

DEDALUS - Acervo - FD



20400016412

CORTESIA

Regulação e Desenvolvimento

• CALIXTO SALOMÃO FILHO (COORDENAÇÃO)

ALEXANDRE DITZEL FARACO

AMADEU CARVALHAES RIBEIRO

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO

• EROS ROBERTO GRAU

• FÁBIO NUSDEO

PAULO TODESCAN LESSA MATTOS

SÉRGIO VARELLA BRUNA

DIREITO ECONOMICO
E FINANCEIRO
BIBLIOTECA

 MALHEIROS
EDITORES

ALEXANDRE DITZEL FARACO

Doutor em Direito pela
Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

AMADEU CARVALHAES RIBEIRO

Doutorando na área de Direito
Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Professor Livre-Docente da
Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO

Doutorando pela Faculdade de
Direito da Universidade de São
Paulo e aluno do MSc
*Regulation na London School
of Economics and Political
Science.*

EROS ROBERTO GRAU

Professor Titular da Faculdade
de Direito da Universidade de
São Paulo e Professor Visitante

 MALHEIROS
EDITORES

II – PRINCÍPIOS

4

A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO

1. Introdução. 2. Racionalidade substantiva e racionalidade instrumental do desenvolvimento econômico. 3. A reforma do Estado dos anos 90. 4. Desafios da universalização no subdesenvolvimento. 5. A dimensão econômica da universalização. 6. A dimensão jurídica da universalização.

1. Introdução

Como combinar, no âmbito da regulação pós-privatizações de empresas estatais, eficiência e, ao mesmo tempo, investimentos – não necessariamente rentáveis – na ampliação das redes de infra-estrutura¹ associadas a serviços públicos, promovendo a universalização²? Como, num sentido mais amplo, conciliar a lógica privada do lucro com políticas públicas de conteúdo social, que permitam a inclusão de cidadãos em mercados regulados? Pode, enfim, a regulação ser um fator de indução do crescimento econômico e também de aumento do bem-estar social?

Uma das possíveis formas de abordar essas questões é adotar como ponto de partida a noção de eficiência econômica em suas diferentes acepções. Com base na distinção entre eficiência alocativa e eficiência distributiva, busca-se apontar os dilemas e desafios que enfrenta a regulação que se pretende atenta não somente à dimensão do bem-estar agregado da coletividade (eficiência alocativa), mas também à forma com se distribuem os ganhos e benefícios, decorrentes do aumento do bem-estar geral, entre os destinatários dos serviços públicos regulados (eficiência distributiva).

1. A infra-estrutura de um país é o aparato de suporte para muitas atividades econômicas. Tradicionalmente, esse setor abrange os mercados de energia elétrica, telecomunicações, gás natural, ferrovias, rodovias, hidrovias, portos, aeroportos, transporte urbano e saneamento básico.

2. Isto é, a característica do serviço público de a todos servir, sem distinção geográfica e de renda.

A eficiência alocativa é frequentemente utilizada, como se verá adiante, para associar a universalização do acesso ao serviço público à idéia de crescimento econômico. Embora importante, a dimensão alocativa da eficiência não é, contudo, suficientemente adequada para a discussão do papel da regulação de serviços públicos como vetor de desenvolvimento. Argumenta-se que uma abordagem completa do problema requer, também, a valorização da eficiência distributiva como elemento essencial da relação entre a regulação e o desenvolvimento.

Parte da literatura econômica³ tem demonstrado que, de maneira simplificada, gastos – públicos e privados – em infra-estrutura básica, como ruas, rodovias, portos, aeroportos, transporte público, saneamento básico e redes de energia, gás e telefonia, têm relação estreita com o aumento da produtividade da economia, como um todo, a longo prazo. Investimentos em infra-estrutura, incluindo as atividades prestadas em mercados de rede sob o regime legal de serviço público, são um vetor de crescimento econômico porque proporcionam aumento do retorno dos insumos privados, incentivam o investimento, garantindo dinamismo à atividade econômica e, além disso, geram empregos.

Realizou-se, nessa linha, um estudo nos EUA⁴ em que o seguinte cálculo foi feito: um aumento de 1% no estoque de infra-estrutura, no estoque

3. O Banco Mundial tem dedicado especial atenção ao tema. Dentre o material produzido por seus consultores (acessíveis no web site www.worldbank.org) estão: *Government Support to Private Infrastructure Projects in Emerging Markets* (Mansoor Dailami e Michael Klein), *Infrastructure Restructuring and Regulation – Building a base for sustainable growth* (Ian Alexander e Antonio Estache), *Ownership and Financing of Infrastructures: Historical Perspectives* (Charles D. Jacobson e Joel A. Tarr), *The social rate of return of Infrastructure Investments* (David Canning e Ezra Bennathan) e *A Database of World Infrastructure Stocks* (David Canning). Veja-se ainda, na mesma linha, os seguintes textos para Discussão do BNDES: n. 29, *Privatização e Dívida Pública* (janeiro de 1995), de Armando Castelar Pinheiro e Elena Landau; n. 32, *Provisão Pública e Privada da Infra-estrutura e Desenvolvimento Econômico* (janeiro de 1995), de Andrew B. Bernard e Marcio G. P. Garcia; n. 34, *Lucratividade, Dividendos e Investimentos das Empresas Estatais: uma Contribuição para o Debate sobre a Privatização no Brasil* (janeiro de 1996) de Fábio Giambiagi e Armando Castelar Pinheiro; n. 54, *O Investimento em Infra-estrutura e a Retomada do Crescimento Econômico Sustentado* (dezembro de 1997) de Francisco José Zagari Rigolon e Maurício Serrão Piccinini. Há, ainda, a nota técnica AP/DEPEC 18/97 do BNDES: *A Evolução Recente dos Projetos Privados de Infra-estrutura no BNDES*, de Maurício Serrão Piccinini. Do livro *A Economia Brasileira nos Anos 90*, Fábio Giambiagi e Maurício Mesquita Moreira (orgs.), veja-se o artigo “A Regulação dos Setores de Infra-estrutura no Brasil”, de José Cláudio Linhares Pires e Maurício Serrão Piccinini.

4. K. Aschauer, “Is public expenditure productive?”, *Journal of Monetary Economics*, v. 23, pp. 177-200, 1989 apud Andrew B. Bernard e Marcio G. P. Garcia,

de capital público em relação ao estoque de capital privado, produz um aumento de 0,39% na produtividade total dos fatores, o que não é desprezível. Assim, um aumento de 10% no estoque de capital acarreta um crescimento adicional de 10% do PIB. Em sentido contrário, pode-se argüir que uma das causas da redução do PIB de uma economia pode ser a redução do investimento em infra-estrutura, o que também não é um dado a ser ignorado.

Entretanto, o crescimento de uma economia, desde o ponto de vista do aumento do produto interno, não é, como se sabe, necessariamente sinônimo de redução de desigualdades sociais, nem tampouco de amplo acesso a serviços essenciais. Mais investimentos em infra-estrutura não são, assim, garantia de que haverá ganhos compartilhados com os cidadãos hoje aliados das redes de serviço público. Em se tratando de universalização do acesso ao serviço público, para que se verifique aumento efetivo do bem-estar, desde a perspectiva redistributiva, há que se promover, de forma pró-ativa, a inclusão de novos usuários às redes de saneamento básico, energia, telefonia e gás.

Isto implica, na prática, o desafio de obter, por meio da regulação, investimentos de expansão da infra-estrutura em direção a localidades não atendidas por serviços públicos. Deve-se ter em conta, ainda, que, em geral, tais localidades encontram-se distantes de centros urbanos e comerciais e são habitadas por populações de baixa renda, o que desestimula o investimento privado. Ademais, a construção de novas redes de infra-estrutura requer investimentos cujo retorno exige longa maturação, custos irrecuperáveis e elevadas economias de escala.

2. Racionalidade substantiva e racionalidade instrumental do desenvolvimento econômico

Celso Furtado ensina que o processo de acumulação capitalista engendra dois eixos fundamentais: (a) o desenvolvimento das forças produtivas, entendido como o aumento da capacidade do sistema de produção concebido em sentido amplo, incluída sua infra-estrutura física e capacidade humana para operá-lo e (b) a acumulação fora do sistema de produção, isto é, na infra-estrutura urbana e residencial, nos bens de consumo duráveis, nos monumentos, templos ou, de maneira geral, no desenvolvimento da capacidade humana não ligada às atividades produtivas.⁵

“Provisão Pública e Privada da Infra-estrutura e Desenvolvimento Econômico”, cadernos de discussão do BNDES n. 32, p. 7.

5. Celso Furtado, *Pequena Introdução ao Desenvolvimento – Enfoque interdisciplinar*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1980, p. 54.

Enquanto a acumulação do primeiro tipo é instrumental, explica Furtado, a do segundo concerne diretamente aos fins a que se propõe a coletividade. Como dois eixos de acumulação qualitativamente distintos, tem-se o primeiro como um “esforço criador do homem para alcançar um comportamento mais racional com respeito a fins preestabelecidos”, ao passo que o segundo “traduz a atividade criadora aplicada aos fins da vida social considerados em si mesmos”.⁶ Como a acumulação do primeiro tipo determina a intensidade da acumulação do segundo tipo no tempo, a gradação dessa intensidade é uma opção fundamental com relação aos fins da vida social. Socialmente é possível intensificar a acumulação do primeiro tipo se se reduzir a acumulação do segundo tipo, porque a primeira, uma vez realizada no passado, condiciona a segunda no tempo presente e, sendo assim, a competição que existe entre as duas é, na verdade, um problema no nível do horizonte temporal da acumulação do segundo tipo.

Admitindo-se que desenvolvimento econômico é um subconjunto da acumulação,⁷ fica clara sua íntima relação com a formulação de políticas que sejam capazes de, dado o transcurso do tempo e a evolução tecnológica, atribuir valores qualitativos às decisões tomadas no presente para que elas produzam efeitos não-aleatórios ou erráticos no futuro.

As origens da visão do desenvolvimento a partir de meios – e não de fins consubstanciados em valores – estão, como se vê ainda em Celso Furtado, no fato de que a capacidade inventiva do homem foi, na civilização industrial, progressivamente canalizada para a criação tecnológica. Privilegiou-se, assim, a lógica instrumental, a qual conduziu à ideia de eficiência como resultado da técnica, e não à lógica dos fins, que consagra metas valorativas. “A teoria do desenvolvimento tendeu a confundir-se, em consequência, com a explicação do comportamento do sistema produtivo que emergiu com a civilização industrial. Os valores são implicitamente considerados como transcendentais à sociedade ou simples epifenômenos”.⁸

Se for correto estender essa distinção de racionalidades instrumental e substantiva do desenvolvimento à regulação de serviços públicos, pergunta-se: pode esta se abster da problemática dos fins? Em outras palavras: a regulação é somente uma técnica, um instrumento de correção de distorções e falhas de mercado ou, diferentemente, é uma política pública e, como tal, engendra um potencial de racionalidade voltada para fins?

Concluindo-se pela primeira alternativa, a regulação⁹ não se pode – em princípio – atribuir papel pró-ativo de formulação de políticas setoriais

6. Idem.

7. Que, por sua vez, é um subconjunto do excedente, ainda conforme Furtado, ob. cit., p. 53.

8. Idem, p. X.

9. Aqui em sentido bastante amplo, incluídas não somente as agências de regulação mas a atuação do Estado no contexto pós-privatizações como um todo.

nem tampouco se lhe pode incumbir de promover a universalização do serviço público como uma das prioridades no campo dos serviços públicos. Isto porque a universalização requer um tipo de intervenção particular, ativa e fundada num plano estratégico de longo prazo. Por outro lado, se aceita a segunda alternativa, admite-se, ao menos em tese, que a regulação econômica *pode ser* um foco emanador de certas diretrizes de economia política.

Supondo verdadeira a premissa de que não há uma fórmula econômica universal ou uma teoria jurídica geral para a regulação, isto é, que esta pode ser, dentro de certos limites, moldada conforme se dê mais ou menos importância a determinados princípios jurídicos, formulações econômicas e concepções políticas, conclui-se que o *peso* do conteúdo redistributivo da regulação pode variar de país para país, em função de traços próprios. Com base nesse raciocínio, pretende-se desenvolver a ideia segundo a qual o Brasil, como país com características marcantes de subdesenvolvimento, *deve* (conteúdo jurídico) e *pode* (conteúdo econômico) valer-se da regulação, dentro de seus limites próprios, e sem prejuízo de mecanismos de mercado, para promover a universalização do serviço público por meio da execução de políticas de conteúdo redistributivo.

A regulação se situa, assim, num debate mais amplo, em que se definem quais os novos papéis do Estado e do setor privado num jogo de forças até a pouco desconhecido na realidade brasileira. Nesse jogo de forças, as agências de regulação e a administração direta têm um papel diferente daquele reservado ao mercado. Quando se trata de universalizar o acesso aos serviços públicos, credita-se ao poder público a tarefa de criar diretrizes de longo prazo que, sem a ingênua pretensão de subjugar ou *domesticar* o capital, indiquem caminhos institucionais para investimentos em infraestrutura. Investimentos em universalização, por parte do setor público, em consórcio com empresas privadas, não podem, todavia, ser descartados sob pena de a crença excessiva na possibilidade de universalização com utilização de recursos privados desestimular por completo o interesse pelas concessões de serviço público.

No caso brasileiro, o desafio parece ser, assim, a dosagem de duas lógicas contrapostas: a vantagem econômica oferecida à empresa privada pela exploração rentável do serviço público e, de outro lado, sua contrapartida: obrigações de investimentos em expansão das redes, segurança, continuidade do serviço e cobrança de tarifas razoáveis. Em que proporções se traduz essa dosagem quando as privatizações que antecedem a regulação acontecem em um país cujo mercado interno de consumo é potencialmente extraordinário ao mesmo tempo em que uma parcela considerável da população não tem acesso a serviços essenciais? A busca de uma resposta para essa pergunta pode levar a importantes reflexões sobre os contornos teóri-

cos (e premissas valorativas) de uma regulação econômica que dê às idéias de planejamento e universalidade dos serviços conteúdo de políticas públicas prioritárias e exequíveis.

A partir de uma breve recapitulação da reforma do Estado dos anos 90 no Brasil, pretende-se evidenciar a seguir como, em decorrência da adoção de uma lógica imediatista e excessivamente influenciada por aspectos conjunturais, à regulação foi atribuída uma função predominantemente instrumental. Desenhada para dar guarida à estabilização econômica e também para maximizar o valor de venda das empresas estatais nos leilões de privatização, a regulação econômica foi implementada sem que contasse com uma estratégia clara para a universalização.

3. A reforma do Estado dos anos 90

Diferentes tradições jurídico-políticas concebem a autoridade pública de diferentes perspectivas e, da mesma forma, permitem o acesso ao âmbito da regulação diferentes atores e interesses. Essas diferenças resumem-se na importância dada aos conceitos de cultura jurídica e política. Reconhecer a importância de variações e peculiaridades sócio-econômicas culturais em nível nacional significa reconhecer a importância e refletir a respeito da operação de valores culturais dominantes que inibem alguns tipos de arranjos institucionais e favorecem outros.

Como forma capitalista de produção, que preserva parte dos incentivos que a propriedade privada e o mercado supostamente geram, ao mesmo tempo em que restringe a autonomia das decisões privadas, a regulação econômica¹⁰ estruturou-se, no contexto brasileiro a partir da década de 90, como um complexo sistema, cuja finalidade foi a de permitir a vazão do potencial de transações econômicas que se supunha reprimido pela crise fiscal do Estado. Com efeito, uma das principais justificativas para a reforma do aparelho burocrático, iniciada com a edição do Programa Nacional de Desestatização (PND, de 1990), foi a crônica incapacidade de fazer investimentos e realizar gastos da administração pública.

A reforma regulatória brasileira¹¹ da década de 90, prevendo um programa de privatizações de empresas estatais prestadoras de serviço público

10. A definição sucinta de regulação é emprestada de Mario Possas, Jorge Fagundes e João Luiz Pondé, "Defesa da concorrência e regulação", in *Revista de Direito Econômico* n. 27, janeiro/julho de 1998, p. 52.

11. A expressão *reforma regulatória* é frequentemente usada pela OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico). Ela se refere à diversa gama de instrumentos pelos quais governos passam a estabelecer regras variadas (*regulations*) para empresas e cidadãos. "Regulations include laws, formal and informal orders and

em larga escala como forma de equacionar a crescente deterioração das finanças públicas, transferiu à iniciativa privada, dentre outras coisas, o encargo principal de realizar investimentos em infra-estrutura. Por meio do instituto jurídico da concessão, empresas privadas passaram a prestar serviços públicos cujas tarifas servem como remuneração do capital investido. Esperou-se, de maneira ingênua, que o setor privado realizasse esses investimentos espontaneamente e, com isso, fosse contemplada a universalização do acesso a tais serviços. Previu-se também, com maior ou menor intensidade, conforme o setor envolvido, algumas obrigações contratuais de investimento e metas quantitativas e qualitativas para os serviços públicos privatizados.

Entretanto, a reforma do Estado foi também, em grande intensidade, uma resposta a necessidades de ajustes macroeconômicos de natureza nitidamente conjuntural. Depois de dez anos do início das privatizações,¹² afirma-se que elas foram cruciais para a estabilização econômica da qual depende o Plano Real. As privatizações ajudaram a financiar o déficit fiscal, contribuindo para a contenção do crescimento da dívida pública.¹³ Elas serviram também à desvalorização gradual da taxa de câmbio, além de "proporcionar a oportunidade de atenuar as restrições que a economia enfrenta a curto prazo e de reduzir o custo social decorrente da implementação dos ajustes necessários nas contas fiscal e externa".¹⁴

subordinate rules issued by all levels of government, and rules issued by non-governmental or self-regulatory bodies to whom governments have delegated regulatory powers" (conforme a série *OECD Reviews of Regulatory Reform*).

12. Em 1991 foi privatizada a Usiminas; ainda no governo Collor. Em 1995, com a venda da distribuidora de energia elétrica Escelsa, deu-se a primeira privatização de empresa prestadora de serviço público. Logo em seguida, já em 1996, foram privatizadas as companhias elétricas Light e CERJ, no Estado do Rio de Janeiro. Em seguida, nos anos de 1997 e 1998 foram alienadas as duas enormes empresas estatais: a Companhia Vale do Rio Doce e a Telebrás. Durante esse período – e ainda hoje – vêm ocorrendo diversas outras privatizações como, por exemplo, das companhias energéticas geradoras Gerasul, CESP Tietê, CESP Parapanema, e das companhias distribuidoras CPFL, Coelba, Cenat, AES Sul, Enersul, RGE, Cosern, Engepe, além de companhias de distribuição de gás, como a Congás e CEGRiogás, diversas companhias municipais de saneamento e trechos da malha ferroviária federal.

13. Não fossem as privatizações, a dívida pública teria atingido 32,9% do PIB em 1997 (contra 26% em 1994), conforme Armando Castelar Pinheiro e Fabio Giambiagi, economistas do BNDES, relatam no artigo "Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil", in *A Privatização no Brasil – o caso dos serviços de utilidade pública*, Rio de Janeiro, Ed. BNDES, 2000, p. 35. Nesse mesmo trabalho evidenciam-se como a privatização "tornou-se um meio de sinalizar estabilidade, ainda que precária, a um mercado [externo] muito preocupado com a situação fiscal e a possibilidade de sustentação da política cambial" (p. 34).

14. Idem, p. 38.

Tais tarefas, evidentemente importantes para a sustentação da política econômica do Real, pouco contribuíram, contudo, para um projeto de reforma do Estado em que a reestruturação do setor público fosse encarada como uma oportunidade para a valorização da universalização como um fim alcançado por meio da adoção de formas institucionais inovadoras e estratégias regulatórias definidas cuidadosamente. Ao contrário, a regulação econômica foi, desde seu início, concebida no país – como de resto em toda a América Latina – como um conjunto de técnicas empregadas como meios e, como tais, alheios a preocupações substantivas e desconectados de valores e desígnios de economia política. Isso deu à gênese da regulação econômica pós-privatização um traço antes de tudo instrumental. Em suma, a universalização do serviço público foi almejada como uma espécie de *efeito secundário desejável* da privatização. Isso ocorreu de modo tal que prevaleceu a faceta alocativa da eficiência econômica sobre a dimensão redistributiva das políticas públicas.

Note-se o interessante fato de que a construção de um arcabouço institucional previamente à privatização é insistentemente recomendada pela OCDE em seus diversos estudos sobre reforma regulatória. Uma verdadeira *metodologia* foi elaborada para instruir países interessados em a realizar reformas regulatórias nos anos 1990 (os chamados *late comers*). Segundo essa recomendação, a *seqüência importa* (*sequencing matters*), isto é, é preciso, em primeiro lugar, pôr em prática o novo regime regulatório para, em seguida, promover a reestruturação das companhias objeto de privatização para, só então, privatizá-las de fato. Deve, ainda, haver intensa articulação entre os formuladores de políticas públicas e a autoridade de defesa da concorrência antes da privatização para que esta possa, com sua *expertise* em matéria antitruste, indicar formas pró-competitivas de modelagem e reestruturação (*desverticalização*) das estatais.¹⁵

A definição específica de metas de universalização da mesma forma depende de um plano prévio e de longo prazo que defina obrigações de investimento por parte dos setores público e privado. Desse crucial estudo decorre, portanto, a possibilidade de as empresas interessadas na privati-

15. Embora a própria OCDE advirta que nem sempre é recomendável desverticalizar estatais antes da privatização. Isto ocorre quando: (a) houver economias de escala insuficientemente grandes para manter a firma integrada, o que pode reduzir a probabilidade de investimentos coordenados por diferentes firmas, (b) a demanda de mercado for muito pequena para suportar competição no segmento potencialmente competitivo, (c) houver dificuldades particulares na regulação do acesso ao monopólio natural ou quando (d) novos entrantes possam rapidamente contestar a posição dominante da firma monopolista, cf. o *paper Privatization and Deregulation of Regulated Industries, and Competition Policy*, p. 5.

zação organizarem-se para financiar investimentos em coordenação com o Estado, cujo papel na universalização do serviço público é fundamental.

A maioria das privatizações brasileiras, entretanto, inverteu a lógica da reforma regulatória; decidiu-se alienar as empresas estatais pelo valor máximo que se pudesse obter em leilão¹⁶ para, posteriormente, definir regras e metas de regulação, momento em que isso se torna claramente mais difícil.¹⁷ Essa inversão de procedimentos, somente explicável por medidas desconectadas de uma visão de longo prazo para o setor público, trouxe, além de insegurança para investidores privados, ausência de um conjunto de regras claras que limite seu comportamento em muitas situações, especialmente quanto ao investimento em universalização.

Ademais, as autoridades reguladoras brasileiras – em boa parte compostas por burocratas que fizeram parte dos quadros das empresas estatais e seus respectivos ministérios – iniciaram seu aprendizado do jogo regulatório há pouco tempo e, o que é digno de atenção, simultaneamente à obrigação de regular mercados operados por empresas privadas.¹⁸ Isso trouxe um descompasso de experiência regulatória, por si só delicado.

Nessa circunstância em que o regulador, de um lado, embora conhecedor do mercado regulado, tem pouca experiência com a prática da regulação e, de outro lado, as empresas reguladas, ainda que não conheçam tão bem o mercado em que atuarão, têm amplo conhecimento do jogo regulatório, pode-se verificar uma tendência de agravamento de dois problemas tidos como *clássicos* na regulação: a assimetria de informações entre regulador e regulado e o risco de captura.

A assimetria de informações tende a se agravar porque, além de toda a dificuldade que tem o regulador em estimar e antecipar custos, margens de lucro e planos estratégicos das empresas reguladas, acresce a falta de *"know how regulatório"* frente ao agente regulado, que disto de benefício porque,

16. Quanto mais obrigações de investimento houvesse nos editais de licitação das estatais prestadoras de serviço público, especialmente no tocante a obrigações de universalização, menor seria o valor potencial dos lances ofertados em leilões de privatização. Se havia um imperativo conjuntural de maximização do valor de venda das estatais, tal imperativo determinava a redução ao patamar mínimo das obrigações que representassem ônus para os licitantes. Com isso, esperava-se maximizar o ágio obtido pelas privatizações.

17. O setor de telecomunicações aparenta ser uma exceção: a agência reguladora (Anatel) entrou em funcionamento *efetivamente* da venda em leilão do sistema Telebrás. Tendo participado da definição estratégica de reforma do setor, a agência foi, ao menos, capaz de refletir sobre uma regulação setorial dotada de relativa segurança jurídica e progressivo caráter concorrencial.

18. É sintomático que a OCDE recomende que o regulador deva ter conhecimento analítico, sem confiar na *expertise* do regulado.

muito frequentemente, tem contato prévio com regimes regulatórios em outros países, alguns dos quais avançados no assunto. Essa situação, por seu turno, pode agravar o risco de captura do interesse público no âmbito da agência reguladora. Esta fica mais suscetível a pressões e injunções políticas de toda ordem se colocada em uma situação em que decisões precisam ser tomadas com urgência, eis que a regulação é construída com atraso.

Diante da incerteza na definição de regras e políticas de regulação, a tendência natural é de que a concessionária privada de serviço público escolha o caminho mais lucrativo e menos dispendioso, muitas vezes baseando-se em regras genéricas e dúvidas para as quais falta regulação concreta e definição de parâmetros de interpretação. As indefinições quanto às regras de regulação e investimento permitem também comportamentos *oportunistas* (do tipo *rent seeking* e *cream skimming*) e contenciosos judiciais infundáveis. Tratando-se de obrigações de universalização, pode-se compreender de forma quase intuitiva que haverá resistência da empresa privada em cumpri-las se não houver, por exemplo, um cronograma de investimentos inequívoco e sanções eficazes para o descumprimento. Note-se, uma vez mais, como esse problema tem ligação íntima com a forma apresentada como foi executada a privatização brasileira.¹⁹

4. Desafios da universalização no subdesenvolvimento

Nos países do mundo desenvolvido, as redes de infra-estrutura já estão totalmente ou quase totalmente construídas, seja pelo Estado (como na Europa²⁰), seja pelo mercado, com subsídios e incentivos estatais (como

19. Uma interessante abordagem crítica sobre as privatizações em países em desenvolvimento pode ser encontrada em Thomas J. Biersteker, "The Logic and Unfulfilled Promise of Privatization in Developing Countries", in *State and Market in Development - Synergy or Rivalry?*, L. Puterman e D. Rueschmeyer, Lynne Rienner Publishers, 1992, p. 195.

20. Conforme cálculos do *Office of National Statistics*, 94% dos britânicos têm telefones fixos em casa. A Ofel (*Office of Telecommunications*, agência reguladora do setor) considera que uma linha telefônica é um bem essencial pois, além de "permitir o contato com amigos, parentes e o trabalho, negócios, serviços, governo local, previdência social, médico e uma série de contatos vitais (como serviços de urgência), para pessoas que vivem em comunidades rurais, parentes sozinhos, pessoas idosas ou portadores de doenças ou deficiências, uma linha telefônica pode ser uma linha da vida (*lifeline*) em situações de emergência, conforme o relatório *Universal Telecommunication Services - a consultative document issued by the Director General of Telecommunication*, acessível no website www.ofel.gov.uk. No Reino Unido a universalização (*universal service*) é tida como um meio de garantir serviços de telecomunicação básicos sob condições razoáveis para aqueles que os solicitarem, independentemente de onde viverem. Há três princípios norteadores dessa política: *acessibilidade geográfica* (acesso ao mesmo serviço em todo o Reino Unido), *acessibilidade de tarifas* (*affordability*), que significa serviços a preços com os quais os consumidores podem razoavelmente arcar e *igualdade de oportunidades* (garantia de acesso àqueles que têm necessidades especiais)".

nos EUA). Neles, a regulação é geralmente orientada para a promoção de concorrência e repartição de 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 renda. A construção e expansão da infra-estrutura em direção a essas regiões implicam investimentos que, como se viu, não trazem retornos financeiros que compensem os altos e irrecuperáveis custos iniciais que têm os concessionários privados do serviço público. Ademais, alguns desses investimentos pressupõem economias de escala típicas de monopólios naturais, fato que agrega complexidade à possibilidade de operação conjunta e concorrencial das infra-estruturas.

Como uma agravante, também não se nota no Brasil maiores preocupações com políticas redistributivas na regulação de serviços públicos prestados em áreas urbanas populosas já servidas por infra-estrutura. Ou seja: mesmo onde já houve investimentos na expansão de redes não se constata a existência de tarifas diferenciadas por renda (aposentados e pensionistas, assalariados de baixa renda, por exemplo) ou serviços mais baratos (como, por exemplo, pacotes de serviços de telefonia a preços mais baixos para quem já tem linha de telefonia fixa ou, ainda, políticas de redução do desligamento de linhas). Note-se que diferenciação de tarifas para cidadãos comprovadamente incapazes de pagar taxas padrão é, vale dizer, uma realidade na Europa e nos EUA.

Uma forma de desafiar o mercado a prestar serviços públicos minimamente eficientes é exortá-lo a submeter-se à rivalidade, pois isto dá à agência reguladora uma importante arma: fazer com que a lógica privada ocupe-se de si mesmo.²¹ Pergunta-se, contudo, se a concorrência pode ser um instrumento para a realização da universalização. Como as regras anitruite têm caráter reativo (mais que pró-ativo), indaga-se ainda: pode-se obter universalização mediante a estrita aplicação de regras de livre concorrência ou, ao contrário, a universalização pressupõe maior grau de intervenção

lity), que significa serviços a preços com os quais os consumidores podem razoavelmente arcar e *igualdade de oportunidades* (garantia de acesso àqueles que têm necessidades especiais)".

21. A importância da concorrência para o sucesso da regulação passa por seu tratamento como "garantia institucional mínima" e é objeto de reflexão do estudo do Prof. Calixto Salomão Filho em *Regulação da Atividade Econômica (Princípios e fundamentos jurídicos)*, São Paulo, Malheiros Editores, especialmente o cap. V.

ou planejamento por parte do Estado do que a regulação concorrencial pode oferecer?

O estímulo à concorrência entre concessionárias de serviço público, ainda que bem-sucedida a transposição dos obstáculos impostos pela existência de monopólios naturais, não é suficiente para garantir a universalização. É mais fácil imaginar que um regime concorrencial leve à rivalidade de firmas na utilização da infra-estrutura já construída do que a uma rivalidade na expansão da rede (exceto se a expansão se justificar em razão de interesse comercial concreto na área a ser alcançada). Noutras palavras, a concorrência, que é altamente benéfica para o consumidor já incluído no mercado, não é capaz de, por si só, incluir cidadãos aliados do acesso às redes. Nem, tampouco, atingiu um grau de sofisticação tal que a diferenciação de produtos se dê por meio da avaliação do nível de comprometimento social da empresa prestadora do serviço. Empresas privadas não investem em universalização a não ser quando esta apresenta perspectivas excepcionais de rentabilidade futura que justifique inversões ou quando são obrigadas a isso pelas regras de regulação que tenham, dentre seus escopos, objetivos redistributivos estabelecidos criteriosamente.

Também delicado é o seguinte fato: não é difícil imaginar que uma empresa privada, se submetida a um regime de concorrência eficaz, fique impossibilitada de realizar investimentos em universalização, uma vez que isto representará uma desvantagem concorrencial incontornável. Em outras palavras, pode haver situações em que a universalização requer algum grau – ainda que temporário – de exploração monopolística ou de subsídios cruzados na infra-estrutura. Como lidar com esse conflito de lógicas a fim de que dele se possa extrair uma regulação concorrencial e, ao mesmo tempo, o mais possível atenta à carência de universalização do serviço público? Como, enfim, compatibilizar a aplicação de normas de defesa da concorrência com a aplicação de regras de universalização quando essas segundas não raro confrontam-se com as condições necessárias para a aplicação das primeiras?

Na privatização das telecomunicações, as empresas que cumprirem metas de universalização mais rapidamente se qualificam para novas aquisições de concessões em outras áreas geográficas. De outro lado, as empresas que não cumprirem tais metas antecipadamente devem seguir o cronograma pré-estabelecido para poder atuar em outras áreas ou mercados que não seu território original. Nessa ocasião, a universalização e a concorrência foram conjugadas para forçar as empresas privadas a fazer algo desejado pela agência reguladora (um fim público).

O exemplo da técnica adotada nas telecomunicações, porém, não resolve a questão de como elevar a universalização à categoria de objetivo prioritário da regulação de países em que uma parcela considerável da po-

pulação não tem telefone, energia elétrica, saneamento básico ou gás natural encanado. Essa técnica foi inteligentemente utilizada em uma circunstância em que não havia empecilhos para a aplicação simultânea do raciocínio regulatório e do raciocínio concorrencial. Lamentavelmente, contudo, nem sempre isto é possível. Em face disso, pode-se dizer, como uma conclusão preliminar, que as regras de universalização podem precisar de um mecanismo regulatório autônomo e por vezes contraposto à lógica da concorrência.

No Brasil, a rede de infra-estrutura foi construída inteiramente pelo Estado que, igualmente, encarregou-se de expandi-la e fazer-lhe manutenção. Quando as privatizações foram iniciadas na década de 1990, imaginou-se, ainda que de forma insuficiente, algumas formas de compensação social por meio de regras de universalização ou, mais especificamente, regras de investimento. Em geral, tais regras constam dos contratos de concessão de serviço público celebrados após as privatizações entre agências e os vencedores dos leilões.²² Todavia, como já se afirmou antes, a universalização nunca foi, nem de longe, uma prioridade na reforma do Estado brasileiro. A universalização requer no Brasil, pois, uma formulação mais atenta, que leve em conta, além de mecanismos especiais de financiamento e tarifação, fatores como, por exemplo, o desemprego e o nível de renda da população. Nesse sentido, parece difícil conceber uma regulação econômica desvinculada de políticas públicas de caráter não regulatório e, especialmente, de um sistema tributário efetivamente progressivo que funcione como o motor principal de redistribuição da riqueza.

Como mais um dado complexo e típico de países em desenvolvimento que realizaram reformas regulatórias em contexto de crise ou ameaça de crise econômica, verifica-se, após as privatizações, a exacerbação do conflito de idéias antitéticas como *interesse geral*, *prerrogativas públicas* e *supremacia do interesse público*, de um lado, e *lucro*, *relação contratual*, *equilíbrio econômico-financeiro* de outro lado. As concessionárias de serviço público passam a ver-se num ambiente conflituosamente híbrido: ao mesmo tempo em que se submetem a um regime público, têm natureza e racionalidade mercantil privada.²³

Dado que as taxas pagas pelos usuários do serviço público passaram a remunerar o capital privado atuando na prestação do serviço público, insta-

22. Mais uma vez em caráter excepcional, o caso das telecomunicações indica que princípios de universalização estão contidos nas leis que criaram as agências de regulação no Brasil.

23. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parceiras na Administração Pública – Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, São Paulo, Atlas, 1999, p. 74.

lou-se uma dinâmica desconhecida no Brasil: a maximização do lucro face ao constrangimento imposto pela regulação, a quem se outorga o complexo papel de defender o interesse público. Até as privatizações, a tutela do serviço público se dava num ambiente em que os atores, de interesses também contrapostos, eram as empresas estatais, autarquias e ministérios aos quais se subordinavam os interesses político-econômicos em geral. A lógica privada do lucro, entretanto, manifestava-se com menor intensidade em relação aos dias de hoje, ao menos na concessão de serviço público (diferente da concessão para construção de obras públicas, por exemplo).

Além dos fatores que influenciaram a formulação da incipiente regulação brasileira, pode-se adicionar ainda uma certa *importação acrítica* de modelos regulatórios não devidamente adaptados a certas particularidades do país. Essas peculiaridades, associadas a traços econômicos do subdesenvolvimento, poderiam ter sido contempladas pela reforma regulatória (que, lembre-se, ainda está em curso) com maior intensidade. A idéia subjacente aqui é a de que dispensar atenção a certas características próprias do serviço público, das redes de infra-estrutura, da burocracia e da cultura local²⁴ é um meio de formular soluções *sob medida* adaptadas à realidade sócio-econômica, jurídica e política a que se destinam.

Na introdução a um estudo sobre o romance brasileiro, o crítico literário Roberto Schwarz valeu-se do mote *idéias fora do lugar* para argumentar que as idéias liberais no Brasil adaptaram-se a nossa realidade cultural de maneira curiosa.²⁵ Traços indelévels em nossa sociedade, como a escravi-

24. Há textos importantes a respeito da importância do traço cultural na regulação e da reforma regulatória em países em desenvolvimento. São eles: L. Hancher e M. Moran, "Organizing Regulatory Space", in Robert Baldwin, Colin Scott e Christopher Hood, *A Reader on Regulation*, New York, Oxford University Press, 1998, pp. 155 e ss.; Friedman, "Legal Culture and Social Development", in *Law and Society Review*, 6 (1969), pp. 19-46; D. Vogel, *National Styles of Regulation*, Cornell, Cornell University Press, 1986; C. Adams, W. Cavendish, P. Mistry, *Adjusting privatization: case studies from developing countries*, London, James Currey, 1992; P. Spiller e C. Samson, "Telecommunications Reform in Jamaica", in B. Levy e P. Spiller (eds.), *Regulations, Institutions and Commitment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996; L. Sturton e M. Lodge, *Telecommunications Policy Reform in Jamaica: Towards Embedded Regulatory Autonomy*, paper apresentado na conferência anual da *Development Studies Association*, 10-12 de setembro de 2000. Sobre a circulação de modelos jurídicos estrangeiros ver Otávio Yazbek, "Considerações sobre a circulação e transferência dos modelos jurídicos", in Eros Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.), *Direito Constitucional - Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 540.

25. Roberto Schwarz, *Ao vencedor as batatas - Forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*, 5ª ed., São Paulo, Livraria Duas Cidades e Ed. 34, 2000, pp. 13 e ss. (publicado anteriormente in *Estudos Cebrap*, n. 3, 1973).

ção, a concentração fundiária, a economia agrária e dependente do mercado externo, não foram levados em consideração o bastante pela ideologia liberal e pela consciência teórica moral do século XIX senão como um pano de fundo ocasional e oportunamente evocado.²⁶ "O teste da realidade não parecia importante", diz Schwarz.

Pode-se dizer o mesmo a respeito da reforma regulatória brasileira? Pode-se afirmar que, sob determinados aspectos, não se lhe aplicou o *teste da realidade*? Pode-se afirmar que embora a regulação se tenha valido, como no caso das telecomunicações, de valiosa experiência internacional (como, por exemplo, as *best practices* difundidas pela OCDE), ainda assim não se atribuiu à realidade particular o peso necessário?

Das atividades econômicas privatizadas, em relação às quais hoje incide o regime de serviço público, somente as telecomunicações contaram com uma política clara de universalização, mesmo essa, ainda em curso por meio da lenta definição do funcionamento do fundo de universalização do setor, sujeita a críticas quanto ao mecanismo de alocação das receitas e saque por parte das concessionárias.

A hipótese de que a universalização do serviço público tenha sido relegada a um papel secundário na reforma do Estado chamou a atenção para uma espécie de *falta de atenção* quanto a um traço importante da realidade econômica brasileira: a existência de uma rede de infra-estrutura de serviços públicos altamente deficitária e a necessidade de investimentos para expansão como condição para a adequação ao regime legal de serviço público (observância dos princípios da igualdade, generalidade, continuidade e modicidade).

Os investimentos em infra-estrutura são de dois tipos: rentáveis e não-rentáveis. Os primeiros estão associados à exploração eficiente do serviço público, isto é, justificam-se em razão da probabilidade de retornos financeiros. Os investimentos não-rentáveis - realizados, entre outras coisas, para expandir as redes de serviço público para localidades e populações até então desassistidas - justificam-se tão-somente como política pública de conteúdo social, uma vez que não geram retornos que traduzem exploração eficiente do serviço.

Como obter investimentos não-rentáveis por parte do setor privado? Antes de tudo, parece importante reavaliar os atrativos e as contrapartidas da regulação. A metáfora da cenoura e do porrete (*carrot & stick*) é útil para a compreensão desse dilema. Interessada na cenoura (lucro), a empresa privada precisa ser vigiada com um porrete (regulação) que faça as vezes de contraponto à cenoura (obrigações de investimento, por exemplo).

No caso da universalização, o porrete tem a função de obrigá-la a realizar investimentos, que não faria espontaneamente, como condição para que abocanhe a cénoura, isto é, os lucros da exploração — por vezes monopolística — da concessão.

Mesmo tendo em conta o fato de que uma eventual proposta de enrijecimento das contrapartidas das concessionárias privadas não pode prescindir de uma difícil renegociação de contratos de concessão agora em vigor, é relevante trazer essa questão à tona porque o balanceamento da quantidade de cénoura oferecida *versus* a potencialidade de utilização coercitiva do porrete dão a dimensão exata do conteúdo redistributivo da regulação. Por mais que haja grandes dificuldades em mudar as regras do jogo tendo ele já começado, sem dúvida é tempo de ter início um pensamento inovador que possa contribuir para a elaboração de uma nova equação em que investimentos em construção de infra-estrutura faltante sejam previstos em maior intensidade e obtidos com mais eficácia.

A pergunta óbvia com relação à universalização em países subdesenvolvidos é *quem a financia?* Se a ela se atribuir um caráter intrinsecamente redistributivo, não parece lógico imputar o ônus de investimento à população (consumidores e contribuintes) *indistintamente*. Somos induzidos, inicialmente, a constatar que não se elaborou ainda no Brasil um mecanismo adaptado às necessidades de uma regulação em que a universalização redistributiva possa ter peso tão grande quanto a eficiência econômica alocativa.

A avaliação da adequação e pertinência de modelos de universalização concebidos para o caso brasileiro é uma tarefa importante que implica, entretanto, o manejo hábil de conceitos de economia, finanças e direito tributário. Não é esta, obviamente, a pretensão deste trabalho. O que se propõe aqui é, por meio de questionamentos que se julga pertinentes, provocar a reflexão sobre a possibilidade de existência de um *certo tipo* de regulação que possa ajudar a enfrentar a realidade específica do déficit de estoques de infra-estrutura no Brasil. Isto deve ser feito, evidentemente, sem que se perca de vista o fato de que a universalização do serviço público não é uma tarefa objeto de planificação estatal obrigatória para o setor privado.

Por outro lado, não será possível prescindir de agências reguladoras dispostas a formular regras de financiamento da universalização em que as potencialidades redistributivas de um país de renda altamente concentrada sejam exploradas. A exemplo da África do Sul,²⁷ pode-se mesmo pensar

27. Conforme informação do relatório de 1998 da ITU — *International Telecommunication Union*, parte 5, *redefining access*, p. 92.

em uma agência reguladora cuja atribuição central seja e de pesquisar e recomendar políticas para se atingir a universalização.

A seguir, por meio da menção a alguns aspectos econômicos da universalização, sugere-se que um mecanismo tarifário atento à premência da universalização seja objeto de reflexão teórica e futura aplicação prática.

5. A dimensão econômica da universalização

Há diferentes pontos de vista a partir dos quais se pode analisar a relação entre provisão de infra-estrutura e desenvolvimento econômico. Na teoria do crescimento econômico há uma conhecida subdivisão que separa dois conjuntos: reflexões sobre fontes de *inovação na fronteira tecnológica*, mais aplicáveis a países desenvolvidos e reflexões sobre *fontes de superação de disparidade de nível tecnológico*, mais adaptadas a países de baixos estoques físicos de capital, educação, tecnologia e renda. O segundo grupo é mais próximo da realidade do setor de infra-estrutura brasileiro.²⁸ Em síntese, o argumento é conhecido: gastos em infra-estrutura básica têm relação estreita com o aumento da produtividade da economia como um todo a longo prazo.²⁹

Uma segunda perspectiva, fundada em base de dados microeconômicos, procura estudar os impactos do investimento em infra-estrutura na redução de custos industriais (privados). Estudos realizados nos EUA mostram que para um aumento de 10% no investimento em infra-estrutura corresponde uma redução de 1,5% nos custos industriais, o que também não é algo desprezível.³⁰ Veja-se, entretanto, como essa abordagem volta-se exclusivamente para a redução de custos privados, de modo tal que permanece irrelevante o efeito de bem-estar desde a perspectiva distributiva.

Pode-se referir um outro ponto de vista econômico: trata-se do estudo das externalidades sociais positivas que os investimentos em universalização

28. Ver a já referida publicação do BNDES *Provisão Pública e Privada da Infra-estrutura e Desenvolvimento Econômico*, de Andrew B. Bernard e Marcio G. P. Garcia.

29. A estimativa do investimento em infra-estrutura realizado no Brasil em 1996 foi de 2% do PIB contra uma média de investimentos públicos em infra-estrutura de 4% do PIB em países em desenvolvimento. Há países em desenvolvimento que chegam a investir 8% do seu PIB em infra-estrutura e os países do leste asiático planejam aumentar seu investimento em infra-estrutura nos próximos anos para 7% do PIB, conforme o Banco Mundial in *World development report: infrastructure for development*, Oxford University Press, 1994 apud Francisco José Zagari Rigolon e Maurício Serrão Piccinini, *Investimento em infra-estrutura e a retomada do crescimento econômico sustentado*, publicações do BNDES. Texto para Discussão n. 63, cit., p. 12.

30. Idem, p. 10.

do serviço público geram. Externalidades sociais podem ser definidas como todas as formas de interdependência direta entre membros de um sistema econômico que não ocorrem por meio de mecanismos de mercado ou que não são totalmente medidas por critério de preço.³¹ Como exemplos de externalidades sociais positivas podem ser citados benefícios sócio-econômicos gerados por novos investimentos atraídos pela maior oferta dos serviços de energia elétrica, telecomunicações e transportes em uma determinada região e a melhoria da saúde da população com investimentos em saneamento básico.

É muito difícil aferir e quantificar as externalidades sociais positivas decorrentes da universalização. Se fosse possível, contudo, contabilizar os ganhos de bem-estar manifestados sob essa forma, ver-se-ia que a melhoria efetiva de condições de acesso a serviços públicos traz efeitos positivos exponenciais. Para usar um exemplo da área de saneamento básico, basta tentar imaginar o efeito concreto de se expandir uma rede de esgoto a um bairro desassistido. A potencialidade de ganhos de bem-estar é infinita e se projeta no tempo por diversas gerações de pessoas que *não mais*, por exemplo, contrairão doenças em razão da utilização de água não tratada. Da mesma forma, são inesgotáveis as possibilidades, sob a forma de externalidades positivas, que passa a ter, por exemplo, uma família a quem se oferece o consumo de energia elétrica. Guardadas as diferenças, pode-se dizer o mesmo para os demais serviços públicos prestados em redes de infraestrutura.

As externalidades sociais positivas dos investimentos em universalização são um efeito altamente desejável mas que, como as demais abor-dagens mencionadas acima, parece insuficiente para conferir à regulação um caráter de indutor pró-ativo do desenvolvimento. Para essa empreitada, sugere-se necessário, do ponto de vista econômico, a concepção de um mecanismo de tarifação redistributiva, por meio do qual certos consumidores de serviços essenciais contribuam para a universalização através do pagamento de taxas diferenciadas em função de sua renda. Consumidores pobres ou cidadãos privados de acesso às redes de serviço público (isto é, aqueles nem mesmo consumidores), por seu turno, poderiam ser beneficiados por tarifas mais baixas uma vez que as redes os alcançassem.

Para essa universalização verdadeiramente redistributiva concorreriam também as concessionárias de serviço público, igualmente sujeitas a regras, por meio das quais investimentos efetivos em universalização funcionariam como condição para a continuidade da concessão. Ganhos de produtividade e escala, bem como a lucratividade, podem servir como indicadores para o cálculo (e sua atualização) da contribuição para a uni-

versalização. A criação de fundos de universalização profissionalmente geridos, com a finalidade de planejar investimentos estratégicos racionalmente, é uma forma eficaz de concentrar recursos. Entretanto, é preciso haver meios de controle e fiscalização das contribuições feitas ao fundo. O não cumprimento dessas obrigações deve ser sancionado com alguma seriedade para que haja desestímulo ao inadimplemento.

Admite-se, desde logo, que essa idéia implica muitos problemas, de diferentes naturezas. Sabe-se que, do ponto de vista econômico, a prática de subsídios cruzados gera ineficiências indesejáveis. Já, do ponto de vista jurídico, a cobrança diferenciada de taxas traz à tona, por exemplo, uma complexa discussão a respeito dos princípios da igualdade e isonomia. As consequências tributárias de um mecanismo de taxação redistributiva também podem dar margem a arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de variadas espécies.

Não se pretende discutir tais possibilidades críticas no âmbito deste trabalho. De qualquer modo, na hipótese de uma alteração estrutural nas formas de tarifação dos serviços públicos, seria inevitável um exercício – e um juízo – hermenêutico para solucionar um conflito de princípios jurídicos para cada caso concreto. Além disso, pode-se perguntar: quais as distorções indesejáveis que essa tarifação pode trazer para os diferentes setores da economia ou para a base de arrecadação tributária? Há meio de evitá-las? De qualquer forma, é desejável que os estudiosos das diferentes ciências que compõem a base científica interdisciplinar da regulação dediquem esforços à construção de meios para garantir que a regulação seja, em parte, um pólo redistributivo.

Há que se cuidar, claro, para que não se faça da regulação uma panacéia. Fazer com que ela se torne exclusivamente um instrumento de redistribuição de riqueza seria, por exemplo, desvirtuá-la por completo. Ademais, a regulação não pode ser *qualquer* forma de atuação do Estado. Se for isto, terá a pretensão de ser tudo e, portanto, será nada ao mesmo tempo. De um outro ângulo, ver a relação entre a regulação e o desenvolvimento como a *quadratura do círculo*, isto é, uma contradição lógica sobre a qual não vale a pena esforço algum, seria aceitar o pressuposto de que, em condições de subdesenvolvimento econômico, não resia ao Estado nada senão a expectativa de que, quanto aos serviços públicos, deve ele agir (ou melhor, não agir) como se em um ambiente sócio-economicamente desenvolvido estivesse. Tal inércia também não se justificaria do ponto de vista lógico.

6. A dimensão jurídica da universalização

Dos segmentos que compõem o setor de infra-estrutura, pelo menos cinco estão hoje sob o regime jurídico de serviço público: energia elétrica

31. Cf. *A Regulação dos Setores de Infra-Estrutura no Brasil*, de José Cláudio Linhares Pires e Maurício Serrão Piccinini, cit., p. 219.

(distribuição), gás natural (distribuição), telecomunicações (telefonia fixa comutada), saneamento básico e transporte urbano público.

Se for verdadeiro dizer que o regime de serviço público cobre certa atividade econômica com um *mantto* específico de interesse público, o que implica a aplicação dos princípios de direito público à sua regulação, pode-se admitir como hipótese que a universalização do serviço público é uma obrigação jurídica da regulação por ser um princípio de direito público. Em outras palavras, se determinada atividade econômica é serviço público, *deve ser* objeto de uma regulação que aponte de forma inequívoca para sua universalização.

Aliar a racionalidade econômica ao comando jurídico do direito público é um meio de tentar interpretar a ordem econômica constitucional. Esta, positivada em termos abertos, e por vezes contrapostos, nos princípios do artigo 170 da carta de 1988, é objeto de constantes interpretações, todas elas destinadas a identificar os traços constitucionais que *devem* orientar a formulação de políticas públicas. A interpretação da Ordem Econômica na Constituição de 1988 é, entretanto, uma tarefa muito complexa – ou mesmo impossível – se se pretende obter como resultado um conjunto de feições concretas para a atividade de regulação.

Um olhar dinâmico e revigorado pela lente do direito administrativo e seus princípios relativos ao serviço público pode ser, por outro lado, a porta de entrada para a construção de um argumento dogmático a respeito da universalização. A premissa de que serviços públicos devem ser universalizados, porque assim determina a ordem jurídica, passa, assim, a estar fundada não somente no capítulo da Ordem Econômica da Constituição, de impossível interpretação em abstrato. A isso acresce o argumento fático de que a privatização sugere uma reinterpretção dos princípios de direito público, porque altera substancialmente a realidade em que se dá a prestação de serviços público e que, nesse contexto específico, a idéia de universalização deve ser robustecida em países em desenvolvimento.

Uma argumentação consistente voltada para o sentido dos princípios e objetivos fundamentais da República (art. 1º, II e III, e art. 3º, I, III e IV, da Constituição) bem como para os princípios da ordem econômica (art. 170, *caput* e incisos III e VIII, da Constituição), poderia demonstrar que a universalidade do serviço público é um princípio do direito público cuja aplicabilidade após as privatizações deve ser *valorizada*. Contribui também o argumento de que os serviços públicos têm – do ponto de vista material e econômico – traços que os fazem imprescindíveis em relação às necessidades básicas da sociedade. Nas sociedades contemporâneas vale dizer, por exemplo, que água tratada, energia elétrica e telefonia fixa são utilidades cuja ausência afeta a dignidade humana.

Além disso, a lei de concessões de serviço público (Lei 8.987/95) refere-se ao *serviço adequado* como compreendendo regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade (art. 6º), o que auxilia a construção da idéia de universalidade como um princípio do direito público. Ademais, há quem claramente identifique a idéia de generalidade à idéia de universalidade.³²

Há que se atentar, nessa seara, para as controvérsias doutrinárias a respeito do que venha a ser exatamente serviço público.³³ De qualquer forma, seja a concepção – materialista ou essencialista – de serviço público qual for, importa sublinhar, em outras palavras, que, com a reforma do Estado, sua prestação adquiriu um contexto e dinâmica inéditos, em que a universalização – como contraponto do investimento privado – readquire grande importância. O raciocínio, um tanto prosaico, é o seguinte: se antes das privatizações havia sério comprometimento da capacidade de investimento das estatais – essa foi uma das principais razões pelas quais se optou pela privatização – há que se admitir que agora, momento em que se pode contar com capitais privados, a universalização pode ser juridicamente exigida como contrapartida pela exploração eficiente e lucrativa do serviço público.

Será necessário argumentar também que continua a haver, possivelmente com maior intensidade que antes, princípios jurídicos especiais para o serviço público, princípios esses distintos daqueles aplicáveis às relações entre particulares. Seja porque o serviço público é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, seja porque corresponda a um

32. Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 601, entende ser o princípio da universalidade um princípio de direito público, relacionando-o à idéia de que o serviço tem de ser indistintamente aberto à generalidade do público.

33. Há, fundamentalmente duas concepções de serviço público na doutrina brasileira. Uma delas tem conteúdo formal, isto é, *serviço público é a atividade econômica prestada sob o regime de direito público*, independentemente do traço material da atividade. A concepção material de serviço público leva em conta o caráter de imprescindibilidade em determinado momento histórico. Para esta segunda concepção, a Constituição não exaure todas as hipóteses de atividades relacionadas ao serviço público. Este será definido historicamente e terá como referência noções como interdependência social, coesão social, reprodução social e interesse público em circunstâncias concretas. A maior parte da doutrina brasileira reconhece tal distinção e aceita o fato de que não há uma *definição* estática do que venha a ser serviço público. Ver: Hely Lopes Meirelles, *Curso Administrativo Brasileiro*, 27ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002, pp. 315 e ss.; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 597; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1991, p. 76; Odete Medauar, *Curso de Direito Administrativo Moderno*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2001, p. 367.

serviço essencial relativamente à sociedade³⁴ ou, ainda, simplesmente porque segue um determinado regime legal, parece certo que se determinada atividade econômica é serviço público, está sujeita a uma série de princípios do direito público: o inescusável dever do Estado de prestá-lo ou promover-lhe a prestação, a adaptabilidade (possibilidade de atualização e modernização do serviço público), a impessoalidade, a continuidade, a modicidade de tarifas e a universalidade.

Tendo isso sido feito, poder-se-á enfim concluir que, se do ponto de vista econômico a universalização é desejável, do ponto de vista jurídico é imperativa. Sendo um princípio do regime de direito público, a universalidade pode ser perfeitamente argüida como norma jurídica incidente sobre determinado caso. Dadas as circunstâncias, nada impede que tal norma, num exercício interpretativo em que se sopesam princípios jurídicos conflitantes, afaste a incidência de outro princípio jurídico como, por exemplo, o da eficiência, contido no artigo 37 da Constituição e constantemente interpretado de modo a privilegiar a aceção alocativa do termo no âmbito da administração pública.

Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão

ALEXANDRE DITZEL FARACO

1. Introdução. 2. Desenvolvimento e políticas públicas. 3. Condições de desenvolvimento e pluralismo. 4. Pluralismo e liberdade de expressão enquanto direito subjetivo individual e garantia institucional do desenvolvimento. 5. Liberdade de expressão, desenvolvimento e a legitimidade de uma regulação interventiva na radiodifusão. 6. Garantia da concorrência e regulação da radiodifusão na perspectiva do pluralismo e do desenvolvimento: relações e limites. 7. Elementos para uma regulação específica da radiodifusão voltada ao pluralismo e ao desenvolvimento.

1. Introdução

A regulação do poder econômico em relação à radiodifusão envolve uma inevitável interpenetração entre liberdades econômicas e políticas. A disciplina daquela atividade afeta o exercício destas últimas de forma muito mais direta do que se verifica em outros setores da economia.

Quem presta um serviço de tal natureza não está apenas no exercício de liberdades econômicas, mas também pode ser visto como exercendo liberdades políticas que lhe são próprias. Por outro lado, o regime de prestação dos serviços de radiodifusão será condicionado pelas liberdades políticas de terceiros não vinculados ao seu prestador.

Ambas as categorias de liberdades, que se manifestam em diversos direitos e garantias positivadas em âmbito constitucional, se relacionam ao reconhecimento da existência do poder, e de processos para sua obtenção e acumulação, como um dado inelutável e fundamental de uma organização social.

Sem poder econômico, decorrência de um processo de diferenciação e descoberta, o processo concorrencial não existiria, nem teria razão para existir. Igualmente, sem poder político a organização política é inconcebível.

34. Eros Grau, "Constituição e Serviço Público", in Eros Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.), *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 263. O autor refere-se expressamente a Leon Duguit e Ruy Cirne Lima.