e, ao fazê-lo, agem de modo a necessariamente favorecer o resultado socialmente desejável. A clássica referência de Smith à mão invisível (publicada em 1776, portanto menos de 50 anos após a obra de Mandeville) é o símbolo máximo desse comportamento:

¹²⁰ MANDEVILLE, Bernard. *The Fable of the Bees, or, Private vies, public benefits – with a commentary, critical, historical, and explanatoiry by F. B. Kaye*. Oxford: Clarendon Press, 1929. Tradução livre.

Como todo indivíduo, portanto, se esforça o máximo possível para empregar o seu capital na indústria doméstica, e assim para dirigir essa indústria de forma que o seu produto tenha o maior valor possível; todo indivíduo necessariamente trabalha para fazer com que a renda anual da sociedade seja a maior possível. Ele geralmente, inclusive, não pretende promover o interesse público nem sabe o quanto está a promovê-lo. Ao preferir apoiar a indústria doméstica em detrimento da indústria estrangeira, ele tem em vista somente a sua própria segurança; e ao dirigir a indústria nacional de forma a que o seu produto tenha o maior valor possível, ele tem em vista somente o seu próprio ganho, sendo nesse caso, como em muitos outros, conduzido por uma mão invisível a promover um fim que não fazia parte de suas intenções. Não é sempre pior para a sociedade que esse fim não faça parte das intenções dos indivíduos. Ao perseguir seu próprio interesse, o indivíduo promove o da sociedade de forma mais efetiva do que quando ele realmente tem a intenção de fazê-lo¹²¹.

Essa passagem demonstra que o mercado, tal como concebido pela Economia Clássica, cria o seu próprio ideal de organização social. Afinal, se a livre interação entre os indivíduos leva, pelo mecanismo da mão invisível, à adequada proteção dos interesses coletivos, não há razões para que se restrinja essa interação. A partir do momento em que a atividade individual tem como resultado inexorável o bem-estar social, torna-se indefensável qualquer intervenção externa sobre essa atividade¹²².

¹²¹ SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: Bantam Dell, 2003, p. 572. Tradução livre.

¹²² É interessante, nesse sentido, a passagem que se segue imediatamente à célebre colocação sobre a mão invisível: “Qual a espécie de indústria doméstica em que seu capital pode ser empregado no sentido de produzir os resultados com o maior valor possível é uma questão que cada indivíduo, evidentemente, pode julgar muito melhor do que qualquer burocrata ou legislador que assuma o seu lugar. O burocrata, que deve tentar dirigir os particulares no que diz respeito à forma com que devem aplicar seu capital, ocuparse-ia com uma tarefa totalmente desnecessária e também assumiria uma autoridade que não poderia ser transferida com segurança a qualquer indivíduo, conselho ou senado e que seria mais perigosa ainda nas mãos de um indivíduo que tenha aodamento e presunção suficientes para se colocar como apto a fazê-lo”. SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: Bantam Dell, 2003, pp. 572-573. Tradução livre.

Como se verá, porém, a seqüência do desenvolvimento teórico sobre o mercado – nessa nova concepção, que o leva a ser mecanismo de ordenação social – mostrou a eficiência econômica que muitas vezes é alcançada e mostrou também que, sob determinadas circunstâncias, o mercado pode ser economicamente ineficiente. Por isso, uma breve referência às idéias de eficiência econômica e de falhas de mercado é fundamental para que se chegue a uma conceituação completa do mercado, apta ajudar no desenvolvimento do presente trabalho.

2.2. Mercado, eficiência econômica e falhas de mercado

Dois conceitos próximos do próprio conceito de mercado são importantes para entender esse último, por destacarem, respectivamente, a funcionalidade e a disfuncionalidade do mercado enquanto mecanismo de ordenação social. São eles, respectivamente, a eficiência econômica e as falhas de mercado. Entendendo as hipóteses em que o mercado, tal como concebido a partir da revolução da Economia Clássica, produz resultados socialmente desejáveis e as hipóteses em que deixa de produzi-los, é possível tratar adequadamente do conceito, num estudo voltado à regulação que engloba o seu aspecto econômico.

Para Viscusi, Harrington Jr. e Vernon, a ciência econômica se refere à performance por meio de dois elementos distintos, a eficiência e o progresso técnico. Os autores norte-americanos definem cada um dos termos, da seguinte forma:

Eficiência diz respeito à alocação de recursos em um dado estado da tecnologia. Por exemplo, o monopolista que fixa o preço de um produto acima do custo marginal causa uma perda em termos de resultado econômico.

(...)

Progreso técnico é o termo usado na literatura econômica para o que seria melhor nomeado como *eficiência dinâmica*. Ele é a eficiência por meio da qual uma indústria desenvolve novos e melhores produtos e métodos produtivos¹²³.

Os resultados econômicos que implicam numa adequada alocação dos recursos, portanto, podem ser medidos de maneira estática, considerando os recursos existentes num dado estado da tecnologia – eficiência em sentido estrito ou eficiência estática – ou de maneira dinâmica, englobando as inovações que possibilitam um novo e melhor uso dos recursos – progresso técnico ou eficiência dinâmica. Para o presente trabalho, que tem em vista o conceito de mercado e a sua relação com a regulação, ambas as formas de eficiência são importantes, mas será mais adequado desenvolver conceitualmente a eficiência enquanto eficiência estática¹²⁴.

A eficiência econômica, nesse sentido de mensuração da alocação de recursos em um dado estado da tecnologia, por sua vez, tem duas expressões bastante distintas, que possibilitam medi-la por diferentes pontos de vista. De um lado, há a eficiência alocativa e, de outro, a eficiência produtiva. Embora ambas digam respeito à alocação de recursos no âmbito da sociedade – e sugiram ambas uma forma correta de alocar tais recursos – elas devem ser tratadas em apartado, para que se entenda melhor a

¹²³ VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR., Joseph E. e VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4th Ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, pp. 66-67. Tradução livre.

¹²⁴ O progresso técnico segue sendo, no entanto, um argumento fundamental a sustentar a importância do conceito de mercado para o desenvolvimento da regulação. A opção pela eficiência estática se dá apenas por razões didáticas, por ser a forma de eficiência que é mais evidentemente contraposta à idéia de falha de mercado e, conseqüentemente, a mais indicada para que se possa discutir as teorias e *rationales* regulatórias que consideram – e balanceiam – as funcionalidades e disfuncionalidades do mercado. Afinal, como ressaltado por Viscusi, Harrington Jr. e Vernon, a principal novidade da eficiência dinâmica (em relação à estática) diz respeito à forma de aplicação dos recursos, e não propriamente pela sua forma de distribuição. Cf. VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR., Joseph E. e VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4th Ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 79.

idéia de eficiência e sua contribuição com a formação de um conceito de mercado útil para o desenvolvimento do presente trabalho¹²⁵.

Anthony Ogus explica de modo claro no que consiste a eficiência alocativa e de que forma ela é alcançada a partir das trocas que se operam no mercado. Afirma o jurista britânico:

Tome-se um simples contrato em que Bill concorda em vender seu carro a Bem por cinco mil libras. Em circunstâncias normais, é apropriado inferir que Bill valora seu carro em menos de cinco mil (digamos, quatro mil e quinhentas libras) e Bem o valora a mais de cinco mil (digamos, cinco mil e quinhentas libras). Se o contrato é celebrado, ambas as partes ganharão quinhentas libras e portanto há um ganho para a sociedade – o carro se moveu para um uso mais valioso nas mãos de Ben – de mil libras. Na linguagem econômica, essa é a chamada consequência alocativamente “eficiente”, porque alguém tem um ganho de bem-estar e ninguém perde bem-estar¹²⁶.

A eficiência alocativa, assim, é a consequência necessária das trocas que se dão no mercado. Os bens movem-se para um uso mais valioso e, assim, há um ganho

¹²⁵ Fala-se ainda em “eficiência distributiva”, para fazer referência à adequada alocação de recursos a cada um dos diferentes membros da comunidade, em termos sociais ou políticos. No entanto, como ressaltam vários economistas, a questão da distribuição ética, social ou politicamente adequada dos recursos não é matéria que lhes incumbe, resumindo-se a eficiência estática, em sentido próprio, aos testes de eficiência alocativa e eficiência produtiva. Para esse ponto de vista, cf. VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR., Joseph E. e VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4th Ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 79. O fato de a ciência econômica não tratar da adequada distribuição dos recursos entre os membros da sociedade, em termos sociais, políticos e/ou éticos está longe de corresponder a uma igual despreocupação por parte do presente trabalho. O tema será tratado e discutido nos capítulos subsequentes, que cuidam do conceito de universalização e das teorias e *rationales* regulatórias que surgem da tensão entre mercado e universalização, bem como na análise da base empírica.

¹²⁶ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 16. Tradução livre.

de bem-estar para o indivíduo e, como a outra parte não perde bem-estar, há também um ganho social¹²⁷.

Em outras palavras, assegurando que a ampliação das possibilidades de trocas comerciais funcione como mecanismo de ordenação social, chega-se a uma consequência eficiente, do ponto de vista econômico, o que quer dizer que a sociedade terá um ganho de bem-estar, alcançado por intermédio de um ganho de bem-estar de cada indivíduo. A ciência econômica, assim, demonstrando a consequência eficiente do ambiente de mercado, cumpre o seu papel de explicar e justificar um sistema de mercado¹²⁸.

Apesar disso, é relevante apontar que o próprio conceito de eficiência alocativa não é em si absolutamente válido como objetivo de bem-estar econômico. Ou seja, mesmo quando se trata de medir a eficiência alocativa de uma transação, do ponto de vista exclusivamente econômico, o conceito não deixa de gerar controvérsias¹²⁹.

Em primeiro lugar, há a questão da escolha do teste a ser aplicado nos casos em análise. Nesse sentido, pontua Ogus:

Nesta discussão até agora nós estamos implicitamente adotando o teste de *Pareto*, que sustenta que a alocação de recursos é eficiente quando é possível fazer com que um indivíduo tenha um ganho de bem-estar sem que, ao mesmo tempo, outro indivíduo tenha uma perda de bem-estar. Em outras palavras, um

¹²⁷ Nesse ponto, importa notar que um dos pressupostos da análise econômica é a correspondência entre a utilidade social e a utilidade agregada dos indivíduos. O aumento de bem-estar de qualquer indivíduo corresponde imediatamente a um aumento de bem-estar da sociedade. Cf. OGUS, Anthony I. ***Regulation: Legal Form and Economic Theory***. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 23-24.

¹²⁸ A afirmação é de Alfred Kahn, que admite o risco de excessiva simplificação, mas assegura que se trata de uma caracterização precisa do quadro de idéias do pensamento econômico ocidental. Cf. KAHN, Alfred. ***The Economics of Regulation – Principles and Institutions***. Cambridge: The MIT Press, 1988, Vol. I, p. 1.

¹²⁹ OGUS, Anthony I. ***Regulation: Legal Form and Economic Theory***. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 24.

“Pareto ótimo” de bem-estar se dá quando ao menos um indivíduo ganha e ninguém perde. Como nós temos visto, uma transação simples pode constituir um Pareto ótimo se as únicas partes afetadas por ela ganham, como conseqüência. Porém, a estreiteza do teste, que na prática autoriza qualquer indivíduo a vetar uma mudança que beneficiaria o resto da sociedade obviamente faz com que ele seja de uso restrito para finalidades de política: é quase impossível conceber uma reforma que não gerasse ao menos um perdedor. É por essa razão que muitos economistas tendem a adotar o critério alternativo de *Kaldor-Hicks*. Este último considera eficiente uma política que resulta em benefícios, para aqueles que ganham bem-estar, em quantidade mais do que suficiente para *potencialmente* compensar totalmente todos os perdedores. O fato de que sob esse teste não se *exige* que os ganhadores compensem os perdedores significa que na prática ele é satisfeito quando os ganhos (para quaisquer indivíduos) excedem as perdas (para quaisquer indivíduos) – e portanto provê uma base teórica para análises baseadas em padrões de custo-benefício¹³⁰.

As trocas ocorridas no mercado, assim, se normalmente ensejam eficiência alocativa entre aqueles que estão diretamente envolvidos, podem significar ou não eficiência alocativa no sentido mais amplo da coletividade, dependendo, inclusive, do teste que se escolha para analisar essa variável econômica. Começam a ficar claras, com os defeitos dos modelos, as incompletudes do principal alvo do modelo de mercado defendido pela Economia Clássica.

Além dessa discussão quanto ao teste a ser observado, há ainda o problema de os testes de eficiência alocativa não levarem em consideração a justiça distributiva, que, em determinados contextos sociais, pode ser tanto ou mais relevante que a própria eficiência alocativa. Uma política tributária em que se privilegia a progressividade – por

¹³⁰ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 24-25. Tradução livre.

exemplo, incidindo pesados tributos sobre os de maior rendimento e conferindo isenções aos mais pobres – certamente não é alocativamente eficiente no sentido de Pareto e, ainda assim, pode ser a melhor solução, em um determinado contexto. Essa mesma política redistributiva pode não ser uma alocação eficiente de acordo com Kaldor-Hicks – há custos administrativos, que não são compensados por benefícios líquidos à sociedade – mas, ainda assim, pode ser vista como a solução mais adequada¹³¹.

A eficiência produtiva alcançada por uma “economia de mercado”, por sua vez, advém da perfeita operação dos sinalizadores de oferta e demanda. De fato, no modelo econômico de mercado o cruzamento das curvas de oferta e demanda deve corresponder a um ponto em que o preço se iguala ao custo marginal e, assim, a um ponto em que o custo de produzir a última unidade do produto que foi lançada no mercado corresponde exatamente ao preço que o consumidor que o adquiriu se dispôs a pagar. No chamado equilíbrio competitivo, portanto, o custo social de produzir a última unidade (traduzido no custo para a empresa) se iguala ao benefício social daquela atividade (traduzido na disposição do consumidor a pagar por aquele bem produzido), de modo que os fatores produtivos são utilizados de modo eficiente.

Dito de modo mais claro, eficiência produtiva significa que no âmbito da sociedade analisada se produz exatamente a quantidade que corresponde à disposição de pagar dos consumidores e, assim, se produz exatamente a quantidade de bens que maximiza o bem-estar social. A indicação dessa quantidade, por sua vez, se dá pelo mecanismo de preços livremente fixados pelos agentes (fornecedores e consumidores),

¹³¹ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 25. Conforme já adiantado, o tema das insuficiências do conceito de mercado para abarcar objetivos de natureza política, social ou ética será retomado, nos capítulos subseqüentes.

que fatalmente levará o preço de mercado a ser aquele que corresponde ao cruzamento das curvas de oferta e demanda¹³².

Ocorre que, apesar de todas essas considerações, a ciência econômica indica que o desejado objetivo da eficiência alocativa não é sempre encontrado. Muito pelo contrário, trata-se de consequência decorrente de determinadas condições que, em conjunto, são conhecidas como condições de competição perfeita. Viscusi, Harrington Jr. e Vernon são claros ao descrever que condições compõem o modelo de competição perfeita:

Nós começamos investigando o mundo teórico da competição perfeita. Todo texto de microeconomia devota muita atenção ao modelo de competição perfeita. Os pressupostos-chave são:

1. Os consumidores detêm informação perfeita sobre todos os bens, que são todos privados.
2. Os produtores têm funções de produção que desconsideram retornos crescentes de escala e mudanças tecnológicas.
3. Os consumidores maximizam suas preferências diante de restrições financeiras; os produtores maximizam seus lucros diante de funções de produção.
4. Todos os agentes são tomadores de preços e externalidades entre os agentes são desconsideradas.
5. Um equilíbrio competitivo, ou seja, um conjunto de preços tal que todos os mercados sigam, é então determinado.

Um importante teorema de bem-estar que decorre dos pressupostos acima é que o equilíbrio competitivo é *Pareto ótimo*. Em poucas palavras, o equilíbrio não pode ser substituído por outro que aumentaria o bem-estar de alguns

¹³² Esse é o esquema básico do raciocínio micro-econômico, assim resumido por Hall e Lieberman: “*Em uma economia perfeitamente competitiva, o custo marginal de um bem é determinado pela curva de oferta do mercado e o benefício marginal do bem é determinado pela curva de demanda do mercado. Assim, a quantidade de equilíbrio – onde as curvas de oferta e demanda se interceptam – também é a quantidade eficiente – onde o benefício marginal e o custo marginal são iguais*”. Cf. HALL, Robert Ernest e LIEBERMAN, Marc. **Microeconomia – Princípios e Aplicações**. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003, p. 496.

consumidores sem prejudicar outros. Uma propriedade importante do equilíbrio é que *preço é igual a custo marginal* em todos os mercados¹³³.

Observe-se que o equilíbrio competitivo, além de ser alocativamente eficiente no sentido de Pareto, como ressaltado por Viscusi, Harrington Jr. e Vernon, é também alocativamente eficiente no sentido de Kaldor-Hicks, até pelo fato de as externalidades entre os agentes serem desconsideradas. Além disso, o mercado perfeitamente competitivo é produtivamente eficiente, pela igualdade constante e assegurada entre preço e custo marginal (a sociedade aplica na produção dos bens somente os recursos que ensejarão ganho de bem-estar social pelo menos na mesma medida).

Para Anthony Ogus, as circunstâncias sob as quais a interação entre indivíduos no mercado gera eficiência poderiam ser enumeradas como sendo (a) a possibilidade de entender o bem-estar social como um agregado do bem-estar de cada indivíduo, (b) o comportamento maximizador de utilidade, (c) a informação perfeita, (d) a ausência de externalidades e (e) a competitividade dos mercados¹³⁴.

Portanto, a ciência econômica estabelece determinadas condições sob as quais o ambiente de mercado gera eficiência alocativa e produtiva. Em casos tais, o mercado funciona (ou funcionaria) como o operador social perfeito, excluídos os problemas de distribuição original dos bens. De fato, ressaltam os já multicitados Viscusi, Harrington Jr. e Vernon, em passagem imediatamente posterior à destacada acima:

¹³³ VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR., Joseph E. e VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4th Ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 79. Tradução livre.

¹³⁴ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 23-24.

Note-se que o mundo de competição ideal que nós descrevemos não teria necessidade de intervenção no mercado, exceto para viabilizar políticas que afetassem distribuição de renda. Este livro ignora problemas de distribuição de renda, deixando tais matérias para o campo das finanças públicas (que estuda a tributação e as transferências de renda)¹³⁵.

No entanto, é fácil ver que esse mundo ideal perfeitamente competitivo não pode ser simplesmente transposto à realidade. Pressupostos como a informação perfeita por parte de todos os consumidores, ausência de externalidades e agentes como simples tomadores de preços (incapazes, portanto, de, com sua conduta, influenciar o preço de mercado de um produto) são altamente inverossímeis e, assim, no mundo real, a eficiência econômica não é sempre uma decorrência infável da economia de mercado.

Ainda assim, mesmo com seus pressupostos distantes do mundo real, o modelo da competitividade perfeita da ciência econômica tem grande valor, no sentido de sublinhar as potencialidades do mercado, da mesma forma que uma experiência em laboratório – que, da mesma forma que um modelo econômico, ignora determinadas circunstâncias presentes no mundo real – destaca as potencialidades de uma teoria física, e advoga a sua utilização para entender e lidar com situações do mundo real. Recorrendo novamente a Kahn, é possível afirmar que:

O peculiar conjunto de instrumentos com o qual a ciência econômica pode contribuir para o processo regulatório corresponde aos famosos postulados da teoria microeconômica, que se propõe a explicar e prever o comportamento

¹³⁵ VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR., Joseph E. e VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4th Ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 79. Tradução livre. Uma vez mais vale ressaltar que a questão do aspecto ético, social ou político da distribuição dos recursos no interior da sociedade, embora ignorada por boa parte dos estudiosos da regulação econômica, será objeto dos capítulos subseqüentes do presente trabalho.

do consumidor individual, do investidor, do trabalhador, da firma e da indústria sob diversas circunstâncias. Como todos os demais modelos científicos e generalizações que nascem deles, os modelos da teoria microeconômica são simplificados, descrevendo relações casuais envolvendo um número limitado de variáveis. Por isso, os relacionamentos que eles prevêm vão prevalecer somente sob a condição de *ceteris paribus* – “todas as outras coisas permanecendo iguais”.

(...)

(...) a elaboração desses modelos teóricos de um sistema de mercado ou sistema de preços tem um duplo propósito: não apenas descrevê-lo ou explicá-lo, cientificamente, mas também justificá-lo e advogar a favor dele¹³⁶.

Dessa forma, a realidade das falhas de mercado não torna inútil o conceito de mercado enquanto operador da ordem social. As inoperacionalidades do mercado apenas ressaltam as suas limitações, sublinhando a necessidade de mecanismos corretivos que possam fazer com que a atividade regulatória, ao redimensionar o conceito de mercado, possa revalorizá-lo.

As falhas de mercado correspondem, portanto, à ausência de alguma das condições da concorrência perfeita. Diz-se que há falha de mercado nos casos em que uma ou algumas das condições estabelecidas para o funcionamento do modelo teórico de mercado estão ausentes. Monopólios (naturais ou não), externalidades positivas ou negativas, informação imperfeita, economias de escala, efeitos das mudanças tecnológicas sobre as funções de produção das firmas, ausência de comportamento maximizador por parte de consumidores ou produtores, barreiras à entrada ou à saída são algumas das muitas falhas indicadas pelas vastas taxonomias existentes quanto às falhas de mercado.

¹³⁶ KAHN, Alfred. *The Economics of Regulation – Principles and Institutions*. Cambridge: The MIT Press, 1988, Vol. I, pp. 15-17. Tradução livre.

Hall e Lieberman, por exemplo, tratam de três espécies de falhas de mercado, quais sejam, os monopólios e a concorrência imperfeita, as externalidades e os bens públicos. Esses autores afirmam que a intervenção estatal, por meio da atividade regulatória, pode minorar os efeitos ou mesmo superar essas falhas de mercado¹³⁷.

Fábio Nusdeo, por sua vez, arrola cinco principais falhas ou inoperacionalidades do mercado, correspondentes à ausência dos pressupostos que lastreiam um funcionamento ideal desse mecanismo de ordenação social. Seriam gêneros de falhas de mercado, para o autor paulista, a mobilidade (apenas relativa, na realidade, e não total, como no pressuposto teórico) dos fatores de produção, o acesso (incompleto ou precário, e não perfeito) às informações relevantes, a concentração econômica, as externalidades e os bens coletivos¹³⁸.

O importante a considerar é que, em casos de falhas de mercado, o próprio sistema recorre a uma primeira ordem de remédios, internos ao próprio mecanismo de mercado. Para autores como Ogus, apenas quando a falha de mercado é acompanhada pela falha dos mecanismos de correção do mercado é que se justifica uma intervenção realmente exógena, oriunda de mecanismos estranhos ao contrato e à propriedade (elementos institucionais definidores, como se verá, do ambiente de mercado). A primeira alternativa de solução é com os instrumentos do próprio mercado e, somente num segundo momento, se justifica a regulação¹³⁹.

¹³⁷ HALL, Robert Ernest e LIEBERMAN, Marc. **Microeconomia – Princípios e Aplicações**. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003, p. 520.

¹³⁸ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – introdução ao Direito Econômico**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 138-167.

¹³⁹ OGUS, Anthony I. **Regulation: Legal Form and Economic Theory**. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 29-30.

Ogus visualiza, em princípio, para superar as falhas de mercado, um conjunto de mecanismos inspirados no direito privado. A teoria dos mercados contestáveis, por exemplo, surge como uma forma de reduzir a falha de mercado causada pelo monopólio¹⁴⁰, enquanto que a inclusão, nos contratos, de terceiros interessados, pode ajudar a reduzir as falhas advindas das externalidades¹⁴¹. Apenas quando esses mecanismos de correção das falhas de mercado também falham é que se justifica a intervenção regulatória

Para outros autores, a falha de mercado é a primeira justificativa para a atuação regulatória. Viscusi, Harrington Jr. e Vernon, por exemplo, colocam as falhas de mercado como a primeira hipótese entre as razões para a existência da regulação. As falhas de mercado seriam a justificativa, para esses autores, por trás da teoria do interesse público, ou análise normativa como teoria positiva. Nesse viés, a resposta para as falhas de mercado é a regulação econômica. Nas palavras dos autores norte-americanos:

Por que há regulação? Em uma economia de livre mercado como a dos Estados Unidos da América, por que o governo escolhe colocar restrições às decisões dos agentes? (...) A primeira hipótese aventada é a de que a regulação ocorre

¹⁴⁰ Pela teoria dos mercados contestáveis, é possível chegar a resultados eficientes em termos de fixação de preços e quantidade produzida, mesmo em monopólios, se houver a ameaça de competição, ou seja, se o monopolista puder ver como possível a entrada de um concorrente que reduziria os preços do mercado e diminuiria a sua margem de lucro. Embora seja celebrada como construção teórica, essa teoria encontra dificuldades tremendas em sua aplicação prática, principalmente pela dificuldade de se criar um ambiente de “perfeita contestabilidade” em um mercado. Cf. WATERSON, M. *Regulation of the Firm and Natural Monopoly*. 1988, pp. 28-29.

¹⁴¹ Quando há um benefício ou um malefício a terceiros, oriundo da troca entre dois particulares, indica-se como solução a “internalização” desse benefício ou custo, por meio da inclusão desse beneficiado (ou prejudicado) na relação contratual. É o caso, por exemplo, de incluir num contrato em que um indivíduo aluga um imóvel para transformá-lo numa serralheria os vizinhos, para que sejam também compensados pelo “custo” que lhe será imposto com a situação. Corrige-se, assim – ou pelo menos se reduz – uma alocação ineficiente de recursos, que adviria do fato de o locatário não incluir no valor que paga ao locador a totalidade dos custos imputados à sociedade. Cf. OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 34-35.

em indústrias vitimadas pelas falhas de mercado. Originalmente chamada *teoria do interesse público*, mais recentemente a ela se tem feito referência como *análise normativa como teoria positiva*¹⁴².

De qualquer forma que se entenda a questão, o fato é que a regulação se apresenta como remédio para as falhas de mercado. O objetivo regulatório maior, nesse passo, é restabelecer os resultados originalmente pretendidos pelo mercado, resgatar as funcionalidades do ambiente de interação entre os indivíduos que, por suas características intrínsecas, leva à evolução da sociedade. Em resumo, os objetivos regulatórios antevistos nesse momento são a eficiência alocativa e a eficiência produtiva¹⁴³.

Nessa ordem de idéias, o exemplo do monopólio natural é representativo. Ele é definido como sendo a situação em que é menos custoso para a sociedade que a produção de um determinado bem seja deixada a cargo de uma pessoa, ao invés de várias¹⁴⁴. Isso se dá porque, em algumas estruturas de mercado, o custo marginal – e, por conseqüência, também o custo médio – de um fornecedor é decrescente em relação à quantidade produzida, para além do ponto em que isso se justifica por uma simples economia de escala. O fornecedor tem um custo cada vez menor, em geral porque os custos fixos representam uma parte imensa da estrutura geral de custos do mercado¹⁴⁵.

¹⁴². VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR., Joseph E. e VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4th Ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 375. Tradução livre. É interessante observar que, no capítulo 4 do presente trabalho, serão estudadas as teorias da regulação entre o mercado e a universalização e a teoria referida pelos economistas norte-americanos (teoria do interesse público) será tratada em seu viés econômico e em seu viés eclético, abrigando outros objetivos de bem-estar social que não os diretamente ligados à maximização do bem-estar econômico dos indivíduos.

¹⁴³ Observe-se que, embora seja audível o clamor pela consideração de outros objetivos regulatórios que não os resultados que adviriam do perfeito funcionamento do mercado, inclusive o do presente trabalho, costuma-se apontar como consensual o entendimento de que a regulação deve visar à emulação das condições de mercado. Nesse sentido, a abalizada posição de KAHN, Alfred. *The Economics of Regulation – Principles and Institutions*. Cambridge: The MIT Press, 1988, Vol. I, p. 17.

¹⁴⁴ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 30.

¹⁴⁵ É o caso – ou era o caso, até um determinado ponto da proliferação das comunicações via satélite – do mercado de telecomunicações, em que uma parte enorme dos custos é – ou era – representada pelos custos

Há, assim, na situação de monopólio natural, um conflito entre a eficiência produtiva e a eficiência alocativa. Afinal, do ponto de vista produtivo é mais eficiente que uma única pessoa preste o serviço, já que pode fazê-lo ao menor custo global. No entanto, as conseqüências alocativas do monopólio são desastrosas, já que o prestador é estimulado a aumentar artificialmente os preços, muito acima do ponto ótimo que assegura a alocação dos bens àqueles que mais os valorizam.

Acerca desse ponto, são esclarecedoras as palavras de Viscusi, Harrington Jr. e Vernon:

O problema de um monopólio natural é que há um conflito fundamental entre eficiência alocativa e eficiência produtiva. A eficiência produtiva exige que somente uma firma produza, porque apenas assim o valor dos recursos usados para suprir o mercado é minimizado. No entanto, uma única firma produtora inclinar-se-á a ajustar o preço acima do custo, em seu objetivo de maximizar o lucro. Então, a eficiência alocativa não é alcançada. Para gerar eficiência alocativa, é preciso que haja no mercado firmas suficientes para que a competição reduza os preços até o custo marginal. Porém, nesse caso há ineficiência produtiva, porque há firmas demais produzindo naquele mercado. Portanto, tem-se um argumento para a intervenção governamental nos casos em que o mercado é um monopólio natural¹⁴⁶.

A regulação econômica, então, em relação aos monopólios naturais, é buscada como uma forma de assegurar a eficiência alocativa e a eficiência produtiva que não seriam compatíveis se houvesse a simples interação econômica entre indivíduos. No

fixos, ou pelo custo de interligar localidades distantes à rede. Uma vez conectados pontos longínquos da região considerada, os custos marginais (o custo de incluir um novo usuário) são decrescentes, pois basta conectar o novo usuário à rede preexistente. A situação de monopólio natural nas telecomunicações foi um argumento de extraordinária relevância para a consolidação da regulação do setor.

¹⁴⁶ VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR., Joseph E. e VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4th Ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 375.

caso, o funcionamento “livre” do mercado sacrificaria uma das duas formas de eficiência e, assim, a regulação opera para garanti-las ambas.

Cabe sublinhar que, como fica claro a partir do exemplo dos monopólios naturais, a regulação econômica dirige-se a ser um substituto do mercado. O objetivo visado é constituído pelas conseqüências que se esperariam do funcionamento regular do mercado, eficiência alocativa e eficiência produtiva. Não se tem em vista algo diverso do que seria alcançado se os mecanismos defendidos com afincio pela Economia Clássica pudessem, no caso, funcionar.

A mesma situação se dá em relação às externalidades. Elas são definidas como sendo aquelas situações em que as ações de um agente econômico afetam as funções produtivas de um outro agente econômico e aquele primeiro não leva em consideração essa influência, em termos econômicos. Diz-se, por exemplo, que há uma externalidade positiva quando um sujeito melhora seu nível educacional, pois a melhora gera conseqüências benéficas a toda a sociedade, em termos de melhora na mão-de-obra, mais qualificação na participação política daquele indivíduo, etc., mas o agente geralmente não considera esse efeito positivo ao decidir o quanto está disposto a pagar para se qualificar. Por outro lado, diz-se que há uma externalidade negativa quando uma atividade econômica gera poluição, pois os resíduos da atividade prejudicam a todos, mas o poluidor normalmente não leva em conta esse prejuízo quando calcula a taxa de retorno de sua atividade¹⁴⁷.

¹⁴⁷ No caso das telecomunicações, há a chamada externalidade positiva de rede, que advém do fato de todos os usuários de uma rede de comunicações se beneficiarem da conexão de novos usuários (amplia-se o valor do serviço de que se utilizam os antigos clientes, que passam a poder se comunicar com mais uma pessoa). Essa situação pode fazer com que a regulação do setor seja dirigida de modo a favorecer novas conexões à

As externalidades geram ineficiência alocativa porque, como o benefício ou prejuízo sociais daquela atividade não se traduzem em benefícios ou custos às pessoas que celebram o contrato, há mais ou menos estímulo do que o desejável à celebração daquele negócio jurídico. De acordo com Viscusi, Harrington Jr. e Vernon:

Em geral, quando há externalidades negativas, competição não-regulada resulta no excesso do exercício da atividade, como se houvesse um número excessivo de sanduíches com cebola sendo consumidos ou excesso de petróleo sendo extraído de um reservatório comum. Há também casos de externalidades positivas. Por exemplo, se eu estou imunizado contra uma doença, eu não apenas me benefico mas também reduzo a proliferação da doença, portanto beneficiando também outras pessoas. Da mesma forma que há excesso de atividade nos casos de externalidades negativas, há tipicamente escassez de atividade nos casos em que há externalidades positivas¹⁴⁸.

Dessa forma, as externalidades sacrificam a eficiência alocativa que se esperaria do adequado funcionamento do mercado. Como se ignoram custos ou benefícios das transações, os bens podem não ser alocados às pessoas que os valorizam mais, o que diminui, ou mesmo inverte, o benefício social que deveria advir da celebração do contrato. Uma vez mais, a regulação aparece para recompor o resultado que seria gerado pelo mercado plenamente funcional, para assegurar a eficiência alocativa e a eficiência produtiva nos casos em que a simples liberdade de celebrar contratos e o direito de propriedade não alcançam os resultados esperados.

Essa visão da regulação econômica é bem representada pelas palavras de Viscusi, Harrington Jr. e Vernon:

rede, para tentar traduzir nas relações econômicas o benefício social que, de outra forma, não seria considerado no novo contrato.

¹⁴⁸ VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR., Joseph E. e VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4th Ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 377. Tradução livre.

Quando uma falha de mercado ocorre, seja em razão de monopólios naturais, externalidades, ou alguma outra fonte, há uma *rationale* potencial para a intervenção governamental. No caso do monopólio natural, regulação de preços e de entrada no mercado pode assegurar eficiência alocativa e produtiva. A regulação da entrada no mercado permite que apenas uma firma produza (como exigido pelo objetivo de eficiência produtiva), enquanto a regulação de preços conduz a firma a ajustar o preço socialmente ótimo (como exigido pela eficiência alocativa). No caso das externalidades, a imposição de um tributo (subsídio) sobre uma atividade que gera uma externalidade negativa (positiva) pode resultar numa alocação socialmente preferível. Nos casos em que há uma falha de mercado, em teoria, a regulação pode ser capaz de aumentar o bem-estar social¹⁴⁹.

É possível dizer, assim, que o resultado almejado em primeiro plano pelo operador social mercado¹⁵⁰, a eficiência econômica, é alcançado automaticamente apenas sob determinadas circunstâncias e, na maioria dos casos encontrados no mundo real, alguma falha de mercado faz com que seja necessária alguma ação, externa ou interna ao sistema, para preservar a adequada performance econômica. Essa ação, porém, é sempre concebida com o objetivo de gerar as conseqüências que um mercado plenamente funcional geraria, sem incluir, a princípio, outras metas, estranhas à eficiência econômica.

O conceito de mercado, assim, é eminentemente ligado ao objetivo de assegurar a performance econômica. A sua formulação não abrange elementos como uma distribuição social, ética ou politicamente almejada dos recursos da coletividade, mas apenas uma distribuição eficiente desses recursos, ou seja, uma distribuição que

¹⁴⁹ VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR., Joseph E. e VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4th Ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 377. Tradução livre.

¹⁵⁰ ROSANVALLON, Pierre. *Le libéralisme économique – Histoire de l'idée de marché*. Paris: Éditions du Seuil, 1989.

maximize (dos pontos de vista alocativo e produtivo) as preferências dos consumidores e os lucros das empresas.

Como se verá no decorrer do presente trabalho, e especialmente no capítulo 4, *infra*, o conceito de mercado, assim definido, não esgota as disposições constitucionais acerca da ordem econômica, pois, na atual ordem constitucional brasileira, privilegiam-se também objetivos de natureza diversa da eficiência econômica¹⁵¹. Apesar disso, o conceito de mercado, com sua íntima ligação com a idéia de eficiência econômica, contam com importantes expressões jurídico-constitucionais, reunidas em torno das idéias de liberdade, propriedade, contrato e proteção à concorrência.

2.3. A expressão jurídico-constitucional do mercado, na atualidade brasileira: a consagração da liberdade, da propriedade e do contrato e a proteção da concorrência

O mercado, a partir da transformação que sofre, enquanto conceito, sob os influxos da Economia Clássica, se afirma como mecanismo de ordenação social, apto a alcançar (embora sob certas condições ou sob a ação de mecanismos corretivos que emulem essas condições) a eficiência econômica. Ao mesmo tempo, a idéia de mercado se naturaliza e, assim, não é tomada como correspondente a uma instituição criada pelo homem – e portanto passível de ser redesenhada por ele – mas como um dado, como algo

¹⁵¹ É importante lembrar nesse ponto a advertência de Zagrebelsky sobre o papel das Constituições nos países de tradição européia continental: uma tradição constitucional que cria não apenas um ambiente de convivência entre indivíduos, posicionando-os uns em relação aos outros, mas também uma ordem jurídica substancial que posiciona os indivíduos em relação ao todo. Naturalmente, a *rationale* desse posicionamento do indivíduo em relação ao todo social não é simplesmente econômica, mas também social e política. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ronald Dworkin's principle-based constitutionalism: An Italian point of view*. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 1. n. 4. Out. 2003, p. 642.

externo à autonomia humana. O modo capitalista de produção, que se firma a partir da especialização e da divisão do trabalho, não é visto, na sociedade, como uma dependência de outros seres humanos, mas como uma dependência pessoal, individual, de uma instituição que não é humana¹⁵².

As relações econômicas que se dão no mercado são vistas, assim, como fenômenos análogos aos fenômenos naturais, que não dependem da vontade humana, mas simplesmente acontecem, verificadas determinadas condições objetivas. De modo um tanto surpreendente, porém, o mercado é visto como um poderoso instrumento de realização da liberdade individual. E é a partir da consagração da liberdade individual, nas ordens jurídicas e Constituições ocidentais, que o próprio mercado ganha expressão jurídico-constitucional.

De fato, diz-se que são caracteres essenciais para o mercado a liberdade de produzir, a liberdade de adquirir, a liberdade de usar e a liberdade de consumir o que quer que o indivíduo deseje. Em outras palavras, o mercado exige – e ao mesmo tempo sustenta – a preservação, em primeiro lugar, da liberdade econômica¹⁵³.

Num ambiente de mercado plenamente funcional (ligado, como visto, aos pressupostos do mercado perfeitamente competitivo), um indivíduo que valoriza mais a posse de determinado recurso do que todos os demais irá fatalmente adquiri-lo. Da mesma forma, um indivíduo que dá ao bem que possui um valor menor do que aquele que lhe atribui outro indivíduo disporá dele¹⁵⁴. Uma outra forma de dizer o mesmo é

¹⁵² HUNT, E. K. **História do Pensamento Econômico**. Ed. Campus, p. 143.

¹⁵³ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 25-26. 8

¹⁵⁴ Esse é o pressuposto de Coase, que afirma que a chave para reduzir o custo social é reduzir os custos de transação. Cf. COASE, R. *The Problem of Social Cost*. Journal of Law and Economics, 1960.

afirmar que num ambiente de mercado funcional o indivíduo tem a liberdade de adquirir o bem que valoriza mais que os outros indivíduos e a liberdade de alienar o bem que outro indivíduo valoriza mais. Para a Economia Clássica, as duas formulações são rigorosamente equivalentes¹⁵⁵.

Como ressaltado, os mecanismos de mercado, ao mesmo tempo em que correspondem funcionalmente às exigências da liberdade, integram, do ponto de vista teórico, o próprio conceito de liberdade. Isso porque o mercado é entendido, para estudos clássicos como os de Hayek, como a instituição-chave de uma sociedade livre¹⁵⁶.

Nesse sentido, o próprio Hayek, após distinguir de maneira rigorosa a liberdade – no sentido clássico – das demais idéias que se agregaram ao conceito – o que o autor chama de “liberdades” – afirma:

Claramente, um escravo não se tornará livre se ele obtém meramente o direito ao voto, nem o fará menos escravo qualquer grau de “liberdade interior” – embora muitos filósofos idealistas nos tentem convencer do contrário. Também não alterará a sua relação de dependência em relação a seu senhor qualquer grau de luxo ou conforto ou qualquer poder que ele possa receber em relação a outros homens ou recursos da natureza. Mas se ele está sujeito somente às mesmas leis a que estão sujeitos os demais membros da coletividade, se ele é protegido da detenção arbitrária e livre para escolher seu trabalho, e também é capaz de deter e adquirir propriedade, nenhum outro homem ou grupo de homens pode coagi-lo a agir contrariamente à sua vontade¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Observe-se nesse ponto a importância do pressuposto de que o indivíduo faz escolhas racionais dirigidas à maximização do seu bem-estar. Tomando esse pressuposto, é possível localizar a ironia segundo a qual o indivíduo, ao fazer exatamente o que se espera dele em uma determinada situação, seguindo uma regra quase-natural, é livre. Cf. IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 3ª Ed. Roma: Laterza, 1998, p. 5, para quem a regularidade e a previsibilidade dos comportamentos dos indivíduos, fundamentais para o conceito de mercado, resultam não de um caráter natural dessas ações, mas sim da afirmação do mercado como ordem (assegurada em um *locus artificialis*, e não em um *locus naturalis*).

¹⁵⁶ TOMLINSON, Jim. *Hayek and the Market*. London: Pluto Press, 1990, p. xii.

¹⁵⁷ HAYEK, Friedrich A. *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960, p. 20. Tradução livre.

Dessa forma, segundo Hayek, há cinco exigências da verdadeira liberdade – ou liberdade em sentido clássico. Em primeiro lugar, exige-se a sujeição da pessoa às mesmas normas aplicáveis aos demais membros da coletividade (o sujeito que se almeja livre deve ter um *status* legal de membro protegido da coletividade), em segundo lugar se prevê a imunidade à detenção arbitrária, em terceiro lugar se exige a liberdade de circulação (derivada também da imunidade à detenção arbitrária), em quarto lugar se exige a liberdade de escolha do trabalho a ser exercido pelo sujeito e, por último, deve o sujeito ter o poder de deter e adquirir a propriedade. Para o autor austríaco, presentes essas cinco características, pode-se qualificar um sujeito como livre¹⁵⁸.

É interessante notar que essa liberdade – definida por Hayek, fundamentalmente, como a ausência de coerção de um indivíduo por outro, ou outros – repousa, do ponto de vista teórico, nas sociedades modernas, pelo monopólio da força nas mãos do Estado. Nas palavras do autor austríaco:

A coerção, no entanto, não pode ser evitada de maneira definitiva porque a única forma de preveni-la é a ameaça da coerção. As sociedades livres resolveram esse problema ao conferir o monopólio da coerção ao Estado e ao buscar limitar o exercício desse poder a situações em que ele é exigido para prevenir a coerção entre particulares¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Observe-se que, para enumerar esses caracteres fundamentais da liberdade, Hayek recorrer ao rol de direitos assegurados aos escravos libertos das cidades da Grécia Antiga. Se os quatro primeiros poderes eram assegurados aos antigos escravos no decreto de manumissão, o quinto deles era assegurado também àqueles em situação de escravidão. HAYEK, Friedrich A. *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960, pp. 19-20.

¹⁵⁹ HAYEK, Friedrich A. *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960, p. 21. Tradução livre.

Assim, a liberdade dos homens, nesse sentido mais clássico, longe de se opor à figura do Estado, na verdade a pressupõe. Na prática, se os indivíduos fossem deixados à vontade, não haveria a liberdade proporcionada pelo mercado – a liberdade que é ausência de coerção – mas sim a coerção generalizada por parte dos mais fortes. A imagem estatal hobbesiana do Leviatã serve de inspiração à formulação de Hayek, no que toca à necessidade do monopólio da força por essa entidade, embora, para o austríaco, seja possível e essencial controlar as exacerbações da força estatal. De fato, para Hayek:

Isso [a transferência do monopólio da força ao Estado e a limitação do exercício dessa força a situações em que ela é estritamente necessária] é possível somente a partir da proteção, pelo Estado, de esferas privadas bem conhecidas por todos da interferência de outros indivíduos e da delimitação dessas esferas privadas, não pela designação específica de cada uma, mas pela criação de condições sob as quais um indivíduo pode determinar a sua própria esfera, por confiar em regras que dizem o que o governo fará em diferentes tipos de situações. A coerção que um governo precisa utilizar para essa finalidade é reduzida a um mínimo e tornada tão inócua quanto possível pela sua previsão em normas gerais bem conhecidas, para que na maioria das situações o indivíduo não sofra qualquer coerção, exceto nos casos em que ele mesmo se tenha colocado numa posição em que sabe que será coagido. Mesmo nos casos em que a coerção é inevitável, ela é despojada de seus efeitos mais danosos, por ser restrita a deveres limitados e previsíveis, ou ao menos independente da vontade arbitrária de outra pessoa. Ao se tornarem impessoais e vinculados a normas gerais e abstratas, cujos efeitos sobre os particulares não podem ser antevistos no instante do seu estabelecimento, mesmo os atos coercitivos do governo se tornam dados sobre os quais os indivíduos podem embasar seus próprios planos. A coerção de acordo com normas conhecidas, que são geralmente resultantes de circunstâncias das quais o indivíduo a ser coagido participou, torna-se, então, um instrumento que auxilia os indivíduos na busca de seus próprios fins, e não um meio a ser utilizado para os fins de outros indivíduos¹⁶⁰.

¹⁶⁰ HAYEK, Friedrich A. *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960, p. 21. Tradução livre.

Disso tudo se infere que a liberdade em sentido clássico é assegurada numa coletividade quando o Estado, instituição à qual incumbe o monopólio da força, utiliza a coerção de maneira mínima, única e exclusivamente nos casos em que a sua atuação é necessária para evitar que se dê a coerção de um indivíduo por outro. Em outras palavras, nesse sentido mais clássico defendido por Hayek, só existe liberdade se o Estado age de maneira negativa, sem imprimir à realidade econômica da sociedade qualquer sentido exógeno, assegurando apenas as possibilidades de interações voluntárias entre os indivíduos. O mercado que se dirige a assegurar a liberdade é eminentemente negativo, e não admite qualquer outro direcionamento que não aquele voltado à garantia da igualdade formal, da livre circulação, da liberdade de trabalho, da propriedade e do contrato. Esse direcionamento é o que permite à coerção estatal ser instrumento da realização dos fins eleitos pelos próprios indivíduos, e não dos fins escolhidos por outros membros da coletividade.

Entende-se nesse ponto a visceral oposição de Hayek a qualquer espécie de planejamento da economia por parte de entidades públicas¹⁶¹. Trata-se da afirmação de que, por maior que fosse o conhecimento humano sobre determinada matéria, ele jamais seria extenso o suficiente para criar uma forma de planejamento que abrigasse a

¹⁶¹ A obra *O Caminho da Servidão*, de Hayek, é toda ela um libelo contra o controle das atividades econômicas por parte de instituições públicas. A situação vivida nos Estados Unidos da América e na Inglaterra após a Segunda Guerra Mundial (com o controle da produção nas mãos do Estado, logo após o esforço de guerra) seria, para o autor, o início de um caminho semelhante ao que foi percorrido pelo Nacional Socialismo alemão. Urge, para Hayek, que se reconheça o perigo de seguir os passos de Hitler e que se mude a forma de relação do Estado com a economia. Enfático, afirma Hayek na conclusão da obra: “O importante, agora, é que teremos de encontrar um consenso em torno de certos princípios e de nos libertar de alguns erros que pautaram a nossa conduta nas últimas décadas. Por muito que nos desagrade admitir este fato, devemos reconhecer que antes desta guerra havíamos novamente atingido uma fase crítica. Agora, é mais importante remover os obstáculos com que a insensatez humana obstruiu o nosso caminho e liberar a energia criadora dos indivíduos, do que inventar novos mecanismos para “guiá-los” e dirigi-los” – criar condições favoráveis ao progresso, ao invés de “planejar o progresso”. HAYEK, Friedrich A. **O Caminho da Servidão**. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Exped – Instituto Liberal, 1984, p. 213.

felicidade de todos e de cada um dos indivíduos. Deixando claro o seu ponto de vista filosófico – tributário, segundo Gray, de Kant¹⁶² – Hayek afirma o inescapável caráter limitado do conhecimento humano sobre a sociedade:

A questão da liberdade individual diz respeito principalmente ao reconhecimento da inevitável ignorância de todos nós em relação a inúmeros fatores dos quais depende o alcance dos nossos objetivos e do nosso bem-estar. Se houvesse homens oniscientes, se nós pudéssemos saber não somente o que afeta a conquista dos nossos desejos presentes, mas também os nossos desejos e vontades futuras, haveria muito pouco a valorizar na liberdade. E, em troca, a liberdade dos indivíduos faria, é claro, a previsão completa do futuro simplesmente impossível. A liberdade é essencial para dar espaço ao inesperado e ao imprevisível; nós a queremos porque aprendemos a esperar dela a realização de muito de nossos objetivos. É porque cada indivíduo sabe tão pouco e, em particular, porque nós raramente sabemos qual de nós sabe mais que nós confiamos nos esforços independentes e competitivos de muitos para induzir o aparecimento daquilo que realmente queremos¹⁶³.

Porém, se a liberdade tem o seu fundamento clássico e a sua origem na oposição às amarras impostas pela coletividade sobre o indivíduo (e a garantia dos limites a essas amarras é, até hoje, um pressuposto do direito à liberdade)¹⁶⁴, é também verdade que a liberdade toma uma outra conotação a partir de estudos posteriores aos de Hayek. De fato, Habermas complementa a idéia de liberdade somente negativa, aproximando as liberdades privadas das liberdades públicas e exibindo a relação de complementariedade entre ambas:

¹⁶² GRAY, J. *Hayek on Liberty*. Oxford: Blackwell, 1984, cap. 1.

¹⁶³ HAYEK, Friedrich von. *The Constitution of Liberty*, p. 29. Tradução livre.

¹⁶⁴ TOMLINSON, Jim. *Hayek and the Market*. London: Pluto Press, 1990, p. 18.

Uma ordem jurídica tem não apenas que garantir que cada pessoa tenha seus direitos reconhecidos por todas as demais, mas também que o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os demais repouse em leis que sejam legítimas, na medida em que garantam iguais liberdades a todos, de sorte que “a liberdade de arbítrio de cada um seja compatível com a liberdade de cada um dos demais (...) O processo de produção de normas constitui, portanto, no sistema jurídico, o autêntico lugar da integração social. Daí que dos implicados no processo de produção normativa se exija que saiam do papel de sujeitos jurídicos privados e, entrando no papel de cidadãos, adotem a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente constituída, na qual um acordo acerca dos princípios normativos da regulação da vida em comum possa ser assegurado, ou pela tradição, ou por um processo de entendimento ligado a regras normativamente reconhecidas. Essa característica união de coerção fática e validade ensejada pela legitimidade (...) exige um processo de produção do direito no qual os cidadãos não podem participar somente no papel de sujeitos jurídicos que atuam orientando-se ao próprio êxito”¹⁶⁵.

Apropriando ao conceito de liberdade os avanços da teoria habermasiana, portanto – e revalorizando, por meio dela, segundo o próprio Habermas, os ideais de Kant e Rousseau – a liberdade não se satisfaz com o seu caráter negativo, de liberdade da coerção, havendo necessidade de valorização de outro âmbito, o da liberdade positiva, de formação legítima e aberta das normas jurídicas.

Vê-se, assim, que a liberdade, enquanto conceito, não pode ser vista somente como liberdade em relação às amarras imposta pela coletividade – no sentido de Hayek – havendo necessidade de completar seu sentido, pela afirmação de que as liberdades públicas, relativas à participação do indivíduo na coletividade – no sentido de Habermas – também compõem uma concepção contemporânea de liberdade. Não bastam,

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez – sobre el derecho y El Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 4ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 94.

para a caracterização da liberdade, as “cinco liberdades clássicas” indicadas por Hayek, pois se exige que, além delas, o indivíduo participe discursivamente da esfera pública, sob condição de não ser, propriamente, livre¹⁶⁶.

Apesar disso, para o desenvolvimento do conceito de mercado e de sua expressão jurídico-constitucional, é importante ressaltar as liberdades asseguradas constitucionalmente que ressaltam a participação do sujeito no mercado, sem prejuízo de serem asseguradas ao mesmo indivíduo, pela mesma ordem constitucional, todas as condições necessárias para que ele participe, discursivamente, do espaço público formador das normas que conferem legitimidade ao sistema jurídico. De fato, a igualdade formal (sujeição da pessoa às mesmas normas aplicáveis aos demais membros da coletividade), a imunidade à detenção arbitrária, a liberdade de circulação, a liberdade de trabalho e a liberdade de contratar foram todas elevadas ao *status* de garantias constitucionais pela Carta de 1988. Esses cinco direitos, correspondentes às cinco exigências teóricas da liberdade negativa¹⁶⁷, constituem uma primeira forma de expressão jurídico-constitucional do conceito de mercado, tal como consolidado a partir da Economia Clássica¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Para Hayek, a complementação feita por Habermas não seria cabível para compor o conceito *da liberdade*, e sim de *outras liberdades*. É que, como visto, Hayek distingue a liberdade original como sendo aquela negativa, que corresponde à ausência de coerção, e coloca as outras expressões da liberdade como sendo expressões “de liberdades”, e não “da liberdade”. Apesar da inegável autoridade de Habermas, não se pode afastar a importância do conceito negativo de liberdade enquanto expressão do conceito de mercado enquanto mecanismo de ordenação social. Cf. HAYEK, Friedrich A. *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960, p. 20.

¹⁶⁷ HAYEK, Friedrich A. *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960, pp. 19-20.

¹⁶⁸ Eros Grau, após afirmar que a liberdade assegurada pela Constituição brasileira vigente é positiva e negativa, promove a mesma separação analítica pretendida pelo presente trabalho, isolando, para fins de exposição, a “liberdade econômica” ou “liberdade de iniciativa econômica” como princípio constitucional que rege a participação dos indivíduos no mercado. Cf. GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 203-204.

Outras duas expressões jurídico-constitucionais do conceito de mercado no contexto brasileiro pós-1988 são dois institutos de Direito Privado que são verdadeiras condições para a possibilidade de qualquer mercado. Trata-se da propriedade e do contrato. Para Ogus, de fato:

O direito privado [voltado ao funcionamento do mercado] tem um caráter predominantemente facilitativo. Seus conceitos fundacionais são a propriedade, que possibilita que os recursos da sociedade sejam explorados e utilizados pelos indivíduos, e o contrato, que dá segurança aos processos exigidos para que esses recursos sejam alocados à sua utilização mais valiosa¹⁶⁹.

É interessante notar desde logo que a dependência do ambiente de mercado em relação a dois institutos jurídicos não deixa de ressaltar uma vez mais o caráter curioso da afirmação segundo a qual o mercado é uma ambiente espontâneo de interação econômica entre os indivíduos. Propriedade e contrato são essenciais para formar ou consolidar o ambiente de mercado, viabilizando que a liberdade defendida no ideal analítico da Economia Clássica possa funcionar como ideal político e institucional. Como ressalta Natalino Irti, o mercado, na prática, não é uma instituição espontânea – um *locus naturalis* – mas sim uma instituição que depende de determinadas normas jurídicas, que o regulam, delimitam e conformam. Dependente, no mínimo, de institutos jurídicos como a propriedade e o contrato, o mercado é um *locus artificialis*¹⁷⁰.

De fato, a ligação genética entre o ambiente de mercado e os institutos jurídicos propriedade e contrato é demonstrável a partir de modelos simples de relações

¹⁶⁹ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 26. Tradução livre.

¹⁷⁰ Cf. IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 3ª Ed. Roma: Laterza, 1998.

comerciais. Afinal, se a base das relações de mercado é a troca dos produtos do trabalho especializado de cada indivíduo, é preciso que cada um tenha poder sobre o produto de seu trabalho e possa operacionalizar a troca pelo produto do trabalho de outros indivíduos¹⁷¹.

Em outra passagem, Anthony Ogus volta a ser esclarecedor, sobre a essencialidade do instituto jurídico da propriedade para as relações comerciais:

Claramente, cada produtor precisa ter o poder de excluir outros da utilização dos recursos, em especial a matéria-prima e as faculdades humanas (corpo e mente), necessários para o processo produtivo, e também dos frutos dos esforços produtivos. (...). A proteção contra essa interferência pode ser assegurada por um sistema de direitos de propriedade: instituições dentro da sociedade recebem a autoridade de definir a extensão do poder de exclusão de cada indivíduo, e de impor esse poder contra intrusos, em último caso pela ameaça de compulsão física¹⁷².

Logo a seguir, o autor britânico explica, fazendo referência a lições de Kronman e Posner, a essencialidade do instituto jurídico contrato para o mercado:

O comércio é normalmente conduzido por meio de acordos e o direito dos contratos provê o suporte institucional necessário. O papel central dos acordos, e portanto do direito contratual, no sistema de mercado não é difícil de entender. A celebração de contratos tem sentido econômico porque, tendo

¹⁷¹ Para Eros Grau, embora ambos sejam fundamentais para o modo de produção capitalista, a propriedade e o contrato não estão dispostos em posição simétrica em relação a tal modo de produção. Isso porque, para Grau, a liberdade de contratar é corolário da propriedade privada e viabiliza as virtualidades da propriedade. No entanto, essas mesmas virtualidades podem ser viabilizadas por outro regime contratual, desde que exista um. Em outras palavras, o regime de mercado depende da propriedade privada, mas não é incompatível com a restrição à liberdade contratual, com o dirigismo contratual. Cf. GRAU, Eros. **A Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 76.

¹⁷² Idem, p. 26. Tradução livre.

como pressuposto o comportamento racional, ambas as partes ganham com a transação, e assim, por conseguinte, ganha a sociedade¹⁷³.

Portanto, o ambiente de mercado é desenhado com base em dois institutos jurídicos fundamentais: a propriedade e o contrato¹⁷⁴. A garantia desses dois direitos, assegurados de maneira expressa pela ordem constitucional inaugurada em 1988, no Brasil, constitui outra forma de expressão jurídico-constitucional do conceito de mercado, que transporta para o ambiente institucional as lições teóricas desenvolvidas, principalmente, pela Economia Clássica. Pela garantia da propriedade e do contrato – além da garantia da liberdade negativa e de suas cinco formas fundamentais – o mercado deixa de ser mero conceito e passa a ser, também, objetivo da ordem jurídica.

É bem verdade, por outro lado, que a última das expressões jurídico-constitucionais do mercado a serem tratadas neste ponto do presente trabalho ressalta a aceitação, pela ordem constitucional, das disfunções desse peculiar instrumento de ordenação social. De qualquer maneira, no entanto, a defesa da concorrência – inclusive mediante iniciativas que restringem as liberdades clássicas – ou negativas – é também um conformador claro da expressão jurídico-constitucional do mercado na realidade corrente brasileira, até porque, correspondendo aos mecanismos de correção de falhas de mercado, integra, como visto, o próprio conceito de mercado¹⁷⁵.

¹⁷³ Idem, *ibidem*. Tradução livre.

¹⁷⁴ Ogus coloca, ao lado desses dois institutos jurídicos fundantes do ambiente de mercado, outros institutos jurídicos, de Direito Público, que igualmente viabilizam as trocas econômicas. São eles o Direito Penal, cuja função é manter a ordem e defender a pessoa, a propriedade e a liberdade contra quaisquer agressões e o Direito Constitucional, que tem o papel de assegurar os arranjos institucionais necessários tanto para o exercício da coerção pelo Estado (funcionamento do Direito Penal) quanto para a formulação, adjudicação e imposição dos direitos privados (reunidos em torno das idéias-chave propriedade e contrato). Cf. OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 16-28.

¹⁷⁵ Vide ponto 2.2.

Na realidade, a defesa da concorrência é uma adequação do modelo de mercado a uma consequência nefasta das próprias garantias da liberdade total em relação às coerções da coletividade sobre os indivíduos e da propriedade. Eros Grau, com sua habitual clareza, ressalta que:

A pretexto de defesa da concorrência haviam sido suprimidas as corporações de ofício, mas isso ensejou, em substituição do domínio pela tradição, a hegemonia do capital. A liberdade econômica, porque abria campo às manifestações do poder econômico, levou à supressão da concorrência. O proprietário de uma coisa, *res* – como observou Karl Renner –, impõe sua vontade; o poder sobre as coisas engendra um *poder pessoal*; a propriedade, assim, de mero título para dispor de objetos materiais, se converte em um *título de poder* sobre pessoas e, enquanto possibilita o exercício do poder no interesse privado, converte-se em título de domínio.

O *modelo* clássico de mercado ignorava e recusava a idéia de poder econômico. Na prática, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios – o princípio do livre mercado –, passaram e desde então permanecem a controlar os mercados. Daí o arranjo inteligente das leis *anti-trust*, que preservam as estruturas dos mercados, sem, contudo, extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios¹⁷⁶.

A defesa da concorrência, portanto, engendrada a partir das leis antitruste de inspiração norte-americana, vem em socorro do próprio mercado, como instrumento de correção de suas falhas, para ajustar as circunstâncias que distanciam a realidade do já abordado modelo de concorrência perfeita. Trata-se de inegável expressão jurídico-

¹⁷⁶ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 20. No mesmo sentido, cf. RENNEN, Karl. *Gli istituti del Diritto Privato e la loro funzione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1981, pp. 85 e ss. e BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986, p. 109.

constitucional do mercado, voltada à consolidação dos mesmos ideais teóricos vislumbrados pelo chamado modelo clássico: a eficiência econômica, dos pontos de vista alocativo e distributivo.

A ordem econômica constitucional vigente no Brasil, portanto, ao sublinhar, entre outros, os princípios da liberdade (artigos 1º, IV, 3º, I, 5º, *caput*, XV, XIII, XVII, LIV e LXVIII, 8º, *caput* e 170, *caput*, da Constituição Federal), da garantia da propriedade (artigos 5º, *caput*, XXII e 170, II), da liberdade de contratar (artigo 1º, IV e 170, *caput*) e da defesa da concorrência (artigos 170, IV e 173, § 4º), acolhe um conceito de mercado, enquanto mecanismo de ordenação social voltado ao alcance da eficiência econômica. Como ressalta Eros Grau, o mercado, além de lugar e princípio de organização social, é instituição jurídica¹⁷⁷.

É, portanto, esse mercado “mecanismo de ordenação social e instituição jurídica voltada a um projeto de sociedade eficiente do ponto de vista econômico” que servirá de base a uma apreciação das medidas regulatórias tomadas no âmbito do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), de modo a viabilizar uma abordagem relacional com outra exigência constitucional fundamental, a universalização de serviços públicos.

¹⁷⁷ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 35.

Capítulo 3 – A Universalização de Serviços Públicos

3. A universalização dos serviços públicos

A universalização dos serviços essenciais é o terceiro dos pressupostos conceituais necessários para o desenvolvimento do presente trabalho. Identificando a sua evolução enquanto conceito e a sua cristalização enquanto princípio jurídico, será possível determinar se a regulação do Serviço Telefónico Fixo Comutado (STFC) observou esse princípio, ao mesmo tempo em que se voltou à instauração de um ambiente de mercado.

É fundamental, assim, analisar a gênese da idéia moderna de universalização dos serviços essenciais, que se dá no Estado Pluriclasse, numa releitura dos ideais revolucionários liberais. Importa, ainda, investigar quais as relações da idéia de universalização com o conceito de serviço público e as transformações sofridas por essas relações no ambiente do Estado Regulador.

Por fim, é importante enxergar a expressão jurídico-constitucional da universalização, que se dá a partir da afirmação de princípios substantivos na Lei Maior, que redundam nos direitos dos cidadãos a prestações positivas, a serem consubstanciadas em políticas públicas de universalização.

3.1. O germe da idéia moderna de universalização dos serviços essenciais no ideário revolucionário do século XVIII e a sua gênese, no Estado Pluriclasse

A idéia moderna de universalização dos serviços essenciais tem sua gênese vinculada aos ideais revolucionários do século XVIII e ao surgimento, com esses ideais, de uma noção – ligada, desde então, à tradição francesa, de serviço público. Severine Decreton, com apoio em Mauss e Rosanvallon, observa que:

(...) por ter confundido a rejeição de privilégios com destruição dos corpos intermediários da sociedade (igrejas, associações...), o individualismo revolucionário teria erigido o Estado no “único aparelho jurídico da coesão social”, o incitando, dessa forma, a remodelar os espíritos para melhor lutar contra os particularismos. Assim, a obsessão homogeneizadora que cobre o vazio do fim das estruturas corporativas inscreve o debate em uma nova perspectiva, substituindo a “incerteza da providência religiosa” pela “certeza da providência estatal”. As bases morais de uma outra sociedade, doravante prisioneira do modelo econômico, são lançadas, dando à Administração Pública razões para intervir¹⁷⁸.

Com a Revolução Francesa, portanto – e com as demais Revoluções Liberais inspiradas no mesmo ideário – anuncia-se a superação das formas de organização social do Antigo Regime, marcadas fundamentalmente pelos privilégios simbolizados pelos corpos intermédios. Anuncia-se uma nova organização sob um novo corpo social único, o Estado, sem os particularismos que marcavam a ordem anterior. Esse novo Estado, que surge com a Revolução, destina-se teoricamente a representar e a atender a todos igualmente, sem os privilégios conferidos pelo Rei aos nobres que o circundavam no período absolutista.

¹⁷⁸ DECRETON, Severine. *État des Lieux, État des Liens*. In: DECRETON, Severine (coord.). *Service Public et Lien Social*. Paris: L'Harmattan, 1999, p. 17.

A idéia é, efetivamente, a de um novo Contrato Social, cuja mudança fundamental, em relação à ordem social anterior, é a substituição do titular da soberania (a vontade geral, e não mais a vontade real). Na clássica formulação de Rousseau, a nova ordem, advinda da Revolução, não aceitaria qualquer espécie de privilégio:

Os compromissos que nos ligam ao corpo social só são obrigatórios por serem mútuos, e sua natureza é tal que, ao cumpri-los, não se pode trabalhar para outrem sem trabalhar também para si mesmo. (...) a igualdade e o direito que ela [a vontade geral] produz derivam da preferência que cada um tem por si mesmo e, por conseguinte, da natureza do homem, de que a vontade geral, para ser verdadeiramente geral, deve sê-lo tanto em seu objeto quanto em sua essência; de que deve partir de todos, para se aplicar a todos; e de que perde sua retidão natural quando tende a algum objeto individual e determinado, porque então, julgando aquilo que nos é estranho, não temos a guiar-nos nenhum verdadeiro princípio de igualdade¹⁷⁹.

Diversos autores indicam que, previamente ao contexto revolucionário – ou seja, sob o Antigo Regime – existiram também atividades análogas ou mesmo idênticas às derivadas do conceito de serviço público¹⁸⁰. Apesar disso, é importante ressaltar, com Ariño Ortiz, que o serviço público tem um aspecto institucional e finalista, para além de sua face instrumental e, dessa maneira, não pode ser adequadamente

¹⁷⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 39-40.

¹⁸⁰ Nesse sentido, cf., entre outros, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 40.

pensado fora do contexto político-social, além de ser dependente de uma certa idéia de Estado proveniente das transformações revolucionárias¹⁸¹.

É possível, portanto, identificar atividades que são, na prática, idênticas aos serviços públicos, em contextos característicos do *ancien regime*. No entanto, a visão revolucionária de que o poder pertence em última instância ao povo, e não ao Rei ou aos grupos que detêm o poder, é fundamental para que surja a idéia de serviço público enquanto tal.

Junto a essa concepção nascente de serviço público – institucional e finalista, e não apenas instrumental, como ressalta Ortiz – é possível localizar uma semente da idéia de universalização dos serviços públicos. Afinal, o exercício último da soberania pelas várias classes – e não apenas pelo Rei ou por uma classe de nobres – é um pressuposto para que se defenda o direito dessas várias classes ao serviço público¹⁸². Em outras palavras, a noção de Estado Pluriclasse, que tem suas origens ligadas aos ideais revolucionários, é que torna possível pensar na universalização dos serviços públicos, como conceito¹⁸³.

Importa, nesse ponto, fazer desde logo uma advertência. É que, embora os ideais da Revolução Francesa tenham inspirado a instituição do Estado Pluriclasse, há um significativo intervalo histórico entre os dois eventos, ao longo do qual não se

¹⁸¹ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Sobre El significado actual de La noción de servicio publico y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)*. In: ORTIZ, Gaspar Ariño, MARTÍNEZ, J. M. De La Cuétera e LÓPEZ-MUNIZ, J. L. *El Nuevo Servicio Público*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 20.

¹⁸² Como visto, em Rousseau, a submissão dos indivíduos ao Estado só é exigível (“... os compromissos que nos ligam ao corpo social só são obrigatórios...”) porque esses mesmos indivíduos têm direitos em face do Estado. Essa estrutura, fundamental para o pensamento contratualista, exhibe com clareza a relação entre os ideais revolucionários e o nascimento da idéia de serviço público. Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 39-40.

¹⁸³ O conceito de Estado Pluriclasse a ser utilizado no presente trabalho, como se verá, é o de Massimo Severo Giannini. Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Pubblico dell'Economia*. Bologna: Il Mulino, 1995.

desenvolveu adequadamente a estrutura institucional que viabilizaria a idéia de universalização de serviços públicos. É que o Estado Revolucionário firmou-se historicamente como Estado burguês, e não imediatamente como Estado Pluriclasse.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho observa com precisão essas circunstâncias históricas, ao afirmar que:

(...) o Estado Liberal sempre esteve mais voltado ao atendimento das exigências de uma burguesia recém-instalada do que às de todos os outros corpos sociais. Detentora do poder econômico, “logo se assenhoreou também do poder político, fazendo do Estado e das leis simples instrumentos de realização e legitimação da sua ideologia”, declara Inocêncio Mártires Coelho¹⁸⁴.

Com efeito, o capitalismo industrial resultante dessa estrutura do Estado burguês aprofundou as desigualdades sociais, submetendo o proletariado a um ordenamento jurídico voltado à satisfação dos interesses da camada social dominante¹⁸⁵.

Na mesma ordem de idéias, relata Alexandre Santos de Aragão:

Em primeiro lugar, como era dominado politicamente pela burguesia – os únicos eleitores eram aqueles que possuíam determinada renda –, o Estado atuou para proteger os interesses dessa classe, por exemplo, construindo a infra-estrutura necessária para o progresso dos negócios (estradas, meios de transporte e de comunicação, desapropriações para a instalação de redes de distribuição de energia elétrica, etc.).

Em segundo lugar, como o Estado liberal-burguês decretou o fim das corporações e demais grupos intermédios, inclusive religiosos, que, bem ou

¹⁸⁴ VIEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. **Regulação de Serviços Públicos – na perspectiva da Constituição Econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 16.

¹⁸⁵ DAROCA, Eva Desdentado. *La crisis de identidad Del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Valencia: Tirant to Blanch, 1999, p. 42.

mal, desempenhavam importante papel de assistência aos miseráveis, enfermos e idosos, situação agravada pela industrialização e pela urbanização, que atenuaram fortemente os vínculos comunitários e familiares de solidariedade, o Poder Público acabou tendo que criar um certo aparato para suprir o espaço deixado pelos entes intermédios, protegendo, no entanto, mais os interesses dos mais aquinhoados, que eram indiretamente prejudicados com essa penúria, do que propriamente dos necessitados¹⁸⁶.

Daí dizer-se que com o Estado Liberal, primeira tentativa de aplicação dos ideais revolucionários, nasce a noção sociológica de serviço público, mas ainda não a noção jurídica de serviço público. Da mesma forma, é possível dizer que há um germe da idéia de universalização de serviços públicos, com o Estado Liberal, mas a sua gênese se dá em momento posterior, com o Estado Pluriclasse¹⁸⁷.

Quanto às circunstâncias que ensejaram a ampliação do sufrágio, ou seja, a instituição efetiva do Estado Pluriclasse, Aragão cita quatro ordens de modificações sociais. Foram relevantes, para esse autor, as graves conseqüências sociais acarretadas pela ampla autonomia privada individualista existente no modelo de Estado burguês, a crescente concentração do poder econômico, o surgimento, simbolizado pela Revolução Russa de 1917, de um modelo econômico alternativo ao Estado burguês e a escassez econômica e a necessidade de maior planejamento e coesão social decorrentes da Primeira Guerra Mundial¹⁸⁸.

¹⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direitos dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 33-34.

¹⁸⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direitos dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 34.

¹⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, itens II.4 e II.5.

Criou-se, portanto, entre o período final do século XIX e o início do século XX¹⁸⁹ um clima tendente à universalização do sufrágio. As conseqüências dessa mudança institucional, em termos de posição do Estado em relação à economia, foram notáveis, e implicaram um passo fundamental para a consolidação da idéia de universalização dos serviços públicos. Nesse sentido, ressalta Massimo Severo Giannini:

(...) o Estado burguês, como ordenamento jurídico fundado sobre o princípio de atribuições de direitos eleitorais a apenas uma classe, à burguesia, é em sua substância estrutural um Estado oligárquico, no sentido de que atribui o poder a apenas uma classe política (...). Ora, é indiscutível que a luta pelo sufrágio universal caracterizou em toda a parte o último período dos estados burgueses, para terminar, indistintamente, com a introdução do sufrágio universal, e, da mesma forma, com o conseqüente alargamento da base eleitoral – todos os cidadãos são eleitores –, e a conseqüente introdução do princípio pelo qual todas as classes sociais tornaram-se classe política. Nasce o Estado pluriclasse, como tipo de Estado novo, adotado por quase todos os países importantes da Terra¹⁹⁰.

Ora, é somente a partir da transformação de todas as classes sociais em classe política que se pode cogitar da universalização de serviços públicos. Afinal, a assunção, pelo Estado, da obrigação de levar a todos os cidadãos as facilidades que até então eram privilégios de determinadas classes – a nobreza, no Estado Absolutista, a burguesia, no Estado Liberal burguês – só nasce a partir do momento em que se amplia a participação popular no processo de produção de normas jurídicas, pela via do sistema eleitoral.

¹⁸⁹ Em termos históricos, é importante lembrar que o movimento sufragista obteve seus primeiros resultados em 1893, na Nova Zelândia, e, no Brasil, o sufrágio foi universalizado pelo Código Eleitoral de 1932.

¹⁹⁰ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Pubblico dell'Economia*. Bologna: Il Mulino, 1995, pp. 31-32. Tradução livre.

Alexandre Santos de Aragão identifica o Estado Pluriclasse como a fonte da ampliação das funções do Estado e do Direito, que irá resultar na afirmação do conceito de universalização de serviços públicos. Para Aragão:

Foi a participação de todas as classes sociais e, portanto, de todos os interesses no processo político-eleitoral que gerou enormes alterações nas funções do Estado e no Direito. Se até então ambos eram em princípio omissos quanto aos rumos da sociedade, salvo em alguns pontos que atendessem aos interesses da única classe que possuía poder político – a burguesia –, com a ascensão de todas as classes ao voto, o Direito e as Constituições passaram a ser finalísticos, ou seja, passaram a visar a realização de atividades sociais concretas, e, como são muitos os interesses representados no Parlamento, as normas jurídicas passaram a ser muito mais produto de um acordo político conjuntural do que de uma etérea razão iluminista oitocentista – daí a expressão Constituição compromissória¹⁹¹.

Surge, assim, com a universalização do sufrágio, uma situação em que o Estado e o Direito poderão se voltar à universalização dos serviços públicos. O Estado, instado pelos novos interesses que se fazem representar, passa a ser necessariamente finalístico, a buscar a conformação da ordem social, de acordo com determinados princípios jurídica e constitucionalmente estabelecidos¹⁹².

Daí se entende porque a idéia de Constituição Econômica ou Ordem Constitucional Econômica só é viável a partir da verdadeira revolução que se dá com o

¹⁹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direitos dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38.

¹⁹² Note-se que, assim como ocorreu na passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, a transformação da forma de agir do Estado não significa exata e necessariamente uma mudança radical no rol de atividades por ele exercidas. De fato, muitas das atividades que passam a ser exercidas pelo Estado Pluriclasse já o eram na era do Estado Liberal burguês. A diferença, nesses casos, é que a finalidade passa a ser outra: “se antes as atividades assistenciais do Estado eram exercidas de maneira quase caritativa e para evitar o ‘inconveniente’ de miseráveis e doentes espalhados pelas cidades, passaram a ser vistas como direitos de cidadania, muitos deles de sede constitucional”. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direitos dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38.

Estado Pluriclasse. De árbitro das questões econômicas, o Estado, instado pelos novos interesses que o conformam, passa a conformar o aspecto econômico da sociedade:

Até o ocaso do Estado Liberal as Constituições possuíam algumas normas de conteúdo econômico – normas sobre a economia –, mas não eram dotadas propriamente de uma Constituição Econômica ou Ordem Constitucional Econômica, entendida esta como o conjunto sistemático de normas constitucionais que definem de maneira orgânica e finalística a forma de economia de determinado país.

A forma da economia é a maneira como se dá o ajuste entre a oferta e a procura, que pode ser **espontânea** (livre, pelo mercado); **comandada**, através de um plano ditado pelo Estado, que determina a quantidade de bens, preços, o poder aquisitivo, etc.; e **espontânea, mas corrigível**, em que o ajuste é determinado pelo próprio mercado, mas não totalmente, face às conseqüências deletérias que as distorções entre a oferta e a procura podem gerar, tanto para a sociedade, como para a própria economia (carência de bens essenciais, cartéis, preços abusivos etc.), distorções a serem corrigidas total ou parcialmente pelo poder político, pelo Estado, em uma “economia social de mercado”¹⁹³.

Com a possibilidade de uma ordem constitucional econômica, assim, ao Estado passa a ser possível corrigir a forma da economia, controlando as conseqüências negativas que podem resultar da operação – funcional ou disfuncional – do mecanismo de ordenação social mercado. Essa novidade do Estado Pluriclasse viabiliza a gênese da idéia moderna de universalização de serviços públicos.

É bem verdade que Eros Grau, ao tratar com grande autoridade do conceito de ordem econômica enquanto parcela da ordem jurídica – portanto, no mesmo sentido de Aragão – afirma que, na realidade, ela já existia sob o Estado Liberal burguês,

¹⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direitos dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 38-39.

na medida em que é correspondente ao “conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)”. Para Grau, assim, havia ordem econômica – enquanto parcela da ordem jurídica – mesmo sob o Estado Liberal burguês¹⁹⁴.

No entanto, um pouco mais adiante, o Professor da Universidade de São Paulo deita brilhante referência sobre a transformação à qual nos referimos, da passagem do Estado Liberal burguês para o Estado Pluriclasse, ocasião em que demonstra sua concordância com o ponto de vista de Aragão. Nas palavras de Eros Grau:

As Constituições liberais não necessitavam, no seu nível (delas, Constituições liberais), dispor, explicitamente, normas que compusessem uma ordem econômica constitucional. A ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos. Assim, bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, ao quanto, não obstante, acrescentava-se umas poucas outras disposições veiculadas no nível infraconstitucional, confirmadoras do capitalismo concorrencial, para que se tivesse composta a normatividade da *ordem econômica liberal*.

As Constituições liberais, de resto, ainda que de modo implícito, sufragam uma determinada ordem econômica, sujeitando-se, assim, a uma “leitura econômica” (v. Charles A. Beard, *Una interpretación económica de la Constitución de los Estados Unidos*, trad. Hector Sáenz y Quesada, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1953).

Esta, porém, era uma ordem econômica, parcela da ordem jurídica, que meramente retratava, *recebendo-a*, a ordem econômica praticada no mundo real.

A transformação que refiro se dá no instante em que as precedentes ordens econômicas (mundo do dever-ser) passam a instrumentar a implementação de políticas públicas. Vale dizer: no instante em que a ordem econômica – parcela da ordem jurídica –, já instalada no nível constitucional, passa a predicar o

¹⁹⁴ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 69-70.

aprimoramento da ordem econômica (mundo do ser), visando à sua preservação.

O direito é afetado, então, por uma transformação, justamente em razão de instrumentar transformação da ordem econômica (mundo do ser).

Que essa transformação, no mundo do ser, é perseguida, isso é óbvio. Retorno à leitura do art. 170 da Constituição de 1988: a ordem econômica (mundo do ser) *deverá estar* fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa... A *ordem econômica liberal* é substituída pela *ordem econômica intervencionista*¹⁹⁵.

A transformação que se dá, assim, na passagem do Estado Liberal burguês para o Estado Pluriclasse, manifesta-se de maneira muito relevante na posição do Estado em relação à economia. Por isso, Alexandre Santos de Aragão qualifica o Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social como uma das primeiras expressões do Estado Pluriclasse¹⁹⁶.

Giannini, de fato, indica como verdadeira obviedade a necessidade de o Estado Pluriclasse desenvolver serviços assistenciais e, assim, qualificar-se como Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social. Afinal, para esse autor, tais serviços seriam as primeiras reivindicações das classes subalternas, recém-ingressadas na nova classe política¹⁹⁷.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, por sua vez, ressalta a busca, pelo Estado Social, de valores diversos daqueles que eram visados pelos indivíduos sob o Estado Liberal burguês (o Estado passa a prestar os serviços públicos que se afiguram indispensáveis para a caracterização de uma vida digna aos cidadãos). Além disso, na

¹⁹⁵ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 71-72.

¹⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direitos dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 40-41.

¹⁹⁷ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Pubblico dell'Economia*. Bologna: Il Mulino, 1995, pp. 314-315.

mesma linha de Giannini e Aragão, credita tais transformações, em boa parte, pela instituição do sufrágio universal, “momento em que a burguesia da velha ordem liberal concorda em repartir o controle do Estado com as demais classes”¹⁹⁸.

De qualquer ângulo que se observe a questão, portanto, fica clara a gênese, com o Estado Pluriclasse, da noção de universalização de serviços públicos. O Estado, que antes cancelava uma ordem econômica que já no “mundo do ser” era favorável à burguesia (classe que detinha com exclusividade o poder político) passa a conformar uma nova realidade, “mundo do dever-ser” de modo a atender às reivindicações das demais classes que obtêm parcela do poder político. O Estado Pluriclasse, que se manifesta inicialmente como Estado Social ou do Bem-Estar Social, assume, inclusive constitucionalmente, o papel de assegurador dos serviços públicos básicos à generalidade dos cidadãos¹⁹⁹.

O conceito de universalização, nesse contexto, liga-se intimamente à noção de serviço público, essa mesma em fase de consolidação, no Estado Social, principalmente a partir da tradição francesa²⁰⁰. As políticas de universalização, assim, aparecem como derivações da própria fixação e da consagração do conceito de serviço público, e sobrevivem aos abalos sofridos por esse último conceito na passagem do

¹⁹⁸ VIEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. **Regulação de Serviços Públicos – na perspectiva da Constituição Econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 18-19.

¹⁹⁹ VIEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. **Regulação de Serviços Públicos – na perspectiva da Constituição Econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 19.

²⁰⁰ Nesse sentido, assinala com propriedade Dinorá Grotti: “Serviço público e *publicatio* (passagem à titularidade do Estado) aparecem assim na cultura jurídica européia de raiz francesa indissolúvelmente ligados, diferentemente do que sucederá nos países anglo-saxões. Nesse contexto histórico – ideológico, político e cultural – surge o conceito técnico-jurídico de serviço público, tal como chegou até nós”. Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 41.

Estado Social para o Estado Regulador, tornando-se um conceito um tanto quanto independente da própria idéia clássica de serviço público.

3.2. As políticas de universalização como derivações do conceito clássico de serviço público e a sua independência, no ambiente do Estado Regulador

As transformações pelas quais passou o Estado, na passagem do Estado burguês para o Estado Pluriclasse – que se manifesta, em primeiro lugar, como Estado Social ou do Bem-Estar Social – têm como reflexo imediato uma reformulação do conceito de serviço público.

De fato, no contexto do Estado Liberal, era possível definir os serviços públicos com base em três elementos clássicos. Como ressalta Dinorá Grotti:

Os doutrinadores praticamente são concordes em afirmar que a definição clássica de serviço público reunia três elementos, embora se desse maior ou menor ênfase ora a um, ora o outro, dentre eles, quais sejam:

- 1) o subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade – o serviço público seria aquele prestado pelo Estado;
- 2) o material, que considera a atividade exercida – o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas;
- 3) o formal, que considera o regime jurídico – o serviço público seria aquele exercido sob o regime de Direito Público derogatório e exorbitante do Direito Comum²⁰¹.

²⁰¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 42.

Essa primeira definição dos serviços públicos vem a ser abalada pelas transformações que sofre o Estado, conforme adiantado. A ampliação das intervenções estatais, forçada pela entrada de novos interesses na formação das normas que regem sua ação, modificou a noção tradicional, a ponto de se falar, ainda na década de 50, em crise da noção de serviço público, já que o Estado exercia atividades em relação às quais faltava pelo menos um dos três elementos clássicos da definição²⁰².

Léon Duguit, o criador da “Escola do serviço público” ou “Escola de Bordeaux”, foi o responsável por identificar, de certa maneira, o novo cerne da idéia de serviço público, no contexto do Estado Social. O autor francês afirma, de fato:

(...) serviço público é toda atividade cujo desempenho deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, porque o desempenho dessa atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, que é de tal natureza que não pode ser assegurada completamente senão mediante a intervenção da força governante²⁰³.

Como identifica William James Adams, há dois elementos da definição de serviço público assim elaborada por Duguit: de um lado, o serviço deve se relacionar com a interdependência social e, por outro, o mercado deve se revelar deficiente na sua capacidade de geri-lo. Se o segundo dos elementos nada tem de novo, por ser reconhecido até mesmo por Adam Smith²⁰⁴, o primeiro exhibe um importante efeito, sobre

²⁰² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 43.

²⁰³ DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris: Fontemoing, 1911, p. 71. Tradução livre.

²⁰⁴ Como já indicado, Smith identifica, de fato, como “dever da soberania” a prestação dos serviços que, por sua natureza, não possam interessar a nenhum particular, por não se submeterem a uma exploração lucrativa. Cf. SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: Bantam Dell, 2003, p. 916.

o conceito de serviço público, da passagem ao Estado Pluriclasse. É responsabilidade do Estado cuidar dos efeitos econômicos das decisões das empresas sobre as diversas classes sociais²⁰⁵.

Por isso, o conceito de Duguit, embora não seja o único dos conceitos clássicos de serviço público, na tradição francesa²⁰⁶, é especialmente importante para entender a relação genética do conceito de universalização com a idéia de serviço público. Qualificam-se como públicos os serviços que estejam diretamente ligados à interdependência social e à solidariedade que deve ser estimulada, no seio da comunidade, pelo Estado. Daí, chega Duguit ao limite de classificar o próprio Estado como um conjunto de serviços públicos, já que a sua função primordial é preservar e estimular a coesão e a solidariedade sociais²⁰⁷.

A universalização dos serviços é, assim, como que a outra face do próprio conceito de serviço público. As atividades se qualificam como serviços públicos por serem essenciais ao desenvolvimento solidário e interdependente da sociedade, exatamente para que possam ser levadas pelo Estado às diversas classes de cidadãos, realizando exatamente esse desenvolvimento solidário e interdependente.

Para Dinorá Grotti, a universalização integra o conceito de serviço público, como um de seus princípios. De acordo com a autora, o princípio da generalidade ou universalidade significa:

²⁰⁵ Adams entende que o critério da interdependência social, de Duguit, faz com que ao Estado incumba prestar os serviços quando as decisões das empresas, nos setores correspondentes, possam influenciar grande parte da população. ADAMS, William James. *La Justification Économique Du Service Public*. In: *L'Idée de Service Public est-elle encore Soutenable?*. Paris: PUF, 1999, pp. 178-179.

²⁰⁶ Há, entre outros, os conceitos de Gastón Jèze e Maurice Hauriou. Para uma análise comparativa das teorias, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direitos dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 75-117.

²⁰⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direitos dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 85.

(...) a possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos. Significa que o mesmo deve atender, indistintamente, a todos que dele necessitem, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. (...) revela a importância da questão do ponto de vista social, vedando a “elitização do serviço público” e a criação ou reforço de “graus de cidadania na Sociedade”, uns participando do Poder Público e recebendo seus serviços e outros excluídos da Sociedade civilizada e de seus benefícios²⁰⁸.

São ressaltados, assim, não apenas a íntima relação entre o conceito de serviço público e o de universalização como também a origem do conceito de universalização mesmo, como sendo a vedação aos privilégios de classe, prometida pelos ideais revolucionários e adotada institucionalmente apenas pelo Estado Pluriclasse. Ademais, a universalização significa, como reconhece Alaôr Caffé Alves, uma série de políticas públicas que viabilizem o acesso ao serviço²⁰⁹.

Naturalmente, a aplicação desse conceito clássico de serviço público, que sobrevalorizava o papel do Estado no desenvolvimento social, levou a um enorme crescimento das espécies de atividades estatais. Isso se deu ao longo do desenvolvimento do Estado do Bem-Estar Social, que, assumindo decididamente seu caráter prestacional, tomou para si um número expressivo de atividades antes realizadas pelos particulares.

Vieira de Carvalho sintetiza com precisão o momento histórico:

²⁰⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 55-56.

²⁰⁹ Para Caffé Alves, “esta linha legalmente prescrita leva a uma série de medidas subseqüentes que compreende a política tarifária para a remuneração dos serviços, subsídios orçamentários, subsídios cruzados, planejamento da execução e expansão dos serviços, gerenciamento das concessões, sistemas de controle; política social; sistema de financiamento; participação da comunidade, etc.”. cf. ALVES, Alaôr Caffé. Anteprojeto de lei sobre as diretrizes para concessão e permissão dos serviços públicos de saneamento, da regulação e controle de sua prestação. In: **Saneamento Básico, Concessões, Permissões e Convênios Públicos**. Bauru: Edipro, 1998, p. 96.

A ação estatal toma um caráter intervencionista. Oferece prestações positivas aos cidadãos, como educação, saúde, previdência. Chama a si a tarefa de incrementar o desenvolvimento econômico e instituir empresas sob seu controle, para atuar na ordem econômica e social²¹⁰.

O Estado, assim, passa a suprir, no caso dos serviços públicos, não apenas deficiências que seriam identificadas como falhas de mercado, mas também a perseguir resultados melhores ou mais desejáveis do que seriam de se esperar do livre jogo dos mercados, embora corrigidas as suas inoperacionalidades. A atuação pública na economia passa a ser positiva, em busca de finalidades que vão além das simples inoperacionalidades do mercado²¹¹.

Empiricamente, porém, embora se tenha verificado um grande avanço em muitos indicadores de qualidade de vida, em diversos países²¹², esse vultoso acréscimo de atividades a cargo do Estado fez com que a máquina estatal crescesse substancialmente, ensejando, a partir da década de 70 do século XX, uma aprofundada e generalizada crise fiscal²¹³.

Esse inchaço do Estado, ao lado de diversos outros fatores²¹⁴, levou a um declínio do modelo de Estado Social. Ao mesmo tempo em que se passou a defender,

²¹⁰ VIEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. **Regulação de Serviços Públicos – na perspectiva da Constituição Econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 18.

²¹¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – introdução ao Direito Econômico**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 165.

²¹² É o que indica Marçal Justen Filho. JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 18.

²¹³ VIEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. **Regulação de Serviços Públicos – na perspectiva da Constituição Econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 22.

²¹⁴ Contribuíram para o declínio do modelo de Estado Social, segundo Alexandre Santos de Aragão, além da crise fiscal ensejada pelo excessivo crescimento da máquina estatal, o desaparecimento do socialismo real como possível modelo alternativo ao capitalismo, o predomínio de governos de ideologia (neo)liberal em países centrais como Inglaterra e Estados Unidos, a globalização e a evolução tecnológica, que facilitaram os negócios e as movimentações financeiras transnacionais que erodiram, aos poucos, o raio de ação possível dos Estados. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direitos dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 43.

com base na ideologia neo-liberal, um movimento de retração do Estado em relação à economia, permanecia clara a necessidade de ação dos entes públicos, para atender a anseios coletivos ainda presentes, no sentido de exigir a prestação adequada de serviços públicos, inclusive. Restou claro, no momento em que declinou o Estado Social, que seria inviável o retorno ao Estado Liberal simplesmente chancelador da ordem econômica dada pelo mundo do ser²¹⁵.

Nesse ponto, Alexandre Santos de Aragão é enfático:

Difícilmente, porém, ainda mais em Estados periféricos como o Brasil ou com forte consciência coletiva quanto à cidadania social como a França, a população majoritariamente aceitará que o Estado simplesmente passe a ser indiferente aos serviços de relevância social e à construção e gestão das infra-estruturas nacionais. Poderá aceitar que o Estado não mais administre diretamente essas atividades, mas muito provavelmente imporá aos dirigentes políticos a criação de mecanismos eficientes de regulação do desempenho privado de tais atividades. O dirigente que apenas deixasse a população lidar livremente com as forças do mercado em atividades de grande relevância social, deixando-a sofrer as conseqüências sociais já conhecidas do liberalismo oitocentista, dificilmente obterá, em um Estado Pluriclasse, novos sucessos eleitorais²¹⁶.

Portanto, retornar ao estado anterior à revolução do Estado Pluriclasse simplesmente não era uma opção ao decadente modelo do Estado Social. Restando a

²¹⁵ É importante lembrar que a mudança de perspectiva, de uma ordem constitucional chanceladora do mundo econômico do ser para uma ordem constitucional conformadora do mundo econômico do dever ser não é necessariamente vinculada apenas ao modelo do Estado Social, mas se espalha para o Estado Regulador atualmente consagrado no Brasil. Cf. GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 72.

²¹⁶ VIEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. **Regulação de Serviços Públicos – na perspectiva da Constituição Econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 18.

alternativa de se formular uma nova manifestação do Estado Pluriclasse, foi o que se fez, com o Estado Regulador²¹⁷.

Releva entender, nesse contexto da falência do Estado Social e da afirmação do Estado Regulador, o conjunto de transformações pelo qual passa o conceito de serviço público – e os efeitos dessas transformações sobre o conceito de universalização de serviços públicos. Uma vez mais, é possível recorrer com proveito aos ensinamentos de Dinorá Grotti, que afirma:

Mudaram radicalmente os pressupostos econômicos, sociais, políticos e culturais sobre os quais o serviço público surgiu e se desenvolveu. Por uma série de razões, que não merecem agora ser explicitadas, generalizou-se a convicção de que o Estado se tornou grande demais e é notória a sua incapacidade; alarmante a ineficiência econômica do setor público; mínima a qualidade dos serviços; e o cidadão tornou-se cativo e sufocado pelo próprio Estado. Criou-se a consciência generalizada de que deve haver um enxugamento da máquina estatal e a devolução de atividades à iniciativa social, ou seja, deve-se devolver ao cidadão e à sociedade seu protagonismo, sua iniciativa e, no fundo, sua liberdade de escolha do prestador de serviço.

Via de consequência, desde finais dos anos 80 (na Grã-Bretanha 10 anos antes) a discussão sobre o serviço público reaparece, na esteira de um amplo processo de privatização, por um lado, e liberalização, por outro, de alguns dos principais setores da economia, que até agora se encontravam submetidos a um planejamento e gestão estatal, quase sempre monopólica²¹⁸.

²¹⁷ O Estado Regulador e as transformações sofridas pelo conceito de regulação, em tal contexto, foram temas do item 1.2., componente do primeiro capítulo deste trabalho. No presente ponto, a discussão não será retomada, discutindo-se apenas a transformação ou erosão do conceito de serviço público sob o mesmo Estado Regulador e o reposicionamento das políticas de universalização, tendo em vista essa mutação.

²¹⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 43-44.

O modelo do Estado Regulador, portanto, embora não modifique a necessidade de suprir os anseios da população por serviços de relevância social e pela construção e gestão das infra-estruturas nacionais, coloca em xeque o conceito de serviço público, classicamente fundado, como visto, na assunção de titularidades por parte do Estado – *publicatio*. Se encontrar uma nova expressão para o Estado Pluriclasse era uma necessidade certa, a posição a ser ocupada pelo conceito de serviço público, nessa nova conformação, era no mínimo duvidosa.

Nesse contexto, surgiram autores proclamando a morte dos serviços públicos, ou a sua substituição por um conceito totalmente novo. É o caso de Ariño, que afirma:

(...) expus o contexto em que apareceu e se desenvolveu a técnica do serviço público, a que foi a grande revolução econômica e social dos últimos 150 anos, na medida em que ensejou um desenvolvimento sem precedentes da humanidade: sucessivas revoluções industriais e tecnológicas, processos de redução de desigualdades sociais, educação generalizada, assistência de saúde praticamente universalizada e um progresso sustentado da liberdade que valorizou a sua imensa capacidade criadora. A tudo isso se prestou o “serviço público”: de uma sociedade desequilibrada, rural, mal instruída, sem assistência de saúde, sem transportes e sem comunicações fez surgir uma sociedade com maiores graus de instrução, mais civilizada, mais igualitária, mais próspera, com maior expectativa de vida e tantas outras coisas. O serviço público é merecedor de um grande elogio por ter sido um instrumento de progresso, e também de socialização, especialmente nos Estados pobres, nos quais permitiu melhoras a condição de todos. Porém, o seu ciclo terminou. Cumpriu a sua missão e hoje – como disse José Luis Villar – é preciso conceder-lhe um enterro digno. É inútil o esforço de embalsamá-lo, como tentam os franceses, como se dessa forma pudéssemos mantê-lo vivo. A situação hoje é outra, quase a inversa. São os fatos que mandam, mais do que a ideologia ou a política, e hoje mudaram radicalmente os pressupostos

econômicos e sociais – também os políticos e culturais – sobre os quais essa instituição nasceu e se desenvolveu com sucesso²¹⁹.

Por outro lado, outros autores, entre eles Fernando Herren Aguillar e Eros Grau, defendem uma revalorização do conceito, para que, superados os conflitos teóricos que o circundam, seja possível separar, em um momento histórico determinado, as atividades que devem prestadas pelo Estado em regime especial (em termos constitucionais, na forma do artigo 175 da Constituição de 1988) daquelas que podem ser exploradas pelos particulares, embora também suportem, em casos específicos, a exploração pelo Estado (em termos constitucionais, na forma do artigo 173 da Constituição)²²⁰.

De qualquer maneira, o importante a destacar é que, diante do novo modelo, o conceito de universalização e, especialmente, a necessidade de políticas de universalização, parece assumir um papel mais relevante que o do próprio conceito de serviço público. Se há dúvidas quanto à necessidade de preservar o serviço público enquanto conceito – e, fundamentalmente, dúvidas quanto à persistência de sua utilidade – a universalização é reconhecida como objetivo inalienável também no contexto do Estado Regulador, e passa a ser um conceito relativamente independente da combalida idéia de serviço público.

Nesse sentido, Sundfeld se manifesta com grande clareza:

²¹⁹ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Publico Económico – modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Editorial Comares, 2004, pp. 599-600. Tradução livre.

²²⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 111-162 e GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 108-128.

Os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de “serviço público”, se algo ainda diz, diz pouco; admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais apenas pelas clássicas concessões; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do “Direito da Concorrência” (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la.

Nascem as agências reguladoras independentes, encarregadas de disciplinar setores econômicos por inteiro. Aí estão as recentes Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Petróleo – ANP. O que têm elas de novo ou de característico? De uma parte, o exercício de um largo poder normativo, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de solução de conflitos etc.; de outra, o fato de desenvolverem uma tripla regulação: a “regulação dos monopólios”, a “regulação para a competição” e a “regulação social”, esta última visando à universalização dos serviços (...)²²¹.

Para Sundfeld, portanto, valendo ou não o conceito de serviço público, o fato é que às agências reguladoras incumbe, entre outras, a tarefa da “regulação social”, que nada mais é do que a tarefa de promover a universalização dos serviços.

De maneira semelhante, mas com clareza ainda maior, Gaspar Ariño Ortiz – o mesmo que proclamara, parágrafos antes, a morte do conceito de serviço público, mostra que o conceito de universalização dos serviços sobreviveu:

A conseqüência de tudo isso é que o velho conceito de serviço público – monopolista, igualitário, assegurador de mínimos, uniforme – já não vem em socorro das necessidades e das preferências da população à qual disse servir. Hoje é preciso abrir caminho a novas realidades, mais competitivas,

²²¹ SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coords.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 161-162.

diferenciadas, inovadoras, que são as que a nova realidade social demanda; hoje é preciso desideologizar a política econômica, é preciso melhorar os serviços e as prestações. E tudo isso sem perder o que já foi conquistado, que é, basicamente, a existência de um *serviço universal* a todos os cidadãos em seus níveis básicos²²².

Portanto, as dúvidas que pairam sobre a utilidade, no contexto atual, do conceito de serviço público, convertem-se em nítida certeza quando o assunto é a necessidade de assegurar, institucionalmente, a universalização dos antigos serviços públicos. O conceito de universalização, se surgiu com os ideais revolucionários e se firmou sob o Estado Pluriclasse, atado ao conceito de serviço público, atravessa os ataques da emergência do Estado Regulador com muito mais vitalidade do que o próprio conceito do qual deriva. Essa vitalidade do conceito corresponde à vitalidade da expressão jurídico-constitucional da universalização, independente e anterior à controvertida expressão jurídica do conceito de serviço público.

3.3. A expressão jurídico-constitucional da universalização de serviços considerados essenciais: a universalização como direito a políticas públicas na formatação da ordem constitucional econômica

Como visto, o Estado Regulador não representa nem poderia representar uma volta ao estado anterior à revolução do Estado Pluriclasse. Não é, assim, um retorno

²²²ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Publico Económico – modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 601. Tradução livre.

ao Estado Liberal burguês ou a qualquer tipo de Estado Monoclasse, mas sim uma nova expressão do Estado Pluriclasse²²³.

A consequência fundamental dessa natureza do Estado Regulador – que essencialmente não se afasta da natureza própria do Estado do Bem-Estar Social – é o fato de ele não abandonar boa parte dos princípios do Estado Social, modificando antes a forma de buscar a implementação de tais princípios. Daí Canotilho chamar o Estado Social, em termos constitucionais, de Estado Social de regulação, ressaltando que a retração da intervenção direta do Estado não implica na alteração do paradigma do Estado prestacional²²⁴.

Por isso, é correto dizer que o Estado Regulador é uma nova expressão do Estado Pluriclasse e, assim, de certa maneira, uma nova roupagem para o próprio Estado do Bem-Estar Social. Muitos dos princípios que eram buscados pelo Estado Social seguem sendo perseguidos pelo Estado Regulador e, entre eles, merece destaque, conforme já adiantado, a universalização de serviços considerados essenciais. A nova roupagem do Estado envolve um afastamento do Estado em relação à seara econômica, mas não implica, de maneira alguma, o abandono de princípios como o da universalização de serviços básicos.

²²³ Floriano Marques Neto identifica claramente essa circunstância: “A distinção entre intervencionismo direto e indireto é útil para fixarmos uma primeira mensagem: a retirada do Estado do exercício de uma atividade econômica não significa, nem pode significar, uma redução do intervencionismo estatal. Muito ao revés. Tanto entre nós como em vários exemplos que podemos colher da experiência européia, nota-se que à retirada do Estado do exercício direto da atividade econômica correspondeu um crescimento da intervenção (indireta) estatal sobre esta atividade específica. (...). A explicação para este fenômeno é simples. Aumenta a necessidade regulatória porque, deixando o Estado de ser ele próprio provedor do bem ou serviço de relevância social, tem ele que passar a exercer algum tipo de controle sobre esta atividade, sob pena de estar descuidando de controlar a produção de uma utilidade dotada de essencialidade e relevância”. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 75.

²²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª Ed. Lisboa: Almedina, 2002, pp. 351-352.

Eros Roberto Grau, ao propor uma interpretação e crítica da ordem econômica, identifica na Carta de 1988 diversos princípios informadores do “dever ser” econômico a ser buscado no Brasil. Em alguns desses princípios, o autor paulista identifica expressões jurídico-constitucionais da noção de universalização de serviços essenciais. Observe-se, com efeito, o que afirma Grau acerca da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e fim da ordem econômica instituída pela Constituição entre nós vigente:

A dignidade da pessoa humana comparece, assim, na Constituição de 1988, duplamente: no art. 1º como *princípio político constitucionalmente conformador* (Canotilho); no art. 170, *caput*, como *princípio constitucional impositivo* (Canotilho) ou *diretriz* (Dworkin) – ou, ainda, direi eu, como *norma-objetivo*.

Nesta sua segunda consagração constitucional, a *dignidade da pessoa humana* assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição.

Observe-se, ademais, neste passo, que a *dignidade da pessoa humana* apenas restará plenamente assegurada se e enquanto viabilizado o acesso de todos não apenas às chamadas *liberdades formais*, mas, sobretudo, às *liberdades reais*²²⁵.

²²⁵ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 197-198.

É possível extrair, assim, da própria garantia da dignidade da pessoa humana, na Constituição Federal, a obrigação do Estado – e, inclusive, do Estado Regulador ou Estado Social de regulação – de promover políticas públicas de universalização daqueles serviços dos quais dependa a existência digna dos cidadãos. Esses serviços não podem ser tratados como simples *res in commercio*, mas devem ser assegurados a todos. A ordem constitucional, nesse ponto, não se satisfaz com a ordenação social que advém do mercado: impõe um dever-ser econômico transformador, com base em outra lógica e em outros princípios.

O mesmo tipo de expressão jurídico-constitucional da universalização de serviços considerados essenciais é encontrado em decorrência da afirmação, pelo artigo 3º, I, da Lei Maior, do objetivo fundamental da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Recorrendo novamente à magistral interpretação crítica de Eros Grau sobre a Constituição, é possível afirmar:

Constituição *dirigente* que é, a de 1988 reclama – e não apenas autoriza – *interpretação dinâmica*. Volta-se à *transformação da sociedade*, transformação que será promovida na medida em que se reconheça, no art. 3º – e isso se impõe –, fundamento à reivindicação, pela sociedade, de *direito à realização de políticas públicas*. Políticas públicas que, objeto de reivindicação constitucionalmente legitimada, hão de importar o fornecimento de prestações positivas à sociedade²²⁶.

Não se satisfaz a Constituição brasileira, assim, em absoluto, com a ordenação social promovida pelo mercado. Ela exige a conformação da sociedade na

²²⁶ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 216.

direção de um dever-ser econômico livre, justo e solidário, que se alcança, como ressaltado por Eros Grau, a partir de políticas públicas cuja reivindicação encontra fundamento constitucional sólido. A expressão jurídico-constitucional do princípio da universalização de serviços considerados essenciais é clara e firme.

O mesmo tipo de expressão jurídico-constitucional da universalização pode ser visto em outras garantias espalhadas pelo texto e pela interpretação dinâmica da Lei Maior. É o caso da garantia do desenvolvimento nacional e dos objetivos da erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III), da consagração dos ditames da justiça social (artigo 170, *caput*) e da função social da propriedade (artigo 170, III). Em todos esses pontos, identificados como princípios constitucionais impositivos, no sentido de Canotilho, ou normas-objetivo, no sentido de Eros Grau, encontram fundamento as políticas públicas de universalização de serviços considerados essenciais, dever inescapável do Estado, mesmo sob a sua forma de Estado Regulador.

Gisele Cittadino, por sua vez, identifica nesses traços da Constituição brasileira, que fundamenta a ordem jurídica sobre a dignidade da pessoa humana e dispõe acerca de uma série de direitos que redundam na possibilidade de exigir-se do Estado prestações positivas, traços do constitucionalismo comunitário. Para Cittadino, de fato, a linha do constitucionalismo à qual pertence a Lei Maior brasileira opõe-se à idéia de que a tarefa fundamental da Constituição é a defesa da autonomia dos indivíduos e da sociedade em relação a um poder público inimigo, alcançável por meio de um sistema fechado de garantias da autonomia privada. Para ela, a Constituição brasileira está

calcada no binômio dignidade humana – solidariedade social e, assim, ultrapassa a concepção dos direitos subjetivos para valorizar as liberdades positivas²²⁷.

Dessa maneira, é evidente que a Constituição brasileira, embora, como visto, acolha e dê expressão jurídica a conceitos fundamentais da economia de mercado, tais como a liberdade dos agentes econômicos, a propriedade, o contrato e a defesa da concorrência²²⁸, não se satisfaz com tais garantias, instituindo uma ordem econômica que privilegia, também, os direitos dos cidadãos a políticas públicas e, entre elas, muito claramente, políticas voltadas à universalização de serviços considerados essenciais para uma existência digna²²⁹.

A conjugação desses princípios aparentemente conflitantes se dá no instante da juridificação das teorias e *rationales* da atividade regulatória. É que a nova forma de agir do Estado (Estado Regulador) recebe uma teorização apta a indicar os sentidos possíveis dessa ação, de acordo com as diretrizes que lhe são postas – e que emanam, naturalmente, da Constituição (Estado Democrático de Direito). Em outras palavras, a conjugação das expressões jurídico-constitucionais do mercado e da universalização dar-se-á na ação do Estado Regulador Democrático de Direito, submetida essa ação à apreciação das teorias regulatórias e de estudos de caso, como o da regulação do Sistema Telefônico Fixo Comutado (STFC) no Brasil.

²²⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, pp. 16-17. É inevitável relembrar, com essa colocação de Cittadino, da advertência de Zagrebelsky, para quem as Constituições de inspiração européia ocidental representam um desafio interpretativo singular justamente pelo fato de posicionarem o sujeito em relação ao todo, desenhando uma ordem social (enquanto dever-ser). Ao fazê-lo, essas Constituições vão além do mero posicionamento dos indivíduos uns em relação aos outros, com base em direitos subjetivos, típico das Constituições de inspiração anglo-saxônica. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ronald Dworkin's principle-based constitutionalism: An Italian point of view*. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 1. n. 4. Out. 2003, p. 642.

²²⁸ Vide item 2.3 do presente trabalho.

²²⁹ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 197-198.

Estabelecidos os pressupostos conceituais regulação, mercado e universalização, pode-se alcançar a segunda parte da análise, para verificar, à luz das teorias regulatórias e do estudo de caso da regulação do STFC, a conjugação dos princípios constitucionais aparentemente conflitantes do mercado e da universalização.

Capítulo 4 – Teorias e *racionales* regulatórias entre o mercado e a universalização: a regulação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) no Brasil, no período pós-privatização

4. Teorias e *racionales* regulatórias entre o mercado e a universalização: a regulação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) no Brasil, no período pós-privatização

Estabelecidas as bases teóricas para o presente trabalho – na figura dos conceitos e princípios jurídico-constitucionais da regulação, do mercado e da universalização – resta investigar a compatibilidade das medidas regulatórias adotadas para o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), no período pós-privatização do sistema TELEBRÁS, com as exigências constitucionais do mercado e da universalização.

Essa investigação iniciar-se-á com a abordagem do fenômeno da racionalização da atividade regulatória nas teorias da regulação. Essas teorias, ao posicionarem a atividade regulatória ao redor de um “porquê” e de um “para quê”, ajudam a entender como o mercado e a universalização se relacionam com essa nova forma de intervenção do Estado na economia.

Em decorrência das teorias da regulação, em abordagem relacional com o mercado e a universalização, ganha importância o tema das *racionales* regulatórias, ou seja, da lógica que informa as medidas regulatórias. Ver-se-á, nesse ponto, que a presença do mercado e da universalização como princípios jurídicos regentes da atividade regulatória fará conviverem *racionales* econômicas e não-econômicas na atividade interventora do Estado brasileiro.

Por fim, será abordada como estudo de caso a regulação do STFC, da maneira como estabelecida após a privatização do sistema TELEBRÁS. Desenvolver-se-á um raciocínio acerca dos resultados alcançados pelas medidas, em termos de observância simultânea, nos 10 anos subsequentes à privatização, dos princípios do mercado e da universalização.

4.1. A racionalização da atividade regulatória nas teorias da regulação

Tony Prosser, após analisar o desenvolvimento da prestação de serviços públicos, na Inglaterra, concluiu que as tentativas iniciais de promover esses serviços deram-se por intermédio da *common law* e de meios políticos, como as nacionalizações, e não a partir de um corpo jurídico principiológico próprio, que organizasse as exigências desses novos serviços. Para Prosser, a exemplo do que ocorreu com a defesa do direito da concorrência, a juridificação do objetivo perseguido pelo Estado foi posterior à implementação de medidas voltadas a esse objetivo²³⁰.

O fenômeno indicado por Prosser na Inglaterra ocorreu de maneira invertida no Brasil, no início da década de 1990, no setor sobre o qual se debruça o presente trabalho. É que, após um período inicial em que o sistema de telecomunicações era privado e um segundo período em que o sistema foi estatizado, as telecomunicações brasileiras chegaram a um ponto em que o Estado detinha o controle do sistema prestador – o sistema TELEBRÁS – mas pouquíssima capacidade de investir. Estavam atravancadas a modernização do sistema e a universalização dos serviços, e não se

²³⁰ PROSSER, Tony. *The Limits of Competition Law – Markets and Public Services*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 64-65.

enxergava um caminho pela atuação direta do Estado no setor. A grande diferença é que o que se buscou foi a constituição de uma lei-quadro, do conjunto de princípios jurídicos que se criou apenas *a posteriori* no caso inglês²³¹.

De qualquer maneira, os princípios jurídicos e a racionalização ou teorização da atividade regulatória – criada antes ou depois das medidas interventivas julgadas necessárias – cumprem duas funções indispensáveis. Em primeiro lugar, elas justificam juridicamente a ação estatal, em curso ou em vias de ser adotada. Além disso, a racionalização explica o porquê da atividade regulatória e, com base nessa explicação, define a finalidade à qual se dirige a ação estatal. Em outras palavras, o desenvolvimento das teorias regulatórias servirá para legitimar juridicamente a regulação, por parte do Estado, e também para criar uma série de *rationales* segundo as quais vai ser exercida a atividade regulatória, indicando os objetivos regulatórios vigentes em uma determinada comunidade²³².

Evidentemente, essa busca de teorias que ao mesmo tempo legitimem a atividade estatal regulatória e preencham o espaço destinado aos objetivos de tal atividade redundará com toda a certeza em múltiplas respostas, de acordo com características da comunidade analisada, do momento histórico escolhido e de muitas outras variáveis. É possível, no entanto, a partir de determinadas balizas fundamentais, descrever, ainda do ponto de vista teórico, algumas dessas correntes de pensamento, enumerando suas características comuns.

²³¹ É o que se extrai de nota pessoal de Carlos Ari Sundfeld sobre o surgimento da Lei Geral de Telecomunicações, solicitada a uma consultoria jurídica, em junho de 1996, pelo então Ministro Sérgio Motta. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações. In: **Revista de Direito do Estado RDE**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 03, n.º 09, p. 173-196, jan-mar 2008.

²³² É importante não perder de vista a figura do Estado Regulador Democrático de Direito (expressão jurídico-constitucional da regulação, cf. ponto 1.3), que age na economia de maneira indireta e de acordo com as – e nos limites das – suas atribuições constitucionais.

Bronwen Morgan e Karen Yeung descrevem de maneira didática o extenso âmbito das correntes teóricas que se desenvolveram ao redor do fenômeno regulatório. Essas autoras buscam descrever o que seria o “mapa” das teorias da regulação e, ao fazê-lo, indicam três grandes grupos, chamados por elas teorias do interesse público, teorias do interesse privado e teorias institucionalistas da regulação. Enquanto o primeiro grande grupo toma os legisladores e demais responsáveis pela regulação como agentes que buscam fins coletivos, com o objetivo de promover o bem-estar geral da comunidade, o segundo grande grupo toma esses mesmos agentes como promotores de seus próprios fins, com o objetivo de maximizar seu bem-estar individual. As teorias institucionalistas da regulação, por sua vez, dariam preponderância aos processos em que se desenvolve a regulação, às regras de interação dos agentes, que não são, assim, dotados de um objetivo específico definido *a priori*, variando sua forma de atuação de acordo com os processos regulatórios²³³.

Para as mesmas autoras, as teorias do interesse público – aquelas que definem os agentes responsáveis pela regulação como defensores dos fins coletivos, com o objetivo de promover o bem-estar geral da comunidade – podem ser divididas, por sua vez, em outros dois grupos. Nas claras colocações das autoras:

As teorias regulatórias do interesse público, como afirmado acima, atribuem aos legisladores e outros responsáveis pelo projeto e pela implementação da regulação um desejo de perseguir fins coletivos, com o objetivo de promover o bem-estar geral da comunidade. Elas podem ser subdivididas, por sua vez,

²³³ MORGAN, Bronwen e YEUNG, Karen. *An Introduction to Law and Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 16-75.

entre aqueles que articulam os objetivos regulatórios em termos de eficiência econômica e aqueles que incluem outros fins políticos²³⁴.

Há, portanto, uma importante divisão no grupo das teorias regulatórias que pressupõem os reguladores como agentes em busca dos fins coletivos, em prol do bem-estar da comunidade. Se por um lado se apresentam teorias que traduzem esse bem-estar coletivo em termos de eficiência econômica, por outro lado há as correntes teóricas que incluem, nessa equação, outros fins políticos valorizados pela coletividade.

É quase desnecessário ressaltar a importância dessa subdivisão para os fins do presente trabalho. Afinal, como mencionado, o objetivo da presente pesquisa é investigar se a regulação do setor de telecomunicações, no Brasil, no período pós-privatização, conviveu adequadamente com as exigências constitucionais do mercado e da universalização. Ou seja, o presente trabalho investiga se a prática regulatória se justificou do ponto de vista de uma teoria adequada ao modelo jurídico-constitucional brasileiro, que exige do regulador compromisso com as finalidades coletivas (exigindo, pois, a correspondência com as teorias do interesse público) e as define em termos não apenas econômicos (mesclando, portanto, a eficiência econômica a outros fins políticos).

Não há dúvidas, assim, de que, em meio ao extenso quadro de linhas teóricas que tratam da regulação, têm especial relevância para o presente estudo as teorias do interesse público e, em meio a essas, aquelas que definem o bem-estar social não apenas em termos de eficiência econômica, mas também abrangendo outros objetivos políticos.

²³⁴ MORGAN, Bronwen e YEUNG, Karen. *An Introduction to Law and Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 17-18. Tradução livre.

Por essa razão, cabe analisar com um pouco mais de vagar o conjunto de teorias denominadas “teorias do interesse público para a regulação”, detendo-se mais a análise nas diferentes apreciações que podem ser dadas ao bem-estar da comunidade, em termos, principalmente, de eficiência econômica e outros objetivos políticos. Essa análise poderá ajudar a circunscrever a idéia de *rationales* regulatórias, muito importante para a análise que se pretende alcançar, da regulação do STFC, no Brasil, no período imediatamente posterior ao da privatização do sistema de telecomunicações.

Cass Sustein, um dos principais representantes das teorias regulatórias do interesse público que ampliam o espectro do bem-estar a ser buscado pela atividade estatal, afirma, ao tratar das funções da regulação, que elas costumam ir além dos bem conhecidos fenômenos reunidos sob o conceito de falhas de mercado, alcançando também outros defeitos da ordenação social advinda do mercado²³⁵.

É claro, assim, que para Sunstein – e outros que com ele compartilham a crença de que a regulação deve buscar o bem-estar da coletividade, identificando-o para além do aspecto econômico – a regulação se presta à instauração de uma ordem econômica transformadora, não sendo suficiente um conjunto de normas e princípios jurídicos que apenas chancelem o mercado enquanto mecanismo de ordenação social.

Nas palavras de Morgan e Yeung:

A concepção do interesse público preso ao bem-estar econômico torna as teorias regulatórias correspondentes muito estreitas. Elas pressupõem exatamente o fato de que uma maior eficiência alocativa no uso dos recursos

²³⁵ Inevitável tecer um paralelo entre a conceituação de Sustein, de “outros defeitos da ordenação social advinda do mercado” e a fixação do conceito de mercado, a partir do século XIX, como “mecanismo de ordenação social” (item 2.1 do presente trabalho). Cf. SUSTEIN, Cass R. *After the Rights Revolution – Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press, p. 47.

escassos da sociedade reduzirá a perda econômica e permitirá que mais indivíduos persigam o que quer que eles pessoalmente considerem sendo suas próprias versões de uma vida boa, expressada em termos de capacidade de pagar. Em outras palavras, o bem-estar coletivo é definido exclusivamente em termos de uso eficiente de recursos. Em contraste, as “versões políticas” do interesse público são muito mais ambiciosas, em dois importantes sentidos. Primeiramente, valores como justiça social, redistribuição e paternalismo também podem figurar no acervo técnico das justificativas para a regulação. Em segundo lugar, elas dão maior ênfase ao valor *intrínseco* da participação por meio de um processo de diálogo²³⁶.

A mudança de perspectiva que se opera, então, na passagem de uma visão dos objetivos da coletividade presa ao bem-estar econômico para outra que amplia esses objetivos se reflete nas justificativas para a regulação e também no sentido que deve ser dado a essa atividade. Mudam, com a ampliação das teorias do interesse público, o fundamento da atividade regulatória e também as *rationales* envolvidas.

Também para Anthony Ogus há, entre as razões de interesse público para a regulação (excluídas, portanto, nessa parte, as razões derivadas da busca de interesses privados por meio da regulação, reunidas em torno das idéias de falha regulatória e captura, conforme também destacado por Morgan e Yeung), motivos econômicos e motivos não-econômicos²³⁷. Essa divisão (ou subdivisão, de acordo com a classificação de Morgan e Yeung) é compartilhada por muitos outros autores²³⁸.

²³⁶ MORGAN, Bronwen e YEUNG, Karen. *An Introduction to Law and Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 26-27. Tradução livre.

²³⁷ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 29.

²³⁸ Cf. MITNICK, B. *The Political Economy of Regulation*, 1980, ch. 5; BREYER, S. *Regulation and its Reform*, 1982, ch. 1; STEWART, R. B. *Regulation and the Crisis of Legalisation in the United States* In: DAINTITH, Terrence (ed.). *Law as an Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Approaches*, 1988, pp. 110-115; RAMSAY, I. *Consumer Protection: Text and Materials*, 1989, ch. 2; KAY, J. e VICKERS, J. *Regulatory Reform: an Appraisal* In: MAJONE, G. (ed.). *Deregulation or Re-*

Os objetivos econômicos da regulação, segundo Ogus – autor que se alinha ao grupo de teóricos que frisam o interesse público em termos de eficiência econômica²³⁹ –, reúnem-se em torno da idéia-chave da correção das falhas de mercado. Para esse autor, no mundo real, sob uma série de circunstâncias, a liberdade de mercado pode não levar ao resultado mais eficiente em termos alocativos, ou seja, os recursos podem não ser alocados àqueles usos em que são mais valorizados. Muitas dessas falhas de mercado são, ao menos teoricamente, corrigíveis por meio de instrumentos do próprio mercado, sem que seja necessário o uso da ação coletiva. No entanto, há casos em que a falha de mercado não pode ser corrigida pelo próprio mercado. Esses são os casos em que, à primeira vista, a regulação se justifica por motivos econômicos²⁴⁰.

Deve-se ter em mente que, para Ogus, mesmo diante da falha de mercado que não pode ser corrigida por mecanismos próprios do mercado, a intervenção regulatória não é sempre desejável. É que, com a regulação, surge também o risco da “falha regulatória”, entendida como a geração de outras distorções sobre a economia, a partir da intervenção (tais como custos de transação ou alocações ineficientes). A questão é, para o autor, comparar a falha de mercado com a falha regulatória²⁴¹.

De outra parte, há, de acordo com Ogus, os objetivos não econômicos da atividade regulatória, que não visam propriamente a eficiência econômica, mas outros

regulation, 1990, pp. 225-230; SUSTEIN, Cass. *After the Reights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, 1990, ch. 2.

²³⁹ MORGAN, Bronwen e YEUNG, Karen. *An Introduction to Law and Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 18.

²⁴⁰ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 30.

²⁴¹ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 30.

objetivos, como o paternalismo e a distribuição de recursos de acordo com critérios não-econômicos²⁴².

Christopher Foster refere-se com grande clareza à existência dos mesmos motivos econômicos e não-econômicos para a regulação, identificados por Ogus, e Morgan e Yeung. Ele afirma que, enquanto a regulação econômica tem em vista os monopólios e a (promoção da) concorrência, a regulação com motivos não-econômicos (ou social) se caracteriza pela busca dos “fins determinados pela política”, que são em geral voltados para a justiça e a equidade entre diferentes grupos de interesse²⁴³. Para Foster, portanto, há uma clara diferença entre os objetivos da regulação quando ela se justifica por motivos econômicos e quando ela se faz presente por razões não-econômicas²⁴⁴.

Christopher McCrudden, por sua vez, identifica três tipos principais de abordagens sobre a regulação. Para ele, há os autores que podem ser chamados de “socializadores do mercado” (*social marketeers*), por defenderem, a um só tempo, a centralidade das relações de mercado para a regulação e a necessidade de promover, sem abrir mão dessa centralidade, objetivos não econômicos (a questão passa a ser, então, o correto balanceamento entre as medidas supostamente pró-mercado e as medidas que visam diretamente finalidades não econômicas). Há, ainda, os defensores do livre mercado (*free marketeers*), para quem a regulação é um instrumento que deve ser

²⁴² OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 31 e ss.

²⁴³ Observe-se que os fins “determinados pela política” referidos por Foster podem sem dificuldade serem aproximados à idéia da concretização de uma ordem econômica enquanto dever-ser. A regulação, assim, num sistema constitucional que prima pela instituição de uma ordem econômica, que posiciona o indivíduo não apenas em relação aos demais indivíduos, mas também em relação ao todo, tenderia a privilegiar os fins “determinados pela política”, a ser concretizador de valores constitucionais substantivos.

²⁴⁴ FOSTER, Christopher. *Privatization, public ownership and regulation of natural monopoly*. Oxford: Blackwell, 1992.

utilizado para aumentar sempre a concorrência, de modo a tornar desnecessária a própria regulação. Para esses autores, a regulação deve ser sempre econômica, jamais buscando objetivos não dotados da racionalidade das ciências econômicas. Por fim, há os adeptos da boa-governança (*good governance*), que deixam em aberto a questão do objetivo da regulação, focalizando a questão procedimental da justificação das decisões do regulador em primeiro plano. Para esses, se o regulador se sujeita a determinados procedimentos, está apto a identificar as medidas a serem implementadas, que podem ser voltadas a objetivos econômicos ou não econômicos²⁴⁵.

É necessário ressaltar desde logo que a tipologia colocada por McCrudden deixa de considerar estudos econômicos que vêm apontando – em especial a partir da década de 90 do século XX – compatibilidade e até complementaridade entre eficiência e equidade (utilizado aqui como conceito que reúne, à sua volta, um conjunto de objetivos não-econômicos em geral buscados pelas ordens jurídico-constitucionais ocidentais contemporâneas). Esses estudos indicam, por exemplo, que pode não ser necessário um esforço tão hercúleo assim para compatibilizar valores econômicos e valores não-econômicos, pois o alcance de uns pode mesmo ser um caminho para o alcance dos outros²⁴⁶.

De qualquer forma, é possível afirmar que a regulação é, por um aspecto, instrumento de correção de falhas de mercado. Embora tal instrumento possa ser por vezes ineficiente – ou mesmo causar indesejáveis efeitos colaterais –, ele se presta a ajustar, diante das disfunções do mercado, as interações econômicas entre os agentes.

²⁴⁵ MCCRUDDEN, Christopher. *Social policy and economic regulators: some issues from the reform of utility regulation, regulation and deregulation*. Oxford: The Clarendon Press, 1999, p. 275-277.

²⁴⁶ Cf. BLANK, Rebecca. *Can equity and efficiency complement each other?* NBER working paper series, Working paper, 8820, 2002, entre outros.

A regulação voltada à correção de falhas do mercado age de modo a emular as condições ideais de mercado. Ou seja, atua o regulador no sentido de inserir no mundo real elementos necessários para que se atinja o funcionamento esperado em um modelo teórico. Dotar o mercado regulado de condições ideais ao atingimento das finalidades esperadas de acordo com um modelo teórico é, portanto, uma primeira justificativa para a regulação.

É claro que, a partir desse ponto de vista, a justificativa teórica para a regulação advém essencialmente da ciência econômica. É ela que dita as condições nas quais o mercado é capaz de funcionar com perfeição e, portanto, é nela que deve se inspirar a atuação regulatória, quando a ação se justificar por essa primeira ordem de motivos.

Nesse passo, é importante mencionar que as condições econômicas consideradas ideais são buscadas pela regulação a partir de três instrumentos considerados principais e uma série de outros, considerados instrumentos secundários de intervenção²⁴⁷. De fato, enquanto os principais instrumentos de que se vale a regulação são o controle de preços, o controle de quantidade produzida e o controle de entrada e saída dos mercados (controle do número de firmas), são secundários instrumentos como controle de qualidade, controle sobre a propaganda e controle sobre o nível de investimentos²⁴⁸.

²⁴⁷ Essa é a classificação de Viscusi, Harrington Jr. e Vernon. Cf. VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR., Joseph E. e VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4th Ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, pp. 358-362.

²⁴⁸ VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR., Joseph E. e VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4th Ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, pp. 358-362.

Agindo, portanto, sobre essas variáveis da atuação das companhias, a regulação busca traduzir no mundo real os efeitos das hipotéticas condições perfeitas de mercado. Assim, nos casos em que há monopólio, por exemplo, a regulação pode agir sobre os mecanismos de entrada e saída do mercado, para assim chegar a um número adequado de competidores (algo próximo ao mercado atomizado preconizado pela pura teoria econômica). Se isso não for possível ou for ineficiente, como no caso dos monopólios naturais, a regulação pode controlar os preços, para que esse traço do mercado coincida com os valores que se esperariam diante das condições perfeitas (nesse caso, o preço seria o mais próximo possível daquele próprio de um mercado perfeitamente competitivo).

É importante lembrar que, como visto, a regulação tal como adotada pelo Estado Regulador preconiza uma atuação indireta do Estado sobre as variáveis econômicas. Não se trata mais de um diretor, propriamente, mas de um estrategista, que, por meio de uma atuação indireta, busca alcançar o melhor resultado possível tendo em vista os condicionamentos externos à sua própria ação²⁴⁹.

Ao lado desses motivos econômicos da regulação, motivados de modo muito especial pelo objetivo da eficiência (alocativa e produtiva), de acordo com os postulados da ciência econômica, há um outro grupo de fundamentos teóricos e motivações para a regulação. São os chamados motivos não-econômicos para a atividade regulatória, ou princípios regulatórios substantivos. Tal motivação, que fica apartada da busca pela eficiência econômica, muito embora não se oponha necessariamente a esse

²⁴⁹ VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR., Joseph E. e VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4th Ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 64.

objetivo²⁵⁰, completa o trabalho da atividade regulatória em prol da concretização de uma ordem econômica constitucionalmente consagrada²⁵¹.

Esse quadro teórico para justificar e instrumentalizar a regulação tem como reflexo imediato a fixação de *rationales* regulatórias, ou seja, lógicas segundo as quais opera o regulador. Ao olhar para essas *rationales*, é possível enxergar muito claramente a regulação entre os valores – entre nós, como visto, princípios constitucionais – da regulação e do mercado, para que, a seguir, se possa visualizar esse mesmo posicionamento da atividade regulatória no que toca ao caso concreto da regulação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), no Brasil.

4.2. Rationales regulatórias do mercado e rationales regulatórias da universalização

Celso Antônio Bandeira de Mello, inspirado por Zanobini, descreve com grande clareza a lógica que se encontra por trás daquele que talvez seja o principal instrumento jurídico do Estado chamado Regulador, no que toca à prestação de serviços públicos. Sobre a relação entre o concessionário e o poder concedente, afirma o consagrado administrativista brasileiro:

Para o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia

²⁵⁰ BLANK, Rebecca. *Can equity and efficiency complement each other?* NBER working paper series, Working paper, 8820, 2002.

²⁵¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 72 e ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ronald Dworkin's principle-based constitutionalism: An Italian point of view*. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 1. n. 4. Out. 2003, p. 642.

ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço.

O regime da concessão procede da lógica instaurada nestes termos²⁵².

Essa perspectiva é representante de um momento histórico especial, em que a atuação direta do Estado sofre uma retração e as políticas públicas passam a ser buscadas por meio da atividade regulatória do Estado. Cuida-se, em suma, do pano de fundo da reforma do Estado Brasileiro, que nos anos 90 do século passado engendrou a passagem do Estado Provedor para o Estado Regulador.

Nesse sentido, uma vez que os fins do Estado e os fins dos particulares adequam-se, não faz sentido manter a pesada estrutura do Estado Provedor. Faz-se mister que o Estado altere sua postura em relação à economia, passando a ser o elemento que realiza um especial encontro de interesses, que faça convergirem o interesse do agente privado prestador de serviços públicos e o interesse dos particulares consumidores desses serviços.

Assim, aquilo que Bandeira de Mello chama de “boa prestação do serviço” – como fim do Estado – Ariño especifica como sendo “serviço seguro, barato e de qualidade”²⁵³ – interesse dos usuários. De qualquer modo, para esses autores, é essencial que, pela regulação, a atividade privada, fatalmente dirigida à maximização dos lucros dos agentes, seja direcionada, também, àquelas outras finalidades.

Nesse ponto é que surge a questão fundamental dos princípios – ou *racionales* – substantivos(as) – ou não econômicos – da regulação. Cuida-se de discutir a

²⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 12ª Edição, 2002, p. 610.

²⁵³ ARIÑO, Gaspar. **Economia y Estado: crisis y reforma del sector publico**. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 260. Tradução livre.

afirmação, por parte de importantes autores, de que o perfeito encaixe entre os interesses contrapostos na prestação regulada de serviços públicos – seja entre Estado e concessionários, seja entre prestadores do serviço e consumidores do mesmo – é dado pelo mercado. Nesse sentido, questiona-se se a atividade regulatória do Estado, que a princípio deveria emular condições de mercado onde essas não existam e abster-se de qualquer condicionamento, nas situações em que o mercado estiver em pleno funcionamento²⁵⁴, pode suportar também outras motivações.

Observe-se, no sentido da problemática da (in)viabilidade de princípios não-econômicos para a regulação, a contundente passagem de Ariño Ortiz:

A regulação, em geral, aparece sempre ante a inexistência, os fracassos ou as falhas de mercado. Quando este funciona, não há melhor regulação: determina quantidades, determina preços, impõe qualidade, premia ou expulsa do mercado aqueles que dele participam e tudo o que o Estado tem que fazer é manter a ordem e a segurança, fazer com que se cumpram os contratos e – em alguns mercados assimétricos – proteger o consumidor. Assim, pois, a regulação – em especial, a regulação econômica – é, por definição, um substitutivo do mercado²⁵⁵.

Portanto, há que se compatibilizar, como já adiantado, os princípios constitucionais do mercado e da universalização diante de uma forte corrente de pensamento que entende que a regulação deve almejar as condições “perfeitamente operacionais” do mercado. Trata-se da contundente defesa de um modelo de *regulação*

²⁵⁴ Trata-se da corrente de pensamento que Marçal Justen Filho chama de “primeira onda regulatória”. Para a referência mencionada, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 32 e seguintes.

²⁵⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Publico Económico*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 603. Tradução livre.

para a concorrência²⁵⁶, que, como visto, não é suficiente para a ordem econômica descrita pela Constituição brasileira.

Deve-se observar que, em contraposição a esse entendimento da regulação como simples instrumento de superação das falhas de mercado, colhem-se opiniões tão abalizadas quanto a de Ariño. De fato, Giampiero Di Plinio, valendo-se de lição de Jacobs, coloca em termos claros a caracterização, na doutrina européia, da segunda geração de reformas regulatórias. De acordo com Di Plinio:

Se a primeira geração de reformas – do crescimento induzido pelo Estado (*State-led Growth*) para o crescimento induzido pelo mercado (*Market-led Growth*) – produziu importantes progressos, o ciclo ainda não está completo; uma segunda geração de reformas é necessária para reordenar as abaladas relações entre as instituições, o mercado e a sociedade, realizando o crescimento induzido pelo mercado com ampliação de bem-estar social (*Market-led Growth and Boost potential Social Welfare*). Isso pressupõe a capacidade dos governos e das administrações públicas nacionais de conjugar a eficiência do mercado com a proteção de outros valores e interesses, e com a garantia da efetividade dos direitos fundamentais²⁵⁷.

Portanto, para Di Plinio, a mudança de posicionamento do Estado, que passou a se valer da atividade lucrativa dos agentes econômicos como meio para atingir seu objetivo de boa prestação de serviços públicos – ou seja, a passagem do crescimento induzido pelo Estado para aquele induzido pelo mercado – foi apenas uma primeira fase, não conclusiva, das reformas regulatórias. É indispensável que, na fase subsequente, seja

²⁵⁶ Idem, pp. 606 e seguintes.

²⁵⁷ DI PLINIO, Giampiero. *Il common core della deregulation: dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 105. Tradução livre.

dada ênfase à ampliação do bem-estar social, conjugando-se interesses que estão além do mercado com a eficiência do próprio mercado.

Note-se que a posição verificada no referido trecho de Di Plínio pode ser encontrada também em outros doutrinadores importantes. Tony Prosser, por exemplo, afirma que incumbe à regulação um conjunto de três tarefas, duas delas relacionadas à busca de eficiência de mercado e uma que vai além da correção de falhas de mercado.

Para o autor britânico:

A regulação em exame envolve três tarefas bem diferentes. A primeira é a de **regular monopólios**, emulando os efeitos das forças de mercado por meio da implementação de controles sobre preços e sobre qualidade de serviço. A segunda é a **regulação para a competição**; envolve a criação de condições para que a competição exista e a fiscalização dessas condições para garantir que elas continuem existindo. Exemplos são a fixação de condições para a interconexão de sistemas que competem entre si mas são independentes, o escrutínio das práticas comerciais, e, num outro sentido, o exame de fusões e aquisições. Em terceiro lugar, há a **regulação social**, em que a racionalidade não é primariamente econômica, mas sim ligada a noções de serviço público. Exemplos incluem a garantia de universalização de serviços e algumas espécies de regulação ambiental²⁵⁸.

Extraí-se dessa passagem, em suma, a mesma lição dada por Di Plínio: o afastamento do Estado em relação à economia, em busca de um crescimento induzido pelo mercado, não esgota o conteúdo jurídico da atividade regulatória. Seguem sendo indispensáveis diretrizes sociais, dotadas de uma racionalidade não-econômica.

²⁵⁸ PROSSER, Tony. *Law and the Regulators*. Oxford: Clarendon Press, 1997, pp. 5-6. Tradução livre.

Em outra ocasião, o mesmo Tony Prosser afirma a clara insuficiência da atitude daqueles que tomam a regulação apenas por sua *rationale* econômica. Para Prosser:

Entretanto, a regulação de serviços públicos comprovou a impossibilidade de separar as abordagens econômicas da regulação do pano de fundo político e social mais amplo.

(...)

Finalmente, foi comprovada a impossibilidade de evitar a intrusão, como alguns chamariam, de preocupações sociais na regulação²⁵⁹.

Assim, autores europeus como Giampiero Di Plinio e Tony Prosser afirmam que é preciso que a regulação assuma a sua racionalidade não meramente econômica, para que veicule tanto princípios ligados à promoção e emulação de mercados quanto princípios que vão além dessa racionalidade, em prol de objetivos ditos sociais – a exemplo da universalização de serviços considerados essenciais a uma “vida digna”.

Também entre os doutrinadores brasileiros é possível encontrar vozes que afirmam a promoção de objetivos regulatórios dotados de racionalidade não meramente econômica.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma que a regulação estatal se modifica, em resposta à necessidade de o Estado promover determinados fins de interesse comum que não eram satisfeitos nem mesmo com o mercado em perfeito funcionamento. Nas palavras de Justen Filho:

²⁵⁹ PROSSER, Tony. *Theorising utility regulation*. *Modern Law Review*, v. 62, março de 1999, p. 198. Tradução livre.

Mas essas concepções mais antigas (a regulação exclusivamente econômica) vêm sendo objeto de intensa revisão, a propósito do que se poderia identificar como **segunda onda intervencionista**. Trata-se da **regulação social**, que assume outras propostas. Constatou-se que o mercado, ainda que em funcionamento perfeito, pode conduzir à não realização de certos fins de interesse comum.

(...)

A intervenção estatal de natureza regulatória não poderia restringir-se a preocupações meramente econômicas. O Estado não poderia ser concebido como um simples “corretor dos defeitos econômicos” do mercado, mas lhe incumbiria promover a satisfação de inúmeros outros interesses, relacionados a valores não econômicos. Assim, o elenco dos fins buscados através da regulação escapa facilmente de uma abordagem exclusivamente econômica²⁶⁰.

Da mesma forma, é interessante a posição do jurista e economista Fábio Nusdeo – doutrinador que, por sua formação, transita entre a racionalidade econômica e a racionalidade não econômica – que coloca, ao lado das falhas de mercado, outros objetivos da regulação, com viés marcadamente social. Para Nusdeo:

Esta, portanto (a superação das falhas de mercado), a primeira ordem de motivações para a presença do Estado, à qual, porém, logo mais se acoplaria uma segunda ordem, decorrente da colocação, agora sim consciente, de objetivos da política econômica, isto é, de posições e resultados a serem assumidos ou produzidos pelo sistema econômico no seu desempenho.

A primeira dessas duas motivações pode ser vista como de caráter negativo, por ter como finalidade reparar um mau funcionamento operacional. A segunda já se apresenta com uma motivação positiva, almejando implantar novos resultados, melhores ou mais desejáveis, do que seria de se esperar do

²⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 38.

desempenho **normal** do sistema, ainda quando corrigidas as suas inoperacionalidades²⁶¹.

Portanto, mesmo que o mercado esteja funcionando de modo absolutamente “normal” ou “perfeito”, sem que apareçam quaisquer das chamadas falhas de mercado, a regulação mantém-se ativa, em busca de outros objetivos, que não o estritamente voltado à eficiência econômica. Acolhe a regulação a *rationale* econômica e, também, a lógica aberta a outros objetivos, de origem política, social ou ética.

É claro que um determinado sistema jurídico-político pode – pelo menos em tese²⁶² – consagrar, como objetivos sociais, um conjunto de princípios exatamente coincidente com as regras de funcionamento “normal” do mercado. Nesse hipotético sistema, no entanto, a submissão à operacionalidade do mercado será, ainda assim, uma diretriz política, um objetivo social. O viés “totalmente” economicista da regulação, nesse caso, será um mero acidente, uma simples coincidência²⁶³.

Desse modo, se a regulação vale-se tanto de uma racionalidade econômica, voltada à eficiência de mercado e à correção das falhas do mercado, quanto de uma racionalidade não econômica, dirigida à consagração de princípios outros tidos como socialmente relevantes, resta perquirir como o regulador será capaz de executar ambas as

²⁶¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 165.

²⁶² Note-se, nesse ponto, que Tony Prosser expressa interessante constatação, no sentido de que a ênfase dada à racionalidade econômica da regulação, nos Estados Unidos e no Reino Unido, acaba não correspondendo à prática da regulação, nesses países. Para essa referência, cf. PROSSER, Tony. *Theorising utility regulation*. **Modern Law Review**, v. 62, março de 1999, p. 197.

²⁶³ A referência é de Alberto Venâncio Filho, inspirado em Gual Villabi: “*Convém, entretanto, ter presente a observação de Gual Villabi, de que ‘de tal modo o econômico esteve sempre subordinado ao político, que, inclusive, quando a economia é deixada num regime de liberdade, é porque a política entende que este sistema liberal é o que convinha aos interesses sociais e quando a política entendeu que devia sujeitá-la, o fez sem maior dificuldade’*”. VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 4.

tarefas e, mais do que isso, como o regulador poderá verificar quais são os princípios que deve aplicar. Nesse ponto, Prosser destaca a complexidade da função regulatória:

Os reguladores de serviços públicos então têm uma variedade de diferentes tarefas que não podem ser reduzidas a uma lógica simples, seja essa lógica a econômica ou outra. Isso então parece exigir uma abordagem pluralista da regulação; a prática dos reguladores, e também os deveres legais que se aplicam a eles, refletem uma variedade de diferentes racionalidades. Como resultado, eles chegam a reproduzir “governos em miniatura” (...)²⁶⁴.

Um passo inicial e fundamental a ser dado pelos reguladores nessa atividade de “governos em miniatura” – reflexo, como visto, da complexidade da tarefa a eles atribuída – é, sem dúvida, a superação da idéia de que as condições ideais de mercado são o objetivo único e cabal da regulação. De fato, é preciso que a atividade regulatória se dê de acordo com os princípios sociais estabelecidos pela comunidade como fins coletivos a serem buscados pela atividade econômica. São esses, afinal, os princípios substantivos a serem buscados, no exercício dessa regulação que vai além do mercado.

A regulação social ganha uma importância significativamente maior nos países em desenvolvimento. Como ressalta Diogo Rosenthal Coutinho:

Nos países do mundo desenvolvido, as redes de infra-estrutura já estão totalmente ou quase totalmente construídas, seja pelo Estado (como na Europa), seja pelo mercado, com subsídios e incentivos estatais (como nos EUA). Neles, a regulação é geralmente orientada para a promoção da

²⁶⁴ PROSSER, Tony. *Theorising utility regulation*. *Modern Law Review*, v. 62, março de 1999, p. 199. Tradução livre.

concorrência e a repartição dos benefícios com os consumidores, cuja quase totalidade é atendida pelo serviço público. A universalidade do serviço público ainda é, todavia, uma meta social distante em países em desenvolvimento, mormente naqueles de dimensões continentais e populosos como o Brasil. Esses países ainda não têm redes de infra-estrutura extensas e capilarizadas o suficiente para atingir áreas distantes dos grandes centros, pouco povoadas e/ou de baixa renda²⁶⁵.

Portanto, no caso das nações em desenvolvimento – entre elas, naturalmente, o Brasil – o desafio da regulação é maior do que aquele típico dos países desenvolvidos. Exatamente por esse motivo, normalmente as Constituições de tais nações consignam ao Estado um rol mais extenso de tarefas e objetivos, de modo que a regulação, nesses ambientes, tem características bastante próprias. O Estado Regulador Democrático de Direito, nesses casos, tem diante de si balizas e diretrizes que exigem sua presença ativa, deixando ainda mais evidente a necessidade do complemento da *rationale* regulatória puramente econômica. A correção das falhas de mercado é insuficiente, sendo exigida da regulação a tarefa de transformar a ordem social, de acordo com um dever-ser não coincidente com os efeitos de um mercado perfeitamente operacional.

É nesse quadro teórico que se insere a discussão constitucional que envolve a regulação das telecomunicações, no Brasil. Conforme parcialmente já indicado – ao tratar das expressões jurídico-constitucionais dos conceitos de mercado e de regulação – a Constituição brasileira acolhe princípios típicos da economia de mercado e, ao mesmo tempo, princípios substantivos. A conjugação dessas balizas jurídicas na ordem constitucional brasileira e a busca dessa compatibilização no caso do Serviço

²⁶⁵ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 74-75.

Telefônico Fixo Comutado (STFC), no período pós-privatização, são os temas que passam a ser tratados, diretamente, a seguir.

4.3. Expressão jurídico-constitucional das teorias e *rationales* regulatórias: a Constituição brasileira entre o mercado e a universalização

Eros Grau, após transcrever diversas opiniões acerca do que seria o conteúdo da ordenação constitucional econômica contida na Carta de 1988, assim resume a babel de impressões dos autores que se debruçaram sobre o tema:

Aí, de um lado é imputado caráter conservador à Constituição de 1988, na medida em que expressa a “manutenção do estatismo”, “desprezo *prático* pela liberdade, “desinteresse pela eficiência econômica” e “sinaliza uma inibição xenófoba à internacionalização da economia brasileira”. De outro, a afirmação de que ela – a Constituição de 1988 – é mais liberal do que a anterior, dado que consagra o predomínio da livre iniciativa; e isso porque os princípios que a restringem (a livre iniciativa) “devem ser interpretados *restritivamente!*”²⁶⁶.

Essa conclusão de Eros Grau exhibe com clareza a confusão ensejada pela Constituição de 1988, pelo fato de a mesma acolher, como visto, expressões do conceito de mercado e, igualmente, expressões das políticas de universalização. A Carta, de fato, proclama a liberdade negativa dos privados, a propriedade, o contrato e a promoção da concorrência e, ao mesmo tempo, consagra a obrigação do Estado de agir positivamente para prestar serviços aos cidadãos, viabilizando o seu desenvolvimento e reduzindo as desigualdades sociais e regionais.

²⁶⁶ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 189.

Afinal, se é certa a consagração, pela ordem constitucional, de um ambiente de mercado – baseado na liberdade, na propriedade, no contrato e na defesa da concorrência – é igualmente correto afirmar que os princípios substantivos devem reger, de acordo com a Lei Maior, a atividade do regulador brasileiro.

De fato, como já ressaltado em ponto anterior do presente trabalho²⁶⁷, não se podem perder de vista os enormes desafios postos pela ordem constitucional brasileira. A regulação, no Brasil, deve ser instrumento para a implementação dos preceitos da Constituição Federal de 1988 e, assim, é preciso reconhecer, ao fim e ao cabo, a validade dos princípios substantivos e das *rationales* correspondentes.

Os objetivos fundamentais da República devem ser compatibilizados com os princípios próprios da ordem econômica. Essa compatibilização é dotada de grande importância porque, como adverte Isabel Vaz²⁶⁸, os princípios da ordem econômica só se viabilizam se interpretados de acordo com os princípios e objetivos fundamentais da Constituição. Advirta-se, ainda, novamente de acordo com Isabel Vaz, para o conteúdo bastante indeterminado dos elementos previstos no artigo 3º da Constituição Federal, que, no entanto, devem ser objeto do esforço interpretativo dos juristas²⁶⁹.

Os quatro incisos do artigo 3º da Constituição Federal de 1988 impõem ao Estado deveres que se refletem de modo incontestável na atividade de regulação – entendida aqui sob o viés social – dos serviços públicos.

De fato, a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária (artigo 3º, I), a garantia do desenvolvimento nacional (artigo 3º, II), a promoção do bem de todos,

²⁶⁷ Vide item 3.3.

²⁶⁸ VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 209 e seguintes.

²⁶⁹ Importa ressaltar, uma vez mais, que boa parte do esforço interpretativo voltado ao artigo 3º da Lei Maior foi feito no citado item 3.3 do presente.

vedada qualquer forma de discriminação (artigo 3º, IV) e, principalmente, a erradicação da pobreza e da marginalização, com redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III), impõem evidentes deveres ao Estado. De acordo com Isabel Vaz:

A concepção de Estado, de acordo com a nossa Constituição, “Estado Democrático de Direito”, pressupõe a idéia de um compromisso positivo com a sociedade, de um facere, que demanda tanto a iniciativa estatal quanto a dos particulares para a realização da justiça social²⁷⁰.

Assim, na concretização dos objetivos fundamentais da República – verdadeiras metas às quais deve dirigir-se a ação do Estado – a regulação social tem um papel fundamental, destinado a ensejar conseqüências que não seriam, de fato, geradas pelas regras de mercado.

Com efeito, a idéia de igualdade que transparece do artigo 3º da Constituição, especialmente a partir do inciso III, é a de igualdade em sentido material, voltada a tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais. Assim, admite-se, por exemplo, como meio para a consecução dos objetivos da República, a criação de assimetrias regulatórias e os subsídios cruzados como forma de assegurar a universalização de serviços públicos²⁷¹.

Veja-se que o funcionamento “normal” do mercado dificilmente faria com que as desigualdades sociais e regionais fossem reduzidas, especialmente em sociedades

²⁷⁰ VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 218.

²⁷¹ Confira-se, nesse sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº1.668 MC / DF, publicada no D.J. de 16/04/2004, em que ficou consignada a possibilidade de adoção, pela Agência Nacional de Telecomunicações, de regulação assimétrica visando à concretização dos interesses previstos na Lei nº 9.472/1997 – entre eles, naturalmente, o princípio da universalização dos serviços de telecomunicações. Cf. COUTINHO, Diogo Rosenthal. *A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo, Malheiros, 2002.

como a brasileira. A liberalização da prestação de serviços públicos, adotando-se um modelo de economia para a concorrência, conduziria à concentração da prestação de serviços em nichos de mercado altamente lucrativos, deixando-se partes não rentáveis do mercado sem concorrência ou mesmo, conforme o caso, sem disponibilização do serviço²⁷².

No caso da redução das desigualdades sociais e regionais e, ademais, da busca dos outros objetivos da República, a regulação para a concorrência deve ser necessariamente complementada pela regulação social, sob pena de impossibilitar-se a geração dos efeitos almejados pela ordem constitucional.

Por sua vez, o elenco de princípios da ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal) repete, em parte, os fundamentos da República (artigo 1º da Constituição Federal). Tais princípios são os que devem inspirar a atividade regulatória do Estado, exercitada na forma do artigo 174 da Lei Maior.

Desse modo, é indispensável observar também o rol de princípios do artigo 170 da Constituição, pois, se esses também indicarem a necessidade de um *facere* estatal, restará uma vez mais demonstrado que a atuação do Estado, fundada no artigo

²⁷² A idéia de *cream skimming* liga-se à escola da regulação por incentivos, tal como defendida, entre outros, por Laffont e Tirole. Cf. LAFFONT, J. e TIROLE, J. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press, 1993.

Sobre a idéia econômica de *cream skimming* e sua aplicação no mercado de telefonia local do Chile, há interessante estudo de Xavier Mancero e Eduardo Saavedra. Cf. MANCERO, Xavier e SAAVEDRA, Eduardo. *Entry, Cream Skimming and Competition: Theory and Simulation for Chile's Local Telephony Market*. Disponível em <http://economia.uahurtado.cl/pdf/publicaciones/inv132.pdf>. Acessado em 09 de julho de 2007.

Quanto à aplicação dessa idéia à demanda por universalização dos serviços de telecomunicações no Brasil, cf. MATTOS, César. *Políticas de assistência à entrada no setor de telecomunicações no Brasil: uma abordagem teórica*. In: **Pesquisa e Planejamento Econômico**. Brasília: IPEA, Volume 32, nº 1, abril de 2002, p. 116.

174 da Constituição, não pode limitar-se à regulação dotada de racionalidade meramente econômica.

A dignidade da pessoa humana, conforme já se teve a oportunidade de observar²⁷³, é eleita pelo texto constitucional como princípio da ordem econômica (*caput* do artigo 170) e também fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III). Enquanto princípio, a dignidade humana é indicada pela doutrina como componente, ao lado do direito à vida, do núcleo essencial dos direitos humanos²⁷⁴.

Fácil verificar, assim, que reside normativamente no *caput* do artigo 170 o elemento central para que, no Brasil, seja buscada a garantia da efetividade dos direitos fundamentais, típica da segunda geração das reformas regulatórias²⁷⁵.

Note-se, uma vez mais, que o funcionamento normal do mercado não contém qualquer preocupação com a garantia da dignidade da pessoa humana. De fato, os mecanismos de alocação de recursos por meio do mercado pretendem-se neutros em relação aos sujeitos e, nesse sentido, aquele que dá mais valor ao bem a ser alocado deve ter a possibilidade de adquiri-lo, devendo ser reduzidos os custos de transação²⁷⁶.

Outros princípios da ordem econômica constitucional, como a função social da propriedade (inciso III do artigo 170), a defesa do meio-ambiente (inciso VI), a defesa do consumidor (inciso V), a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII), a busca do pleno emprego (inciso VIII) e o tratamento favorecido para empresas de

²⁷³ Vide item 3.3 do presente trabalho.

²⁷⁴ Nesse sentido, GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 197-198 e COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989, pp. 39 e 56.

²⁷⁵ Relembre-se, nesse sentido, a passagem transcrita de Giampiero Di Plinio. DI PLINIO, Giampiero. **Il common core della deregulation: dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale**. Milano: Giuffrè, 2005, p. 105.

²⁷⁶ Nesse sentido, as lições da Análise Econômica do Direito. Cf. POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Aspen Publishers, 2007.

pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e aqui sediadas (inciso IX) necessitam, igualmente, de uma abordagem social da regulação para sua concretização.

Isso porque, em primeiro lugar, o puro funcionamento do mercado toma as regras de propriedade como regras de caráter claramente individual, sem que haja espaço para a idéia de função social da propriedade²⁷⁷ ou para construções próximas a essa idéia, como a de proteção ao meio ambiente²⁷⁸.

Ademais, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido às pequenas empresas são expressões da já referida igualdade material buscada pelo texto constitucional. Tais preceitos, portanto, rompem com a idéia de que todos os participantes do mercado celebram contratos em condições de igualdade formal. Há uma idéia – estranha à racionalidade puramente econômica – de que é necessário instituir tratamentos assimétricos para que as desigualdades fáticas sejam contrabalançadas²⁷⁹.

Também nesse ponto, a regulação social se faz necessária, pois os mecanismos de mercado são incapazes de instituir o tratamento desigual “compensatório” que parece ser exigido pela Constituição.

A insuficiência da regulação dotada de racionalidade meramente econômica para a consecução dos objetivos fundamentais da República e para a

²⁷⁷ Note-se que a noção de função social da propriedade nasce de construções doutrinárias realizadas sobre a base do reconhecimento do abuso do direito de propriedade. Para esse tema, cf. LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Especialmente Título II.

²⁷⁸ É claro que aqui há as externalidades como conceitos econômicos que abrangem as conseqüências ambientais e até mesmo outras formas de abuso do direito de propriedade. Entretanto, a resposta a tais problemas, pela regulação dotada de racionalidade meramente econômica, parece um tanto quanto limitada, porque embasada em adaptações das próprias regras de propriedade.

²⁷⁹ Cabe referir, aqui, o debate acerca da universalização dos serviços públicos, no Brasil. Cf. COUTINHO, Diogo Rosenthal. *A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo, Malheiros, 2002.

efetivação dos princípios constitucionais da ordem econômica já foi percebida – embora de maneira até certo ponto imprópria – pelo Supremo Tribunal Federal. Esse reconhecimento deu-se no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 46, que tratava da caracterização constitucional das atividades postais.

De fato, na sessão de julgamento do dia 15 de junho de 2005 – ocasião em que foi iniciado o julgamento da mencionada ADPF –, o Ministro Eros Grau abriu divergência, que restou vencedora, para afirmar que as atividades postais não poderiam ser consideradas atividades econômicas em sentido estrito. De acordo com o Ministro Grau – e aqui se localiza a grande relevância de seu argumento – a atuação meramente regulatória do Estado seria insuficiente para a “solução dos conflitos da realidade nacional”, exigindo-se, em face de parâmetros constitucionais como os dos artigos 1º e 3º da Carta de 1988, um Estado forte e apto a garantir a todos uma existência digna, sendo incompatível com a ordem constitucional a proposta de substituição do Estado pela sociedade²⁸⁰.

Ora, o sentimento do Ministro Eros Grau, expressado de maneira inexata como uma suposta insuficiência da regulação como um todo para assegurar a existência digna de todos e, em última instância, valores não econômicos como os direitos fundamentais²⁸¹, pode ser lido como uma afirmação da insuficiência da regulação dotada de racionalidade meramente econômica. É essa regulação que não vai além do mercado a

²⁸⁰ O acórdão referente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46 ainda não foi formalizado. Por isso, as afirmações sobre esse julgado do Supremo Tribunal Federal baseiam-se em notas pessoais do autor, tomadas na própria sessão de julgamento, e no Informativo nº 392 do STF.

²⁸¹ Note-se a presença, uma vez mais, dos elementos eleitos por Di Plinio como típicos da segunda geração de reformas regulatórias. DI PLINIO, Giampiero. *Il common core della deregulation: dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 105.

que se mostra insuficiente para assegurar a existência digna de todos e que, por esse motivo, é em tese incompatível com a Constituição.

Ressalte-se, portanto, que o reconhecimento de um viés social na regulação – dotado de racionalidade não econômica e capaz de ir além da correção de inoperacionalidades do mercado – é um passo fundamental para a compatibilização dos mecanismos regulatórios com os objetivos e princípios da Constituição Brasileira de 1988. A Lei Maior prevê a adoção de princípios regulatórios substantivos, que devem informar a atividade cotidiana do Estado Regulador, no Brasil.

A oposição entre essas *rationales* regulatórias – a que decorre do conceito de mercado e a que deriva de princípios substantivos como o da universalização –, longe de ser meramente teórica, é prática e concreta. Os ideais do mercado realmente não podem ser integrados por valores que operam sob uma lógica ou *rationale* diversa da busca da eficiência econômica.

Nesse sentido, Tony Prosser identifica que, não obstante o direito da concorrência tenha sido utilizado, no passado, para buscar valores não-econômicos, as atuais releituras doutrinárias acerca do mercado indicam uma total incapacidade de ter em conta, como componentes desse mecanismo de ordenação social, valores externos à racionalidade puramente econômica. Para o autor britânico:

Na prática, o direito da concorrência refletiu, no passado, valores outros que não a maximização do bem-estar dos consumidores por meio da busca da eficiência econômica. (...). Esse direito da concorrência baseado no interesse público, entretanto, não é mais o dominante no Reino Unido, na Europa ou nos Estados Unidos. O uso de considerações não-econômicas na política concorrencial tem enfrentado uma avalanche de críticas. As mais extremas vêm da Escola de Chicago, que tem inclusive ido mais longe, pela adoção de uma

concepção estreita de eficiência, limitando assim o rol de considerações econômicas que, segundo essa escola, deveriam ser valorizadas. (...) sob o novo modelo, o uso de argumentos baseados no interesse público e afastados da lógica competitiva econômica tem sido radicalmente restrito²⁸².

Portanto, a ordenação jurídica voltada especificamente para a configuração do mecanismo de ordenação social não pode ter em conta, sem ácidas e pesadas críticas, racionalidades que se distanciem da puramente econômica. É necessário compatibilizar mandamentos regulatórios de outra ordem, a fim de inserir, na atividade estatal sobre o domínio econômico, uma lógica também não econômica.

Especificamente no que toca à dificuldade de compatibilizar obrigações de universalização com um ambiente de mercado – ou à dificuldade de um ambiente de mercado adotar comportamentos tendentes à universalização de serviços –, afirmam Baldwin e Cave:

Outra interação importante entre a competição e os objetivos da regulação de tarifas surge do desejo de muitos governos e reguladores de manter “serviço universal” nos serviços econômicos de interesse geral. Isso significa que os serviços têm que permanecer disponíveis com preços uniformes e acessíveis a todos os residentes na área de serviço de uma firma. O desejo de manter a modicidade tarifária frequentemente leva os preços de um determinado serviço a serem fixados abaixo do seu custo. Uniformidade de preços ao lado de diferenças de custos é uma situação por si só problemática, no entanto, já que significa que a prestação de serviços a usuários em áreas de alto custo pode ser uma atividade deficitária. Quando o setor é aberto à competição, os competidores passam a não ter interesse em servir esses consumidores de alto

²⁸² PROSSER, Tony. *The Limits of Competition Law – markets and public services*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 24-26. Tradução livre.

custo e o operador incumbente, que tem o dever de prover o serviço universalmente, é deixado com eles ²⁸³.

É clara, portanto, a incompatibilidade das políticas de universalização, muito especialmente no setor de telecomunicações (ao qual se referem, no trecho destacado, Baldwin e Cave), com a dinâmica de mercado. A universalização pode exigir – e freqüentemente exige – a fixação do preço de maneira uniforme em diversos pontos do território abrangido e, inclusive, em alguns casos, abaixo do custo do serviço. Tal exigência é absolutamente injustificável do ponto de vista do ordenador social mercado, já que, segundo os seus postulados, o fornecedor deve ter como preço mínimo o seu custo marginal e, além disso, a prestação de um serviço por um preço abaixo do seu custo representa, do ponto de vista econômico, uma perda de bem-estar para a comunidade. A universalização exige uma *rationale* regulatória diversa daquela do mercado, em busca de finalidades que não coincidem com a eficiência econômica.

O mesmo problema, da aparente incompatibilidade entre a dinâmica de um mercado competitivo e as obrigações de universalização, é indicado por Jean-Jacques Laffont. Com efeito, falando sobre as obrigações de universalização nos países em desenvolvimento, esclarece esse autor:

Ademais, novos desafios surgem no instante em que os setores de infraestrutura são liberalizados. Os serviços universais costumavam ser financiados por subsídios cruzados dentro de uma mesma firma, o que era possível graças à posição de monopólio dessa firma. Mas o método de financiamento deixa de ser possível após a introdução da competição, e uma nova via tem que ser

²⁸³ BALDWIN, Robert e CAVE, Martin. *Understanding Regulation – theory, strategy and practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 220. Tradução livre.

encontrada para implementar as obrigações de universalização. Esse problema se torna mais sério nos países em desenvolvimento, que têm menos experiência no gerenciamento da regulação de infra-estruturas num ambiente competitivo²⁸⁴.

A própria forma de financiamento das obrigações de universalização, assim, se valia de uma conduta apartada da lógica econômica. Afinal, as firmas prestadoras, pelo mecanismo dos subsídios cruzados, destinavam parte de seus lucros para a aplicação em um serviço deficitário, em que o preço era muitas vezes inferior ao custo. Com a introdução do ambiente competitivo – que, como visto²⁸⁵, tem em vista a eficiência econômica, alocativa e produtiva – os prestadores são todos forçados a se conduzirem de maneira o mais eficiente possível, o que torna anacrônicas as condutas anteriormente adotadas.

4.4. *Rationales* regulatórias, mercado e universalização na regulação do Sistema Telefônico Fixo Comutado (STFC) brasileiro, no período pós-privatização

Como visto, a Constituição brasileira de 1988 consagrou, ao mesmo tempo, quanto à atividade regulatória do Estado, princípios relativos ao mercado enquanto mecanismo de ordenação social e princípios referentes à universalização de serviços. Da mesma forma, é clara a impossibilidade de uma compatibilização imediata entre esses princípios, pois cada um deles se dirige a uma racionalidade diferente da ação do regulador. Em busca de concretizar um ambiente de mercado, deve o regulador operar sob uma *rationale* econômica e, no instante em que o que se busca é o objetivo de

²⁸⁴ LAFFONT. Jean-Jacques. *Regulation and Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 138. Tradução livre.

²⁸⁵ Vide capítulo 2.

universalização do serviço, a racionalidade regulatória é social, neutra ou mesmo oposta à *rationale econômica*²⁸⁶.

Essas balizas constitucionais, que oscilam entre o mercado e a universalização, refletiram-se de maneira especialmente clara na regulação do setor de telecomunicações, no período imediatamente posterior à privatização do sistema TELEBRÁS e, principalmente, na regulação que foi estabelecida para o serviço de telefonia fixa ou, mais tecnicamente, o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).

De fato, a universalização dos serviços de telecomunicações destacou-se na implementação do novo modelo privatizado como um dos dois grandes pilares da reforma, justamente ao lado do objetivo de implementar um ambiente competitivo. Em abril de 1997, documento oficial do Ministério das Comunicações consignava que:

Os serviços públicos de telecomunicações no Brasil são hoje explorados pelo Sistema TELEBRÁS – composto por uma empresa *holding*, a TELEBRÁS; por uma empresa “carrier” de longa distância de âmbito nacional e internacional, que explora também serviços de comunicações de dados e de telex (a EMBRATEL); e por 27 empresas de âmbito estadual e local – e por quatro empresas independentes, sendo três estatais (a CRT, controlada pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul; a SERCOMTEL, pela Prefeitura de Londrina; e a CETERP, pela Prefeitura de Ribeirão Preto) e uma privada (a Cia. de Telecomunicações do Brasil Central, sediada em Uberlândia e que atua no Triângulo Mineiro, no nordeste de São Paulo, no sul de Goiás e no sudeste do Mato Grosso do Sul). (...) verifica-se que mais de 80% dos terminais residenciais concentram-se nas famílias das classes “A” e “B”, o que mostra que as classes menos favorecidas não dispõem de atendimento individualizado; essas pessoas não dispõem também de adequado atendimento coletivo, uma vez que os telefones públicos são insuficientes e mal distribuídos geograficamente. (...). Essa situação é resultado da incapacidade de

²⁸⁶ Vide, nesse sentido, os pontos 2.3, 3.3 e 4.3 do presente trabalho.

manutenção, pelas empresas sob controle acionário estatal, do nível necessário de investimentos ao longo do tempo, o que fez com que a taxa de crescimento da planta oscilasse aleatoriamente e fosse insuficiente para, pelo menos, igualar-se à do crescimento da demanda, e mais insuficiente ainda para proporcionar o atendimento à demanda reprimida²⁸⁷.

Havia, assim, por parte dos representantes do Estado – do nascente Estado Regulador brasileiro – a firme convicção de que parte da responsabilidade pela situação de não atendimento de largas parcelas da população pelos serviços de telecomunicações era da incapacidade das empresas estatais de investirem os recursos necessários à expansão do sistema. Havia demanda reprimida pelos serviços exatamente porque o Estado tinha perdido a sua capacidade de investir.

Entendia-se, ainda, que o papel de empresário do Estado não mais se justificava, também em razão da perda de sua capacidade de investir. A propriedade do sistema de prestação dos serviços – do sistema TELEBRÁS – pelo Estado deveria ser repensada, com a introdução da competição no setor, em busca dos objetivos de eficiência alocativa e produtiva que caracterizam o ambiente de mercado.

Exatamente por esses motivos, a reforma das telecomunicações tinha dois objetivos fundamentais: a introdução da competição e a universalização dos serviços. De trecho posterior do mesmo documento oficial do Ministério das Comunicações, extrai-se que:

Com base nas premissas indicadas no item anterior e na política de governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, foram formulados objetivos

²⁸⁷ BRASIL, República Federativa do. **Diretrizes Gerais para a abertura do mercado de Telecomunicações – volume I – diretrizes gerais**. Brasília: Ministério das Comunicações, abril de 1997, pp. 17-18.

específicos para a reforma das telecomunicações no Brasil. De forma sucinta, esses objetivos poderiam ser vistos como a consolidação de dois princípios essenciais: a introdução da **competição** na exploração dos serviços e a **universalização do acesso** aos serviços básicos. Esses objetivos são os seguintes: *I) fortalecer o papel regulador do Estado e eliminar seu papel de empresário (...); II) aumentar e melhorar a oferta de serviços (...); III) em ambiente competitivo, criar oportunidades atraentes de investimento e de desenvolvimento tecnológico e industrial (...) IV) criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do país (...); V) maximizar o valor de venda das empresas estatais de telecomunicações sem prejudicar os objetivos anteriores (...)*²⁸⁸.

Desses cinco objetivos específicos, três (II, III e IV) eram diretamente ligados aos princípios maiores da reforma, competição e universalização, e outros dois (I e V) a diretrizes políticas que acompanharam o movimento reformista, a própria privatização, com criação de um órgão regulador, e o planejamento e implementação do processo de privatização²⁸⁹.

Já em abril de 1997, visualizava-se que, no caso das telecomunicações brasileiras, a universalização não poderia ser alcançada integralmente pela competição. De fato, previa-se que a competição asseguraria serviços de telecomunicações individuais com níveis de qualidade aceitáveis e fornecidos a tarifas comercialmente razoáveis dentro de um prazo razoável a qualquer pessoa, física ou jurídica, que os requisitasse. Por outro lado, obrigações de serviço universal teriam que ser instituídas, para viabilizar outras formas de acesso a serviços de telecomunicações, em localizações geográficas

²⁸⁸ BRASIL, República Federativa do. **Diretrizes Gerais para a abertura do mercado de Telecomunicações – volume I – diretrizes gerais**. Brasília: Ministério das Comunicações, abril de 1997, pp. 26-27.

²⁸⁹ BRASIL, República Federativa do. **Diretrizes Gerais para a abertura do mercado de Telecomunicações – volume I – diretrizes gerais**. Brasília: Ministério das Comunicações, abril de 1997, p. 27.

convenientes, com tarifas acessíveis, para garantir o acesso àquelas pessoas que não tivessem condições de pagar tarifas comercialmente razoáveis por serviços individuais²⁹⁰.

É claro que as observações desse documento de abril de 1997 fogem a definições específicas – ao adotar termos como “razoáveis” e “convenientes” – mas demonstram, sem nenhuma sombra de dúvidas, a construção do novo modelo sobre os pilares da competição e da universalização, sendo possível antever, assim, desde então, a criação de um sistema regulatório dotado de *rationales* econômica e não-econômica.

Deve-se observar, porém, que, até um certo ponto, a competição era vista como um caminho para a universalização. Tal lição se extrai até mesmo de documentos que retrataram a formação dos primeiros Conselheiros da recém-criada Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL²⁹¹. Admitia-se, porém, desde o início que a universalização demandaria, em vários casos, uma regulação independente da lógica econômica²⁹².

Assim, a lei-quadro que viabilizou a instauração do novo modelo de telecomunicações fez constar a promoção da competição e a universalização como objetivos fundamentais da regulação do setor. Com efeito, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), em seu artigo 2º, previu como dever do Estado

²⁹⁰ BRASIL, República Federativa do. **Diretrizes Gerais para a abertura do mercado de Telecomunicações – volume I – diretrizes gerais**. Brasília: Ministério das Comunicações, abril de 1997, p. 31.

²⁹¹ De fato, extrai-se do documento “*Elaborando um Plano de Desenvolvimento para o Setor de Comunicações Brasileiro*”, da Consultoria McKinsey&Company, de 26 de junho de 1998, a afirmação de que a promoção da universalização era um objetivo fundamental, enquanto que a competição era um caminho para atingir o objetivo fundamental. Cf. MCKINSEY&COMPANY. **Elaborando um Plano de Desenvolvimento para o Setor de Comunicações Brasileiro (Parte Privado)**. Brasília: Agência Nacional de Telecomunicações. Reunião com os Conselheiros da ANATEL, 26 de junho de 1998, p. 6.

²⁹² BRASIL, República Federativa do. **Diretrizes Gerais para a abertura do mercado de Telecomunicações – volume I – diretrizes gerais**. Brasília: Ministério das Comunicações, abril de 1997, p. 31.

“garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas” (inciso I), *“estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira”* (inciso II) e *“criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País”* (inciso VI). Ao mesmo tempo, estavam previstos como deveres do Estado *“adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários”* (inciso III) e *“criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo”* (inciso V). Tudo isso passava pelo outro objetivo previsto no artigo 2º da LGT, ou seja, pelo fortalecimento do papel regulador do Estado brasileiro (inciso IV).

Além disso, previu a LGT a aprovação, pelo Poder Executivo, de um plano geral de metas para a progressiva universalização do serviço prestado em regime público (artigo 18, III) e estabeleceu que as obrigações de universalização seriam exigíveis de todos aqueles que prestassem serviços de telecomunicações em regime público (artigo 63, parágrafo único), além de estabelecer que o STFC seria prestado, necessariamente, nesse mesmo regime público (artigo 64, parágrafo único). A mesma lei ainda cuidou de definir as obrigações de universalização, como sendo aquelas que *“objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica”* ou sejam *“destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público”* (artigo 79, § 1º). Além disso, previu a norma-quadro do novo sistema de telecomunicações, em seu artigo 81, II, um fundo de universalização

(FUST) que veio a ser regido, posteriormente, pela Lei nº 9.998/2000. Por fim, a lei previu a indicação, nos contratos de concessão a serem celebrados entre o Poder Público e os prestadores de serviços de telecomunicações (em regime público), das obrigações de universalização (artigo 93, IV), além do dever das concessionárias de apresentarem relatórios periódicos sobre o cumprimento desses mesmos deveres de universalização (artigo 96, VI) e da possibilidade de intervenção da ANATEL para o caso da inobservância das metas (artigo 110, V).

Ao mesmo tempo, especificando também o objetivo de criar para as telecomunicações um ambiente de mercado, competitivo, previu a LGT, em seu artigo 6º, que os serviços de telecomunicações seriam *“organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica”*. Ademais, no artigo 70, a LGT enumerou práticas que seriam coibidas, por serem contrárias à competição, entre elas a *“prática de subsídios para redução artificial de preços”* (inciso I), o *“uso, objetivando vantagens na competição, de informações obtidas dos concorrentes, em virtude de acordos de prestação de serviço”* (inciso II) e *“a omissão de informações técnicas e comerciais relevantes à prestação de serviços por outrem”* (inciso III). Pelo artigo 71 da lei ficou autorizada a ANATEL a *“estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações”*, em defesa do ambiente concorrencial. O privilégio ao ambiente competitivo foi estabelecido como diretriz na fixação das áreas de exploração, do número de prestadoras, dos prazos de vigência das concessões e dos prazos para admissão de

novas prestadoras (artigo 84, § 1º) e na aprovação de cisões, fusões, transformações, incorporações, reduções de capital ou transferência de controle societário de empresas de telecomunicações ou mesmo transferências dos contratos de concessão (artigos 97 e 98). A competição foi instituída também como objetivo e condicionante do regime de regulação tarifária (artigo 104), como garantia ampla dos prestadores submetidos ao regime privado de exploração (artigo 127), como diretriz para o plano de numeração a ser instituído (artigo 151) e como fundamento para os deveres de interconexão e *unbundling* (artigos 154 e 155).

É fácil ver, assim, que a Lei Geral de Telecomunicações erigiu a competição e a universalização como objetivos fundamentais da regulação do setor, estabelecendo medidas que estimulassem o alcance desses objetivos.

A implementação dessas diretrizes seguiu voltada à universalização e à competição. Prova disso é que o instrumento normativo que conferiu ao STFC o seu primeiro desenho (o Plano Geral de Outorgas, ou PGO – aprovado pelo Decreto nº 2.534/1998) o fez estabelecendo uma certa medida entre a competição e a universalização. É que, de acordo com o PGO (artigos 4º e 5º e anexo I), o território nacional foi dividido em três áreas e, em cada uma delas, foi assegurado o direito de uma concessionária (entre as que sucederam as partes do sistema TELEBRÁS) a oferecer o serviço na modalidade local e na modalidade de longa distância intra-regional. Para a “área IV”, correspondente ao território nacional como um todo, assegurou-se o direito da concessionária que sucedeu a parte nacional do sistema TELEBRÁS a prestar o STFC nas modalidades de longa distância nacional de qualquer âmbito (intra e inter-regional) e

longa distância internacional. Isso sempre sob o regime público de prestação do serviço (que inclui, segundo a LGT, obrigações de universalização e continuidade, entre outras).

Ao lado dessas concessionárias – repita-se, as mesmas empresas que sucederam as partes da antiga TELEBRÁS – assegurou o PGO (artigo 9º) a possibilidade de seleção, por licitação, de uma autorizada para cada área (inclusive para a “área IV”), para prestar os mesmos serviços das concessionárias, nas mesmas áreas, só que sob o regime privado (regido, segundo a LGT, por princípios como liberdade tarifária e ampla competição). Eram as chamadas “espelhos”. De acordo com o artigo 10 do PGO, a partir de 31 de dezembro de 2001, deixaria de existir qualquer limitação ao número de prestadores de serviços em cada área, instaurando-se o regime de ampla competição.

O modelo original, assim, já previa uma primeira fase para a competição e a universalização no STFC. Até 2001, a competição seria limitada, com um duopólio no serviço local (uma concessionária, também chamada incumbente, e uma autorizada, também chamada espelho ou entrante, para cada área), quatro concorrentes nos serviços de longa distância intra-regional (a concessionária e a autorizada daquela área e a concessionária e a autorizada de longa distância) e outro duopólio nos serviços de longa distância inter-regional e internacional (a concessionária e a autorizada de longa distância), sempre com as obrigações de universalização concentradas nas concessionárias. A partir de 2002, a competição seria ampliada, com número ilimitado de concorrentes em todas as modalidades do STFC, com obrigações de universalização concentradas, uma vez mais, nas concessionárias.

Ao mesmo tempo, foi ainda estabelecido um Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU), aprovado pelo Decreto nº 2.592/1998, que instituiu objetivos

específicos para as prestadoras que haviam acabado de assumir as partes do sistema TELEBRÁS, estabelecendo uma determinada quantidade de acessos instalados até 2001 e, entre 2001 e 2005, metas de acessos individuais e de prazos máximos para atender às solicitações desses acessos.

Como resultado dessas políticas, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), já em 2001, considerou alcançados ou substancialmente avançados todos os objetivos originais da reforma. Na realidade, conforme se extrai de Relatório da consultoria McKinsey&Company, dos cinco objetivos originais da reforma, apenas o terceiro deles (a criação, em ambiente competitivo, de oportunidades atraentes de investimento, desenvolvimento tecnológico e industrial) não tinha sido plenamente alcançado, segundo a agência reguladora, em 2001²⁹³.

Isso porque, naquela ocasião, o Brasil se encontrava acima da curva média de teledensidade *versus* PIB *per capita* e os novos competidores já detinham uma participação de mercado que não poderia ser desconsiderada, no STFC. Ou seja, para a consultoria, os objetivos primários de universalização e competição já haviam sido alcançados ao fim da primeira etapa prevista pela normatização (final do ano de 2001) do Plano Geral de Outorgas²⁹⁴.

Em 27 de junho de 2003, já no período previsto pelo PGO para a competição irrestrita em todas as áreas, foi estabelecido um novo Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU), com objetivos para os anos de 2006 a 2011. Estabeleceram-se metas de acessos individuais e coletivos, comuns e de classe especial, e também de

²⁹³ MCKINSEY&COMPANY. **Propostas de Evolução para o Modelo das Telecomunicações Brasileiro**. São Paulo maio de 2002, p. 2.

²⁹⁴ MCKINSEY&COMPANY. **Propostas de Evolução para o Modelo das Telecomunicações Brasileiro**. São Paulo maio de 2002, p. 2.

Postos de Serviço em Zona Rural. Inicialmente, fixaram-se também metas relativas a Postos de Serviços de Telecomunicações (PSTs) em zona urbana, posteriormente substituídos pela instalação de *backhaul* (Decreto nº 6.424/2008).

Estabelecidas dessa maneira as “regras do jogo”, o STFC passou a ser um serviço prestado por duas classes de empresas: as concessionárias ou incumbentes, sucessoras do sistema TELEBRÁS e as autorizadas ou entrantes, novas concorrentes. Para o alcance dos dois objetivos fundamentais, já mencionados, da universalização e da competição, era essencial a ação das duas classes de prestadoras. Afinal, se às concessionárias incumbia o dever de universalização, as autorizadas seriam as responsáveis pela ampliação do ambiente de competição. Só haveria universalização com competição se as concessionárias e autorizadas sobrevivessem, no longo prazo.

Assim, o pano de fundo para a compatibilização entre o ambiente de mercado projetado pela regulação do STFC e as metas de universalização também almejadas pelas mesmas diretrizes residiu na questão da competição entre concessionárias e autorizadas. É que as primeiras, diferentemente das últimas, estavam submetidas, desde o início, a obrigações de universalização. Portanto, o custo das autorizadas era significativamente menor e, em um ambiente competitivo, elas tenderiam a tornar as concessionárias altamente deficitárias, pois as entrantes avançariam sobre os mercados mais atraentes e complicariam o subsídio cruzado que sustentava, na contabilidade das concessionárias, as obrigações de universalização.

No caso brasileiro, porém, essa situação se equilibrou pela vantajosa posição de mercado das concessionárias, que, ao sucederem as partes do antigo sistema

TELEBRÁS, receberam uma posição já consolidada no mercado de telecomunicações e puderam fazer frente, assim, ao custo mais baixo das autorizadas²⁹⁵.

O caminho brasileiro, nesse sentido, foi semelhante ao adotado na Inglaterra, e viabilizou, num primeiro momento, uma regulação fortemente “pró-entrante”, compensada principalmente pelos grandes ganhos de escala e pela posição já consolidada das concessionárias nos mercados que admitiram o duplo regime de prestação²⁹⁶.

O Atlas Brasileiro de Telecomunicações de 2008 indica que, em certa medida, desde o início do período pós-privatização, em 1998, avançou a universalização do STFC e também que, ao mesmo tempo, progrediu a competição na prestação dos serviços. Afinal, o crescimento do número de acessos fixos instalados foi significativo, passando de 17 milhões de linhas em 1997 para mais de 42 milhões em outubro de 2007²⁹⁷.

Da mesma forma, os dados estatísticos exibem um lento movimento de transferência dos acessos, das concessionárias para as autorizadas. Entre 2007 e 2008, cresceu 41% o mercado das autorizadas (de 2,668 milhões para 3,77 milhões de clientes) e as incumbentes perderam 3% de seus clientes (de 36,360 milhões para 35,2 milhões de assinantes). Quanto ao número de municípios em que há pelo menos uma autorizada prestando o serviço – e, portanto, concorrendo com a concessionária – registrou-se

²⁹⁵ O Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) havia sido o instrumento planejado para superar essa assimetria regulatória, mas, por diversas razões, os vultosos recursos nele acumulados não puderam ser aplicados.

²⁹⁶ Cf. PIRES, José Cláudio Linhares. **Políticas Regulatórias no Setor de Telecomunicações: a experiência internacional e o caso brasileiro**. Rio de Janeiro: BNDES/FINAME, 1999, p. 67.

²⁹⁷ Note-se que esse número de acessos é até um pouco menor do que o registrado em 2006, de 42,5 milhões de acessos instalados. O decréscimo, porém, deve-se muito mais à perda de clientes para a telefonia móvel do que a deficiências no alcance das metas de universalização. CORDEIRO, Letícia (coord.). **Atlas Brasileiro de Telecomunicações – 2008**. São Paulo: Converge Comunicações, 2008, p. 27.

crescimento, de 255 em 2005 para 328 em 2006 e 425 em setembro de 2007. Com 46 empresas diferentes atuando como competidoras em todo o país, é visível a abertura do setor, a partir de medidas regulatórias dotadas de *rationale* econômica, embora a competição permaneça fortemente concentrada nos mercados economicamente mais interessantes para as autorizadas²⁹⁸.

A regulação que se desenvolveu para o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), assim, consagrou tanto a *rationale* econômica, em prol da liberdade, da propriedade, do contrato e da defesa da concorrência, pela criação de um ambiente competitivo, quanto a *rationale* não econômica, voltada especialmente para a universalização, por intermédio de políticas substantivas fixadas em metas de universalização. Houve momentos de prevalência de uma ou outra das racionalidades, mas é possível identificar o reflexo de ambas as lógicas, nas medidas adotadas em relação ao serviço.

De fato, as políticas públicas de universalização implementadas pela regulação – especialmente as correspondentes à primeira fase do modelo – basearam-se em metas definidas para as concessionárias, de expansão da rede e de ampliação do número de acessos públicos instalados, tudo de maneira relativamente independente da ampliação da concorrência (e até mesmo com alguma “proteção” das concessionárias em relação à concorrência). No entanto, mesmo nesse período de ênfase nas metas de universalização, estava presente no horizonte regulatório a racionalidade econômica, com a quebra do monopólio das concessionárias (presença das empresas “espelho”) e a existência de uma data marcada para a abertura do modelo.

²⁹⁸ CORDEIRO, Letícia (coord.). **Atlas Brasileiro de Telecomunicações – 2008**. São Paulo: Converge Comunicações, 2008, p. 22.

De outro lado, a abertura do setor à irrestrita competição, a partir de 2002, conferiu uma certa ênfase à lógica econômica na regulação, visível inclusive na assimetria regulatória pró-entrante. Não se abriu mão, porém, mesmo nessa fase da regulação do serviço, das metas de universalização, que seguiram sendo atualizadas constantemente, tendo sido definido inclusive um segundo Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU). Se a abertura do setor representou uma ênfase à *rationale* econômica, não se abandonou o objetivo de universalização, fundado numa lógica diversa.

Releva notar, ainda, que a atividade conformadora do Estado sobre o domínio econômico foi mais visível, no caso do STFC, nas medidas regulatórias dotadas de racionalidade não econômica do que naquelas regidas pela *rationale* econômica. É que a fixação de metas de universalização guardou uma correspondência mais evidente com os objetivos traçados pelos balizamentos normativos do que a abertura do mercado à competição, imiscuindo-se nesse último objetivo aspectos conjunturais de relevância pelo menos comparável à própria importância das políticas públicas liberalizantes. Se a universalização pode ser ligada com bastante facilidade à política pública voltada a tal intento, o mesmo não pode ser dito a respeito da criação de um ambiente mais competitivo, para o qual contribuiram, também decisivamente, aspectos alheios ao balizamento normativo correspondente²⁹⁹.

²⁹⁹ Essa situação certamente explica a concentração da competição em nichos muito específicos do mercado de telecomunicações, como o nicho corporativo das grandes metrópoles brasileiras. A competição se ampliou naqueles locais em que, por razões conjunturais e técnicas, as concorrentes ou entrantes tinham melhores condições de competir em igualdade de condições com as concessionárias e deixou de se desenvolver nos ambientes em que as mesmas razões conjunturais e técnicas conferiam uma vantagem competitiva às concessionárias.

Em resumo, a análise empírica da regulação do STFC no período pós-privatização demonstra o desenvolvimento de uma sistemática complexa, em que convivem os princípios do mercado e da universalização e, por conseguinte, são observadas as *racionales* econômica e não econômica.

Considerações Finais

A atividade regulatória, no contexto brasileiro atual, não pode fugir da “ambigüidade” atribuída à Constituição Federal. A Lei Maior consagra o ideal surgido com a Economia Clássica, de uma sociedade de mercadores, de homens livres regidos por garantias como a livre iniciativa, a propriedade, o contrato e a defesa da concorrência. Mas a Constituição volta-se também à construção de uma sociedade em que se assegure a todos uma existência digna, que passa pela adoção de políticas públicas voltadas ao fornecimento, à generalidade dos cidadãos, dos serviços essenciais. Vivemos entre esses dois ideais e em busca deles, e o Estado Regulador, por ser necessariamente Democrático de Direito, não pode optar por apenas um.

Diante desse quadro é que se deve buscar a principiologia para o exercício da regulação. Exige-se que a regulação seja ao mesmo tempo mecanismo de implementação de um ambiente de mercado e instrumento de afirmação das políticas públicas assecuratórias de uma existência digna a todos. Como visto ao longo do presente trabalho, a regulação só pode cumprir essa tarefa se for capaz de conciliar as *rationales* econômica e não econômica.

A teoria regulatória adequada ao regime constitucional brasileiro é uma que abrigue como finalidade da intervenção estatal na economia tanto o bem-estar econômico dos cidadãos (busca da eficiência econômica e eliminação das falhas de mercado) quanto outras formas de bem-estar social, incluindo o acesso a serviços essenciais a uma existência digna. Uma teoria que define o bem-estar da coletividade em

aspectos puramente econômicos não se coaduna com as exigências constitucionais vigentes entre nós, e não pode balizar a atividade do Estado Regulador brasileiro.

Essa hipótese teórica foi submetida a um breve teste empírico, a partir da análise da regulação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) nos primeiros dez anos após a privatização do sistema TELEBRÁS. A apreciação desse caso indicou que a regulação, de fato, rendeu homenagem a ambos os princípios regulatórios de índole econômica e não econômica.

Com efeito, o desenho institucional previsto para esse serviço, pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT), previu que o mesmo seria prestado necessariamente em regime público, autorizada, porém, a sua exploração em regime privado, concomitantemente. A normatização estabelecida, pelo Plano Geral de Outorgas (PGO) e pelos Planos Gerais de Metas de Universalização (PGMUs), introduziu a competição – um dos objetivos fundamentais do modelo, com inegável expressão jurídico-constitucional – por etapas, prevendo que, num primeiro momento, haveria duopólios nas modalidades local e longa distância inter-regional e internacional, além de apenas quatro competidores na modalidade de longa distância intra-regional e, num segundo instante, a competição ampliar-se-ia. Ao mesmo tempo, estabeleceu a regulação do setor metas ousadas de universalização para essa primeira etapa.

É possível concluir, assim, que a regulação adotada para o STFC foi, nessa primeira década do novo modelo, compatível com os pressupostos constitucionais do mercado e da universalização. É visível, assim, a adequação das teorias que apontam para a necessária convivência entre as *rationales* regulatórias econômicas e não econômicas ao caso brasileiro, em que a previsão constitucional de um ideal de sociedade altamente

complexo e multifacetado se reflete em medidas de intervenção na economia dotadas de diferentes racionalidades.

Bibliografia

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999;

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Ano 37, nº 148, outubro / dezembro de 2000;

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000;

ARANHA, Márcio Iorio. Agência Reguladora e Espaço Público: sua funcionalidade como espaço de exercício de virtude política. In: ARANHA, Márcio Iorio (org.). **Direito das Telecomunicações: estrutura institucional regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil**. Brasília: Universidade de Brasília, 2005;

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economia y Estado: crisis y reforma del sector publico*. Madrid: Marcial Pons, 1993;

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Publico Económico*. Granada: Editorial Comares, 2004;

BALDWIN, Robert e CAVE, Martin. *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999;

BARROS NETO, João Pinheiro. *O Estado Vertebrado*. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). **Regulação Pública no Brasil**. Campinas: Edicamp, 2003;

BLANK, Rebecca. *Can equity and efficiency complement each other?* NBER working paper series, Working paper, 8820, 2002;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999;

BORÓN, Atílio. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000;

BRASIL, República Federativa do. **Diretrizes Gerais para a abertura do mercado de Telecomunicações – volume I – diretrizes gerais**. Brasília: Ministério das Comunicações, abril de 1997;

BREYER, Stephen. *Regulation and its Reform*. Harvard: Harvard University Press, 1982;

CAIELLA, Pascual. *Regulación de los Servicios Públicos y Concurrencia*. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A & C**. Vol. 12, 2003;

CALDEIRA, Jorge. **Mauá: o empresário do Império**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995;

CASTELLS, Manuel. *Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na Era da Informação*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEEM, Jorge e SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em Transformação**. Brasília: UNESP, ENAP e Imprensa Oficial, 1999;

CHEVALLIER, Jacques. *L'État Post-moderne*. 3ª Ed. Paris: LGDJ, 2008;

COLSON, Jean-Philippe e IDOUX, Pascale. *Droit Public Économique*. 4º Ed. Paris: L.G.D.J., 2008;

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989;

COPELLO, Maria Mercedes Maldonado. *Privatización de los Servicios Públicos Domiciliarios y Transformación del Derecho Estatal em Colombia*. In: **Anuário 2001 GEDIM – Dez Anos de Mercosul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001;

COUTINHO, Diogo Rosenthal. *A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo, Malheiros, 2002;

CORDEIRO, Leticia (coord.). **Atlas Brasileiro de Telecomunicações – 2008**. São Paulo: Converge Comunicações, 2008;

DAINTIH, Terrence. *Encyclopedia of Comparative Law: vol. XVII, Law, State and Economy*. Tübingen: Mohr;

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2001;

DI PLINIO, Giampiero. *Il common core della deregulation: dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*. Milano: Giuffrè, 2005;

DUPAS, Gilberto. *O Poder dos Atores Globais*. In: **Jornal Folha de São Paulo**, p. A3, 23 de maio de 2004;

- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003;
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005;
- FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª Ed. São Paulo: Globo, 2001;
- FOSTER, C. D. *Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly*. Oxford: Blackwell, 1992;
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997;
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Pubblico dell'Economia*. Il Mulino, 1995;
- GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Tradução de Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2002;
- GIRARDI, Cláudio. *Regulação da Energia Elétrica: uma visão prática*. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). **Regulação Pública no Brasil**. Campinas: Edicamp, 2003;
- GOMES, Laurentino. **1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil**. São Paulo: Planeta, 2007;
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005;
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez – sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría Del discurso*. 4ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005;
- HORWITZ, Robert Britt. *The Irony of Regulatory Reform – the deregulation of American Telecommunications*. New York: Oxford University Press, 1989;
- JOHNSON, Bruce Baner *et. al.*. **Serviços Públicos no Brasil: mudanças e perspectivas**. São Paulo: Edgard Blüncher, 1996;
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002;
- KAY, J. e VICKERS, J. *Regulatory Reform: an Appraisal* In: MAJONE, G. (ed.). *Deregulation or Re-regulation*, 1990;
- LAFFONT, J. e TIROLE, J. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press, 1993;
- LAFFONT. Jean-Jacques. *Regulation and Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005;

- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1976;
- LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006;
- MANCERO, Xavier e SAAVEDRA, Eduardo. *Entry, Cream Skimming and Competition: Theory and Simulation for Chile's Local Telephony Market*. Disponível em <http://economia.uahurtado.cl/pdf/publicaciones/inv132.pdf>. Acessado em 09 de julho de 2007;
- MARIE-JOËLLE, Redor. *De l'État légal à l'État de droit*. Ed. Economica, 1992;
- MATTOS, César. *Políticas de assistência à entrada no setor de telecomunicações no Brasil: uma abordagem teórica*. In: **Pesquisa e Planejamento Econômico**. Brasília: IPEA, Volume 32, nº 1, abril de 2002;
- MCCRUDDEN, Christopher. *Social policy and economic regulators: some issues from the reform of utility regulation, regulation and deregulation*. Oxford: The Clarendon Press, 1999;
- MCKINSEY&COMPANY. **Elaborando um Plano de Desenvolvimento para o Setor de Comunicações Brasileiro (Paste Privado)**. Brasília: Agência Nacional de Telecomunicações. Reunião com os Conselheiros da ANATEL, 26 de junho de 1998;
- MCKINSEY&COMPANY. **Propostas de Evolução para o Modelo das Telecomunicações Brasileiro**. São Paulo, maio de 2002;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 12ª Edição, 2002;
- MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000;
- MITNICK, B. M. *The Political Economy of Regulation*. New York: Columbia University Press, 1980;
- MONCADA, Luís Cabral. **Direito Econômico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000;
- MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1978;
- NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;
- OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004;
- PINTO, Bilac. **A Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

PIRES, José Cláudio Linhares. **Políticas Regulatórias no Setor de Telecomunicações: a experiência internacional e o caso brasileiro**. Rio de Janeiro: BNDES/FINAME, 1999;

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Aspen Publishers, 2007;

PROSSER, Tony. *Law and the Regulators*. Oxford: Oxford University Press, 1997;

PROSSER, Tony. *Theorising utility regulation*. *Modern Law Review*, v. 62, março de 1999;

PROSSER, Tony. *The Limits of Competition Law – markets and public services*. Oxford: Oxford University Press, 2005;

RAMSAY, Iain. *Consumer Protection: Text and Materials*. London: Weidenfeld and Nicolson, 1989;

ROSSET, Clément. **A anti-natureza: elementos para uma filosofia trágica**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1989;

ROSSI, Giampaolo. *Pubblico e Privato nell'Economia di Fini Secolo*. In: *Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè Editore, 1995;

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução para o espanhol de Francisco Ayala. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934. Série “C”, Volume VIII;

SELZNICK, P. *Focusing Organizational Research on Regulation*. In: NOLL, R. (ed.). *Regulatory Policy and the Social Sciences*. 1985;

SILVA, Ênio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Ano 42, nº 167, julho / setembro de 2005;

SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: Bantam Dell, 2003;

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Do Econômico nas Constituições Vigentes**. Vol. 2. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1961;

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. São Paulo: LTr, 2003;

STEWART, R. B. *Regulation and the Crisis os Legalisation in the United States* In: DAINTITH, Terrence (ed.). *Law as an Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Approaches*, 1988;

STONE, Alan. *Regulation and its Alternatives*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press, 1982;

SUMNER, William Graham. *Folkways – Estudo sociológico dos costumes*. Tomo I. Tradução de Lavínia Costa Villela. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1950;

SUNDFELD, Carlos Ari. *A Regulação das Telecomunicações: papel atual e tendências futuras*. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 8, nov/dez 2006 / jan 2007. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.direitodoestado.com> (Consultado em 12/10/2007);

SUSTEIN, Cass. *After the Reights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, 1990;

THERBORN, Göran. *A crise e o futuro do capitalismo*. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000;

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1993;

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998;

VEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. Considerações sobre a atuação estatal no domínio econômico, no processo evolutivo do Estado de Direito. In: **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, Ano 12, Volume 23, janeiro / dezembro de 2004;

VEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. **Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007;

VILLEY, Michel. *Critique de la Pensée Juridique Moderne*. Paris: Dalloz, 1976;

VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR., Joseph E. e VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4th Ed. Cambridge: The MIT Press, 2005;

WALLERSTEIN, Immanuel. **Após o Liberalismo: em busca da reconstrução do mundo**. Tradução de Ricardo Aníbal Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2002;

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ronald Dworkin's principle-based constitutionalism: An Italian point of view*. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 1. n. 4. Out. 2003.