

A regulação das telecomunicações

AO DESAFIO QUE ME FOI FEITO procuro responder com uma reflexão pessoal mais virada para os desafios do futuro do que para a experiência do passado, daí resultando um texto corrido, quase exploratório, que visa, sobretudo, descobrir novos e melhores caminhos para a regulação.

Porquê regular?

A presente crise trouxe para a ribalta o problema da regulação. Basta passar os olhos pelos jornais, designadamente os mais ligados às áreas económicas e financeiras, e aí estão as permanentes referências ao problema, eventualmente com uma potencial fonte de equívocos, fruto da natureza desta crise.

A fonte de equívocos resulta, em meu entender, de que a generalidade de referências ao regulador (ou à regulação), quando não trazem qualquer adjetivação acoplada (e, habitualmente, não trazem), diz respeito à regulação financeira.

Para além do equívoco, agravado frequentemente pela implícita assunção de um só tipo de regulador financeiro, fica o mérito de responsabilizar pela crise quem mais por ela foi responsável, embora não isoladamente – o sector financeiro, entendido com grande abrangência.

Mas, talvez mais perturbador que esse equívoco seja tudo quanto resulta da ambiguidade que rodeia o conceito e a operacionalidade da regulação, nas várias abordagens que hoje surgem.

Necessário se torna, por isso, procurar, se possível, clarificar os conceitos para que se possa tentar dar uma resposta consistente à pergunta em título.

Tentando descodificar os entendimentos mais comuns ligados ao termo – regulação – que hoje proliferam, dois temas surgem claramente conectados, quando não mesmo confundidos, com a regulação: concorrência e políticas públicas.

Têm de ficar claro que, de facto, as fronteiras entre regulação e concorrência, por um lado, e regulação e políticas públicas, por outro, não são bem demarcadas, se é que podem mesmo existir – o que, obviamente, legitima as referidas confusões. Contudo, essa indefinição das fronteiras não significa, antes pelo contrário, que não haja campos próprios, não miscíveis,

a cada um dos três conceitos referidos, sendo crucial afirmar, sem rodeios, que regulação não é política de concorrência, embora lhe não seja alheia, e regulação também não é política pública, embora a não possa, nem deva, ignorar. Este triângulo – regulação, concorrência, políticas públicas – se bem analisado, pode permitir lançar melhor luz sobre o porquê e o alcance da regulação.

Se nos centrarmos, para já, no lado do triângulo [regulação-concorrência], com frequência surge a ideia de que a regulação sectorial, já que a política (regulação) da concorrência é transversal a toda a economia, não é mais que uma instituição transitória que culminará com a supressão das suas funções que serão, naturalmente, absorvidas pela regulação transversal ou da concorrência.

Entrando um pouco no jargão da regulação, a regulação sectorial é considerada, habitualmente, como uma regulação *ex ante* (uma regulação estrutural, lida de um modo algo simplista), enquanto a regulação transversal, de concorrência, é designada como regulação *ex post* (uma regulação mais comportamental, também em linguagem simplista). A expectativa de que a primeira possa desaparecer para desaguar na segunda tem implícitas duas hipóteses fundamentais:

1.^a que a regulação sectorial tem como fonte exclusiva falhas estruturais de mercado;

2.^a que a acção desta regulação, desde que consistente, tenderá a fazer desaparecer essas falhas de mercado, dando lugar à sua própria extinção por ter desempenhado cabalmente o seu papel. Claro que isto é equivalente a admitir que esse é também, e só, o seu objectivo. A regulação sectorial seria, assim, uma espécie de proto-regulação da concorrência, em linguagem biológica, uma fase inicial ou transitória, de um processo de metamorfose em que o estádio final será a política ou a regulação da concorrência.

A ser assim, a prévia referência ao triângulo perderia todo o sentido pois ela colapsaria em absoluto fundindo-se no lado regulação-concorrência para, dinamicamente, evoluir para um único ponto – o vértice definidor da concorrência.

Tal decorreria da irrelevância da consideração de quaisquer outras fontes de legitimação da regulação sectorial, e em particular da irrelevância das políticas públicas no quadro de referência da legitimação da regulação sectorial, quer no que toca ao seu funcionamento, quer, também e não menos relevantemente, aos seus objectivos finais.

Esta visão tem estado implícita (ou mesmo explícita!) em documentos estratégicos comunitários e é bem acolhida e explicada por abordagens teóricas da regulação económica.

É aqui que, de facto, se vai, em muito, beber a ideia de que são as falhas de mercado que a podem justificar (mesmo assim, cautela, porque é necessário provar – e bem – que os seus beneficiários económicos – os objectivos atingíveis – excedem os custos desse novo instituto).

Eliminada que seja, se o for, a falha de mercado, está lida a sentença de morte da regulação *ex ante*.

No fundo, isto não é muito diferente das posições que, nos anos 80 do século XX, vi defender no seio da Comunidade Europeia, de que não era necessária qualquer política industrial. Bastava a política de concorrência. E, no entanto, a história mostra que os fundamentos da regulação são de outra natureza, muito mais ligada, afinal, à área das políticas públicas, sem que, obviamente, a noção de falha de mercado esteja ausente – daí a insistência no referido triângulo.

Pierre Rosanvallon (2008) (ver *O exemplo americano*), na óptica da esquecida ciência política, faz prevalecer, em termos históricos, a abordagem que podemos classificar como institucional da regulação, fundamentando-a na necessidade de criação de entidades capazes de ter como objectivo a defesa do interesse geral. É que, se a citação referida na caixa revela o vazio da defesa do interesse geral e a consequente necessidade de o preencher, P. Rosanvallon vai mais longe, afirmando que o argumento político baseado na deriva dos partidos não era o único para o estabelecimento de Autoridades Independentes, havendo três elementos de grande peso que a elas fazem apelo:

i) Em primeiro lugar, a necessidade de formar uma instituição dotada de um alto grau de “expertise”.

ii) A necessidade de estabelecer também formas de regulação evolutivas, flexíveis e reactivas, afastando se das concepções mecânicas da usual gestão burocrática.

iii) Era, também e finalmente, importante pôr de pé uma estrutura tendo uma capacidade arbitral. Não só entre as empresas, embora também entre elas, é claro. Só que, face às grandes empresas, era curial sobretudo proteger uma multidão de utilizadores dispersos, de forma a garantir que todos os interesses fossem equitativamente tidos em conta.

Daqui decorre que a regulação sectorial não é capaz de responder aos seus objectivos sem levar em conta as exigências de construção de mercados concorrenciais, se possível, mas em conformidade com objectivos de natureza

O EXEMPLO AMERICANO

Os Estados Unidos (da América) foram os primeiros a abrir a via de criação de autoridades independentes. Mesmo com muito avanço, pois no fim do século XIX foi criado um organismo desta natureza para regular a actividade dos caminhos de ferro, ao mesmo tempo pois que foi posta a questão de construção de um poder administrativo mais forte. As duas perspectivas participavam da mesma preocupação: desenvolver instituições funcionalmente ao serviço do interesse geral... Depois do fim da guerra civil, os partidos políticos e os tribunais envolveram-se neste vazio (de governação) que caracterizava o país, tendo-se imposto como as suas verdadeiras forças estruturantes. As “máquinas” partidárias tornaram-se, em primeiro lugar, as potências comandantes desse período. Elas constituem a todos os níveis as verdadeiras instâncias de coordenação e de impulsão. É a figura do *boss* e não do eleito que mais conta, sobretudo à escala local. É ele que mexe os cordelinhos e que tem a última palavra (“la haute main”) sobre a atribuição dos mercados públicos... A “privatização” do interesse geral a que assim procediam os partidos tinha por único contrapeso efectivo a intervenção dos juizes. Entre a hegemonia destes partidos e a fraqueza do Estado, os diferentes tribunais federais de justiça tentaram impor a sua voz e contribuir com as suas decisões para desempenhar uma função social de regulação e de reafirmação do sentido do bem comum... Mas os juizes estavam de tal forma perturbados pela incompetência e corrupção do mundo político que se transformaram, por reacção, em ardentes defensores das empresas e do “laissez faire”, considerando como um progresso necessário o facto de subtrair ao controlo de um poder estimadamente pervertido as actividades da sociedade... O argumento “político” (para criação das autoridades independentes) tinha sido decisivo numa América marcada pela deriva do sistema dos partidos.

in Pierre Rosanvallon (2008), *La légitimité démocratique*

política, sob condição de existência de uma instituição cujos estatutos e actuação assegurem a busca do interesse geral.

A regulação das telecomunicações em Portugal

Tendo em atenção o quadro atrás descrito, importa agora saber se a estrutura institucional de regulação em Portugal e a sua actuação se conformam com as condições acima descritas. A resposta cabalmente fundamentada a este desafio não pode ser dada sem uma digressão pormenorizada sobre a evolução do ramo das telecomunicações (agora designadas por comunicações electrónicas) em Portugal. Está, obviamente, fora do escopo de um artigo desta natureza fazê-lo. Mas essa omissão fica completamente ultrapassada solicitando ao leitor interessado a consulta da recente obra de João Confraria (2010) em que tal abordagem é feita, cobrindo um século de história, complementado por um longo anexo com toda a legislação relevante sobre o enquadramento institucional da regulação.

Duas notas quero, entretanto, relevar desta obra: a primeira está completamente capsulada no seu título: “O interesse público na Política de Comunicações”; a segunda tem a ver com uma inalienável chamada de atenção para a situação específica dos reguladores dos países que compõem a União Europeia.

No que toca à primeira nota é o interesse público (ou o interesse geral) que justifica a intervenção regulatória, como também as políticas públicas, criando aqui a tal ligação, imperdível, que já foi salientada. J. Confraria é lapidar nesta matéria escrevendo, designadamente: “Neste livro fala-se, sobretudo, de regulação ou de políticas públicas, neste sentido geral”. E, mais adiante, “Não se diferencia ao nível dos instrumentos nem dos objectivos entre regulação independente e regulação por actos do governo. Fala-se indistintamente de política e de regulação”. Mas esclarece logo que se adopta “por comodidade alguma simplificação de linguagem”, que a preocupação por uma análise histórica integrada bem legitima.

No que toca às questões suscitadas pela segunda nota, permito-me citar uma passagem do Prefácio que escrevi para esse livro: “E é nessa leitura do presente à luz da evolução centenária que, a meu ver, se encontra uma contribuição curial e de enorme actualidade que não resisto a citar: “... Como se deveria definir o interesse do Estado, fora dos qua-

drod tradicionais da nacionalidade dos accionistas ou trabalhadores, fora da autonomia de decisão económica de cada estado nacional?” E opina que “No fundo (há) um interesse nacional e (há) um interesse europeu. A coerência ou o conflito entre os dois conceitos, ainda que ancorados em interpretações económicas inequívocas, é mais uma matéria para investigações adicionais.”

E como contribuição própria para essa investigação... (mostra) que “deixa de haver uma consistência entre o interesse público a nível nacional e a promoção da eficiência num mercado internacional”.

As duas notas têm em comum um interesse público, mas com fronteira, agora, mais alargada a que o actual enquadramento legal do regulador português, o ICP ANACOM, dá pleno cabimento.

“
[...] as decisões do regulador nacional estão dependentes [...] da não oposição prévia das instâncias comunitárias e a revisão do Quadro Regulamentar europeu tem reforçado esta dependência [...]”

Efectivamente, a Lei das Comunicações Electrónicas (Lei 5/2004, no seu Artigo 5.º), estabelece como objectivos de regulação:

- a) Promover a concorrência na oferta de redes e serviços de comunicações, de recursos e de serviços conexos;
- b) Contribuir para o desenvolvimento do mercado interno da União Europeia;
- c) Defender os interesses dos cidadãos nos termos da presente lei.”

A alínea b) é a ligação pertinente à questão em apreço, mas tem um enquadramento bem mais largo que o sugerido pela leitura da redacção apresentada. É que a contribuição para o mercado interno está ligada a uma obrigação bem mais forte, característica específica deste sector, que é a subsidiaridade das leis nacionais que regem a regulação às Directivas Comunitárias. Isto significa que as decisões do regulador nacional estão dependentes, em muitos casos, da não oposição prévia das instâncias comunitárias e a revisão do Quadro Regulamentar europeu tem reforçado esta dependência, que convém ter permanentemente presente.

Esta dependência impõe ao regulador nacional uma actuação que, por um lado, a não ignore e, por outro, até a robusteça, na obediência à sua obrigação de contribuição para o aprofundamento do Mercado Único.

A independência típica do regulador, que o artigo 4.º da mesma lei assegura, tem assim uma vinculação que parece limitá-la, tal como a soberania partilhada no âmbito da EU parece limitar a soberania nacional. Mas isso é o custo de pertencer a um “grupo” que, por sua vez, permite auferir os benefícios associados. A questão é saber gerir bem esses custos e esses benefícios.

Citando, de novo, P. Rosanvallon, a independência é condição necessária, mas não suficiente, para a exigência de imparcialidade do regulador, uma das condições (mas não a única) de legitimação da sua autoridade.

Só que a invocação da imparcialidade, conforme refere Amartya Sen (2009), transfere o problema da regulação também para o campo da justiça. Citando Mary Wollstonecraft, uma militante revolucionária britânica e uma das iniciadoras do movimento feminista, refere que esta, em 1790, se perguntava se poderia haver uma interpretação satisfatória da moral em geral, e da justiça em particular, que limitasse a sua atenção a certas pessoas, excluindo outras, presumindo – nem que fosse implicitamente – que as primeiras contam e as segundas não. E acrescenta: “Mesmo se, por uma ou outra razão, nos concentrarmos sobre um grupo particular – como os membros de um país, de uma comunidade ou de uma família – importa sempre lembrar que esses esforços estreitos se inscrevem num quadro mais alargado, colocando cada um no seu lugar”. Em resumo, a inclusão universal faz parte integrante da imparcialidade e é nesse contexto que, no seu desenvolvimento, surge, exactamente, o assegurar o serviço universal. Mas a referência ao grupo particular – membros de um país – fez-nos regressar ao problema levantado por J. Confraria a que A. Sen, com base em Adam Smith e na sua esquecida obra “A Teoria dos Sentimentos Morais”, abre perspectivas de resposta com o conceito de “imparcialidade aberta”.

Define-a por oposição ao que designou por “imparcialidade fechada”, ou seja, o processo de constituição de julgamentos imparciais que só diz respeito aos membros de uma dada sociedade ou de uma dada nação e para as quais estas avaliações são produzidas”.

Em contrapartida, na imparcialidade aberta, “o processo de avaliação imparcial pode (e, por vezes deve) recorrer, entre outros, aos julgamentos vindos do exterior do grupo focal para evitar um enviesamento localista”.

Esta visão radica na ideia do “espectador imparcial” de Adam Smith, que “pode vir de muito longe, como do interior de uma comunidade, de uma nação ou de uma cultura. Segundo Smith, há lugar para um e para os outros – e temos necessidade dos dois.”

É isto que está em causa na conjugação entre o interesse nacional e o da União Europeia (e, depois, desta com o resto do mundo!), um enorme desafio que se põe ao novo Quadro Regulamentar Europeu, actualmente em transposição para a legislação nacional e, em particular, ao comportamento do BEREC (Board of European Regulators of Electronic Communications), peça nova e central desse Quadro. Mas o desafio que se põe a esse Quadro vai bem para além desse, pois comporta um problema de seu âmbito e alcance: serão as medidas e os remédios nele previstos os necessários e mais adequados ao dinamismo do sector?

E, pegando na alínea a) do artigo 5.º da Lei nº 5/2004 que impõe a promoção da concorrência também aos recursos e serviços conexos às comunicações electrónicas, não haverá necessidade de, numa interpretação que excede, é certo, o âmbito do actual quadro, alargá-lo aos conteúdos e até, eventualmente, a produtores de equipamento por exigência da actual convergência?

Como escreve P. Rosanvallon, a legitimidade de uma Autoridade Administrativa Independente (caso do Regulador) decorre do cumprimento de três condições: Imparcialidade, Reflexão e Proximidade.

Reflecti, espero que imparcialmente, sobre imparcialidade procurando tornar-me próximo do leitor para que a sua reflexão possa enriquecer a nossa e robustecer a nossa imparcialidade, bem como as configurações institucionais que melhor se adequem a uma boa “performance” do “triângulo” acima referido. ■

Referências bibliográficas

- CONFRARIA, João, “O Interesse Público na Política de Comunicações, 1910-2010”. Lisboa: Fundação Portuguesa das Comunicações, 2010.
- ROSAVALLON, Pierre, “La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité”. Paris : Ed. du Seuil, 2008.
- SEN, Amartya, “The Idea of justice”. Londres: Penguin Books, 2009.
- SMITH, Adam, “The Theory of Moral Sentiments”. Oxford: Clarendon Press, ed. 1979.