

REGULAMENTAÇÃO e Serviços
Públicos

Sérgio Roberto Baasch Luz*

Resumo

Este artigo traz informações sobre o novo modelo de regulação do funcionamento de empresas privadas pelo setor público. Tal submissão é justificada pela provisão de serviços essenciais e considerando-se a recuperação das virtudes do mercado a fim de sanar o abuso na utilização do público. Deve-se conciliar a instauração de um sistema eficaz e competitivo que permita a criação de um autêntico mercado comunitário, em que empresários públicos e privados venham a competir em condições de igualdade com a manutenção da proteção social oferecida pelo sistema tradicional. A satisfação destes objetivos demanda um sistema que permita manter a consecução de finalidades tradicionais do Serviço Público em um contexto liberalizado. O novo sistema se caracteriza por satisfazer as necessidades do Serviço Público mediante a regulação das empresas que desenvolvem a atividades relacionadas a esse serviço, normalmente através de uma Agência Reguladora, com características de uma administração independente.

Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Mestre e Doutorando pelo Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas – CPCJ – UNIVALI (SC); Professor do Curso de Direito da UNIVALI (SC).
E-MAIL: srbl1602@tj.sc.gov.br

Palavras-chave

Serviços Públicos; Regulação; Agências Reguladoras.

Abstract

Key words

O artigo que propomos tem como referente um tema indubitavelmente movediço e atual. A REGULAÇÃO¹ constitui um tema clássico e reflexivo para a doutrina americana, embora quase que, ao menos até recentemente, estranho aos demais países ocidentais, aí incluindo a velha Europa². Sua vagarosa chegada tem sido compensada, sem embargo, por uma triunfal entrada, prostrando a doutrina a seus pés. Não cabia outra situação, pois esta importação obriga necessariamente a nossa doutrina a apressar o passo, com o objetivo de consolidar a base doutrinária necessária a toda questão jurídica.

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

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

- 1) Gestão direta da ADMINISTRAÇÃO, ou indireta, embora sujeita à regulação dos poderes públicos.
- 2) Titularidade administrativa da atividade em todo caso. É uma atividade de que a administração é domínio, mesmo que possa ceder sua gestão aos sujeitos privados.
- 3) Tendência à gestão monopolística.

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

Desde estes pressupostos, não é de estranhar a evolução a um novo modelo, que trata de recuperar as virtudes do mercado, sanando, deste modo, as escleroses provocadas por um abuso na utilização do público. Nem tampouco o é que essa intenção de troca fosse fortemente contestada desde uma perspectiva social.

Surge, por isto, um movimento de defesa desta noção, que se encontra fortemente enraizada nos valores sociais e democráticos, e que se pretende acoçada por uma ofensiva neoliberal, que responde aos interesses dos grandes conglomerados econômicos. Estes paradigmas do Serviço Público aparecem especialmente entre os juristas franceses³, cujo apego a esta figura de que são em boa parte criadores, é incontestável.

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

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

O certo é que hoje em dia os Serviços Públicos requerem um âmbito mais amplo de gestão que não lhe pode oferecer um sistema que fraciona o mercado europeu, e porque não dizer os demais países ocidentais, em uma série de monopólios nacionais,

gestionados por empresas carentes de dimensão, abrangência e competitividade necessárias para poder enfrentar em condições de igualdade os grandes competidores americanos e japoneses.

Para conseguir estes objetivos parece necessário, sem embargo, instaurar um sistema competitivo⁴. Note-se que a criação de um mercado em nível europeu e sul-americano supõe enfrentar sujeitos de diferentes naturezas. Pois, o setor público dos diferentes Estados europeus e sul-americanos varia notavelmente de uns para outros. Assim, pode ocorrer que em um país uma atividade seja desenvolvida por empresas públicas ou privadas, beneficiadas por um regime de direito público, e em outro pode ocorrer que essas empresas atuem sujeitas às regras de mercado. Obviamente, não pode haver mercado onde não há igualdade⁵. Disto decorre que, desde o tratado Maastrich (Bruxelas), se objetiva que todas essas empresas se sujeitem a um mesmo regime (princípio de igualdade de trato). O que exige, em última instância, submeter essas empresas ao jogo da lógica imposta pelo mercado.

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

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

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

Nos últimos anos, a influência desses elementos tem abaixado o impulso e direção das instituições comunitárias (neste ponto a influência do ordenamento europeu tem sido enorme), a um processo de não muito clara qualificação (o termo mais usado tem sido de liberação, embora seja utilizado também outros como o de privatização ou desregulação⁶), que tem trazido consigo uma polémica de dimensões consideráveis, pois tem suscitado, ao mesmo tempo, ardorosas e vivaz críticas. De tal modo que, alguns julgaram o citado processo como um atentado contra a ideologia do Estado Social e ao princípio democrático, que fazia o Serviço Público cair rendido, em uma visão puramente capitalista, que viria a fazer ressurgir os valores da sociedade liberal, sacrificando deste modo uma instituição que fazia do serviço ao interesse público um sacerdócio, máxima expressão de uma visão que dá preferência à rentabilidade econômica e ao grande capital.

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

Não é estranho, como dizíamos, que uma troca deste calibre tenha tido uma forte oposição. O Serviço Público e em grande medida a gestão pública, tem alcançado na sociedade europeia um caráter "mítico"⁷. São percebidos pelos cidadãos como os instrumentos de um Estado ao serviço da igualdade e da justiça (se pode dizer que a ideologia do Serviço Público está estreitamente vinculado às origens dos Estado Social). Não se pode negar as vantagens que têm trazido ao mundo moderno um sistema sanitário público, a educação pública e as redes de transporte. Em definitivo, a cidadania teme ante a possibilidade de que o Estado deixe de assegurar a

correta prestação daquilo de que mais necessitam: os Serviços Públicos.

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

Partindo desta conjuntura se pode deduzir que o novo Serviço Público se encontra em uma encruzilhada que lhe exige conciliar dois pólos opostos:

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

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

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

Em linhas muito gerais este sistema se caracterizaria por tratar de satisfazer as necessidades do Serviço Público mediante a Regulação das empresas que desenvolvem atividades relacionadas ao mesmo, normalmente através de uma Agência Reguladora, que tenha características de uma Administração independente.

Em um modelo deste tipo é preciso abandonar a prestação dos Serviços Públicos a sujeitos, bens públicos ou privados que atuam

em busca de um interesse comercial segundo as leis do mercado. Porém, quando estes ao satisfazer seus interesses privados desatendem o interesse público, se lhes impõe forçosamente seu cumprimento. Dentre as obrigações do serviço público, se destacam especialmente as que integram o chamado serviço universal, isto é, a prestação de um serviço de qualidade adequada e a preços razoáveis em condições de igualdade e sem discriminação a todos os usuários.

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

Referências

ARIÑO ORTIZ, G.; LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. de. Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos. *Cuadernos de Derecho Público*. V. 9. 2000.

BERNALDO DE QUIRÓS, L. Liberalización, desregulación y mercado, em *Derecho administrativo económico*.

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

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy, em *Revista de Administración Pública* 150, septiembre-diciembre de 1999.

GALDUF, J. M. J.; ANTUÑANO MARURI, I. *Política económica: fundamentos, objetivos e instrumentos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

LAGULA DE PAZ, J. C. Liberalización y neoregulación de las telecomunicaciones en el derecho comunitario, em *Revista Española de Derecho Administrativo* 88, 1995.

LANE, J.-E.. *The public sector*. Sage. 3.ed. 2000.

MAS, T. *Las autoridades reguladoras de lo audiovisual*. Marcial Pons, 1999.

MONTERO PASCUAL, J. J. *Titularidad privada de los servicios de interés económico general*, em *Derecho de las telecomunicaciones*.

PROSSER, T. *Law and the regulators*. Clarendon Press. Oxford, 1997.

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

SENDIN GARCÍA, M. Á. *Regulación y servicios públicos*. V. 5. Granada: Editorial Comares, 2003. 188 p.

WOLF JR., C. Mercados o gobiernos. *Eligir entre alternativas imperfectas*. IEF. Madri, 1995.

Notas

- 1 Ariño Ortiz; y De La Cuétara Martínez: Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos. em *Cuadernos de Derecho Público* 9, enero-abril del 2000, P. 11. Uma definição diferente nos oferece T. Prosser, segundo o qual se deve entender como tal o ato de controlar, dirigir ou governar de acordo com uma regra, princípio ou sistema. *Law and the regulators*. Clarendon Press. Oxford, 1997.
- 2 Assinala neste sentido J.J. Montero Pascual que na Europa continental não se pode falar nem de 'desregulação', 're-regulação', nem de 'neoregulação', dado que nela nunca foi realizado a prestação dos serviços de interesse geral através da regulação, senão mediante monopólios que eram ao mesmo tempo reguladores e gestores, porque os problemas se solucionavam através de decisões internas e raramente através de normas jurídicas, devendo, por isso, falar-se de simples regulação. *Titularidad privada de los servicios de interés económico general*, em *Derecho de las telecomunicaciones*. p. 1220-1221.
- 3 RAPP, L. *La politique de liberalisation des services en Europe, entre service public et service universel*, em *Revue du Marché Commun et L'Union Européenne* 389, junio-julio de 1995. p. 353.
- 4 Assinala Prosser que, se em matéria de regulação de monopólios e regulação para a competência existe um amplo corpo doutrinário, este é deficitário no âmbito da regulação social. Campo este que conta com uma importante base científica no modelo tradicional de serviço público. *Law and the regulators*. Clarendon Press. Oxford, 1997.
- 5 "El concepto de equidad no es meramente descriptivo, sino que se define y concreta desde una postura eminentemente normativa. Suele estar unido a algún outro criterio de medición de las necesidades o al logro de la igualdad de oport-

tunidades. Según la teoría ortodoxa neoclásica, la equidad se alcanza cuando existe una igualdad entre el ingreso de un individuo y el valor de su contribución productiva a la sociedad” em GALDUF, Josep Maria Jordán; MARURI, Isidoro Antuñano. *Política económica: fundamentos, objetivos e instrumentos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. p. 221.

- 6 WOLF, Charles Jr. Mercados o gobiernos. Eligir entre alternativas imperfectas. IEF. Madri, 1995. p. 37-38. Wenders, J. Public Utility. p. 86. BERNALDO DE QUIRÓS, L. Liberalización, desregulación y mercado, em Derecho administrativo económico. p. 234. LANE, Jan-Erik. The public sector. Sage, 2000. p. 124.
- 7 Nesta mesma perspectiva parece se situar Torno Mas, que considera que a “justificación de un servicio público televisivo, esto es, de una actividad prestacional de contenido económico, que se coloca fuera de las reglas propias del mercado, sólo podrá ampararse en la identificación de unas actividades prestacionales que el mercado no puede garantizar en condiciones de igualdad, continuidad y mutabilidad”. *Las autoridades reguladoras de lo audiovisual*. Marcial Pons, 1999.
- 8 A idéia de que o processo de liberalização não tem um caráter ideológico parece atualmente sedimentada na doutrina. EHLERMANN, C. D. *Libéralisation et privatisation*, em Revue du Marché Unique Européen 1994-3. P. 6-7. LAGULA DE PAZ, J. C. *Liberalización y neoregulación de las telecomunicaciones en el derecho comunitario*, em revista Española de Derecho Administrativo 88, octubre-diciembre de 1995. P. 493. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, em Revista de Administración Pública 150, septiembre-diciembre de 1999. p. 65-66.
- 9 Op. Cit. nota nº 3.

Recebido em 12/03
Avaliado em 02/04
Aprovado em 03/04

