

Os Novos Campos da Regulação*

Marie-Anne Frison-Roche

Professora das Universidades no Institut d'Etudes Politiques de Paris (Sciences Po). Diretora da Cadeira de Regulação

Sumários: 1 Os setores repensados em termos de regulação - 2 As outorgas como campo autônomo de regulação - 3 O além e o aquém do setor como novos campos próprios de regulação - 4 A consequência da multiplicação dos campos da regulação: a construção da interregulação

O tema escolhido consiste em determinar os novos fenômenos, os novos objetos, as novas organizações, que são atualmente regidos por certos mecanismos de regulação, embora eles não o fossem anteriormente, ou não desse mesmo modo. Trata-se também de abordar os fenômenos que não têm sido submetidos a essas regulações, mas que começam a ser pensados nesses termos, para os quais notadamente se imagina criar um regulador (como se está fazendo para o setor postal e como se tem pensado em fazer para a segurança alimentar).

Por definição, falar-se de “novos campos da regulação” pressupõe a entropia da regulação, o aumento do campo de seu domínio. É por isso que, implicitamente, o tema parte de uma concepção restritiva da regulação,¹ não a associando ao conjunto de mecanismos que reequilibram certos interesses contraditórios (concepção ampla à qual se refere notadamente a lei francesa de 15 de maio de 2001 sobre as novas regulações econômicas² e que remete às definições bastante amplas de regulações

* Texto originalmente publicado na *Revue française d'Administration publique*, n° 109, Paris: Ecole Nationale d'Administration, 2004, p. 53-63. Agradecemos à autora pela sua gentil colaboração com o tradutor e autorização para a publicação deste artigo. Tradução de Thales Morais da Costa (Doutorando em Direito pela Universidade Paris 1 - Panthéon-Sorbonne).

¹ Sobre as múltiplas definições, por vezes estranhas entre si, por vezes contraditórias entre si, que pode receber a regulação, o que exige que sempre se estabeleça aquilo de que se fala antes de se falar a seu respeito, v. Jeammaud (A.), “Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu”, in Martin (G.) e Clam (J.) (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ (col. Droit et société), 1998, p. 47-72.

² Sobre essa lei, v. por ex. Bandrac (M.) e Dom (J.-P.), *Loi NRE et autres réformes – Réflexions et solutions pratiques en droit des sociétés*, Joly, 2002; Bonneau (Th.) (clin), *Nouvelles régulations économiques*, Paris, Litec, 2002; *La loi NRE et le droit des sociétés*, Paris, Montchrestien, 2003. Em sua maioria, os comentaristas não dão qualquer coerência a essa lei, que justapõe disposições pontuais. Para uma concepção mais próxima dessa definição da regulação como reequilíbrio de poderes, o que faz homenagem à coerência do texto, v. Frison-Roche (M.-A.), “Droit du travail et droit des sociétés: l'unité de la régulation des pouvoirs dans l'entreprise”, in *Regards croisés sur le droit social*, Semaine Sociale Lamy, supl. n° 1095, octobre 2002, p. 49-51.

concretizando certas preocupações sociais ou ecológicas na organização econômica)³ ou ainda ao conjunto de políticas públicas.⁴ O ponto de partida deste estudo é mais estreito e diz respeito principalmente aos mecanismos complexos que organizam os setores regulados. O vínculo primeiro é portanto aquele que atrela uma regulação a um setor: a cada setor, sua regulação.⁵

A regulação aparece então como uma aparelhagem jurídico-econômica utilizada para construir um setor e manter dentro dele certos equilíbrios — emergência e permanência que não podem surgir pelas próprias forças do mercado, ou seja, pelo simples sabor da competição de empresas que, entretanto, têm a liberdade de competir entre si.⁶ A regulação pode então ser o meio de fazer surgir uma concorrência efetiva na medida em que a simples extinção dos direitos outrora conferidos a certos monopólios não se revela suficiente. Ela também pode visar a manter um setor num equilíbrio entre um princípio de concorrência e outros princípios. Então, estes últimos são princípios que não são necessariamente induzidos da concorrência (por exemplo, a segurança dos produtos), ou são mesmo estranhos ao dinamismo concorrencial. É o caso da prevenção do risco sistêmico na regulação do setor bancário, ou da proteção do pluralismo democrático das opiniões na regulação do audiovisual. Pode tratar-se ainda de princípios contraditórios com o princípio de concorrência, como o direito de cada indivíduo a um bem essencial

³ Ao que correspondem as teorias sociológicas da regulação, ou seja, certos equilíbrios sociais (v. esp. Commaille (J.) e Chazel (F.) (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ (col. Droit et société), 1991). Isso tem relação também com a teoria econômica que é qualificada por vezes como “l'école française de la régulation”, o que reflete notadamente a série de *L'Année de la régulation* (para uma apresentação bastante clara e instrutiva dessa concepção da regulação, reportar-se-á ao estudo de Robert Boyer: “L'après-consensus de Washington: institutionnaliste et systémique?”, in *L'Année de la régulation. Économie, institutions, pouvoirs*, vol. 5, 2001, p. 13-56). Ademais, é concebível a regulação das relações sociais sob o modelo das regulações de setor, mas se trata então de proceder por analogia e não por englobamento, o que não produz os mesmos efeitos (sobre essa possível analogia, v. Frison-Roche (M.-A.), “Le besoin conjoint d'une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés”, in *L'avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale. Les dynamiques de changement et la protection des travailleurs*, Paris, Institut international d'études sociales, 2002, p. 175-189).

⁴ Dimensão que exprime o vocábulo inglês de *regulation*, que visa à regulamentação. Sobre a confusão lamentável que isso pode gerar, em razão do homônimo entre o termo inglês (*regulation*, ou seja, “regulamentação”) e o termo francês (*régulation*, ou seja, manutenção de equilíbrio através de diversos instrumentos, no meio dos quais a regulamentação figura entre outros), v. Frison-Roche (M.-A.), “Définition du droit de la régulation économique”, *Recueil Dalloz* 2004, chroniques, p. 126-129 (cuja tradução foi publicada na *RDPE* 9, jan./mar. 2005, p. 20-217, sob o título “Definição do direito da regulação econômica” – N. do T.).

⁵ Du Tertre (Ch.), “La dimension sectorielle de la régulation”, in Boyer (R.) e Saillard (Y.) (dir.) *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte (col. Recherches), 2002, p. 313-322.

⁶ Sobre essa concepção, v. Frison-Roche (M.-A.), “Le droit de la régulation”, *Recueil Dalloz* 2001, chroniques, p. 610-616. Sobre sua discussão, v. Boy (L.), “Réflexions sur le ‘droit de la régulation’ (A propos du texte de M.-A. Frison-Roche)”, *Recueil Dalloz* 2001, chroniques, p. 3031 s.

dominantes no setor das telecomunicações, ou a crise lenta mas certa da regulação do setor financeiro¹⁰ — modificaram os próprios termos da balança: ela não mais se realiza necessariamente entre a concorrência e outros temas, mas pode se articular entre a prevenção dos riscos de sistema e outros temas. A concorrência que era o termo principal da equação, em relação ao qual os outros princípios se organizavam, poderia passar ao *status* de uma das considerações que podem existir em equilíbrio com o essencial da regulação, que seria então a prevenção dos riscos.

Se o objeto principal da regulação torna-se a prevenção dos riscos no lugar ou ao lado da concorrência, então a regulação pode encontrar novos campos. Não se trata aqui de alistar os setores mas de abordar três movimentos que, pela sua lógica respectiva, oferecem novos territórios à regulação. Em primeiro lugar, os setores anteriormente subtraídos à regulação serão repensados nesses termos. Em segundo lugar, não são mais os setores em si mesmos que serão regulados, mas, sim, o acesso a tais setores. Nós entramos num sistema de regulação das outorgas. Em terceiro lugar, as regulações assumem contornos que às vezes ultrapassam os do setor, ou, ao contrário, se restringem aquém de tais limites. A inter-regulação torna-se então crucial.

1 Os setores repensados em termos de regulação

Isso explica que os setores que haviam de alguma forma escapado dos mecanismos de regulação — tais mecanismos tendo sido utilizados para ali insuflar a concorrência — estão retornando à esfera das regulações, pois, embora a concorrência tenha sido instalada, os riscos não foram nem delimitados nem controlados. O transporte aéreo fornece um bom exemplo desse fenômeno. Com efeito, a abertura à concorrência foi um sucesso, ainda que continuem fortemente reguladas as instalações essenciais que são os aeroportos. Porém, a regulação do transporte aéreo revigora-se cada vez mais através dos temas da segurança dos aviões, dos trajetos etc. Com efeito, a observação do setor mostra que a concorrência sobre os preços

¹⁰ Essa crise da informação e da fiabilidade da informação começou com o caso Enron e continua a se aprofundar sem se traduzir, todavia, em catástrofes - a crise de regulação se assemelhando com isso aos "craks suaves" que atingem atualmente os títulos de bolsa. A despeito da fulgurância da lei *Sarbanes-Oxley* adotada pelos Estados Unidos em agosto de 2002 e da lei francesa de segurança financeira, de 1º de agosto de 2003, a reconstrução normativa ocorre, ela também, lentamente (dentre uma literatura abundante, v. por ex. Frison-Roche (M.-A.), *Les leçons d'Enron*, Paris, Autrement, 2003; Mistral (J.), De Boissieu (Ch.), Lorenzi (J.-H.), *Les normes comptables et le monde post-Enron*, Paris, Conseil d'analyse économique, La Documentation française, 2003).

obrigando a satisfazer os consumidores insolventes (como se observa na regulação da energia).⁷

O estabelecimento dessas características básicas da regulação resultou de um esforço considerável, notadamente porque elas traduzem uma concepção diferente daquela que se criou em França a partir da noção de serviço público.⁸ Elas ainda são o objeto de árdios debates. No entanto, como se, num dado momento, o assunto escorregasse de novo entre os dedos, os contornos da regulação estão se deslocando, não nos debates que se pode ter a seu respeito, mas na realidade mesma do direito positivo. Se se procurar uma causa primeira dessa evolução, descobrir-se-á que os contornos da regulação estão mudando porque o objeto da regulação está mudando.

Com efeito, a concepção instrumental inerente ao direito da regulação — o qual tira seus princípios dos fins que persegue (método comum ao direito da regulação e ao direito da concorrência) — implica que uma inflexão nos objetivos visados não somente modifica os instrumentos e seu manejo, mas também os contornos mesmo do corpo de regras, de instituições e de decisões, as quais apenas têm sentido se decorrentes de seus fins. Ora, durante as últimas décadas, que se parta do mercado concorrencial para inserir em seu meio outros princípios, ou que se parta do direito dos serviços públicos para insuflar a concorrência na organização, a regulação tem contrabalançado o princípio da concorrência com outros princípios — as reflexões dizendo mais respeito à dosagem do que aos termos dessa balança.

No entanto, as diversas crises que atingiram recentemente os sistemas de regulação — por exemplo, a crise da regulação energética no Estado da Califórnia⁹ ou na Itália, as dificuldades financeiras de operadores

⁷ Sobre a noção problemática de “direito à eletricidade”, decorrente da lei de 10 de fevereiro de 2000 sobre o serviço público de eletricidade, v. Frison-Roche (M.-A.), “Droit de l’énergie, droit à l’énergie”, in *La Revue de l’Energie, numéro anniversaire 50 ans*, setembro 1999, p. 615-618. Sobre a idéia mais ampla de uma espécie de “direito ao serviço universal”, v. Sauron (J.-L.), “L’ouverture des services publics à la concurrence: le retour de Colbert?”, *D. A. 1997, chroniques*, pp. 588-595, p. 591. De um modo ainda mais geral, sobre a evolução do sistema jurídico que multiplica não somente os “direitos de”, mas também os “direitos a”, v. Cohen (D.), “Le droit à...”, in *L’avenir du droit*, Mélanges pour François Terré, Paris, Dalloz-PUF-Jurisclasses, 1999, p. 393-400.

⁸ Dentre uma literatura considerável, é possível se reportar particularmente a: Chevallier (J.), *Le service public*, 5^o éd., PUF (col. “Que sais-je?”), 2003; Denoix-de-Saint-Marc (R.), *Le service public*, Rapport au Premier ministre, Paris, La documentation française, 1996; v. aussi Stoffaës (Ch.), *Services publics, question d’avenir*, Paris, La Documentation française-Odile Jacob, 1995; Nicolas (M.) e Rodrigues (S.), *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, Paris, ISUPE, 1998.

⁹ Sobre a demonstração segundo a qual se trata, sim, de uma crise de regulação antes de ser uma crise econômica, visto que a pluralidade dos atores suscitou sua colusão ao invés de os colocar em competição, v. Glachant (J.-M.), “La crise californienne, démonstration de la défaillance du système de régulation”, in *La cohérence des systèmes de régulation économique*, Paris, Presses de Sciences-Po, Dalloz (col. Droit et Economie de la régulation) (no prelo).

acabou por ameaçar a efetividade das normas de segurança. Além disso, tais normas não podem não ser comuns ao conjunto do setor (o qual é agora global), o que conduz a fazer passar o setor de um sistema internacional (principalmente construído sobre certos compromissos bilaterais) para certos mecanismos normativos verdadeiramente globais.¹¹

Através desse exemplo, percebe-se não somente que a regulação pode retornar a um setor do qual ela havia se retirado — retirada justificada pelo fato de que a organização monopolística e de serviço público tinha deixado lugar a uma plenitude concorrencial; retorno fundado numa preocupação de segurança que a concorrência não preservou, ou colocou em perigo. Além disso, a partir do momento em que a regulação não mais tem por fim a maturação concorrencial do setor (fim que permitia uma regulação concebida como temporária e, em consequência, inútil após sua vitória), ela se torna definitiva. Mais ainda: a regulação, contrariamente ao direito da concorrência, vai levar em consideração não tanto o tipo de propriedade do capital como, de um lado, a nacionalidade do capital — conforme o demonstra a lei francesa de 9 de abril de 2003, que associa à perspectiva de privatização de Air France o estabelecimento prévio de meios jurídicos de controle do caráter nacional da companhia — e, de outro lado, a capacidade capitalística de fazer os investimentos necessários.

Essa evolução recoloca a questão primeira no centro da regulação: qual é seu uso? qual é o objetivo da regulação? Não basta se dizer que se trata de um equilíbrio entre concorrência e serviço público, em razão da grande plasticidade desta noção.¹² Com efeito, o serviço público acaba por aparecer não mais como o que engloba a concorrência,¹³ mas como tudo que não é simplesmente concorrencial, o que faz então do serviço público a categoria residual da concorrência. Em lógica jurídica, a categoria residual não tem definição própria, mas uma simples definição negativa. Assim, o móvel se define como um bem que não é um imóvel; a responsabilidade delitual se define como a responsabilidade que não é contratual. Se o serviço público se define como o que não é concorrencial, proíbe-se

¹¹ Sobre essa evolução, v. Direction des transports aériens, *Transport aérien et mondialisation: quel cadre juridique?*, 2001.

¹² V. em último lugar, "L'Europe de l'électricité entre concurrence et service public", *Revue Politique et Parlementaire*, sept.-déc., 2003.

¹³ Que é o sentido que lhe havia atribuído a lei de 10 de fevereiro de 2000 referente à modernização e ao desenvolvimento do serviço público de eletricidade, v. por ex., Courivaud (H.), "La loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité", *JCP éd. E*, 2000, p. 1029-1038.

então que se lhe atribua uma definição própria, o que afeta necessariamente o equilíbrio do todo.

Então, é preciso retornar ao exercício de definição dos objetivos da regulação, exercício instável e incessante, à imagem da regulação em si mesma. Esses objetivos não podem ser reduzidos à salvaguarda de direitos exclusivos. Se se abordar o tema da regulação do setor postal, constata-se que, como as diretivas comunitárias sobre a liberalização desse setor conduzem a redesenhar os direitos que *La Poste** detém com exclusividade, a delimitar o que os justifica, é preciso passar pela determinação dos objetivos da regulação desse setor, o que supõe que se explicita o objeto mesmo da atividade postal. Se se afirmar, através de uma perspectiva trivial e técnica, que a atividade consiste no encaminhamento do correio, obtém-se uma regulação que impede o exercício de atividades que não se vinculam a tal objeto. Se se afirmar — trata-se então de uma decisão de natureza política — que *La Poste* relaciona-se com o vínculo social, notadamente pelo atendimento da população nas agências de correio, então se colocará que a regulação se concentrará sobre a rede postal (o que aproximará o setor postal das indústrias de rede) e se poderá justificar que o operador público conserve e desenvolva essas atividades financeiras.

Para aprofundar esse tema crucial das atividades financeiras e bancárias de *La Poste*, três reflexões são possíveis. Ou essas atividades são consideradas sem relação com aquilo para que os operadores postais protegidos são feitos, proibindo-se, notadamente, que a empresa pública possa se apoiar sobre uma rede de agências de correio afetada a uma outra atividade. As atividades financeiras e bancárias têm então o estatuto, se não de deturpação, pelo menos de atividades que o direito da concorrência deve fiscalizar muito estreitamente. Ou, partindo-se das mesmas bases de extravagância das atividades financeiras e bancárias exercidas pelos operadores postais, sobrepõe-se o argumento do equilíbrio financeiro geral do operador de serviço público, o qual, se privado desses recursos, estará numa situação tão difícil que o encargo de assegurar a transmissão do correio será comprometido. Lembre-se que o acórdão *Corbeau* da Corte de Justiça das Comunidades Européias de 19 de maio de 1993¹⁴ se apoiava sobre esse raciocínio. Ou, por fim, estima-se que o operador postal público é

* “La Poste” é o operador público do setor postal francês, encarregado do encaminhamento do correio e autorizado a prestar serviços bancários, financeiros e de seguros (N. do T.).

¹⁴ Rec. 1993, I-02533.

encarregado de conservar o vínculo entre as pessoas, de fazer com que as pessoas isoladas (geograficamente, mas também em razão de baixos recursos) continuem no grupo social; então, as atividades financeiras e bancárias de *La Poste* se vinculam ao que é central no serviço público, ou seja, o bem público, permitindo que não sejam excluídas as pessoas que os bancos ordinários não desejam como clientes. O conceito de “banco social” permite modificar os objetivos perseguidos e, conseqüentemente, a aplicação das regras. O parecer consultivo do Conselho da Concorrência* de 25 de junho de 1996 sobre os serviços financeiros de *La Poste* vai nesse sentido.¹⁵

Esse exemplo da regulação postal demonstra que, quando um setor deixa a organização por monopólio sob tutela para entrar num sistema de regulação,¹⁶ isso não somente oferece novos campos à regulação mas também deriva de ou implica uma redefinição daquilo para que é feita a respectiva atividade econômica. É a dialética entre essa definição e os instrumentos de regulação que redesenha os contornos da regulação, notadamente com relação ao direito da concorrência.

De um modo mais prospectivo, deve-se pensar nesses termos a organização do setor agrícola.¹⁷ Com efeito, se se confrontar pura e simplesmente o setor agrícola ao direito da concorrência — o que foi feito pela Comissão européia na sua decisão FNSEA de 2 de abril de 2003, condenando os sindicatos agrícolas por terem praticado preços mínimos a fim de salvar a linhagem do boi atingida pela crise da vaca louca —,¹⁸ tender-se-á a ver numa tal organização apenas uma colusão.¹⁹

Se se pensar o setor em termos de regulação, observar-se-á que, contrariamente a certos mercados de bens e de serviços, os imperativos de produção são — como para as redes de infraestrutura — mecanismos

* O “Conselho da Concorrência” é a autoridade francesa de concorrência, titular de competências consultivas e contenciosas e encarregada de zelar pelo bom funcionamento da concorrência nos mercados (N. do T.).

¹⁵ Parecer consultivo n° 96 A 10, BOC 1996, p. 443 e s.

¹⁶ Sobre o movimento geral, v. “Tutelles et régulations comparées”, in *Services publics comparés en Europe: exception française, exigence européenne*, Travaux de la promotion Marc Bloch, Ecole nationale d’administration, t. 2, Paris, La Documentation française, 1997, p. 486-561. V. também Laget-Annamayer (A.), *La régulation des services publics en réseaux, Télécommunications et électricité*, Paris, LGDJ/Bruylant, 2002, p. 17 e s.

¹⁷ V. por ex. Boyer (R.), *Les problématiques de la régulation face aux spécificités sectorielles*, Cahiers d’économie et sociologie rurales, n° 17, 1990; Mollard (A.), “L’agriculture entre régulation globale et sectorielle”, in Boyer (R.) et Saillard (Y.) (dir.), *Théorie de la régulation. L’état des savoirs*, préc., cap. 33; Allaire (G.), “Croissance et crise en agriculture”, *ibid*, cap. 34; Krol (J.-Ch.), “Politique agricole et échanges internationaux: dynamique de la régulation en Europe et aux Etats-Unis”, in *Mondes en développement*, t. 30, 2002, p. 65-74.

¹⁸ V. por ex. Godard (O.), Henry (Cl.), Lagadec (P.) e Michel-Kerjan (E.), *Traité des nouveaux risques*, Paris, Gallimard (col. Folio), 2002, p. 321-355.

¹⁹ Courivaud (H.), *Agriculture et droit de la concurrence*, *Dalloz Affaires* n° 26, 1997, chroniques, p. 812-822.

frágeis de investimento a longo prazo se inserindo em políticas agrícolas. O setor agrícola deve então ser pensado em termos de equilíbrio entre a concorrência e a segurança de abastecimento (como se faz em matéria de energia), entre a concorrência e a segurança dos objetos (como se faz em matéria nuclear e em matéria de saúde pública). A economia do setor seria então melhor restabelecida por um direito comunitário que foi construído em se distinguindo demasiadamente a política agrícola de um lado e a concorrência dos mercados do outro.

O conjunto dessas considerações não coloca em dúvida o princípio básico do vínculo entre a regulação e o setor. A permanência dessa lógica que associa os contornos de um setor a um aparelho próprio de regulação pode, por si mesma, produzir certas mudanças. Com efeito, segundo o princípio lógico de que, para que nada mude, é preciso mudar a regra quando o objeto muda, se os setores modificam seus contornos, então as regulações se reajustam por reflexo e aumentam seu campo proporcionalmente.

Isso é evidente sobretudo no caso das regulações financeiras. Com efeito, um primeiro truísmo dispõe que o objeto das regulações financeiras é constituído pelos mercados financeiros. Tal postulado é retomado pela lei francesa de 1º de agosto de 2003, relativa à segurança financeira, que limita os poderes da Autoridade dos Mercados Financeiros* aos contornos do setor.²⁰ Entretanto, foi constatado, num primeiro momento, que os bancos são operadores-chave dos mercados financeiros, não somente porque eles controlam as empresas de investimento mas também porque eles fabricam os produtos financeiros. A evolução resultou em seguida em fazer praticamente fundir os produtos de seguro e os produtos financeiros, as seguradoras propondo produtos de seguro que funcionam como produtos financeiros, ao mesmo tempo em que os produtos financeiros derivados são eles mesmos concebidos como instrumentos de cobertura de riscos.

Essa evolução dos setores conduziu na Alemanha e na Inglaterra a se oferecer ao regulador financeiro o poder de regular o setor bancário, ou o setor dos seguros, ou os dois. O *Financial Services Authority* domina os três setores não somente porque existe uma substituidade entre os produtos mas também porque o risco sistêmico passa de um ao outro, de sorte que um incidente na regulação bancária pode ser desastroso sobre

* A "Autoridade dos Mercados Financeiros" é o regulador do setor financeiro francês (N. do T.).

²⁰ Sobre essa dimensão, v. Coquelet (M.-L.), "Brèves remarques à propos d'une fusion attendue: la création de l'Autorité des marchés financiers", in *La Loi de sécurité financière*, n° spéc. *Petites Affiches*, 14 novembre 2003, pp. 6-11; Rameix (G.), "L'Autorité des marchés financiers", *ibid.*, pp. 12-14; Frison-Roche (M.-A.), "Les contours de l'Autorité des Marchés Financiers", *Mélanges AEBDF*, Banque Editeur, no prelo.

os mercados financeiros e vice-versa. A partir do momento em que a regulação coloca como primeira preocupação a prevenção e a gestão dos riscos de sistema, a regulação deve ter como campo não mais tanto os contornos de um setor mas os contornos da geografia de propagação dos riscos. Isso é verdade tanto para a regulação do risco sanitário como para a regulação do risco financeiro.

É assim evocada a geografia econômica dos setores que, ou organizam tais correlações entre setores, ou abraçam diversos setores. Mesmo quando a regulação pôde fazer nascer uma concorrência efetiva no meio do setor, o fato de que este seja constituído por redes necessita a manutenção da regulação do acesso. A regulação vai então deixar o domínio do setor inteiro, notadamente porque uma concorrência suficiente já se terá podido implementar, para se concentrar sobre um campo específico: a outorga. Isso conduz à idéia de que a ela se poderia restringir a regulação, deixando notadamente a vigilância do setor à autoridade de concorrência mas instituindo ou mantendo reguladores específicos para a organização das interconexões.

2 As outorgas como campo autônomo de regulação

Quando a liberalização dos setores coincide com a criação de regulações, esta é a conseqüência da constatação de que não basta declarar a concorrência, é preciso construí-la. Disso decorre uma regulação dita “assimétrica”, ou seja, que visa abertamente a enfraquecer o poder de mercado do operador histórico, freqüentemente público, para tornar o setor atrativo a novos operadores. O acesso ao setor é então considerado como uma espécie de porta aberta, a regulação funcionando então temporariamente como o degrau de acesso à concorrência.

No entanto, o que se revela cada vez mais claramente é a influência determinante e duradoura das outorgas, ou seja, dos acessos considerados em si mesmos, organizados enquanto tais. Certo, o direito da concorrência pode fazer com que as outorgas desapareçam, que o acesso ao mercado seja sem barreiras, que os titulares dos pontos de passagem — por exemplo, aqueles que são dominantes no mercado das matérias-primas, em relação à estrutura do mercado dos produtos fabricados — não abusem de sua condição.

Porém, mais freqüentemente, as outorgas estão na natureza das coisas; elas dizem respeito à noção de monopólio natural, elas requerem regulações definitivas. É o caso para as outorgas às redes de transporte, de impulsos

de telecomunicações, de difusão hertziana, de correio, de eletricidade,²¹ mas também aos caixas automáticos dos bancos. A separação entre o direito da concorrência e o direito da regulação ainda se opera pela escolha entre a regulação *ex post* pela teoria das instalações essenciais no direito da concorrência²² e a regulação *ex ante* pelos mecanismos de autorizações, de licenças, e de tarifação assegurados por um regulador. É por isso que o Conselho da Concorrência, ao formular, no dia 16 de maio de 2003, um parecer consultivo sobre a adequação do novo dispositivo de regulação do setor postal, compara o projeto de lei que lhe foi submetido às soluções que a teoria das instalações essenciais teria implicado apenas com base no direito da concorrência.²³

Em relação ao tema da novidade, observar-se-á que a organização de tais passagens de outorga parece ser algo bem sedimentado. Entretanto, se se deslocar o centro da regulação do setor à outorga ao setor, e se se preocupar com a outorga não tanto para instalar a concorrência no setor, mas mais por causa dos riscos que se concentram nela, isso tem diversas conseqüências inéditas. Em primeiro lugar, o administrador das redes de transporte, sendo encarregado de organizar a outorga a essa infraestrutura, segue cada vez mais os passos do regulador, notadamente ao elaborar os contratos de interconexão.²⁴ Em segundo lugar, embora se pense pouco em estabelecer reguladores setoriais europeus,²⁵ persiste a idéia de organizar as interconexões das redes. A partir do momento em que a regulação das outorgas se distancia em relação à regulação dos setores, pode se conceber a articulação das regulações dos setores (regulações essas que continuam a ser nacionais) com as regulações européias da interconexão das redes de transporte.

Enfim, a outorga por excelência é constituída pela Internet. Com efeito, o Conselho da Concorrência avaliou corretamente que a Internet não constitui um mercado enquanto tal, mas mais um modo de acesso a diversos mercados. De maneira mais precisa, as autoridades norte-

²¹ V. por ex. Bornard (P.), "Les gestionnaires de réseau de transport dans le monde: leur organisation" in "L'Europe de l'électricité entre concurrence et service public", *op. cit.*, p. 61-70.

²² V. por ex. Glais (M.), "Facilités essentielles: de l'analyse économique au droit de la concurrence", in *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 2002, p. 403-423.

²³ Parecer consultivo n° 03 A 06, disponível no sítio da internet do Conselho da Concorrência.

²⁴ Merlin (A.), "Le marché européen de l'électricité et son développement: le rôle des gestionnaires de réseaux de transport", in *L'Europe de l'électricité entre concurrence et service public*, *op. cit.*, p. 39-43.

²⁵ No sentido de uma preconização de tais reguladores europeus, v. Stoffaès (Ch.) (dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, rapport au ministre des affaires européennes, Paris, ISUPE, 2003. V. também Hansen (J.-P.), "La construction d'une culture européenne de régulation faisant l'économie de l'articulation entre régulations hétérogènes", in *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences-Po/Daloz (col. Droit et Economie de la Régulation), 2004, p. 171-179.

americanas estimam que a Internet constitui um mercado de acesso, pois o acesso é um valor que se vende: o acesso ao bem é ele mesmo um bem. Mais aprofundadamente, é possível que o acesso seja um bem ainda que aquilo a que se acesse não seja um bem mercantil.²⁶ A regulação da Internet, qualquer que seja seu modo, é portanto a regulação do acesso, com a dificuldade decorrente do fato técnico da dissociação entre o instante da entrada e a disponibilidade total e multi-territorial. A experiência chinesa mostra que é fácil bloquear radicalmente o acesso, mas uma regulação é raramente no tudo ou nada e se situa mais entre os dois, ou seja, aqui, na filtragem.²⁷ De forma notável, a evolução das sanções adequadas de comportamentos ilícitos cometidos na Internet toma cada vez mais a forma de bloqueios de acesso organizados no interior mesmo da rede.²⁸

Passou-se assim do setor à outorga, deslocamento da regulação que coloca em seu centro o que estava na periferia. A novidade é mais radical quando o vínculo entre a regulação e o setor deixa lugar para um vínculo da regulação se realizando diretamente — seja sobre certos produtos, seja sobre certos operadores. Isso se deve ao fato de que a concorrência continua sendo assunto de setor, mas o risco é freqüentemente assunto de produtos e de pessoas, o deslocamento geral da regulação (da concorrência para o risco) justifica uma tal evolução.

3 O além e o aquém do setor como novos campos próprios de regulação

Certos produtos contêm riscos que têm a característica de se espalhar de produtos em produtos, de setores em setores.²⁹ O exemplo de produtos alimentares infectados é o primeiro a vir à mente, mas decorrem dessa mesma idéia os produtos financeiros derivados cuja volatilidade pode contaminar os mercados, ou os vírus de informática. É a circulação dos objetos que gera a catástrofe. Observa-se aqui que a regulação dos riscos vai implicar uma reorganização ou mesmo uma limitação da dinâmica concorrencial, travando as trocas, tornando-as mais lentas, mais pesadas de tantas precauções.

²⁶ Sobre o fato de que o bem mercantil tornou-se o acesso, colocando em segundo plano a noção de mercado, v. a demonstração de Rifkin (Jérémy), *The age of Access: the New Culture of Hypercapitalism where All of Life is a Paid-for Experience*, Penguin Books, 2000.

²⁷ Sobre esses mecanismos, v. notadamente o relatório sobre a proteção da infância do *Forum des droits sur l'Internet*, 2004.

²⁸ Reidelberg (J.), "La régulation d'Internet par la technique et la *Lex Informatica*", in *La cohérence des systèmes de régulation*, op. cit., no prelo.

²⁹ Sobre a idéia mesma de que o direito se pode melar do risco, v. Mestre (J.) (dir.), *Le droit face à l'exigence contemporaine de sécurité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

Justamente porque a regulação dos riscos só é eficaz se praticamente instalada no objeto perigoso,³⁰ vão aparecer certos produtos que atraem a regulação, o que vai permitir à regulação assim internalizada como acessório nos objetos econômicos (sob a forma de precauções expressas de emprego ou de controle técnico) de passar de setor em setor.

Esse é notadamente o caso para a segurança alimentar, passando assim pela regulação do setor agrícola.³¹ O sinal disso é a constituição de uma autoridade europeia de segurança alimentar, apresentada como uma autoridade de regulação. No entanto, somente se pode ver ali um esboço, na medida em que esse organismo somente tem poder para coletar e enviar informações — embora isso seja essencial, pois o risco resulta da ignorância, o que conduz a pensar a regulação do risco em termos de luta contra a assimetria de informação e a ignorância científica. Resta que, por enquanto, essa autoridade é mais característica do observador do que do regulador, mas é possível imaginar que novos poderes lhe serão conferidos.

Numa outra direção, aparece a consciência de alguns operadores sistêmicos, ou seja, de empresas que agem sobre o setor e cujas organização e solidez internas são determinantes para o setor. É verdade que o antigo modelo de monopólio público integrado sob tutela já se caracterizava por regular o setor apenas por intermédio da regulação do operador, mas a passagem para um sistema de regulador deveria ter sido traduzida por uma indiferença em relação à organização dos operadores. O inverso, porém, foi o que sempre ocorreu na regulação bancária, a regulação do setor implicando a preocupação constante com a escolha dos dirigentes ou com o respeito de *ratios* de solvabilidade no interior dos bancos.

Em primeiro lugar, como se observa em matéria de disfunção dos bancos,³² a disfunção de grandes operadores nos setores cruciais constitui um risco para o próprio setor. Assim, os riscos de não-pagamento pelos clientes obrigados ou as dificuldades financeiras do operador dominante puderam abalar a regulação do setor de telecomunicações. Isso explica o fato de que a Autoridade de Regulação das Telecomunicações* exprime sua opinião sobre os montantes que os operadores devem suportar para obter licenças em relação às suas perspectivas internas de desenvolvimento.

³⁰ Para o desenvolvimento dessa idéia, v. Frison-Roche (M.-A.), "L'idée de gouvernance appliquée aux risques", in *La gouvernance des risques*, caderno especial Droit & Patrimoine, março 2004, p. 85-89.

³¹ V. *supra*.

³² V. por ex. Rives-Lange (J.-L.) (clin), "La défaillance d'une banque", *Revue de jurisprudence commerciale*, n° spéc., 1996; Légevagues (Ch.), *Droit des défaillances bancaires*, Paris, Economica, 2002.

* A "Autoridade de Regulação das Telecomunicações" é o regulador do setor de telecomunicações francês (N. do T.).

Isso explica o fato de que a proibição européia dos auxílios estatais tende hoje a ser relativizada quando o operador que dela se beneficia é ele mesmo determinante num setor de interesse público.

Em segundo lugar, enquanto que a regulação desses setores distinguia o regulatório, visando às operações sobre o setor, e o prudencial, visando à organização dos operadores,³³ as duas perspectivas estão se unificando. Essa porosidade entre o regulatório e o prudencial faz alusão, num plano mais amplo, à transparência entre o que é interno à empresa e a organização do setor sobre o qual ela atua. Com relação ao setor financeiro, essa porosidade transforma tudo. Com efeito, o mercado financeiro se alimenta de informações provenientes de um certo número de informantes (em primeiro lugar, as empresas que elaboram instrumentos financeiros). O mercado pode então retraçar na cotação os valores da empresa e servir de guia aos investidores.³⁴

Se se alterar levemente o ponto de vista, o investidor assume as feições do acionista e a emissão de informações para o mercado abraça o direito societário. Com efeito, a teoria da *corporate governance*³⁵ é antes de mais nada uma teoria do mercado financeiro que penetrou no centro mesmo das sociedades. A governança de empresas e de todas as outras estruturas que têm vocação a agir sobre os mercados financeiros — seja no nível da oferta, seja no nível da procura — é atualmente integrada na regulação dos mercados.³⁶

Decorre portanto do conjunto de tal análise que a regulação, que foi pensada para os setores e a partir deles, está transbordando de seus limites, de maneira a seguir os produtos e se infiltrar nos operadores — essa entropia correspondendo ao deslocamento de uma preocupação primeira de concorrência para uma preocupação crescente de segurança. Esse transbordamento da regulação além do setor obriga a pensar aquilo que antes era inútil (enquanto a regulação se restringia ao setor): a interregulação.

4 A consequência da multiplicação dos campos da regulação: a construção da interregulação

Anteriormente, era possível contentar-se com o princípio segundo o qual a regulação é própria a um setor, uma vez que a dimensão extremamente

³³ V. not. Prada (M.), in *Sécurité et régulation financières*, *Revue d'économie financière*, 2001, p. 117-125.

³⁴ Nussenbaum (M.), "La formation des cours boursiers", in *L'évolution du droit boursier*, *Revue de jurisprudence commerciale*, n° spéc., 2003.

³⁵ V. em último lugar, Decoopman (N.) e Léguevagues (Ch.) (dir.), *Splendeurs et misères de la corporate governance*, n° spéc. des *Petites Affiches*, 12 février 2004.

³⁶ A respeito da transformação do direito societário por essa perspectiva de regulação, v. Frison-Roche (M.-A.), *Régulation et droit des sociétés. De l'article 1832 du Code civil à la protection du marché de l'investissement*, Joly Ed., no prelo.

técnica das regulações levava a conter tais regulações dentro dos limites do setor considerado. Esse conforto é atualmente proibido pela entropia dos sistemas de regulação, que se cruzam uns com os outros. Essa porosidade mútua dos setores, que vai conduzir à construção de uma interregulação, pode ter várias origens.

Pode tratar-se de uma interpenetração dos setores — da qual a transmissão de imagem por telefone, a televisão por ADSL ou a oferta de produtos financeiros pela Internet constituem alguns exemplos. A fluidez das regulações entre si pode vir também de uma forma de comunidade de objeto de regulação, a partir do momento em que a regulação tende a prevenir um risco sistêmico que se propaga, e que põe em correlação os setores financeiro, bancário e de seguros. Observa-se de uma forma mais geral uma espécie de explosão das regulações autárquicas. As regulações nacionais ou regionais procuram bases comuns, especialmente em matéria bancária — pelo comité de Bâle — e financeira — pela Organização Internacional das Comissões de Valores (OICV). Certos vínculos se constroem entre as instituições internacionais. Tudo se reconstrói em vínculos, mesmo que a figura do Estado, ou seja, de uma unidade suficiente para criar o vínculo e as arbitragens entre as finalidades, não seja mais disponível.³⁷

A ambição da interregulação está na obtenção de uma decisão unificada tomando em consideração várias regulações autônomas (em seu setor, seus instrumentos e seus fins), mesmo que não se possa colocar em hierarquia essas diversas regulações. Algumas soluções se anunciam: a volta de poderes soberanos para realizar as arbitragens entre regulações contraditórias; a criação de procedimentos que, pela discussão que implicam, permitem atenuar as divergências; e a constituição de princípios comuns a todas as regulações particulares, tornando-as compatíveis umas com as outras.³⁸ Essa busca constitui o problema central, decorrente do aumento e da multiplicação de regulações isoladas, enquanto que, atualmente, a economia e a política se conjugam apenas através de uma relação de interdependência.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Os novos campos da regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 191-204, abr./jun. 2005.

³⁷ V. por ex., *Gouvernance mondiale*, Rapport du Conseil d'analyse économique, Paris, La Documentation française, 2002.

³⁸ Para mais desenvolvimentos, v. Frison-Roche (M.-A.), *L'hypothèse de l'interrégulation*, no prelo.