



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO VICTOR ALVES ARAGÃO

**O FENÔMENO DA CAPTURA REGULATÓRIA NO SETOR DE
TELEFONIA MÓVEL BRASILEIRO E AFINS – CONSIDERAÇÕES
JURÍDICO-NORMATIVAS A RESPEITO DA ATUAÇÃO DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS NA PROMOÇÃO DO DIREITO DE
ESCOLHA DO USUÁRIO**

Salvador

2021

JOÃO VICTOR ALVES ARAGÃO

**O fenômeno da captura regulatória no setor de telefonia móvel brasileiro e afins –
considerações jurídico-normativas a respeito da atuação das agências reguladoras na
promoção do direito de escolha do usuário**

**Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.**

Orientador: Prof^o. Vitor Soliano

TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO VICTOR ALVES ARAGÃO

**O FENÔMENO DA CAPTURA REGULATÓRIA NO SETOR DE
TELEFONIA MÓVEL BRASILEIRO E AFINS – CONSIDERAÇÕES
JURÍDICO-NORMATIVAS A RESPEITO DA ATUAÇÃO DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS NA PROMOÇÃO DO DIREITO DE
ESCOLHA DO USUÁRIO**

**Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:**

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2021.

AGRADECIMENTOS

Gostaria, primeiramente, de agradecer aos meus pais, Isa Carla Alves Aragão e Antônio Jorge Alves Aragão, pelo amor, incentivo, dedicação e conselhos por todos esses anos. Ao longo da graduação, encontrei-me sob diversas circunstâncias difíceis, e eles em nenhum momento me aconselharam ou me motivaram a desistir.

Também gostaria de fazer um agradecimento especial a Tainara Lisboa, que sempre esteve comigo desde o momento em que a conheci, e cuja qual não teria ânimo de ter chegado tão longe sem o seu devido carinho e apoio moral no decorrer desta longa trajetória.

Agradeço também a Lane Caló pela prestatividade nesses momentos finais e por me fazer reavivar o interesse pela graduação em Direito, pela paciência em ouvir as minhas considerações e me motivar a entregar este trabalho nas circunstâncias mais adversas.

Dedico também este trabalho aos meus amigos José Vitor da Silva Almeida, Luan Andrade, Gabriel Almeida e Ademar Neto, por mais de uma década de conversas e amizade.

Por último, gostaria de agradecer a Deus. Embora agnóstico, sinto-me preenchido pela onipresença cultural que seu nome carrega na constituição valorativa de nossa sociedade, e pela obrigação irrecusável de sua singela menção.

“A sorte dos mortais
cresce num só momento
e um só momento basta
para a lançar por terra,
quando o cruel destino
a venha sacudir.

Efêmeros! que somos?
que não somos? O homem
é o sonho de uma sombra.
Mas quando os deuses lançam
sobre ele a sua luz,
claro esplendor o envolve
e doce é então a vida.”

Píndaro

RESUMO

As agências reguladoras adquiriram, nos últimos 20 anos, o papel predominante no desempenho das políticas de intervenção do Estado brasileiro no âmbito do controle das atividades econômicas. Inseridas no contexto das Reformas do Aparelho do Estado, foram implementadas como uma resposta institucional às sucessivas crises econômicas enfrentadas pelos governos federais brasileiros das décadas de 80 e 90, e as demandas relativas à globalização. Compreendidas como organizações autônomas capazes de trazer segurança jurídica aos investidores internacionais numa época de instabilidade política e econômica, as agências reguladoras gradualmente assumiram as funções normativa, controladora e fiscalizadora do Estado no âmbito das atividades econômicas. O Estado, por sua vez, abandonava as atividades empresariais e delegava à iniciativa privada a competência pela realização de obras e serviços públicos, deixando as agências reguladoras em seu lugar. Organizações técnicas por definição, as agências reguladoras descentralizaram a intervenção direta do Estado na economia, sendo instituídas gradualmente conforme a necessidade de regulação de determinados setores especializados. No entanto, apesar de independentes e relativamente desligadas do Poder Público, as vezes os interesses políticos, bem como a busca empresarial pela satisfação dos interesses privados, tentam cooptar os agentes ou a própria agência reguladora para os seus respectivos interesses, distorcendo suas finalidades institucionais. Além disso, os agentes reguladores representam um corpo técnico de servidores públicos que deliberam sobre decisões economicamente relevantes, muitas vezes em uma linguagem de difícil acesso às massas e sem terem passado pelo crivo popular para tal. Em razão disso, é questionável se as agências reguladoras possuem legitimidade democrática. O setor de telecomunicações, por sua vez, é conhecido pelo elevado preço das tarifas e pela estrutura de mercado como oligopólio. Essas características são bastante interessantes para investigar se o fenômeno de cooptação do regulador – conhecido como captura regulatória - ocorre dentro desse setor. O propósito deste trabalho consiste em estabelecer uma explicação satisfatória do funcionamento das instituições regulatórias e em especial, do agente regulador de telecomunicações - ANATEL, investigar a ocorrência ou não do fenômeno de captura regulatória neste setor, e avaliar o nível de eficácia dos mecanismos de participação popular existentes que a agência reguladora dispõe.

Palavras-chave: Agências reguladoras; Anatel; Captura regulatória; Direito Administrativo; Regulação.

ABSTRACT

Over the last 20 years, regulatory agencies have acquired the predominant role in the performance of the Brazilian State's intervention policies in the control of economic activities. Inserted in the context of the State Apparatus Reforms, they were implemented as an institutional response to the successive economic crises faced by Brazilian federal governments in the 1980s and 1990s, and the demands related to globalization. Understood as autonomous organizations capable of bringing legal security to international investors at a time of political and economic instability, regulatory agencies gradually assumed the normative, controlling and inspecting functions of the State within the scope of economic activities. The State, in turn, abandoned business activities and delegated the responsibility for carrying out public works and services to the private sector, leaving the regulatory agencies in their place. Technical organizations by definition, regulatory agencies decentralized the direct intervention of the State in the economy, gradually being instituted according to the need to regulate certain specialized sectors. However, despite being independent and relatively disconnected from the Public Power, sometimes political interests, as well as the business search for the satisfaction of private interests, try to co-opt agents or the regulatory agency itself for their respective interests, distorting their institutional purposes. In addition, regulatory agents represent a technical body of public servants who deliberate on economically relevant decisions, often in a language difficult for the masses to access and without having passed the popular scrutiny to do so. As a result, it is questionable whether regulatory agencies have democratic legitimacy. The telecommunications sector, in turn, is known for its high tariffs and market structure as an oligopoly. These characteristics are quite interesting for investigating whether the phenomenon of regulator co-option – known as regulatory capture – occurs within this sector. The purpose of this work is to establish a satisfactory explanation of the functioning of regulatory institutions and, in particular, of the telecommunications regulatory agent - ANATEL, to investigate the occurrence or not of the regulatory capture phenomenon in this sector, and to evaluate the level of effectiveness of the existing mechanisms of popular participation that the regulatory agency has at its disposal.

Keywords: Regulatory agencies; Anatel; regulatory capture; Administrative law; Regulation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. HISTÓRICO ECONÔMICO BRASILEIRO - PARADIGMAS E TRANSFORMAÇÕES INSTITUCIONAIS DO SÉCULO XX.....	13
2.1 Brasil no século XX – Entre o Liberalismo e o Nacional-Desenvolvimentismo	14
2.1.1 – O Estado Liberal.....	14
2.1.2 – O Estado Interventor	15
2.2 Crises do petróleo, década perdida e hiperinflação	17
2.3 Neoliberalismo e o Estado Regulador	20
3. OS FUNDAMENTOS TÉCNICO-JURÍDICOS DA REGULAÇÃO E DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	23
3.1 Regulação: História, fundamentos e teorias	23
3.2 O serviço público e as bases continentais do direito público brasileiro	25
3.3 Princípios administrativos do serviço público	29
3.4 Agências reguladoras	36
3.4.1 Implementação e primeiros anos.....	38
3.4.2 Marco Legal das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019)	40
3.5 Processo decisório e a Avaliação do Impacto Regulatório (AIR).....	46
3.6 Concorrência e direito de escolha do usuário.....	52
3.7 Captura Regulatória – Teoria e fundamentação	56
4. REGULAÇÃO EM ESPÉCIE – ESTRUTURA INSTITUCIONAL E POLÍTICA REGULATÓRIA DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES.....	59
4.1 O setor de telecomunicações no Brasil.....	60
4.1.1 1ª fase - Operadores privados e infraestrutura irregular	60
4.1.2 2ª fase - Nacionalização e estatização das telecomunicações.....	63
4.1.3 3ª fase – Lei Geral das Telecomunicações e Criação da ANATEL.....	69
4.2 Lei Geral de Telecomunicações -LGT.....	71
4.4 Instrumentos de participação democrática	78
4.4.1 Consultas públicas.....	79
4.4.2 Ouvidoria.....	80

5. AVALIAÇÃO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA NO ÂMBITO DAS TELECOMUNICAÇÕES	81
5.1 A estrutura organizacional do mercado de telecomunicações brasileiro.....	82
5.2 Captura regulatória e distorção das finalidades institucionais.....	87
5.2.1 - Exemplo de captura por desregulação substancial.....	88
5.2.2 - Exemplo de captura por desregulação estrutural.....	91
5.2.3 - Conclusão sobre o tema.....	93
5.3 Avaliação dos mecanismos de participação popular da ANATEL.....	94
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
REFERÊNCIAS.....	103

1. INTRODUÇÃO

As agências reguladoras em geral desempenham um papel preponderante na fiscalização e organização das atividades econômicas nacionais, uma vez que a Administração Pública deixa de atuar diretamente em determinado segmento econômico, e delega para entidades privadas a tarefa de prestar serviços públicos ou de realizar a exploração de bens públicos, confeccionando ou gerenciando obras de infraestrutura. Concessões, permissões e autorizações, por essa razão, passam pelo crivo das agências reguladoras, que ficam responsáveis pelo acompanhamento das atividades das entidades particulares, de modo a garantir o adequado cumprimento dos contratos administrativos e das finalidades sociais por ele almejados. As agências reguladoras funcionam como órgãos independentes da Administração Pública, autônomas para editar normas técnicas sobre uma determinada atividade, impor restrições e limitações administrativas ou inspecionar agentes privados no cumprimento de suas respectivas atribuições.

No entanto, embora as agências reguladoras sejam caracterizadas pela sua autonomia, tecnicidade e, dependendo da abordagem teórica, tenha em seu cerne a perseguição do interesse público, nem sempre elas se encontram configuradas dessa forma. A autonomia e a tecnicidade podem ser ofuscadas pela interferência política, e as motivações públicas podem sofrer a influência disruptiva dos interesses imediatos dos agentes regulados. Porém, o cerne da questão não se resume em um mero conflito entre constructos ideais e inadequação prática. Disfuncionalidades burocráticas podem ser, até certo ponto, atribuíveis à ambiguidade moral consonante à condição humana, ou mesmo fruto remanescente de formações culturais que hesitam ou resistem a racionalização impessoal e universalizante do Estado Moderno. Todavia, a capacidade que uma instituição tem para perseguir os seus fins, bem como o sucesso dos mecanismos que as instituições possuem para corrigir suas eventuais falhas, é o que determina situar a viabilidade ou a razoabilidade do serviço de uma instituição.

Neste presente trabalho, abordaremos o fenômeno da *captura regulatória* como uma dessas disfuncionalidades relativas à regulação. A captura regulatória se insere no que se compreende no vocabulário econômico como *falha de governo*, e pode ser definido pelo processo de cooptação dos órgãos reguladores pelos agentes regulados para estabelecer tratativas, decisões, deliberações e resoluções favoráveis aos interesses econômicos destes. Na prática, significa a

corrupção do aparato institucional para a configuração ou manutenção de privilégios notoriamente privados, em detrimento do público. A captura regulatória pode ser motivada para criar uma reserva de mercado, barrando potenciais concorrentes em um mercado consumidor e criando oligopólios, cujos os quais possuem estímulos econômicos bastante reduzidos para oferecer serviços financeiramente módicos ou satisfatórios aos seus usuários. A cooptação do regulador também pode criar uma série de privilégios e benesses normativas aos regulados, bem como resultar em decisões jurídicas favoráveis a determinados grupos de interesse, em detrimento da coletividade; ou ainda, pode resultar na omissão do setor público quanto a irregularidades cometidas pelos próprios regulados.

Além da possibilidade de captura do regulador, a regulação apresenta outro obstáculo: Por se tratar de um órgão relativamente desvinculado do Poder Executivo, e também por se tratar de uma instituição dotada pela especialização técnica, há o eventual distanciamento social entre a atividade das agências reguladoras e o cidadão comum. Por um lado, o Presidente da República nomeia o presidente de determinada agência reguladora, depois deste ser aprovado anteriormente pelo Senado Federal. Por outro, o funcionamento e o regimento interno da agência reguladora muitas vezes poderão ocorrer à revelia da vontade política do Executivo, e conseqüentemente, de setores eleitorais da sociedade brasileira. Em certos momentos, isso representará a autonomia das instituições frente a aventuras populistas nocivas à própria sociedade. Em outros, representará a administração do espaço público-privado por instituições completamente alheias ao controle e participação social¹. Ainda nesse sentido, pode ser dito que o vocabulário técnico-especializado pode acabar por aproximar ainda mais setores reguladores e regulados, e sem uma mediação social adequada, pode afastar setores populares de interesse do processo regulatório. Dessa forma, para o sucesso do empreendimento regulatório, é necessário criar mecanismos de participação popular e de acesso as informações e deliberações dos órgãos reguladores.

Cada agência reguladora, baseada na sua atividade, possui uma peculiaridade inerente a seu setor de atuação. Não seria coerente, portanto, analisar uma agência reguladora de serviços públicos com uma agência reguladora de infraestrutura, ou avaliar uma agência que possui

¹ Discussões semelhantes a essa podem ser vislumbradas, por exemplo, no debate em torno da autonomia do Banco Central.

poder de polícia da mesma forma que uma agência que apenas regula a exploração de bens públicos. O que se quer dizer com isso, é que o diagnóstico de uma agência reguladora não deve valer para as demais, a menos que haja semelhanças inequívocas dentro de seus respectivos processos regulatórios. Nesse sentido, ao escolher uma agência reguladora para analisar a sua atuação, é possível que eventuais críticas valham para o processo regulatório daquele setor, e talvez não recaiam na regulação de uma forma geral. Busca-se aqui, portanto, uma análise criteriosa das instituições sem estereotipá-las de modo geral.

A escolha da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) como tema investigativo se dá pela constante queixa de usuários por inúmeros motivos relacionados a qualidade, suporte e execução do serviço prestado pelas agências privadas de telecomunicações. Também é de saber comum que embora até possam existir outras empresas registradas, o mercado de telecomunicações é formado por pouquíssimas empresas notoriamente conhecidas que conseguem, sozinhas, abocanhar quase que a totalidade do mercado para si, conforme será demonstrado adiante. Outra questão relevante, se sobre se há alguma limitação ao direito de escolha dos usuários, pois estes se encontram, de certo modo, restritos às possibilidades oferecidas por essas empresas.

Considerando o fato de que a ANATEL regula, por meio de autorizações, a possibilidade de ingresso de novas empresas dentro do setor, e que as empresas possuem algumas peculiaridades, como por exemplo, o preço e o modo de taxação de seus serviços, bem como, no caso do serviço de internet banda larga, oferecer velocidades muito abaixo do contratado sem nenhum ônus para estas empresas. Feitas essas considerações, é de interesse público saber se isso ocorre por aparelhamento ou lobby dessas empresas, por aspectos infraestruturais, por ambos ou por motivações de outra natureza, considerando que o mercado consumidor em quase que em sua universalidade está adstrito a um conjunto reduzido de empresas, que por sua vez possuem amplos canais de comunicação com a ANATEL.

O propósito deste estudo visa analisar o funcionamento institucional da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) no tocante à promoção ou garantia dos serviços regulados por esta agência aos seus usuários, observadas as finalidades sociais ou de outra ordem pelas quais a autarquia foi instituída. Nesse sentido, faz-se necessário compreender o papel histórico e

administrativo de uma agência reguladora no paradigma econômico, político e técnico-científico de nossa época, assim como suas finalidades e motivações, suas características e atribuições, bem como suas eventuais virtudes e disfunções. Desse modo, podemos extrair expectativas realistas a respeito de sua vocacionada atuação.

Para tanto, o capítulo seguinte versará sobre as transformações político-econômicas mundiais e locais que resultaram no processo regulatório que adotamos hoje, bem como o histórico do setor de telecomunicações antes e durante a transição de paradigma. Em sequência, veremos considerações sobre a regulação em si, sobre os serviços públicos à luz da doutrina administrativista brasileira e eventuais críticas e problemas da regulação, bem como possíveis soluções a esses óbices. O quarto capítulo versará sobre a regulação promovida pela ANATEL ao setor de telecomunicações, bem como sua institucionalização como agência, seu regimento interno e sobre os diversos meios de sua atuação. Serão avaliados o impacto regulatório, e de que modo e por quais meios a agência reguladora mantém contato com a participação social. Por fim, estabeleceremos um veredito sobre a funcionalidade do órgão em relação às suas expectativas institucionais, bem como sobre a promoção dos direitos do usuário no que tange os seus serviços.

2. HISTÓRICO ECONÔMICO BRASILEIRO - PARADIGMAS E TRANSFORMAÇÕES INSTITUCIONAIS DO SÉCULO XX

De modo a compreender de que forma chegamos ao paradigma regulatório, é necessário fazer uma contextualização histórica dos processos político-econômicos brasileiros ocorridos no século XX, para situar a regulação entre os outros modelos administrativos de atuação do Estado Brasileiro e ter uma melhor noção de suas principais características e motivações de sua adoção. Isso se justifica em razão de não apenas facilitar a compreensão de fenômenos geopolíticos, tecnológicos e econômicos globais e como eles transformaram as estruturas do aparato estatal, mas também porque essas mudanças históricas se encontram refletidas no conjunto de transformações ocorridas dentro dos setores regulados. O resgate histórico permite que não tenhamos uma visão excessivamente pragmática ou formalista das normas e dos desdobramentos administrativos, recuperando as causas e consequências que resultaram no atual modelo regulatório e, posteriormente, no atual estado de coisas das telecomunicações.

2.1 Brasil no século XX – Entre o Liberalismo e o Nacional-Desenvolvimentismo

Ao longo do século passado, o Brasil passou por uma miríade de transformações sociais. No plano econômico e social, houve a transição da economia essencialmente agrária para a industrialização, o êxodo rural e os diversos processos de emigração do Norte-Nordeste para as demais regiões do país. No campo político, a condução da recém-criada República Federativa do Brasil pelas oligarquias regionais voltadas para a exportação deu lugar a uma burguesia industrial e urbana, mais voltada para os interesses de desenvolvimento nacional. A sucessão conturbada entre democracias e ditaduras, ocorridas entre os anos 30 e os anos 80, teve seu fim com a queda do regime militar, culminando no processo de redemocratização brasileira e na adequação da organização político-econômica pátria à realidade de um mundo cada vez mais interligado e globalizado. Essa pequena e grosseiramente resumida narrativa nos permite identificar ao menos três momentos distintos da organização administrativa brasileira, que ora oscilando entre o liberalismo e o nacionalismo econômico, moldaram as instituições, a política e a geografia social brasileira: O Estado Liberal, o Intervencionista e o Regulador.

2.1.1 – O Estado Liberal

O Estado Liberal, originário do século XIX, adveio da necessidade de contraposição, pela burguesia emergente, do Estado Absolutista, caracterizado pela centralização de poder nas mãos da monarquia e de sua aliança com o clero e com a nobreza. A nova configuração tinha como objetivo limitar os poderes do Estado, por meio de regras, direitos e garantias, que visavam a promoção da livre iniciativa e da liberdade individual, e conseqüentemente, a não intervenção estatal (FONSECA, 2016, p. 41-42), e ficavam restritas a garantia da ordem interna, à proteção da soberania nacional, e à promoção da justiça, abstendo-se ou intervindo pontualmente em questões de outros domínios. De modo mais delimitado, o chamado Estado Liberal era “mínimo, limitado, exclusivamente, a atividades de segurança, saúde, manutenção da soberania, justiça e diplomacia” (SILVA, 2001, p. 16). A separação entre Estado e sociedade, e a proteção às liberdades burguesas caracterizam o Estado Liberal.

O Estado Liberal vigorou como modelo organizacional estatal durante todo o período imperial brasileiro e início do período republicano, até a incidência da crise econômica de 1929. O modelo de atuação do Estado Liberal “tornou-se impotente na solução dos problemas econômicos e sociais, e ainda não trazia benefícios para todas as classes sociais, mas sim, promovia uma crescente desigualdade social” (DA SILVA; NELSON, 2003, p. 255). Uma onda antiliberal, seja pelo viés socialista ou pelo viés nacionalista, pressiona internamente as governanças mundiais por um papel mais atuante na resolução da crise econômica, bem como na efetivação de novos direitos e garantias sociais. Desse modo, surgem as condições de possibilidade de uma nova forma de organização estatal:

A crise de 1929 e a profunda depressão a se estender ao longo da década de 1930 marcaram um ponto de inflexão importante no tocante à relação Estado/economia. A partir daí – ao contrário do que ocorria anteriormente, com o próprio apoio da burguesia, ou pelo menos de frações importantes dela –, o Estado passou a adquirir uma postura mais intervencionista. A crise, portanto, não se verificou apenas no plano econômico, mas se estendeu também para o plano ideológico, deixando em um plano secundário, pelo menos por algumas décadas, a teoria liberal, a qual pregava o livre funcionamento do mercado como a melhor forma de regular a economia (PIRES, 2010, p. 532).

No Brasil, a necessidade de desenvolver a industrialização nacional, de modo a evitar a dependência econômica em relação a outros países, e acompanhando as mudanças da mentalidade política e cultural da época, através da emergência do nacionalismo e a demanda por direitos sociais, resultaram na transição do Estado Liberal para o Estado Interventor ou Dirigista², ocorrida durante o governo de Getúlio Vargas e foi o modelo organizacional brasileiro até o final do regime militar.

2.1.2 – O Estado Interventor

O Estado Interventor é caracterizado pela atuação direta do Estado na economia, e pelo fortalecimento do poder executivo nas questões relativas ao domínio econômico e social. Do ponto de vista econômico, o Estado Interventor podia atuar de modo empresarial, sendo controlador monopolístico de setores econômicos considerados estratégicos, seja por “interesse coletivo” ou por “segurança nacional”; como instrumento de regulação dos mercados; como

² Também chamado de Estado Social ou de Bem-Estar Social (Welfare-State).

agente indutor de setores econômicos, subsidiando ou financiando empresas (DO COUTO, 2002, p. 51-52); ou intervindo na esfera social, através de programas de Bem-Estar Social. Além do nacionalismo característico dos anos 30 aos anos 60, incorporado na ideia de Estado-Nação, uma das motivações da intervenção do aparato governamental advinha da demanda popular em superar a contradição entre igualdade política e desigualdade social, bem como de mitigar os conflitos sociais e de pacificar as relações entre trabalho e capital (BONAVIDES, 2009, p. 183-185).

A noção de desenvolvimento industrial e de proteção aos mercados nacionais caracterizou o nosso Estado Interventor em todos os momentos. Embora sua implantação tenha sido conduzida de modo autoritário e centralizador (FONSECA, 2001, p. 46), Bresser-Pereira (2012, p. 14-15) credita esse fato à influência da herança oligárquica das elites liberais³ e que, no transcurso da industrialização os países ditos capitalistas tendem a se democratizar e a direcionar o seu desenvolvimento para questões de ordem social. Durante o período compreendido pelo Estado Interventor, houve uma democracia conturbada (1930-1937), uma ditadura (1937-1945), uma fase democrática (1945-1964) e, por fim, uma ditadura militar (1964-1985).

O modelo de Estado Interventor brasileiro está associado ao que é compreendido política e economicamente como Nacional-Desenvolvimentismo. Nas palavras de Bresser-Pereira, o Nacional-Desenvolvimentismo, como política de Estado, representa:

Um Estado voltado para o desenvolvimento econômico; um Estado cuja nação compartilha uma estratégia nacional de desenvolvimento – um conjunto de objetivos, de leis, de políticas, de acordos e de entendimentos voltados para criar oportunidades de investimento lucrativo e a melhoria dos padrões de vida; um Estado que vê o mercado como uma excelente instituição para coordenar a ação de setores competitivos, mas perigoso senão prejudicial quando busca coordenar setores econômicos monopolistas; um Estado que rejeita o *laissez-faire* liberal em relação à regulação dos mercados e aos investimentos na infraestrutura e nas indústrias de base, e defende o planejamento nessas áreas; um Estado que é inicialmente responsável por uma parte considerável dos investimentos, ficando o restante para o setor privado (BRESSER-PEREIRA, 2012, p. 11).

³ Ele exemplifica utilizando o exemplo dos partidos imperiais ‘conservador’ e ‘liberal’, aos quais ambos possuíam características oligárquicas e autoritárias.

Conforme foi dito anteriormente, o modelo de Estado Interventor foi o paradigma dominante dos anos 30 aos anos 80. Durante o período, diversas estatais foram criadas (Petrobrás, CSN, Companhia Vale do Rio Doce, Embraer, Correios, Telebrás, etc.), bancos de desenvolvimento ou órgãos administrativos de fomento (BNDE, atual BNDES, SUDENE), obras de infraestrutura (Hidrelétrica de Itaipu, Ponte Rio-Niterói) e projetos de urbanização e programas de habitação (Construção de Brasília, Miolo de Salvador). No entanto, fenômenos externos e escolhas internas dos dirigentes do país à época levaram ao esgotamento do Estado de Bem-Estar Social e do modelo intervencionista e nacional-desenvolvimentista brasileiro, com a consequente transição gradual do país ao paradigma do neoliberalismo e ao modelo de Estado Regulador. Analisaremos os principais fatores para essa transição nas seções seguintes.

2.2 Crises do petróleo, década perdida e hiperinflação

Entre os anos de 1968-1973, o Brasil apresentava considerável crescimento econômico, em parte resultante do fomento dos programas desenvolvimentistas da época, como o Plano Estratégico de Desenvolvimento e em parte, de um ambiente externo favorável. Era o chamado “Milagre Econômico”, no qual o Brasil chegou a apresentar taxas de crescimento de 11,1% ao ano (a.a.), conjuntamente com superávits na balança comercial e índices de inflação baixos e com tendência declinante (VELOSO, VILLELA, GIAMBAGI, 2008, p. 222). No período aludido, uma expressão que foi comumente atribuída ao então Ministro da Fazenda, Antônio Delfim Netto “é preciso deixar o bolo crescer para depois dividi-lo, em alusão à política de concentração de renda, para depois redistribuí-la. Porém, a história mostra que o bolo acabou murchando antes mesmo de ocorrer a divisão.

O Estado Brasileiro empreendeu gigantescos recursos para atuar diretamente no setor econômico, realizando nacionalizações/estatizações e construindo gigantescas obras de infraestruturas, consideradas faraônicas. Boa parte do desenvolvimento econômico brasileiro foi financiado através de endividamento externo. No entanto, o crescimento econômico brasileiro não resistiu aos eventos econômicos que se sucederam naquela década: Os choques de petróleo, e a crise do dólar:

Uma breve indicação de alguns eventos econômicos dos anos 1970 sugere claramente o fim de uma era de estabilidade e prosperidade para as economias capitalistas. A crise

do dólar, que levou ao fim de sua conversibilidade em ouro, os choques do petróleo (de 1973 e 1979), o surgimento de inflações relativamente elevadas nos países capitalistas avançados em conjugação com desemprego eram indícios da crise que as atingia (SAES; DE SAES, 2017, p. 549).

Os choques de petróleo ocorreram em dois momentos: 1973 e 1979. O primeiro choque foi causado pela reação dos países árabes exportadores da OPEP, que em represália ao apoio americano à Israel na Guerra de Yom Kippur, promoveram um grande embargo, aumentando os preços dos barris de petróleo. O segundo, foi motivado pela Revolução Iraniana e pelas posteriores tensões deste com o Iraque (GASPARETTO, 2013). O petróleo é um produto de demanda inelástica, o que significa que o aumento do preço (e conseqüentemente, valorização do bem) não diminui tão significativamente na demanda pelo produto. Isso ocorre porque o petróleo era (e em certo sentido, ainda é) um produto insubstituível, e um produto da qual todos os países da época dependiam para a sua indústria e infraestrutura, independentemente de seu valor. A crise do petróleo interferiu pesadamente no crescimento econômico brasileiro, considerando que este era um país em desenvolvimento e dependente de recursos externos para se desenvolver, pois aumentou os custos e provocou desequilíbrios nas balanças comerciais dos países importadores de petróleo, resultando em elevadas taxas de inflação (SAES, DE SAES, 2017, p. 551). As conseqüências imediatas dos dois choques foram:

Em 1960, foi formada a OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo) que procurava reorganizar o mercado de forma mais favorável a seus interesses. Na fundação, a OPEP reunia Arábia Saudita, Irã, Iraque, Kuwait e Venezuela aos quais, depois, se reuniram outros países produtores de petróleo. Em 1973, depois de tentativas de acordo com os países importadores, a OPEP elevou os preços do petróleo e, ao mesmo tempo, reduziu sua produção. O preço do petróleo, que em 1970 girava em torno de US\$ 2 por barril, foi fixado pela OPEP em US\$ 11,65 no final de 1973. Em 1979, ocorreu um “segundo choque do petróleo”: após o preço atingir US\$ 40 no mercado livre, a OPEP o fixou em mais de US\$ 30 por barril. (SAES; DE SAES, 2017, p. 549).

Outro fator que merece destaque, foi a ruptura do dólar em relação ao padrão-ouro, tornando a moeda americana fiduciária e sem lastro objetivo. O dólar foi a moeda parâmetro de troca internacional após a Segunda Guerra Mundial, estabelecida na conferência de Bretton Woods, “até a suspensão da conversibilidade do dólar em ouro e em momento seguinte, em 1973, o fim do regime de taxas de câmbio fixas, por pressão dos Estados Unidos” (SAES; DE SAES, 2013, p. 554). A desvalorização da moeda americana, provocada a partir da motivação de recuperar a sua economia, seguiu-se da crescente valorização de outras moedas

internacionalmente relevantes, que passaram a ameaçar a hegemonia cambial dos Estados Unidos. De modo a conter a inflação de dólares na economia mundial, os Estados Unidos passam a elevar as taxas de juros, de forma a retirá-los do mercado. O apontamento desse evento é relevante para explicar como chegamos ao processo hiperinflacionário das décadas de 80 e início dos anos 90:

O sistema de taxas de câmbio fixas já fora destruído nos anos 1970: em 1971, o presidente norte-americano Richard Nixon suspendeu a conversão do dólar em ouro. A tentativa de um acordo para estabelecer novas paridades (fixas) entre as moedas foi frustrada em 1973 quando as taxas se tornaram flutuantes, podendo ser utilizadas como instrumento de política econômica. A desvalorização do dólar foi um dos elementos que permitiu à economia norte-americana sair da recessão de 1974/1975; no entanto, a continuidade dessa desvalorização tornou-se uma ameaça à posição do dólar como moeda internacional. Em 1979, quando essa ameaça se mostrava iminente por meio de uma corrida contra o dólar, definiu-se uma forte reação norte-americana: ainda no governo do democrata Jimmy Carter, o *Federal Reserve* (o Banco Central norte-americano) elevou as taxas de juros a fim de atrair recursos externos que invertessem a tendência à desvalorização do dólar. Essa política de juros elevados foi mantida no governo seguinte – o do republicano Ronald Reagan: se, em 1979, a taxa de juros real (ou seja, a taxa nominal descontada a inflação) era negativa (menos 2%), em 1985, ela atingiu 7,5% ao ano (um valor bastante elevado para os padrões da época). (SAES; DE SAES, 2017, p. 556).

O projeto desenvolvimentista do regime militar, conforme dito anteriormente, era viabilizado em parte através da dívida externa. A alta do preço do petróleo, ao qual o Brasil era importador, levou a balança comercial brasileira a contrair déficits sucessivos nos anos seguintes após o choque. Em 1979, no período do segundo choque, as taxas de juros se elevaram no mundo todo, tornando o crédito externo encarecido. A falta de recursos prejudicava não só as tentativas de um desenvolvimento econômico, mas passava a prejudicar sensivelmente a manutenção da estrutura pública ao qual o Estado tinha se tornado principal responsável e administrador. Dependente do crédito estrangeiro, o Brasil passou a contrair um elevado nível de endividamento externo:

O Brasil, que quando da eclosão da crise do petróleo, em 1973, possuía uma dívida externa líquida de apenas US\$ 6 bilhões — o que equivalia a um ano de exportações —, em 1979 já registrava um endividamento bruto próximo de US\$ 60 bilhões, contando então com reservas internacionais inexpressivas; e em 1982 a dívida saltava para aproximadamente US\$ 100 bilhões, se incluídos os compromissos de curto prazo, correspondendo a cinco vezes as receitas de exportação (MUNHOZ, 1997, p. 79).

Esse conjunto de fatores resultou numa prolongada crise financeira, que por se alongar durante toda a década de 80, tal período recebeu o nome de *década perdida*. A crise econômica resulta

na queda do regime militar, em 1985, com o Brasil retornando à democracia. No entanto, do ponto de vista econômico, o período entre 1986-1994 foi marcado por uma ampla sucessão de planos econômicos, que através de medidas como congelamento de preços e salários, indexação econômica, desvalorização cambial e algumas mudanças de moeda. Apesar de algumas propostas gerarem relativo alívio, não durava até a economia entrar novamente em recessão, e com índices inflacionários progressivamente maiores que os anteriores. Tal crise econômica só chega a sua finitude com a criação do Plano Real, no plano econômico, e também acompanhada de reformas institucionais do próprio Estado, em período conexo.

No entanto, o que nos interessa destacar, é que ao longo do final da ditadura militar, até o início dos anos 90, o Estado Brasileiro passa a discretamente e gradualmente a mudar o seu eixo de atuação. Seja por influência de uma nova realidade geopolítica econômica externa, ou, seja por processos endógenos à própria realidade política nacional, a Administração Pública vai perdendo o seu caráter dirigista, e vai gradualmente saindo de cena do protagonismo das atividades econômicas e concedendo a entidades particulares o direito ao exercício de desempenhá-las. O advento de uma nova ordem mundial e um mundo cada vez mais integrado foram o catalisador da organização estatal. As reformas do Estado Brasileiro se traduziram em mudanças normativas, ideológicas e sociais, e culminou no processo de redefinição das atribuições do aparato estatal, que acabou se inserindo num conjunto maior de desestatizações, marcando a inserção definitiva do Brasil no âmbito do neoliberalismo e da descentralização dos papéis atribuídos à Administração Pública.

2.3 Neoliberalismo e o Estado Regulador

A década perdida e a hiperinflação se caracterizaram como crises econômicas marcadas pela constante desvalorização da moeda, endividamento externo e pela estagnação econômica. A falta de capacidade de investimento do Estado brasileiro comprometeu a agenda desenvolvimentista, inviabilizando a manutenção e gerenciamento das estatais, bem como de outras instituições e serviços públicos que estavam diretamente relacionados ao Estado. Paralelamente, o desenvolvimento tecnológico-científico crescia consideravelmente no restante do mundo, ao passo que as economias globais se integravam não mais pelo paradigma do

Estado-Nação, mas pelo advento de multinacionais e transnacionais, que passaram a ganhar maior protagonismo num mundo multipolar.

No Brasil, o crescente aumento na demanda de serviços públicos e a estagnação econômica tornaram o vigente modelo de organização do Estado insustentável à época. Desse modo, de forma a desonerar o Estado do excesso de obrigações econômicas, o Executivo e o Legislativo promoveram reformas objetivando repassar a maioria das atividades empresariais nas mãos do Estado para as entidades privadas, seja por meio de privatizações, por delegação de concessões, permissões e autorizações, e instituir um sistema de organização e fiscalização desses setores que tivesse certa autonomia em relação à Administração Pública - as agências reguladoras.

Nas últimas quatro décadas, o Brasil passou por consideráveis transformações na sua esfera política, econômica e social. Acompanhando a inserção do país no contexto da globalização, do neoliberalismo e da redemocratização, o papel da Administração Pública foi sensivelmente redimensionado. O Estado, enquanto interventor direto do domínio econômico, tinha a prerrogativa de exercer o monopólio de atividade econômica em sentido estrito, gozava de exclusividade ou possuía regime de privilégio quanto a prestação de serviço público, e ainda poderia legitimar a imunidade aos instrumentos de controle do exercício da atividade econômica, podendo interditar a ação de atores privados no setor objeto de intervenção. Tamanho poder de intervenção era justificado pela perseguição do interesse público, corporificado nos “interesses do Estado-nação”. Tal noção, que poderia ser decomposta em objetivos genéricos como desenvolvimento nacional, segurança nacional, interesse estratégico ou relevância pública da atividade, colocava o cidadão comum e as massas, de modo geral, como beneficiários correlatos desse interesse nacional. No entanto, o interesse nacional era definido pelo poder político, a partir de uma leitura sobre os interesses gerais da sociedade, cujos estes nem sempre eleitos democraticamente pela sociedade (MARQUES NETO, 2005, p. 24-26).

No final da década 80, e principalmente na década de 90, o modelo de intervenção estatal, juntamente com a organização administrativa, passa a sofrer sensíveis alterações. A transição do nacional-desenvolvimentismo para o neoliberalismo trouxe consigo uma nova configuração econômica, e por sua vez, um novo papel funcional ao Estado. A intervenção direta da

Administração Pública, outrora predominante, tem sua atuação gradativamente reduzida, dando lugar a intervenção indireta, caracterizada pela regulação das atividades econômicas pelo Estado, ao passo em que estas se tornam atribuições delegadas às esferas privadas, ainda que o ente público possa estar de algum outro modo envolvido nessas atividades. Na prática, a saída do Estado Dirigista, produtor de bens e serviços, dá lugar ao Estado Regulador, que intervém indiretamente por meio de autarquias que fiscalizam, deliberam e normatizam o exercício de um setor ou atividade econômica. No entanto, ainda que o polo de predominância tenha se invertido, ambos os paradigmas muitas vezes coexistem, variando entre maior ou menor o grau de participação direta do Estado, dependendo do setor em questão (MARQUES NETO, 2005, p. 29-30).

As primeiras agências reguladoras foram inseridas no Brasil na década de 90. Ainda que houvessem algumas entidades que já exerciam anteriormente algumas funções reguladoras⁴, a primeira agência formalmente reguladora surge em 1996, com a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Como parte do processo de desestatização e privatização dos setores econômicos, as agências reguladoras foram introduzidas com o propósito de regular setores estratégicos de infraestrutura, muitos deles caracterizados como monopólios naturais, como transporte, energia e telecomunicações. Separadas do Poder Executivo, e ao mesmo tempo possuindo natureza jurídica de direito público, as agências reguladoras se inserem no contexto de abertura de capital, nacional ou estrangeiro, das atividades anteriormente desempenhadas pelo Estado, trazendo segurança jurídica aos investidores por conseguirem, ao menos em teoria, adotar políticas públicas estáveis, eficientes e objetivas, com caráter técnico, imparcial, e sem correlações com o clientelismo fisiológico comumente associado à manutenção de interesses da esfera política (WIMMER; PEIXOTO, 2008, p. 4-5).

A regulação recai sobre os setores da atividade econômica especializada e, em certos casos, sobre atividades relacionadas à prestação do serviço público. Para os objetivos deste ensaio, daremos privilégio à perspectiva da regulação relacionada à prestação de serviço público.

⁴ Tais como Inmetro e CVM, por exemplo.

3. OS FUNDAMENTOS TÉCNICO-JURÍDICOS DA REGULAÇÃO E DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Delimitado o escopo do Estado Regulador, e situando-o como o modelo contemporâneo ao qual a organização da Administração Pública brasileira está lastreada, faz-se necessário compreender no que consiste a regulação, de modo geral, e a que ela exatamente se refere. Considerando o título do ensaio, obviamente um de seus referenciais está atrelado à execução de atividades relacionadas à prestação de serviços públicos. No entanto, conforme veremos adiante, ela não se limita a apenas isso. A regulação é, ao mesmo tempo, um procedimento administrativo e uma atividade econômica, e que, de modo geral, possui um conjunto diverso de temáticas que visam a harmonização, estabilidade e previsibilidade de um determinado segmento a ele associado ou direcionado, diminuindo inconformidades e ordenando processos.

3.1 Regulação: História, fundamentos e teorias

O termo “regulador” tem a sua origem advinda das ciências da engenharia, e remonta ao século XVIII. A expressão foi forjada para explicar o comportamento desejável dos sistemas mecânicos. Posteriormente, a noção de regulação estende-se para o domínio fisio-biológico no século XIX, e com a emergência das ciências sociais, o termo também adquire uma conotação social (FONSECA, 2016, p.49-50). Nesse sentido, situa-se a noção de regulação econômica:

A expressão “regulação econômica”, por sua vez, está ligada ao padrão de intervenção estatal no mercado que se refere a impostos, subsídios e controles legislativos e administrativos sobre taxas, ingressos no mercado e outras facetas da atividade econômica (FONSECA, 2016, p. 50).

A regulação, em linhas gerais, delega à esfera privada, por meio de concessões ou permissões, o direito de explorar economicamente atividades relacionadas à prestação de serviço público ou relativas à construção ou gerência de empreendimentos relativos à infraestrutura pública. Essas são atribuições que permanecem como deveres do Estado, e este incube as agências reguladoras para disciplinar as regras de direito público, bem como estabelecer parâmetros avaliativos acerca dessas atividades, tais como qualidade, o preço e a eficiência do serviço, dentre outros.

A política regulatória é o conjunto de decisões tomadas pelas agências reguladoras de um determinado setor regulado, disciplinada a formalizar disposições normativas e monitorar o cumprimento dessas diretrizes, bem como o comportamento dos regulados. A regulação recai direta ou indiretamente sobre a alguma atividade econômica específica, e desse modo, é possível deduzir que o processo de regulação é um processo de intervenção, ainda que indireta, do Estado na economia:

A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que eles lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis (ARAGÃO, 2009, p. 37).

Nesse sentido, o art. 174 da Constituição Federal/88 estabelece o papel regulador do Estado, no tocante à atividade econômica:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (BRASIL, 1988).

Outro apontamento relevante ao tema, diz respeito a função ou atividade regulatória. Os poderes concentrados sobre as agências reguladoras são de caráter normativo, administrativo e judicante. São essas atividades: i) administrativas clássicas (e.g. poder de política), ii) poder normativo (e.g. prerrogativa de editar atos normativos); e iii) judicantes (e.g. atribuição para resolver conflitos entre os agentes regulados) (OLIVEIRA, 2019, p. 111).

Existem duas concepções teóricas clássicas que compreendem, de modo divergente, os fundamentos da regulação, a saber: A Escola do Interesse Público e a Escola Neoclássica. A Escola do Interesse Público compreende a regulação como um fenômeno distinto do ideal de preservação do mercado. Para esta corrente, o objetivo da regulação é persecução do interesse público, noção esta que carrega uma ambiguidade entre os domínios político e econômico, e que por esta razão, não pode ser compreendida inequivocamente em todos os casos. Há a intersecção, ainda que com ressalvas, da concepção de interesse público com a noção de serviço público, e sendo o direito público o regente deste último, é possível extrair da doutrina

administrativa as duas formas de regulação, a saber: *A concessão do serviço público* e o *poder de polícia*. Essa configuração, historicamente proveniente do direito administrativo francês, é a comumente aceita no Brasil. Já a Escola Neoclássica, em sentido oposto, compreende a regulação como um instituto dissociado de interesse público, e sua única finalidade consiste em corrigir ou substituir a atuação do mercado. A regulação se justifica apenas por não haver alguma solução de mercado mais eficiente em um determinado setor. É a partir desta última escola que trabalhos críticos ou céticos sobre o esquema regulatório, que o fenômeno da captura regulatória é tematizado e reconhecido (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 16-23).

No entanto, antes de entrar nos aspectos críticos acerca da regulação, cabe aqui fazer uma ressalva. Embora a regulação também compreenda a execução de obras de infraestrutura, o enfoque natural deste projeto privilegiará a prestação de serviço público. Um outro apontamento pertinente, é que a doutrina brasileira, alinhada com o direito continental francês, tende a compreender melhor a regulação dentro das finalidades da Escola de Interesse Público. Nesse sentido, o enfoque posterior que daremos a regulação do setor de telecomunicações será tendo em vista o objetivo da promoção da prestação de serviço público, com base no interesse coletivo de seus usuários, e se a agência reguladora do setor tem agido de acordo com tal finalidade. Portanto, a próxima seção abordará os serviços públicos de modo a compreender a sua natureza e para identifica-lo como objeto de regulação das telecomunicações.

3.2 O serviço público e as bases continentais do direito público brasileiro

O serviço público é um conceito diretamente relacionado à atividade do Estado. Por essa razão, ele é flexível conforme a noção de Estado, e este, por sua vez, é resultado do tempo e espaço histórico específico. Por essa razão, não há unanimidade doutrinária quanto ao conceito de serviço público, visto que, por vezes, atribui-se ao conceito noções orgânicas (prestado por órgãos públicos), formais (possui características extrínsecas) e materiais (definição através do objeto). Pode-se dizer que ele é “variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada sociedade em cada momento histórico” (MEIRELLES, 2016, p. 417). Mas o que é serviço público, afinal?

Existem duas perspectivas distintas a serem consideradas. Para a “Escola do Serviço Público” ou a “Escola de Bordeaux”, serviço público é toda a atividade cujo cumprimento deve ser regulado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento econômico e social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção do Estado, de modo que só pode ser realizado, regulado e assegurado pela força do governante (ARAGÃO, 2013, p. 80). De acordo com essa linha de pensamento, o serviço público era o ponto central do Direito Administrativo, e que seu objetivo era satisfação dos interesses e necessidades da coletividade. A premissa norteadora era de que era a sociedade e não a ideia de soberania, que deveria basear as intervenções e atividades do Estado. Seu maior expoente, era o jurista francês León Duguit:

Coube a León Duguit a construção de várias teorias, tanto no campo do direito público como no direito privado. A principal delas (direito público) foi a substituição do conceito de soberania (*pruissance*), um dos seus fundamentos, pela noção de serviço público. As ideias desenvolvidas pelo autor francês para conceituar o serviço público acabaram entrando em choque com o conceito de Estado de Direito (*pruissance*). Isso porque a Escola de Serviço Público defendia o Estado de Direito *prestacional*, acreditando como única ideia a prestação material do serviço público à coletividade, afastando o conceito de soberania tradicional ilimitada – modelo autoritário do Estado de Direito adotado na Alemanha que buscava seguir literalmente as normas formais. (GONÇALVES DA SILVA, 2016, p. 16-17)

A doutrina brasileira assimilou a noção de interesse público à prestação de serviço público, sendo a corrente de pensamento majoritária sobre este tópico. Hely Lopes Meirelles define como serviço público “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES, 2016, p. 418). Em outra definição mais ampla, Bandeira de Mello caracteriza o serviço público no mesmo sentido:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (BANDEIRA DE MELO, 2015, p. 695).

A tradição norte-americana compreende os serviços públicos como utilidades públicas (*public utilities*). Os *public utilities* são atividades econômicas que possuem grande relevância social,

assim como os bens que servem a sua prestação, e que em razão das limitações impostas pelo Estado a essas atividades, seus detentores podem possuir privilégios que podem gerar mudanças de grande impacto social e econômico. Nesse modelo, o papel exercido pelo Estado é o de permitir o florescimento da atividade econômica privada, e corrigir eventuais distorções que podem ocorrer em decorrência da realização da atividade. A ideia fundamental está na construção de mecanismos que tutelem o usuário no usufruto de serviços que possam ser considerados como adequados, com tarifas justas e eficientes, mas que ao mesmo tempo, não possuam caráter político e interfira no funcionamento regular dessas atividades econômicas (GONÇALVES DA SILVA, 2016, p. 21). Essas atividades que coincidem com o interesse público estão sujeitas ao controle de qualidade dos serviços prestados, dos preços ou de outra ordem, que deverá ser realizado, em regra, pelas agências reguladoras independentes (ARAGÃO, 2013a, p.99). Podemos definir o *public utility* como a:

Atividade econômica na qual não há a figura da delegação administrativa em que o Estado transfere a execução do serviço e o fiscaliza nos termos estabelecidos nas normas legais e no contrato administrativo que estabeleceu vínculo jurídico. Tudo se retrata na atividade econômica, inclusive os serviços essenciais, que tem como características básicas a destinação social e a exclusividade aos usuários do serviço com intuito de aplicar o interesse público (GONÇALVES DA SILVA, 2016, p. 23).

As tradições francesa e norte-americana possuem uma noção em comum: A ideia de que o serviço público é uma atividade de impacto econômico e social, que justifica a necessidade de tutela do Estado. No entanto, para a tradição francesa, o serviço público é atividade prestacional do Estado em face aos interesses da coletividade, que possui regime jurídico público e titularidade do Estado. Na tradição norte-americana, os serviços públicos são tratados como bens de utilidade ou atividades econômicas úteis de alto valor social, e que em razão disso, o fornecimento desses serviços precisa ser amparado pelo Estado, por meio de um regime técnico de fiscalização e controle. A titularidade da prestação é transferida para as entidades privadas, e cabe as autarquias independentes acompanhar a prestação destes serviços.

O Brasil adotou, historicamente, as motivações francesas para a instituição do modelo de prestação de serviço público. Compete ao Estado, na forma de lei, assegurar a continuidade das atividades econômicas de interesse comum, atender aos interesses e satisfazer as necessidades da coletividade. Contudo, a descrição do modelo norteamericano soa bem familiar para nós. O ideário de *public utility* foi a inspiração para o nosso modelo de agências reguladoras, que

passou a ser implementado no processo de remodelação e reorganização da estrutura e atribuições do Estado, ocorridos durante os anos 80 e 90. Desse modo, podemos afirmar que adotamos um modelo híbrido, caracterizado pela finalidade social da prestação de serviço público, e pela adoção de critérios de controle administrativo, tais como qualidade e eficiência, que atualmente balizam a atuação de nossas agências reguladoras:

No Brasil, apesar de adotarmos grande parte da doutrina francesa, em especial, a ideia assistencialista de serviço público, devido a mudanças no mercado econômico e industrial, ocorridas nas décadas de 1980 e 1990, as regras das *public utilities* acabaram influenciando na remodelação do conceito de serviço público, em especial, na colocação de mecanismos que buscam melhorar a qualidade destes serviços em benefício dos usuários do serviço público. (GONÇALVES DA SILVA, 2016, p. 23).

Diante do exposto, podemos analisar o dispositivo constitucional que obriga o Poder Público a incumbência de efetivar a realização do serviço público. Nota-se que o ente público pode atuar diretamente no seu cumprimento, ou pode delegar, via concessão ou permissão, a prestação do serviço público:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
Parágrafo único. A lei disporá sobre:
I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
II - os direitos dos usuários;
III - política tarifária;
IV - a obrigação de manter serviço adequado. (BRASIL, 1988).

A atividade regulatória direcionada à prestação de serviço público é direcionada a uma miríade de empreendimentos que se correlacionam entre si. Um mesmo setor regulado implica em um acompanhamento técnico que vai desde a infraestrutura física dos empreendimentos, à estrutura contábil e societária de uma empresa; do controle de qualidade de bens e serviços, à política tarifária e satisfação do mercado consumidor; de questões meramente burocráticas aos empreendimentos técnicos de alta complexidade. A atividade regulatória penetra em muitos setores sensíveis do desenvolvimento econômico e da realidade social. Desse modo, a política regulatória do serviço público deve proporcionar o cenário mais adequado possível para as atividades objeto de sua atuação:

[...] o objetivo regulatório é o de assegurar a ótima prestação da atividade privada regulada ou do serviço público concedido, numa perspectiva dos direitos de segunda e terceira dimensão. Mas atingir tal finalidade é tarefa complexa. As atividades sob regulação tendem a ser empreendimentos econômicos de alta capilaridade social (bancos, seguros, ações, telefonia, medicamentos, planos de saúde, etc.), dentre os quais estão os serviços públicos (cuja atração de colaboradores sérios depende da elaboração de um projeto que oferte remuneração adequada ao investidor). Envolvem projetos de longo prazo (consubstanciados em contratos de 10, 20 ou 30 anos), com investimentos de longa maturação (aportes iniciais significativos, a ser recuperados ao longo de muitos anos). (BOCKMANN MOREIRA, 2009, p. 110)

Além disso, as agências reguladoras tem um compromisso em assegurar o desenvolvimento sustentável das atividades econômicas reguladas, de modo que sua atuação deve evitar ao máximo lesar os direitos dos usuários, o funcionamento dos mercados, e a credibilidade da própria instituição. A atuação das agências reguladoras deve ser técnica, e esta deve produzir e fiscalizar os regulados ouvindo as suas demandas e os integrando no processo regulatório.

O Estado tem a responsabilidade reforçada de garantir a prestação dos serviços e assegurar o equânime funcionamento dos mercados. Isso se dá por meio da edição de normas regulamentares e através da fiscalização dos atos e contratos, que pretendem garantir o correto funcionamento dos serviços regulados e a realização dos direitos dos cidadãos. O Estado é um garantidor ativo, normativamente imbuído de deveres mais fortes e significativos (BOCKMANN MOREIRA, 2009, p. 113).

A persecução pelo serviço público adequado não ocorre alheio a noções valorativas. Do mesmo modo que a Administração Pública tem o seu próprio corpo axiológico, a doutrina brasileira reconhece que o serviço público, enquanto extensão do Poder Público, também possui os seus próprios princípios norteadores.

3.3 Princípios administrativos do serviço público

O serviço público, conforme vimos, é uma atividade prestada pelo Poder Público de modo a atender as necessidades e interesses sociais, que de algum modo se relacionam com os deveres e funções administrativas do Estado. Considerando que a prestação de serviço público é voltada para os interesses e necessidades da coletividade, tal prestação não pode ser satisfeita de qualquer forma:

Sendo voltados aos membros da coletividade, os serviços públicos a cargo do Estado ou de seus delegados devem obedecer a certos *standards* compatíveis com o prestador, os destinatários e o regime a que se sujeitam. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 240)

Desse modo, a prestação está vinculada a princípios normativos, que têm como objetivo estabelecer um controle de qualidade sobre a prestação, gestão ou efetivação de tais serviços. Esses princípios podem ser considerados como extensões dos princípios da administração pública, de modo que estes também pertencem à ordem do direito administrativo. São eles os princípios da *generalidade*, *continuidade*, *eficiência* e da *modicidade tarifária*.

3.3.1 Generalidade

O princípio da generalidade determina que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, beneficiando o maior número possível de indivíduos, e o maior número possível de regiões. Além disso, devem ser prestados sem discriminação entre os usuários. Tal princípio está relacionado com o princípio da isonomia, ou, em termos administrativistas, ao princípio da impessoalidade (art. 37, CF). Nesse sentido, os serviços públicos devem ser ofertados visando a generalidade (CARVALHO FILHO, 2017, p. 240)

3.3.2 Continuidade

O princípio da continuidade ordena que os serviços públicos não devem ser interrompidos, de modo a evitar que os consumidores ou usuários finais sejam prejudicados na miríade de suas atividades. Tal princípio também funciona como um estímulo ao Estado oferecer meios de expansão e modernização de seus serviços, de modo a fornecer maior segurança e regularidade à prestação de serviço, ou mesmo adequar determinada atividade ou setor de atuação às novas exigências sociais. A suspensão do serviço público pode ocorrer se motivada em caso de inadimplemento do usuário sobre serviço público facultativo, ou se o usuário não se encontra em conformidade com a regularidade técnica daquele serviço. Ela também pode ocorrer por razões técnicas ou de segurança, desde que previamente comunicada publicamente sobre a paralisa temporária do serviço. Ocorrendo a suspensão para além das hipóteses mencionadas, incorrerá o prestador de serviço em ilicitude (CARVALHO FILHO, 2017, p. 241)

3.3.3 Eficiência

Os serviços públicos devem ser prestados com a maior eficiência possível. O art. 175, parágrafo único, IV, da CF, estabelece, aludindo ao regime de empresas concessionárias e permissionárias, que estes devem manter adequado o serviço executado tendo em vista a observância ao princípio da eficiência. A eficiência diz respeito ao melhor rendimento possível sobre determinada atividade, referindo-se ao seu modo de execução. Já os serviços públicos, possuem como objeto a satisfação dos interesses e necessidades dos usuários. Desse modo, a execução eficiente é aquela que consegue conciliar as expectativas do serviço com a demanda social dos usuários, se adequando à realidade destes. A demanda social pode variar com o tempo, e o prestador de serviço deve acompanhar seu movimento para aumentar ou reduzir custos, ou repensar seu modo de execução. Se não há adequação entre serviço e demanda social, inexistente eficiência (CARVALHO FILHO, 2017, p. 243).

3.3.4 Modicidade tarifária

A modicidade tarifária estabelece que os serviços devem ser remunerados a preços módicos. Isso significa que as tarifas cobradas aos usuários/consumidores devem estar em conformidade com o poder aquisitivo dos usuários, de modo que estes não sejam impedidos por sua condição financeira de usufruir dos serviços públicos. Certas atividades caracterizadas como serviço público podem ter custos excessivamente onerosos em comparação ao custo de realização/execução/manutenção da própria atividade. Nesses casos, pode o Poder Público intervir, por meio de subsídios ou outros proventos financeiros, oferecer os recursos econômicos às concessionárias e permissionárias, de modo a assegurar a modicidade tarifária (CARVALHO FILHO, 2017, p. 243).

3.3.5 Resoluções da ANATEL no tocante a esses princípios

Até o presente momento, pouco falamos sobre a agência reguladora objeto de nossa investigação. Por uma escolha organizacional, ela será melhor abordada no capítulo seguinte. No entanto, ao falarmos sobre os princípios ordenadores dos serviços públicos, é imprescindível avaliar se a produção normativa da ANATEL possui determinações vigentes que

exemplifiquem ou reflitam os princípios aqui explicitados. Analisaremos uma resolução e uma portaria, e veremos de que forma esses princípios podem ser encontrados.

A Portaria nº 722/2017, aprovada pelo Conselho Executivo da ANATEL, estabelece as diretrizes para a elaboração do Plano Operacional (Tático) 2018. Tais diretrizes ainda estão em vigor, pois não foi editada uma nova resolução revogando resolução anterior. O art. 1º, apresentado abaixo em forma de tabela, estabelece algumas diretrizes inspiradas nos princípios do serviço público aqui descritos. Para facilitar o entendimento, as diretrizes/justificativas que aludirem à generalidade estarão em cor vermelha, continuidade na cor azul e eficiência na cor verde. Note-se que algumas diretrizes/justificativas podem aludir a mais de um princípio. Tentaremos atribuir a eles os enfoques mais evidentes, ainda que as designações permitam mais de uma interpretação adequada. A modicidade tarifária será vista subsequentemente. Segue-se:

Tabela 1: Plano Operacional (Tático) para o período de 2018 (ainda vigente)

	Diretriz	Justificativa
<i>Ampliação da infraestrutura de transporte e acesso</i>	Promover a expansão, a melhoria da qualidade e a modernização das redes de transporte e acesso de alta capacidade nos municípios brasileiros, inclusive em distritos não sede.	<i>Propiciar os meios para a oferta de maiores velocidades de acesso à internet, consequentemente, aumentar a média de velocidade no Brasil, e a melhoria da prestação dos serviços de banda.</i>
<i>Satisfação, qualidade e preço</i>	Promover ações regulatórias orientadas à proteção do consumidor e melhoria das relações de consumo, especialmente nas questões ligadas à oferta e ao relacionamento.	<i>Os diagnósticos das relações de consumo elaborados pela SRC demonstram que o atendimento ao consumidor e a baixa capacidade de resolução de demandas pelas prestadoras são os pontos que causam os maiores impactos negativos nos índices de satisfação com o serviço.</i>
<i>Competição e sustentabilidade</i>	Monitorar a sustentabilidade das prestadoras, inclusive a sua inserção no ecossistema digital.	<i>À luz das transformações setoriais, que indicam a conformação de um ecossistema econômico mais amplo que a atual cadeia de valor de telecomunicações, envolvendo novos players nativos da camada de conteúdos e da Internet, faz-se necessário o acompanhamento dos resultados econômicos e financeiros das empresas reguladas, a fim de verificar a sustentabilidade das prestadoras</i>

		<i>e, assim, subsidiar as atividades de regulação setorial.</i>
	Desenvolver ações para estimular a competição considerando a dinâmica do setor.	<i>Necessidade de revisar e aprimorar o processo competitivo com objetivo de estimular o aumento no número de acessos, a melhoria na qualidade dos serviços e a redução de preços, que, conseqüentemente, propicia o aumento do uso dos serviços.</i>
<i>Recursos à prestação</i>	<i>Promover o uso eficiente e adequado de espectro, órbita e numeração considerando a evolução tecnológica.</i>	<i>Devido a crescente demanda por uso de faixas de radiofrequências e outros recursos à prestação no Brasil, considerando a dinâmica do setor, faz-se necessário realizar estudos para planejamento de médio e longo prazo, e atualizar a regulamentação para que o processo ocorra de forma ágil.</i>
<i>Atuação Regulatória</i>	<i>Aprimorar a atuação regulatória adotando-se modelo responsivo, em que o controle é proporcional à conduta do regulado.</i>	<i>Necessidade de proporcionar um ambiente onde a carga regulatória é proporcional ao nível de intervenção necessária, ou seja, balizar a nível de intervenção regulatória de acordo com o comportamento do ente regulado.</i>
<i>Fortalecimento institucional</i>	<i>Aumentar a eficiência, eficácia e efetividade nos processos, e reavaliar o nível de burocracia dos processos</i>	<i>Promover a eficiência, eficácia e efetividade nos processos internos da Anatel, tanto nos processos finalísticos quanto nos processos de suporte, é fator fundamental para maior celeridade e melhoria dos serviços prestados. Nesse sentido, reavalia, também, o nível de burocracia dos processos da Agência torna-se determinante para a agilidade de processamento de demandas..</i>
	<i>Proporcionar o fortalecimento institucional da Anatel</i>	<i>Diversos temas setoriais devem ser esclarecidos para fortalecer o posicionamento estratégico da Agência, bem como fortalecer a imagem institucional da Agência, em alinhamento com os seus objetivos estratégicos. A comunicação institucional é um dos pilares fundamentais para a promoção do posicionamento estratégico e da atuação regulatória da Anatel.</i>
	<i>Aprimorar a gestão da informação, do conhecimento e de riscos.</i>	<i>Possibilitar adequada governança da informação e conhecimento da Anatel no âmbito de suas atribuições institucionais. É importante que a Agência utilize medidas para mapear e registrar os conhecimentos e as melhores práticas de gestão de seus</i>

		<i>servidores de maneira a disponibilizar o conhecimento para todos na organização, auxiliando na quebra de paradigmas e na modelagem do comportamento humano necessário para a construção de uma cultura colaborativa e participativa. Um meio eficiente é adotar medidas com vistas a gerenciar os riscos institucionais, por meio do desenvolvimento de uma política de gestão de risco.</i>
	Fortalecer a gestão administrativa e financeira	<i>Reestruturar e aperfeiçoar a alocação de recursos materiais, financeiros e humanos da Anatel, com o intuito de garantir o pleno desempenho de suas atividades, identificando oportunidades de ganhos de eficiência e a promoção do desenvolvimento de competência dos servidores, considerando a melhoria da qualidade de vida no trabalho.</i>

Fonte: Anatel

Por fim, examinaremos uma resolução da ANATEL no que tange a política de preços a ser estabelecida pelas empresas operadoras de telefonia. Trata-se da resolução nº 724/2020, que aprova a “implantação e acompanhamento de liberdade tarifária no Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral, modalidade Longa Distância Nacional”. Nos termos da resolução, considera-se Liberdade Tarifária o direito das operadoras em fixar valores tarifários conforme seus próprios parâmetros, critérios e liberalidade. Destaca-se ainda que a disposição normativa pode estabelecer um valor-teto sobre aspectos componentes da Estrutura Tarifária:

Art. 3º Para fins desta Norma, aplicam-se as definições constantes da regulamentação específica e ainda:

I - Estrutura Tarifária: conjunto de valores que compõem o plano básico da Concessionária, divididos segundo o degrau tarifário da distância, o horário da chamada, tipo de acesso de origem e destino, e modulação horária;

II - Liberdade Tarifária: regime tarifário em que as tarifas cobradas são de livre proposição da empresa prestadora; e,

III - Tarifas Fixadas: regime tarifário em que os valores máximos dos elementos da estrutura tarifária são fixados pela Anatel. (ANATEL/2020)

O direito de estabelecer os valores e critérios tarifários não podem ser exercidos de forma abusiva. Deve-se levar em consideração os custos relativos ao fornecimento do serviço, mas deve-se também levar em consideração a capacidade de custeio do mercado consumidor em relação aos serviços prestados. O equilíbrio entre ambos é regra áurea para a concretização dos

princípios de generalidade, continuidade e eficiência, sem prejuízo de outros fatores externos (gestão, concorrência, incentivos, investimento, etc...). No entanto, a concepção doutrinária majoritária entende que a finalidade do serviço público, bem como da regulação, é servir à coletividade. Desse modo, a modicidade tarifária deve-se fazer presente no regime de Liberdade Tarifária, e eventuais alterações nos valores tarifários devem ser reportados, antecipadamente, à agência reguladora:

Art. 4º A implantação do regime de liberdade tarifária tem como pressupostos o estímulo à competição, o aumento da produtividade, a modicidade tarifária e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Art. 5º A partir da publicação da presente Norma, o STFC, modalidade LDN, estará submetido ao regime de liberdade tarifária, no qual a concessionária poderá determinar suas próprias tarifas.

Parágrafo único. A alteração dos valores tarifários deverá ser comunicada à Agência com antecedência de sete dias de sua vigência. (ANATEL/2020)

Havendo a ocorrência de práticas de mercado anticompetitivas (e.g., cartéis, dumping, oligopólio), ou havendo indícios de aumento arbitrário de lucros, o regime de Liberdade Tarifária será suspenso e a empresa concessionária investigada. Caso comprovada a ocorrência das hipóteses supramencionadas, o Conselho Diretor da ANATEL deliberará a expulsão da empresa do regime, seja qual for a etapa em que estiver a execução do contrato.

Art. 6º Caso identifique indícios de prática anticompetitiva ou aumento arbitrário de lucros, a Superintendência responsável da Anatel poderá determinar a suspensão do regime de Liberdade Tarifária para a Concessionária onde tais práticas foram identificadas.

Art. 7º Na ocorrência de prática comprovadamente anticompetitiva ou aumento arbitrário de lucros, o Conselho Diretor da Anatel deliberará sobre a extinção do regime de Liberdade Tarifária para a Concessionária onde tais práticas foram identificadas, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Art. 8º A completa extinção do regime de Liberdade Tarifária poderá ser determinada pela Anatel, independentemente da etapa em que se encontre, caso se constate má-fé da Concessionária. (ANATEL/2020)

Para entender o regimento e funcionamento da ANATEL, é necessário, primeiro, compreender o funcionamento e instituição de uma agência reguladora. Elas são o instrumento público pelo qual a regulação converte motivações e finalidades abstratas do Poder Público em políticas públicas tangíveis, com consequências imediatas no funcionamento e no desenvolvimento da sociedade.

3.4 Agências reguladoras

As agências reguladoras se inserem no paradigma similar o modelo das *public utilities* norte-americanas (função reguladora consiste em fiscalizar, normatizar e organizar o funcionamento dos mercados e a satisfação dos consumidores), com o adendo que a função social da regulação é o interesse público. No entanto, é necessário fazer uma ressalva histórica: Nos Estados Unidos, as agências reguladoras surgiram e se proliferaram como de intervencionismo e relativização das garantias liberais clássicas (direito de propriedade e liberdade contratual). Foi implementada pelo New Deal, através de uma plataforma social-democrata e cuja criação só foi possível mediante pressões políticas conservadoras e, por essa razão, tais agências foram dotadas de competências amplamente discricionárias, e somente a partir da segunda metade do século XX começou a desenvolver mecanismo de controle social, político e jurídico, realizados pelos três poderes e por grupos econômicos e sociais organizados, de modo a diminuir o risco de captura regulatória e aumentar o grau de responsividade social e legitimidade democrática (BINENBOJM, 2005, p. 149 – 152). Curiosamente, enquanto as agências reguladoras são representações do neoliberalismo (ou liberalismo, a quem preferir) na literatura acadêmica brasileira, os norte-americanos veem as agências reguladoras com desconfiança, dado o seu passado controverso⁵, e em alguns casos, advogar pela extinção de algumas delas.

No Brasil, as motivações para aderir ao paradigma regulatório foram inversas: A necessidade de o atrair capital privado dos mercados para investimentos nas atividades de titularidade pública. A globalização trouxe uma expansão das fronteiras comerciais e consigo a possibilidade de desenvolvimento econômico através da fluidez na importação e exportação mundial de produtos, bens ou serviços. No entanto, países com passado nacionalista autoritário (independentemente do espectro político) não eram confiáveis do ponto de vista institucional, havendo sempre o risco expropriação ou de ruptura de contrato para os investidores estrangeiros. Nesse sentido, o afastamento das atividades econômico-financeiras do processo político-eleitoral foi uma das razões de ação do paradigma regulatório, através da relativa autonomia institucional das agências reguladoras (BINENBOJM, 2005, p. 152). Nesse sentido,

⁵ Por exemplo, a atuação do FDA americano contra medicamentos alternativos eficazes contra o HIV, sob alegações de lobby farmacêutico. Tal situação é retratada no filme Clube de Compras Dallas (Dallas Buyers Club).

a abertura econômica do Brasil ocorreu através da Reforma do Aparelho do Estado, e por sua vez, através do prisma da regulação:

O contexto político, ideológico e econômico em que se deu a implantação das agências reguladoras no Brasil, durante os anos 1990, foi diametralmente oposto ao norte-americano. Com efeito, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público (BINENBOJM, 2005, p. 152).

As agências reguladoras possuem determinadas características, que determinam a sua atuação: as agências são órgãos públicos dotados de *autoridade*, pois são capazes de exercer coercitivamente suas atribuições; elas estão adstritas ao seu objeto, ou a finalidade pela qual estas foram criadas. A *amplitude* de suas atribuições pode variar de acordo com o setor regulado, porém, as agências reguladoras podem exercer poderes normativos, de outorga, de fiscalização, sancionatório, de conciliação e poderes de recomendação; também é característica do órgão regulador a necessidade de *capacitação técnica* dos seus agentes, de modo a acompanhar a complexidade técnica do setor regulado; uma terceira característica das agências é a *permeabilidade à sociedade*. As agências reguladoras devem buscar a participação dos atores sociais no processo regulatório, pois estes se enquadram como potenciais beneficiários da atividade das agências. A regulação voltada apenas para os interesses dos regulados coloca em risco a própria finalidade social da regulação; as agências reguladoras são caracterizadas por sua *processualidade*. Isso significa que, quanto ao seu rito, estão adstritas ao princípio do devido processo legal; por fim, como uma de suas características mais importantes e definidoras, as agências reguladoras são *independentes*. Sua atuação deve ser autônoma dos agentes regulados, dos consumidores, e do poder político (MARQUES NETO, 2005, p. 55-72).

As agências reguladoras atuam não apenas dentro da esfera dos serviços públicos, mas também a partir da necessidade de controle de determinadas atividades privadas relevantes, estabelecidas por lei (OLIVEIRA, 2019, p. 111). De acordo com o tipo de atividade regulatória, as agências podem ser classificadas, da seguinte forma:

A) agências reguladoras de serviços públicos concedidos - (ex.: ANEEL, ANATEL, ANTT);

B) agências reguladoras de atividades econômicas em sentido estrito (ex.: ANP, ANCINE) (OLIVEIRA, 2019, p. 111)

As agências também podem ser classificadas de acordo com a quantidade de setores regulados:

A) agências reguladoras monosssetoriais: regulam, especificamente, uma atividade econômica ou um serviço público. É a regra geral (ex. ANEEL, ANATEL, ANP);

B) agências reguladoras plurissetoriais – Regulam, ao mesmo tempo, diversas atividades econômicas e/ou serviços públicos - (ex.: Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS; Agência Reguladora de Serviços Públicos de Santa Catarina – AGESC) (OLIVEIRA, p. 111-112)

Há ainda, uma terceira classificação, que versa sobre a titularidade federativa da agência reguladora. Nesse sentido, ela pode ser federal, estadual, distrital ou municipal (OLIVEIRA, 2019, p. 112). As agências reguladoras são relativamente recentes, e seu desenvolvimento funcional vem sendo desenvolvido, tanto a nível normativo quanto institucional, com o passar das décadas de sua implementação.

3.4.1 Implementação e primeiros anos

As agências reguladoras, detentores do poder regulatório, surgem no processo de Reforma do Aparelho do Estado (década de 1990), como crítica à estrutura administrativa então existente e com o objetivo de descentralização da atividade estatal. Todavia, observa-se que essa implementação ocorreu de forma pulverizada, a partir de diversas leis instituidoras. Apesar dessa fragmentação institucional, as agências reguladoras possuem uma identidade material umas com as outras, pois suas funções precípua (fiscalizar, normatizar e regular) não se distinguem, independentemente do setor que se pretenda regular (FORTINI, CAVALCANTI, 2021, p. 39). Também apresentam, como características institucionais, a *autonomia*, a *estabilidade*, e o *caráter final* das decisões:

Não havia lei única disciplinando as agências reguladoras, mas as leis instituidoras observavam certo regime jurídico uniforme: todas praticamente foram criadas como *autarquias de regime especial*, assim caracterizadas: (i) maior *autonomia* em relação à Administração Pública; (ii) *estabilidade* de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que só pode ser perdido em hipóteses expressamente previstas,

ficando afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; (iii) *caráter final* das decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública. (DI PIETRO, 2021, p.16)

Elas se inserem no contexto de reorganização das atividades do Estado, no que tange a sua atuação na ordem de suas funções econômica e administrativa. Em 1995, no governo Fernando Henrique Cardoso, elabora-se o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, com o propósito de reformular a Administração Pública e instituir o sistema de autarquias de caráter regulatório, chamadas no documento de agências autônomas:

A responsabilização por resultados e a consequente autonomia de gestão inspiraram a formulação deste projeto, que tem como objetivo a transformação das autarquias e de fundações que exerçam atividades exclusivas do Estado, em agências autônomas, com foco na modernização da gestão. O Projeto das Agências Autônomas desenvolver-se-á em duas dimensões. Em primeiro lugar, serão elaborados os instrumentos legais necessários à viabilização das transformações pretendidas, e um levantamento visando superar os obstáculos na legislação, normas e regulações existentes. Em paralelo, serão aplicadas as novas abordagens em algumas autarquias selecionadas, que se transformarão em laboratório de experimentação. (BRASIL, 1995, p. 59).

É relevante citar que a criação das agências reguladoras não foi pacífica. A Lei nº 9472/1997, conhecida como Lei Geral das Telecomunicações, que disciplinou os serviços de telecomunicações e que instituiu a ANATEL, agência ao qual abordaremos mais adiante, foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF (GUERRA, 2015, p. 93-95). Os três pontos questionados pela ADI foram i) independência administrativa; ii) competência normativa e; iii) poder de polícia⁶. Apesar da noção de agência autônoma ter sido validada,

⁶ A ADI buscou a declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos da lei, sendo destacados a seguir apenas os referentes à agência reguladora: a) independência administrativa: o argumento contrário à lei baseou-se na suposta afronta ao art. 37, inciso XIX da Constituição Federal, que, segundo os autores, não contempla a possibilidade de autarquias virem a ter regimes especiais (independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, autonomia financeira, bem como mandato fixo e estabilidade aos dirigentes). Esse dispositivo legal atentaria contra a competência privativa do Presidente da República e do Ministro do Estado a que o órgão está vinculado, a quem compete, de forma exclusiva, a direção superior da Administração Pública. Essa previsão legal teria ferido o princípio tripartite da separação de poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal. b) competência normativa: questionou-se dispositivo da lei que outorgou competência à ANATEL para expedir normas sobre a outorga, a prestação e a fruição de serviços de telecomunicações. Haveria, nos argumentos dos autores, indevida delegação de poder normativo do Poder Legislativo para a agência. Ponderou-se que a Constituição Federal só admite a delegação normativa nos termos do art. 68 (delegação nominada) e que a lei não trouxe parâmetros norteadores para que houvesse regulamentação. c) poder de polícia: questionou-se a competência da ANATEL para realizar busca e apreensão de bens (GUERRA, 2015, p. 93-94).

reconheceu-se a sua subordinação às normas e regulamentos do ordenamento jurídico como um todo, e vetou-se a possibilidade das agências reguladoras realizarem busca e apreensão:

O julgamento final, quanto aos pontos acima, pode ser assim consolidado: quanto à independência administrativa, a Suprema Corte não conheceu da ação direta por unanimidade, validando o modelo de agência reguladora autônoma, criado por lei. No que se refere à expedição de normas, o Supremo Tribunal Federal decidiu que tal dispositivo legal não é inconstitucional; contudo, deixou claro, por atuação do Ministro Sepúlveda Pertence, que essas normas subordinam-se às leis e, eventualmente, regulamentos. Por fim, com relação ao poder de polícia, para realizar busca e apreensão, a Corte decidiu, por maioria de votos, suspender essa atribuição (GUERRA, 2015, p. 95).

Prosperando a sua validade, as agências reguladoras começaram a ser instituídas, gradualmente, por meio de legislações autônomas. A primeira agência reguladora foi a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, através da Lei nº 9742/97. Após sua criação, sucedeu-se, a criação das seguintes agências reguladoras federais, em ordem cronológica: Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (Lei nº 9427/96), Agência Nacional de Petróleo - ANP (Lei nº 9478/97), Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (Lei nº 9782/99), Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (Lei nº 9961/00), e a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC (Lei nº 11.182/05).

O surgimento das agências reguladoras é recente. A inserção delas marca uma mudança do paradigma do Direito Administrativo Brasileiro. Seu desenvolvimento e continuidade ainda é objeto de constante discussão e de gradual amadurecimento, seja pelas inovações legislativas, ou pelo aperfeiçoamento perante situações concretas ou pela contribuição de atores da sociedade civil. Nesse sentido, faz-se necessário comentar o Marco Legal das Agências Reguladoras, que unificou em diversos aspectos as legislações regulatórias atomizadas, e a implementou políticas relevantes para a atuação das agências reguladoras.

3.4.2 Marco Legal das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019)

Conforme descrito anteriormente, o surgimento das agências reguladoras ocorreu por forma de leis esparsas, com suas respectivas legislações autônomas. Apesar de cada legislação ser independente uma da outra, e contar com suas respectivas especificidades, pode-se dizer que

há pontos comuns. Essas legislações têm em comum a instituição das agências em setores específicos e a definição de tais entes como autarquias especiais, pessoas jurídicas de direito público que, subordinadas ao regime jurídico administrativo, deverão desempenhar a atividade de controle e fiscalização das atividades, sendo competentes, ainda, para a expedição de atos regulatórios (DI PIETRO, 2019, p. 595). Além disso, as agências reguladoras atuam em conformidade com os preceitos dos arts. 174 e 175 da Constituição Federal, que reconhecem o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica (SCHIER, LIMA, 2021, p. 45). A Lei nº 13.848/2019 define em seu art. 2º amplitude do Marco Regulatório para todas as agências reguladoras federais.

Dado que o ecossistema regulatório é disperso, mas a atividade reguladora é uníssona, o legislador reconheceu a necessidade de unificar e padronizar os regimes regulatórios. Antes, já se compreendia a necessidade de haver uma edição de normativa que fosse capaz de estabelecer normas gerais sobre a estruturação, exercício de competências e processualização das decisões das agências reguladoras (CARVALHO; FORTINI; CAMARÃO, 2011), bem como sobre o controle de sua atuação (SCHIER; LIMA; 2021, p. 45). Nesse sentido, surge a Lei nº 13.848/2019, conhecida como Marco Legal das Agências Reguladoras, com o objetivo de padronizar, conforme dispõe em seu preâmbulo. “a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras”. Analisaremos alguns pontos relevantes da aludida lei, deixando o processo decisório para a seção seguinte.

O art. 3º confere às agências reguladoras a sua autonomia institucional e financeira em relação à Administração Pública, estabelecendo a funcionalidade de realizar concursos públicos e estabelecendo a estabilidade dos mandatos, possibilidade de alteração dos planos de carreira e o custeio de demais despesas aos servidores no âmbito de suas obrigações representando as suas respectivas agências. Além disso, as agências possuem autonomia para celebrar contratos administrativos, ou prorrogá-los conforme conveniência ou oportunidade. Em última instância, determina que as agências adotem práticas visando o combate à corrupção, como forma de também assegurar a autonomia das agências reguladoras, e impedir a distorção de suas finalidades institucionais:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

§ 1º Cada agência reguladora, bem como eventuais fundos a ela vinculados, deverá corresponder a um órgão setorial dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Pessoal Civil da Administração Federal, de Organização e Inovação Institucional, de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação e de Serviços Gerais.

§ 2º A autonomia administrativa da agência reguladora é caracterizada pelas seguintes competências:

I - solicitar diretamente ao Ministério da Economia:

a) autorização para a realização de concursos públicos;

b) provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária;

c) alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores;

II - conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência;

III - celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.

§ 3º As agências reguladoras devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.

Outro ponto que merece destaque, é a inserção legislativa dos mecanismos de participação e controle social, corporificados pelos instrumentos de consulta pública e de audiência pública. Esses instrumentos objetivam promover a democratização do processo regulatório, e visam estabelecer as agências reguladoras como mediadoras das demandas sociais, aproximando-se das finalidades de satisfação do interesse público e flexibilizando o hermetismo institucional em prol da comunicabilidade social. Nas palavras de Fortini e Fajardo (2019), a Lei nº 13848/19 consagra a ‘pretensão de tornar as agências reguladoras entes permeáveis à participação externa, com a consagração de mecanismos próprios para esse fim, com as consultas e audiências públicas, além da maior transparência e publicidade de seus atos’. Na seção 4.4 deste trabalho, falaremos um pouco mais desses mecanismos. Por hora, a legislação estabelece, como mecanismos de participação popular:

Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

§ 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.

Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

§ 1º A audiência pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante.

A ação das agências reguladoras é autônoma, no âmbito de sua competência, instituição e atuação. Em outras palavras, as agências reguladoras tem controle interno de suas próprias atividades. No entanto, enquanto órgãos da Administração Pública, as agências reguladoras devem prestar contas de suas atividades, sejam elas legais ou financeiras. Desse modo, a autoridade competente para realizar tal auditoria, é o Tribunal de Contas da União. Incumbe a ele realizar o controle externo das atividades das agências reguladoras, acompanhando a legalidade dos atos praticados e se necessários, tomando as medidas cabíveis para o cumprimento das disposições normativas e sancionando as condutas ilegais de ordem financeira. O TCU também tem o poder de sustar atos administrativos, devendo notificar o Poder Legislativo na sua ocorrência. Desse modo, segue-se o dispositivo constitucional com os incisos pertinentes:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Por último, e não menos relevante, faz-se necessário comentar sobre as normas relativas ao corpo dirigente das agências reguladoras. Aqui, aproxima-se o Direito Administrativo do Direito Societário, pois trata-se de regras de governança corporativa. A promoção da governança corporativa nas instituições promove a segurança jurídica destas, e, embora seja um conceito exigível a investidores privados, tem-se adotado também pelas sociedades e agentes públicos (FORTINI; FARJADO, 2019).

O art. 42 estabelece o conjunto de competências exigível para os dirigentes das agências reguladoras. Eles devem possuir uma experiência profissional de: i) no mínimo de 10 anos no setor público ou privado, no campo de atividade da regulação ou em área a ela conexas, em função de direção superior; ou ii) 04 anos ocupando cargos ou função de confiança que demonstrem experiência em chefia, aceitas as hipóteses que passam a enquadrar a alínea ‘b’ do inciso I do referido artigo, iii) 10 (dez) anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexas, cumulada com formação acadêmica compatível com o cargo indicado.

Conforme preceitua o art. 9º do Marco Legal, o membro do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada poderá perder o mandato em caso de condenação judicial transitada em julgado, ou de condenação em processo administrativo disciplinar. É também imperioso mencionar que o art. 42 do Marco Legal institui o art. 8º-B na Lei nº 9986/2000, que versa sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras. Nota-se que há várias disposições que versam sobre conflito de interesse:

Art. 8º-B. Ao membro do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada é vedado:

- I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas;
- II - exercer qualquer outra atividade profissional, ressalvado o exercício do magistério, havendo compatibilidade de horários;
- III - participar de sociedade simples ou empresária ou de empresa de qualquer espécie, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, membro de conselho de administração ou conselho fiscal, preposto ou mandatário;
- IV - emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou atuar como consultor de qualquer tipo de empresa;
- V - exercer atividade sindical;
- VI - exercer atividade político-partidária;
- VII - estar em situação de conflito de interesse

A instituição do Marco Legal das Agências Reguladoras é bem-vinda, no sentido de que unifica o entendimento, as vezes desconhecido pelas leis esparsas, de como devem proceder e se organizar as autarquias reguladoras. Pois, por exemplo, é interessante que todas as agências tenham algum tipo de mecanismo de participação social, possibilitando uma maior intervenção da sociedade civil, e não somente aquelas que lidam diretamente com serviços públicos.

A reestruturação do papel do Estado, no que tange o domínio econômico, trouxe como princípios norteadores a competitividade e a livre iniciativa. A retirada do Estado da maioria de suas funções empresariais deu oportunidade ao florescimento das entidades privadas nas funções deixadas pela Administração Pública, que ainda permanece como legalmente responsável pelo provimento de determinadas demandas sociais, e desse modo, ainda é reservado para este um espaço residual para atuar dentro da esfera econômica. Nesse sentido, surgem as agências reguladoras, para fiscalizar as entidades privadas no exercício de suas atividades, e traçar diretrizes para os diversos setores econômicos especializados da sociedade.

O Marco Legal das Agências Reguladoras, ao uniformizar a legislação esparsa sobre o tema, visa trazer garantias à sociedade civil sobre a natureza, tecnicidade e confiabilidade do trabalho regulatório. Ao intervir no domínio econômico, as agências reguladoras estabelecem atribuições que de algum modo possam preservar a livre iniciativa, sem cometer arbitrariedades no curso de suas atribuições. Para citar algumas dessas garantias, dispostas na Lei nº 13848/2019, temos: i) garantia do tratamento isonômico às entidades reguladas por meio de um efeito vinculante das decisões administrativas análogas; ii) a resposta da Administração Pública às solicitações, observando-se o prazo legal; iii) a dispensa de controle prévio de atividades com menor risco de impacto; iv) a exigência de análise das consequências e efeitos das suas decisões, nos termos impostos pelos arts. 20 e 21 da LINDB (FORTINI, CAVALCANTI, 2021, p. 39).

O cerne da atividade regulatória está no processo decisório. Nela, encontra-se a validade e a legitimidade do procedimento regulatório. O Marco Legal das Agências Regulatórias trouxe considerações relevantes sobre o tema, bem como da avaliação das consequências do ato regulatório. São os temas que veremos a seguir.

3.5 Processo decisório e a Avaliação do Impacto Regulatório (AIR)

A atuação das agências reguladoras deve se pautar na previsibilidade e na tecnicidade de seus postulados. Isso significa que a atuação das agências reguladoras deve estar em conformidade com o regime jurídico administrativo e, em especial, com as finalidades institucionais que ele determina. A finalidade da regulação é o interesse público, e o funcionamento autônomo e imparcial das agências reguladoras visam dar credibilidade, legitimidade e segurança jurídica ao seu processo decisório.

Para cumprir exitosamente com suas funções, as agências reguladoras devem agir de modo prudente em suas atribuições, de modo a não estabelecer obrigações excessivamente onerosas aos regulados, ou realizar um trabalho omissivo e negligente com os beneficiários da regulação. É o que diz o art. 4 da Lei. Nº 13.848/19, quando estabelece que a agência reguladora deve agir de modo adequado, levando em consideração os meios e os fins:

Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público (BRASIL, 2019).

Para Nohara (2006, p. 10 apud SCHIER; LIMA, 2021, p. 51) a ‘proporcionalidade, entendida em conexão com a razoabilidade, traduz um juízo de equilíbrio, moderação, harmonia ou bom senso, que reproduz a mencionada relação entre meios e fins’. Deve-se procurar uma mediação justa entre os sacrifícios e benefícios resultantes da atividade regulatória, para não haver descompassos entre a carga imposta aos cidadãos sem a ocorrência de proveito correspondente à sociedade (MOREIRA NETO, 2014, p. 109). Juarez Freitas (2005 apud SCHIER; LIMA, 2021, p. 51) estabelece três subprincípios relacionados à proporcionalidade i) adequação entre meios e fins (pertinência entre os meios escolhidos pelo administrador e a finalidade legal ou do ato; ii) necessidade (menor onerosidade ou necessidade de escolher o menor dos prejuízos aos interesses e liberdades em jogo; proporcionalidade em sentido estrito (avaliação do ‘preço a pagar’ os ônus em relação à escolha).

Todo esse cálculo deve ser realizado de modo a possibilitar uma tomada de decisão que seja compatível com as expectativas sociais e institucionais da agência. De modo a dar maior

legitimidade e segurança jurídica ao processo decisório, tal procedimento deve ser qualificadamente justificado, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico e das circunstâncias de fato ali expostas. Ao realizar o seu juízo de ponderação, o agente ou órgão regulador precisa ser claro, objetivo e imparcial. Deve haver uma motivação qualificada de seus atos, conforme preceitua o art. 5º do Marco Legal:

Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos (BRASIL, 2019).

Não somente a adequação normativa às circunstâncias factuais é suficiente. A regulação é uma atividade que têm impacto social. Desse modo, faz-se necessária a realização de uma análise prévia das consequências da expedição de um ato regulatório, avaliando os riscos, custos, impactos e possíveis implicações daquela decisão. Os efeitos da decisão tomada devem ser avaliados, sistematicamente, para se ter conhecimento de sua viabilidade ou necessidade. Tal diretriz está exposta no art. 20 da LINDB (Lei nº 12.376/10):

Art. 20 Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (BRASIL, 2010)

O meio pelo qual as agências reguladoras realizam esse controle de resultados, é o procedimento chamado Análise de Impacto Regulatório (AIR). Algumas agências reguladoras, como a Anatel, já adotavam esse procedimento de tomada de decisão anteriormente. Contudo, a Lei n. 13.848/19 trouxe a necessidade de AIR para o processo decisório de todas as agências reguladoras federais:

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. (BRASIL, 2019).

O Portal da Anvisa define a Análise de Impacto Regulatório (AIR) como um “processo sistemático de análise, baseado em evidências, que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das opções de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão” (ANVISA, 2020). Em outras palavras, trata-se de um procedimento que qualifica as medidas e atos normativos da regulação estatal e serve para subsidiar decisões regulatórias visando alcançar os melhores resultados possíveis, mediando interesses de grupos econômicos e de consumidores e usuários de serviços públicos (COUTINHO, 2014, p. 146). A adoção do AIR funciona como um mecanismo de autocontrole da atividade discricionária das Agências, que trata de buscar um devido processo legal decisório interessado nos fatos, verificando, através da motivação, se uma decisão foi necessária, se foi a mais adequada, considerando as alternativas possíveis, em face de suas consequências concretas (SCHIER, LIMA, 2021, p. 58).

A norma que disciplina a Análise de Impacto Regulatório é a Lei. 10.411/2020. Ela estabelece, em seu art. 2º os conceitos de AIR, ato normativo de baixo impacto, e o de Avaliação do Resultado Regulatório - ARR, entre outras considerações relevantes:

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - análise de impacto regulatório - AIR - procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão;

II - ato normativo de baixo impacto - aquele que:

a) não provoque aumento expressivo de custos para os agentes econômicos ou para os usuários dos serviços prestados;

b) não provoque aumento expressivo de despesa orçamentária ou financeira; e

c) não repercuta de forma substancial nas políticas públicas de saúde, de segurança, ambientais, econômicas ou sociais;

III - avaliação de resultado regulatório - ARR - verificação dos efeitos decorrentes da edição de ato normativo, considerados o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação;

IV - custos regulatórios - estimativa dos custos, diretos e indiretos, identificados com o emprego da metodologia específica escolhida para o caso concreto, que possam vir a ser incorridos pelos agentes econômicos, pelos usuários dos serviços prestados e, se for o caso, por outros órgãos ou entidades públicos, para estar em conformidade com as novas exigências e obrigações a serem estabelecidas pelo órgão ou pela entidade competente, além dos custos que devam ser incorridos pelo órgão ou pela entidade competente para monitorar e fiscalizar o cumprimento dessas novas exigências e obrigações por parte dos agentes econômicos e dos usuários dos serviços prestados;

V - relatório de AIR - ato de encerramento da AIR, que conterá os elementos que subsidiaram a escolha da alternativa mais adequada ao enfrentamento do problema regulatório identificado e, se for o caso, a minuta do ato normativo a ser editado; e

VI - atualização do estoque regulatório - exame periódico dos atos normativos de responsabilidade do órgão ou da entidade competente, com vistas a averiguar a pertinência de sua manutenção ou a necessidade de sua alteração ou revogação. ((BRASIL, 2020).

Mas então, como funciona o AIR? Podemos dividir o procedimento em cinco etapas, sendo três de análise, uma de acompanhamento de resultados e a última consubstanciando-se em relatório. São etapas do procedimento AIR: i) *Análise e definição do problema* - os entes regulatórios deverão colher informações de maneira a compreender as dificuldades que estão sendo enfrentadas em concreto, buscando suas causas e consequências. Também são delimitados nessa fase os objetivos pretendidos com a regulação, viabilizados os instrumentos de participação popular. ii) *Identificação das opções regulatórias* - Fase de averiguação da fundamentação legal relativa à temática objeto de regulação, onde são ponderadas, tecnicamente, as condições jurídicas em face dos direitos dos destinatários das normas. Nessa fase, serão mapeadas as diversas soluções possíveis para resolver o problema identificado. iii) *Comparação entre as opções regulatórias* - Serão avaliados, comparativamente, os reflexos das várias alternativas regulatórias, visando a escolha da solução mais adequada, eficaz e sustentável para atingir o objetivo pretendido. iv) *Acompanhamento dos impactos regulatórios* - Neste momento, devem ser examinados os possíveis impactos da regulação e a forma de acompanhamento, de controle e fiscalização dos resultados almejados, para produção posterior de relatório. v) *Avaliação do Resultado Regulatório (ARR)* - Vencidas as demais etapas, a AIR fornece um prognóstico da situação, apontando possíveis falhas de mercado (as externalidades positivas ou negativas) e servindo, portanto, como baliza a direcionar soluções e as eventuais consequências da atividade regulatória⁷ (SCHIER, LIMA, 2021, p. 60-61).

⁷ O art. 6º da Lei nº 10.411/2020 estabelece as diretrizes do relatório de Avaliação do Resultado Regulatório.

Art. 6º A AIR será concluída por meio de relatório que contenha:

- I - sumário executivo objetivo e conciso, que deverá empregar linguagem simples e acessível ao público em geral;
- II - identificação do problema regulatório que se pretende solucionar, com a apresentação de suas causas e sua extensão;
- III - identificação dos agentes econômicos, dos usuários dos serviços prestados e dos demais afetados pelo problema regulatório identificado;
- IV - identificação da fundamentação legal que ampara a ação do órgão ou da entidade quanto ao problema regulatório identificado;
- V - definição dos objetivos a serem alcançados;
- VI - descrição das alternativas possíveis ao enfrentamento do problema regulatório identificado, consideradas as opções de não ação, de soluções normativas e de, sempre que possível, soluções não normativas;

Figura 1: Etapas de análise do procedimento regulatório



Fonte: Anvisa

Em remate sobre o procedimento do AIR, é possível perceber que a produção do relatório de Avaliação do Resultado Regulatório dá lastro para a produção e fundamentação de novas perspectivas regulatórias. Estas, por sua vez, se forem implementadas, deverão ser reanalisadas e fiscalizadas, e deverão produzir um novo estado de coisas que precisará ser quantitativamente e qualitativamente avaliado, para prevenção de externalidades negativas em futuras políticas. Nesse sentido, é possível extrair a noção de *ciclo regulatório*. Tem-se que:

VII - exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios;

VIII - considerações referentes às informações e às manifestações recebidas para a AIR em eventuais processos de participação social ou de outros processos de recebimento de subsídios de interessados na matéria em análise;

IX - mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema regulatório identificado;

X - identificação e definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo;

XI - comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema regulatório identificado, acompanhada de análise fundamentada que contenha a metodologia específica escolhida para o caso concreto e a alternativa ou a combinação de alternativas sugerida, considerada mais adequada à resolução do problema regulatório e ao alcance dos objetivos pretendidos; e

XII - descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, acompanhada das formas de monitoramento e de avaliação a serem adotadas e, quando couber, avaliação quanto à necessidade de alteração ou de revogação de normas vigentes.

Parágrafo único. O conteúdo do relatório de AIR deverá, sempre que possível, ser detalhado e complementado com elementos adicionais específicos do caso concreto, de acordo com o seu grau de complexidade, abrangência e repercussão da matéria em análise. (BRASIL, 2020)

Seguindo essas fases, é possível identificar o que se chama de ciclo regulatório, no qual se sucedem as fases de elaboração da AIR, de sua aplicação, de seu monitoramento e de sua avaliação, sempre com o objetivo de verificar, de maneira preventiva, o alcance dos resultados em um ambiente de segurança jurídica (SCHIER, LIMA, 2021, p. 61).

A seguir, uma ilustração do ciclo regulatório, em suas fases de elaboração, aplicação, monitoramento e avaliação:

Figura 2 – Ciclo Regulatório



Fonte: Governo Federal

Um ponto importante, é que o relatório AIR não vincula tomada de decisão. Esta é sempre tomada pelo órgão regulador. Este, por sua vez, pode escolher adotar uma ou combinar diversas alternativas designadas pelo relatório, decidir pela necessidade de complementação da AIR, ou escolher tomar alternativa contrária àquela sugerida no relatório, inclusive quanto às opções de não ação ou de solução não normativas, com base no art. 15, §2º, da Lei nº 10.411. A AIR é um instrumento de coleta de informações e de conhecimento das capacidades de atuação do órgão regulador, que visa oferecer orientações aos tomadores de decisão. Mas a AIR não tem exigência legal, e a decisão final é realizada através da autoridade competente, no exercício de

suas atribuições. O parágrafo 3º estabelece que “ § 3º as decisões contrárias às alternativas sugeridas no relatório de AIR deverão ser fundamentadas pela autoridade competente do órgão ou da entidade”. No entanto, também diz o art. 21 que “A inobservância ao disposto neste Decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada”. Isso significa que a AIR deve ser observada em todos os casos previstos da Legislação, sob pena de ilegalidade (SCHIER, LIMA, 2021, p.62-63).

Em resumo, pode-se dizer que os arts. 4º e 5º e 6º (além da referida Lei Análise de Impacto Regulatório) demarcam o conceito de processualidade no trâmite regulatório. As decisões reguladoras devem se adequar aos meios e aos fins, devem possuir motivada qualificação, e devem, via de regra, serem submetidas ao procedimento de Avaliação de Impacto Regulatório - AIR). Ainda sobre o processo decisório, as decisões da agência reguladora referentes a matérias de regulação deverão caráter colegiado, e as reuniões deliberativas do conselho diretor ou da diretoria colegiada da agência reguladora serão públicas e gravadas em meio eletrônico (arts. 7º e 8º da Lei nº 13.848/19).

3.6 Concorrência e direito de escolha do usuário

O capítulo constitucional da ordem econômica estabelece dois fundamentos norteadores para o regramento da organização social. São os princípios da livre concorrência (art. 170, IV, CF) e defesa do consumidor (art. 170, V, CF). A ideia de livre concorrência está relacionada à possibilidade de agentes da sociedade civil oferecerem produtos e competir, em paridade jurídica de condições, com outros agentes em um mercado. E a defesa do consumidor se relaciona com os direitos e garantias que os consumidores possuem, previstas em lei, para usufruir de bens de consumo inerentes ao mercado. Considerando que as agências reguladoras regulam atividades econômicas, e o consumidor um participante ativo do mercado, entende-se que manobras que dificultem a obtenção, qualidade e diversidade de produtos, ou que produzam preços abusivos, prejudicam o direito de escolha do consumidor⁸. Desse modo, as atividades de

⁸ A Anatel possui uma resolução sobre o direito de consumidor. Trata-se da resolução nº 632/2014. O art. 3º estabelece os direitos a serem assegurados no tocante ao usuário do serviço.

regulação e de concorrência se interrelacionam, ainda que, estes, apresentem entre si uma divisão de competências.

As agências reguladoras possuem como objeto as atividades especializadas economicamente relevantes para a sociedade, e, entre elas, a prestação de serviço público. Elas atuam para

Art. 3º O Consumidor dos serviços abrangidos por este Regulamento tem direito, sem prejuízo do disposto na legislação aplicável e nos regulamentos específicos de cada serviço:

- I - ao acesso e fruição dos serviços dentro dos padrões de qualidade e regularidade previstos na regulamentação, e conforme as condições ofertadas e contratadas;
- II - à liberdade de escolha da Prestadora e do Plano de Serviço;
- III - ao tratamento não discriminatório quanto às condições de acesso e fruição do serviço, desde que presentes as condições técnicas necessárias, observado o disposto na regulamentação vigente;
- IV - ao prévio conhecimento e à informação adequada sobre as condições de contratação, prestação, meios de contato e suporte, formas de pagamento, permanência mínima, suspensão e alteração das condições de prestação dos serviços, especialmente os preços cobrados, bem como a periodicidade e o índice aplicável, em caso de reajuste;
- V - à inviolabilidade e ao sigilo de sua comunicação, respeitadas as hipóteses e condições constitucionais e legais de quebra de sigilo de telecomunicações e as atividades de intermediação da comunicação das pessoas com deficiência, nos termos da regulamentação;
- VI - à não suspensão do serviço sem sua solicitação, ressalvada a hipótese do Capítulo VI do Título V ou por descumprimento de deveres constantes do art. 4º da LGT, sempre após notificação prévia pela Prestadora;
- VII - à privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela Prestadora;
- VIII - à apresentação da cobrança pelos serviços prestados em formato adequado, respeitada a antecedência mínima prevista no art. 76;
- IX - à resposta eficiente e tempestiva, pela Prestadora, às suas reclamações, solicitações de serviços e pedidos de informação;
- X - ao encaminhamento de reclamações ou representações contra a Prestadora, junto à Anatel ou aos organismos de defesa do consumidor;
- XI - à reparação pelos danos causados pela violação dos seus direitos;
- XII - a ter restabelecida a integridade dos direitos relativos à prestação dos serviços, a partir da quitação do débito, ou de acordo celebrado com a Prestadora;
- XIII - a não ser obrigado ou induzido a adquirir serviços, bens ou equipamentos que não sejam de seu interesse, bem como a não ser compelido a se submeter a qualquer condição, salvo diante de questão de ordem técnica, para recebimento do serviço, nos termos da regulamentação;
- XIV - a obter, mediante solicitação, a suspensão temporária do serviço prestado, nos termos das regulamentações específicas de cada serviço;
- XV - à rescisão do contrato de prestação do serviço, a qualquer tempo e sem ônus, sem prejuízo das condições aplicáveis às contratações com prazo de permanência;
- XVI - de receber o contrato de prestação de serviço, bem como o Plano de Serviço contratado, sem qualquer ônus e independentemente de solicitação;
- XVII - à transferência de titularidade de seu contrato de prestação de serviço, mediante cumprimento, pelo novo titular, dos requisitos necessários para a contratação inicial do serviço;
- XVIII - ao não recebimento de mensagem de texto de cunho publicitário em sua estação móvel, salvo consentimento prévio, livre e expresso;
- XVIII - ao não recebimento de mensagem de cunho publicitário em sua estação móvel, salvo consentimento prévio, livre e expresso; (Retificação publicada no DOU de 7/7/2014)
- XIX - a não ser cobrado pela assinatura ou qualquer outro valor referente ao serviço durante a sua suspensão total; e,
- XX - a não ter cobrado qualquer valor alheio à prestação do serviço de telecomunicações sem autorização prévia e expressa.

oferecer diretrizes, normativas e fiscalizar o cumprimento dessas atividades, de acordo com o interesse público. E sua atividade fiscalizatória consiste, entre outras atribuições, de controlar o oferecimento, a qualidade e o alcance desses serviços para a população. Elas podem instituir e fiscalizar uma política tarifária sobre determinado serviço, mas suas competências vão até certo ponto. A atuação das agências reguladoras incide mais sobre as atividades econômicas para criar estímulos adequados e incentivar a produção de externalidades positivas, bem como reduzir a possibilidade de assimetrias de mercado dentro do setor regulado:

As agências reguladoras têm papel primordial na orientação e direcionamento da atuação e direcionamento da atuação dos agentes setoriais e organização da atividade econômica, impactando, conseqüentemente, na percepção dos consumidores e materializando o interesse público. Suas ações, portanto, devem privilegiar a ampla oferta, além de prezar pela qualidade dos produtos e serviços aos usuários e consumidores (PEREIRA; PIRES, 2021, p.156-157).

A competência para promoção do controle de atividades econômicas, abrangendo, nesse conceito, o direito concorrencial, o funcionamento dos mercados e as conseqüências das ações dos atores privados no âmbito mercadológico é do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, uma autarquia federal com função de coibir abusos do poder econômico, e criar mecanismos que de alguma forma possam prevenir e reprimir tais práticas. Existem situações onde algumas agências reguladoras podem ter autonomia para regular operações societárias, mas estas não eliminam a necessidade de submissão desses eventos ao CADE (PEREIRA; PIRES, 2021, p. 160). Porque, se a agência reguladora, por um lado, analisa uma operação levando em consideração as qualificações econômico-financeiras de um regulado, de outra forma o CADE analisará o mesmo evento a partir de uma perspectiva concorrencial.

Por outro lado, a avaliação das condutas potencialmente lesivas perpetradas pelos agentes regulados ao mercado, como, por exemplo, cartéis, prática de preços predatórios, venda casada, discriminação de preços, entre outros, bem como a legalidade dos atos de concentração entre agentes dos setores, foram expressamente delegados aos órgãos de defesa da concorrência. (PEREIRA; PIRES, 2021, p.156-157)

Desse modo, as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação⁹, privilegiando a troca de experiências, nos termos do art. 25 (Lei nº

⁹ Em 2020, a ANATEL e o CADE realizaram um acordo de cooperação entre as agências. Um dos compromissos assumidos, foi a "promoção de ao menos um seminário anual, a ser realizado alternativamente nas respectivas unidades-sede, quando serão discutidos temas relacionados ao ambiente concorrencial do setor de

13.848/19). Além disso, incube às agências reguladoras monitorar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados e até emitir pareceres técnicos dessas atividades, quando solicitados, de modo a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência (art. 26). As agências reguladoras possuem maior proximidade das empresas reguladas, e maior conhecimento sobre as suas atividades, e em razão disso, até pela própria busca finalística pela satisfação do interesse público, esta deve agir de modo simbiótico com os órgãos de concorrência:

Como se sabe, as agências reguladoras estão mais próximas dos sujeitos regulados e das potenciais condutas anticompetitivas, possuem corpo técnico especializado e conhecimento sobre a sua forma de atuação, as peculiaridades do setor e as práticas de mercado. Não é por outro motivo que o legislador possibilita aos órgãos de defesa da concorrência solicitar às respectivas agências reguladoras pareceres técnicos sobre assuntos setoriais, embasando as futuras análises de atos de concentração e instrução de processos administrativos para reprimir condutas anticompetitivas. Assim as agências reguladoras têm papel importantíssimo para subsidiar análises realizadas pelo CADE, não obstante o último seja responsável por aprovar sob a perspectiva concorrencial os atos de concentração e apreciar condutas perpetradas dentro dos setores regulados (PEREIRA; PIRES, 2021, p.159)

O art. 27 e 28 da mesma lei trazem duas obrigações relevantes para simbolizar esse vínculo de cooperação. O primeiro instituto determina que as agências reguladoras reportem imediatamente aos órgãos de defesa fatos que possam ser configurados como infrações à ordem econômica ao CADE. Este, por sua vez, deverá notificar a agência reguladora sobre condutas potencialmente anticompetitivas no âmbito das atividades reguladas, em até 48 horas após a publicação do acórdão, de modo a permitir a função corretiva sancionatória das agências reguladoras diante das irregularidades apuradas.

Art. 27. Quando a agência reguladora, no exercício de suas atribuições, tomar conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis.

Art. 28. Sem prejuízo de suas competências legais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) notificará a agência reguladora do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas a atos de concentração julgados por aquele órgão, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais. (BRASIL, 2019)

As agências reguladoras são autarquias fiscalizatórias, e a confirmação de condutas anticompetitivas é de apuração relevante para as atividades do órgão. A razão disso, é que a agência poderá iniciar procedimentos periódicos nas atividades do infrator, e analisar a conduta de outras empresas para averiguar se práticas similares são adotadas por terceiros (PEREIRA; PIRES, 2021, p.162).

Em resumo, pode-se inferir que a concorrência está, ao menos em certo sentido, diretamente relacionada com a diversidade e qualidade do serviço público. A concorrência produz incentivos para o constante aperfeiçoamento dos serviços prestados, em face a necessidade de atrair mais consumidores e aumentar, por esse processo, as margens de lucro. No entanto, muitas vezes o funcionamento dos mercados pode apresentar distorções ou o próprio mercado ser formado por estruturas organizacionais que se revelem ineficientes. Nesse sentido, cumprem os papéis as agências reguladoras, para assegurar a qualidade, prestatividade e amplitude do serviço público, e os órgãos de controle de concorrência, de modo a corrigir práticas que possam aviltar contra o direito de concorrência ou violar as garantias dos usuários.

3.7 Captura Regulatória – Teoria e fundamentação

A captura regulatória é reconhecidamente uma *falha de Estado (ou falha de governo)*. Contraposta à *falha de mercado*, esta é uma falha resultante da atuação do setor público no provento de alguma atividade, cuja consequência se traduz na distorção do funcionamento econômico de uma atividade ou na configuração de um incentivo perverso, alheio aos interesses fundacionais dos órgãos de controle. A captura regulatória é regularmente associada aos trabalhos do economista neoclássico George Stigler. Em seu artigo *A Teoria da Regulação Econômica*, originalmente escrito em 1971, Stigler nota que as empresas de petróleo americanas preferem um dispendioso programa de quotas a receber subsídios diretos concedidos pelo Tesouro e se pergunta: ‘porque uma indústria demanda mais os poderes de coerção do Estado do que o seu dinheiro?’ A resposta para esta questão, é a mesma da pergunta sobre quais benefícios um Estado poderia proporcionar a uma indústria.

Stigler (2004, p. 25) aponta que o que diferencia o Estado de qualquer outro integrante social é o poder de coação, e que a concentração de poder que este possui em torno de si cria as condições de possibilidade de uma indústria utilizar o Estado para aumentar a sua lucratividade. E nesse sentido, ele disciplina as quatro principais políticas que uma indústria (ou corporação profissional) pode obter do Estado. São elas, a saber: i) demandar do governo uma subvenção direta em dinheiro; ii) controle sobre a entrada de novos concorrentes; iii) favorecimento em relação a setores complementares ou prejuízo a setores substitutos à atividade da indústria; iv) fixação de preços (STIGLER, 2004, p. 25-28). Essas quatro classes de políticas públicas almejadas pela indústria compõe o escopo do que é chamado na literatura econômica de captura regulatória. Em uma definição formal, a captura regulatória representa a:

Submissão da atuação de agência regulatória aos interesses mais imediatos de empresas de setores regulados que, por concentrarem informações privilegiadas, exercem pressão e acabam determinando o conteúdo da regulação que sofrerão em detrimento de interesses coletivos (NOHARA, 2012, p. 559).

A captura regulatória configura-se pela cooptação do regulador, cuja atuação passa a favorecer sistematicamente os interesses privados de um determinado setor ou classe de interessados. A captura da regulação pode ocorrer por duas maneiras distintas: Pelo Poder Executivo e pelos agentes regulados. No primeiro caso, o Poder Executivo pode influenciar diretamente na autonomia funcional das autarquias, ferindo o seu caráter independente. Tentativas de aparelhar as agências reguladoras ao aparato estatal, como por exemplo, a substituição de cargos técnicos por nomeações político-partidárias, são sintomas de cooptação (MARQUES; CARVALHO; 2012, p. 358-359). Em segundo plano, o mesmo processo de cooptação pode ser realizado pelos agentes regulados. Seja por corrupção dos agentes, contaminação de interesses entre reguladores e regulados, pela insuficiência dos meios de regulação ou por influência de lobby político, o processo de captura dos entes regulados tem como consequência o beneficiamento de setores individuais em detrimento dos consumidores e usuários de serviços públicos, a assimetria de poder entre setores favorecidos e prejudicados, e por último, a distorção das finalidades regulatórias (MARQUES NETO, 2006, p. 89-90). A regulação deve servir para a satisfação de necessidades e interesses sociais, e desse modo, a captura regulatória representa a distorção das finalidades institucionais:

Ora, a regulação econômica pretende tornar “regular” - isto é, estável, certo, constante e quiçá previsível - o comportamento dos agentes naquele setor (sejam concessionários de serviço público, sejam agentes econômicos privados) e assim fazer projeções a propósito desses comportamentos disciplinados. Esse modo de atuar não tem em vista assegurar os interesses lucrativos dos agentes privados ou os projetos políticos dos governantes. Se o tiver, ultrapassará as fronteiras do lícito. (BOCKMANN MOREIRA, 2009, p. 110)

Por último, resta uma consideração relevante a fazer. A captura regulatória implica na distorção das finalidades instituições das agências reguladoras. Nesses termos, podemos dizer que há uma desregulamentação ou “desregulação” da agência. Recentemente, duas acadêmicas levantaram uma distinção relevante acerca da noção de desregulamentação. Trata-se das noções de desregulamentação substancial e desregulamentação estrutural.

A desregulamentação substancial consiste na eliminação de uma política regulatória da agência, seja pela sua extinção, flexibilização desordenada ou pela adoção de condutas contraditórias com a finalidade reguladora da agência. Ela se identifica mais com as hipóteses que levantamos anteriormente nesta seção. Pode ser realizada por meio de normas, orientações ou interpretações contrárias aos preceitos administrativos ou das agências em questão. Caso realizada, tal política tem caráter público e pode ser questionada e revisada legal e institucionalmente, sendo mais fáceis de serem identificadas ou revertidas pelas instituições, e dos responsáveis serem penalizados. Já a desregulamentação estrutural consiste na adoção de medidas que descredibilizem publicamente a instituição ou seus agentes, promova a desqualificação do corpo técnico ou corte o financiamento das atividades dos órgãos, entre outras possibilidades. A desregulamentação estrutural é mais difícil de ser combatida, já que ela ocorre nas zonas cinzentas da lei, e não há sanções para os seus praticantes e, em alguns casos, a desregulamentação estrutural alimenta a desregulação substantiva. Nas palavras das autoras:

A desregulamentação estrutural é distinta do que chamamos de desregulamentação “substanciais”, que visa enfraquecer ou encerrar regras ou políticas específicas da agência, mas fica aquém de um ataque indiscriminado à capacidade da agência. A desregulamentação substantiva pode incluir reversões regulatórias que enfraquecem os padrões de saúde, segurança, financeiros ou trabalhistas; mudanças nas prioridades de fiscalização de uma agência; ou interpretações legais que diminuem a autoridade ou jurisdição de uma agência. Essas decisões normalmente devem obedecer aos procedimentos legais que exigem transparência, oferecer oportunidades para revisão judicial e são simples e diretas para um novo governo reverter. Em contraste, a desregulamentação estrutural dilacera a fundação de uma agência, e o faz até agora fora da vista e além da reparação legal, causando danos potencialmente duradouros (FREEMAN, JACOBS, 2021.p 3 - *tradução nossa*)

Em um artigo bem humorado e irônico, Eduardo Jordão e Maurício Portugal Ribeiro (2017) descreve algumas possibilidades de desregulamentação estrutural, em casos que já ocorreram no Brasil. São eles: i) constranger publicamente dirigentes reguladores, forçando suas demissões para gerar vacância e inoperância do órgão; ii) restringir a capacidade orçamentária dos órgãos; iii) limitar a capacidade de contratação de quadros; iv) abrir espaços de controle supostamente indisponíveis; v) favorecer ou ampliar a intervenção de órgãos de controle externo já atuantes; vi) adotar concepções restritivas do direito, que limitem o leque de ações ou instrumentos das agências; vii) atuação extravagante dos controladores em seus poderes de sanção¹⁰; viii) comportamento arbitrário e discricionário quanto a deliberações técnicas das agências reguladoras, ou promover o esgarçamento e até interpretações criativas de suas próprias competências de controle; ix) negligência quanto a importância da difusão informacional. No mesmo artigo, há também casos de desregulamentação substancial: a) descumprimento de contratos que frustrem a segurança jurídica; b) leniência ou discricionariedade quanto ao procedimento.

As agências regulatórias servem a um propósito: oferecer parâmetros de fiscalização das atividades econômicas relevantes, e verificar a qualidade e eficiência dos serviços prestados. Em cada setor, a regulação deve levar em consideração as especificidades da atividade objeto, e intervir de modo a não criar incentivos e estímulos inadequados ao comportamento do mercado, privilegiar setores específicos, além de garantir a regularidade, eficiência e qualidade dessas atividades ou minimizar os prejuízos aos usuários.

4. REGULAÇÃO EM ESPÉCIE – ESTRUTURA INSTITUCIONAL E POLÍTICA REGULATÓRIA DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

Feitas as devidas considerações sobre o instituto jurídico, econômico e técnico-científico da regulação, e tendo delimitado o escopo conceitual e formal dos serviços públicos, podemos prosseguir para o exame e análise do setor de telecomunicações brasileiro, passando primeiro pela contextualização do segmento até o funcionamento e instituição da ANATEL. Veremos também a organização interna da agência e os principais dispositivos que orientam a sua

¹⁰ Nesse tema em específico, recomendável ver Vitor Rhein Schirato - *A deterioração do sistema regulatório brasileiro* (2013).

atuação, para depois nos debruçamos a responder as questões pertinentes ao tema desta exposição.

4.1 O setor de telecomunicações no Brasil

O setor de telecomunicações brasileiro pode ser dividido em três momentos distintos, que carregam certa semelhança com as características esperadas dentro dos modelos de Estado analisados, ressalvadas as diferenças cronológicas entre as transições do aparato estatal e das comunicações propriamente ditas¹¹. No entanto, cabe salientar que ao longo da história das telecomunicações nacionais, sempre houveram diversos problemas no setor e inúmeras pressões no sentido da liberalização e reorganização das telecomunicações (NASCIMENTO, 2008, p. 20), como veremos adiante. A 1ª fase compreende a instituição das empresas privadas de comunicação até a década de 60, onde são criados o Ministério das Comunicações e a Telebrás, dando início a 2ª fase. A 3ª e atual fase do sistema de comunicações se dá com a instituição da Lei Geral de Telecomunicações – LGT e da criação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

4.1.1 1ª fase - Operadores privados e infraestrutura irregular

O telefone foi introduzido no Brasil ainda no Império, logo depois de sua invenção em 1876. Após a proclamação da República, a União dividiu com os governos dos estados e dos municípios o direito de explorar os serviços de telecomunicações, diretamente ou mediante concessões (ARAUJO; BRANDI, [200?]). A Constituição Federal de 1946 estabelecia a competência da União, dos Estados e Municípios para garantir, seja por exploração direta ou por outorga de concessões, a garantia de prestação do serviço de telecomunicações:

¹¹ Durante o planejamento deste trabalho, julguei pela pertinência de um breve esboço sobre o histórico das telecomunicações. No entanto, durante a coleta de material disponível, me surpreendi com a escassez de fontes sobre o tema. Pouco se discute ou se escreve sobre o período em que nossos parentes de 2ª e 3ª geração usavam telefones de digitação circular, manuseavam fax ou telex, e compravam ou alugavam linhas telefônicas. Em outras palavras, é como se uma memória coletiva de décadas não existisse. Desse modo, decidi me alongar para além do aspecto técnico nesta seção.

Art 5º - Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado;

Art 151 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único - Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato (BRASIL, 1946).

Na prática, a prestação dos serviços de telecomunicações era realizada, predominantemente, por empresas estrangeiras que tinham filiais nacionais no Brasil. No entanto, a organização do setor era pulverizada, em razão de haver “extrema fragmentação do poder de outorgar concessões, nas formas de exploração dos serviços, nas diretrizes e metas de ampliação ou cobertura territorial dos serviços e no estabelecimento de tarifas” (NASCIMENTO, 2008, p. 20). Esse tipo de descompasso acabava se refletindo na imensa setorização da prestação de um serviço que requer considerável nível de infraestrutura, além da falta de integração entre as diferentes empresas atuantes no setor:

A Companhia Telefônica Brasileira (CTB), subsidiária da *Canadian Traction Light and Power Company* concentrava, em 1957, dois terços dos telefones existentes no Brasil, os quais estavam localizados principalmente nas áreas dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo. O restante estava distribuído entre a Companhia Telefônica Nacional, filial da ITT (*International Telephone and Telegraph*) no Rio Grande do Sul, as subsidiárias da CTB em Minas Gerais e Espírito Santo e as aproximadamente 900 concessionárias municipais então existentes. A organização fragmentada do setor naquele momento refletia-se na ausência de coordenação e de objetivos comuns de desenvolvimento e ampliação dos serviços, gerando uma situação de extrema precariedade não condizente tanto com as fortes diretrizes governamentais de modernização da infraestrutura do país, quanto com as preocupações de integração territorial relacionadas ao aprofundamento do ideário da segurança nacional (NASCIMENTO, 2008, p. 20-21)

Conseqüentemente, a atomização da estrutura telefônica acabava gerando sérios problemas para o desenvolvimento geral da atividade econômica. Divergências quanto ao valor instituído pelas tarifas, fruto da ausência de critérios técnicos ou econômicos uniformes entre os diversos entes públicos, criaram entraves para a ampliação e modernização das plantas existentes, fazendo

com que as empresas, que eram estrangeiras, não injetassem recursos para a melhoria da infraestrutura nacional. Para suprir demandas regionais, prefeituras e pequenos setores privados acabavam criando seus próprios núcleos de telefonia. No entanto, devido a evidentes limitações, a infraestrutura desses segmentos era defasada. Portanto, segue-se que regionalização das empresas operadoras ocorreu de forma desordenada, com custos altos e sem qualquer compromisso com a qualidade (ARAUJO; BRANDI, [200?]). Desse modo, assim se constituía a arquitetura telefônica nacional daquele período: i) a infraestrutura pesada das telecomunicações residia praticamente em apenas uma região do país, ii) a demanda era sufocada pela ausência de infraestrutura e, para muitos, iii) a única forma de comunicação que acabava sobrando era o serviço telegráfico ou postal. Segue-se que:

Em 1961, o Brasil dispunha de apenas 1,1 milhão de telefones para uma população de 70 milhões de habitantes. Os serviços telefônicos concentravam-se na Região Sudeste, que abrigava quase 80% dos terminais existentes. A alta demanda reprimida de linhas telefônicas constituía grave problema nos principais centros urbanos. Somente São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Brasília eram interligados por enlaces de microondas, sendo a comunicação entre a maioria dos estados assegurada por serviço de rádio, a cargo de concessionárias estrangeiras. As ligações interurbanas demandavam horas de espera. As comunicações telefônicas e telegráficas com o exterior também não atendiam às necessidades de inserção internacional da economia brasileira em expansão. No interior, a situação era ainda mais precária. Havia cerca de 800 concessionárias, incluindo-se prefeituras, cooperativas e pequenas empresas privadas, padecendo de sérias deficiências técnicas e operacionais (ARAUJO; BRANDI, [200?])

A necessidade de desenvolver uma infraestrutura para resolver esse cenário caótico e colocar o Brasil dentro do cenário econômico mundial resultou em uma série de medidas que culminaram na nacionalização e estatização das telecomunicações. Em 1961, o então presidente Jânio Quadros cria o Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL), que em 1967 se tornará o primeiro Ministério das Comunicações por instituição do presidente Castello Branco. É criado em 1965 o Instituto Nacional de Telecomunicações – Inatel, instituição dedicada à formação de profissionais no setor de Telecomunicações e Tecnologia, e posteriormente o Estado vai instituindo ou comprando empresas de modo a garantir o monopólio do setor:

Este modelo permaneceu até fins dos anos 60 ainda que, no período que compreende a década, importantes alterações foram efetivadas através da aprovação do Código Brasileiro de Telecomunicações (1962) que forneceu as bases para ações normativas (através da criação do Contel) e executivas do Estado (com a criação da Embratel, empresa que passa a operar parte dos serviços de ligações internacionais, o que caracterizou a primeira intervenção governamental direta no setor). Registra-se ainda

a criação do Ministério das Telecomunicações – Minicom, a intervenção e posterior compra da CTB e, em 1972, a criação da Telebrás (NASCIMENTO, 2008, p. 21).

Através do Decreto-Lei nº 5792/72, a empresa Telecomunicações Brasileiras S/A – TELEBRÁS é instituída. A Telebrás foi a solução encontrada pelos dirigentes da época para resolver os problemas de descentralização e de falta de investimento do setor, bem como de satisfazer a crescente demanda nacional pelos serviços.

4.1.2 2ª fase - Nacionalização e estatização das telecomunicações

A Lei nº 5792/72 instituiu a holding Telecomunicações Brasileiras S.A - TELEBRÁS, e designou a Empresa Brasileira de Telecomunicações - EMBRATEL (operando como subsidiária da Telebrás) como sociedade de economia mista, assim como a própria Telebrás. A Telebrás poderia mobilizar a sua participação acionária à venda, desde que não ultrapassasse os 51% de porcentagem majoritária, do mesmo modo que, por exemplo, a Petrobrás tem por lei a instituição do Estado como acionista majoritário. Nos termos da Lei nº 5792/72:

Art. 8º Nos aumentos de capital da sociedade, caberá à União subscrever o suficiente para garantir um mínimo de 51% (cinquenta e um por cento) do capital votante podendo, a qualquer tempo, alienar, total ou parcialmente, as ações que excederem àquele limite.

Parágrafo único. Será nula de pleno direito a transferência ou subscrição de ações com infringência ao disposto neste artigo.

Com a exceção do Rio Grande do Sul, a Telebrás tornou-se acionista majoritária de todas as empresas-polo estaduais. Estas, por sua vez, tiveram a razão social uniformizada, possuindo i) termo inicial “telecomunicações”, ii) nome da unidade da federação e iii) acréscimo da sigla S.A indicando seu regime jurídico (ARAUJO; BRANDI, [200?]). Desse modo, tem-se que:

Logo após sua constituição, a Telebrás iniciou o processo de aquisição, absorção e unificação das empresas que prestavam serviços telefônicos no Brasil, visando a consolidá-las em empresas operadoras de âmbito estadual, tal como enunciado na portaria n.º 329 do Ministério das Comunicações, promulgada em maio de 1972. Sucessivas portarias definiram uma empresa representativa como pólo de integração das demais concessionárias em cada unidade da federação.

[...] Em sua configuração final, o sistema foi composto pela holding Telebrás, pela Embratel, empresa carrier de longa distância de âmbito nacional e internacional, responsável também pelos serviços de comunicação de dados, telex, retransmissão de televisão e satélites, e 27 empresas de âmbito estadual ou local: Telesp, Telerj, Telemig, Telest (Espírito Santo), Telepar (Paraná), Telesc (Santa Catarina), Telebrás (operadora do Distrito Federal e áreas vizinhas), Telegoiás (atuante também no estado de Tocantins), Telemat (Mato Grosso), Telems (Mato Grosso do Sul), Telebahia, Telergipe (Sergipe), Telasa (Alagoas), Telpe (Pernambuco), Telpa (Paraíba), Telern (Rio Grande do Norte), Teleceará, Telepisa (Piauí), Telma (Maranhão), Telepará, Telamapá, Telaima (Roraima), Telamazon (Amazonas), Teleacre, Teleron (Rondônia), CTMR e CTBC. (ARAUJO; BRANDI, [200?])

À época de sua fundação, a Telebrás conseguiu cumprir com as expectativas de sua instituição: Prover uma considerável expansão dos investimentos em infraestrutura e modernização do serviço, resultando na expansão dos serviços para os usuários internacionais e nacionais, sobretudo, para as áreas de menos desenvolvidas do país. A Telebrás também promoveu atividades em pesquisa e desenvolvimento para a confecções de produtos nacionais de telecomunicações. Parcerias entre governo e industriais brasileiros foram efetivadas para a criação de um mercado tecnológico local, com preços competitivos e produtos de qualidade. Também houve transferência de tecnologia entre empresas multinacionais estrangeiras e as de capital brasileiro. A política de compras se baseou por uma divisão regional do mercado, com regras e quotas preestabelecidas aos fabricantes para estes planejarem as suas linhas de produção (ARAUJO; BRANDI, [200?]). O cenário da época era favorável, o dinheiro entrava no caixa, os projetos eram efetivados e o desenvolvimento do setor progredia:

Seus investimentos alcançaram níveis bastante elevados entre 1974 e 1982, atingindo uma média de R\$ 4,1 bilhões anuais (em moeda constante de dezembro de 1995). Nesse período, os telefones em serviço no país passaram de 2,4 milhões para 9,3 milhões, enquanto os terminais de telex aumentaram de 4.060 para 65.500, graças à rede nacional de telex montada pela Embratel mediante convênio com a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT). Apesar do avanço significativo nos serviços de telefonia, a densidade de telefones por cem habitantes (7,4) permaneceu inferior à média mundial (dez).

A expansão dos sistemas e serviços internacionais também foi notável. Em 1973, a Embratel colocou em operação o cabo submarino Bracan I, ligando Recife a Las Palmas, nas Ilhas Canárias, destinado a serviços de telefonia, telex e transmissão de dados para a Europa. Em 1975, o Brasil integrou-se ao sistema telefônico de Discagem Direta Internacional (DDI) por meio da estação Tanguá II da Embratel. O sistema de comunicações por satélite foi ampliado no ano seguinte com a inauguração da Estação de Monitoramento de Satélites, também situada em Tanguá (ARAUJO; BRANDI, [200?])

Outro aspecto bastante exótico do sistema de financiamento da Telebrás, era o modelo de autofinanciamento pelos usuários. Os consumidores, ao comprarem as suas próprias linhas telefônicas, ganhavam uma participação acionária no capital social da Telebrás. Fazendo uma comparação bastante grosseira, seria como ganhar ações da Apple ao realizar a compra de um aparelho iPhone:

A Telebrás contou basicamente com quatro fontes de financiamento para seus investimentos: geração própria (tarifas), recursos de terceiros (empréstimos), autofinanciamento (assinantes) e recursos fiscais (Fundo Nacional de Telecomunicações). A participação dos usuários foi muito importante para alavancar o crescimento acelerado da Telebrás. O esquema de autofinanciamento das linhas telefônicas, institucionalizado em 1967, foi único em todo o mundo. A partir de 1975, quem adquiriu linhas passou a ganhar ações da Telebrás (até então ganhava ações da telefônica local), o que ajudou a pulverizar o capital da *holding*. (ARAUJO; BRANDI, [200?])

Ainda, sobre o sistema de financiamento da Telebrás, a Lei nº5792/72, institui:

Art. 5º Para a participação da União no Capital da TELEBRÁS:

- I - fica o Poder Executivo autorizado a transferir para o patrimônio da TELEBRÁS:
 - A totalidade das ações e créditos que a União tenha ou venha a ter em empresas de serviços públicos de telecomunicações;
 - As ações e créditos resultantes da aplicação do fundo Nacional de Telecomunicações; e
 - Outros bens necessários ou úteis ao seu financiamento.

Art. 9º Os recursos da sociedade serão constituídos:

- I - dos recursos do Fundo Nacional de Telecomunicações, postos à sua disposição pelo Ministério das Comunicações;
- II - dos recursos recebidos como retribuição pela prestação de assistência técnica ou administrativa;
- III - dos rendimentos decorrentes de sua participação em outras empresas;
- IV - do produto de operação de crédito, juros e venda de bens patrimoniais ou materiais inservíveis;
- V - dos recursos provenientes de outras fontes. (BRASIL, 1972)

A lei nº 5792/72 estabelecia um regime de concessão relativamente exótico para os dias atuais: As empresas concessionárias se tornavam sócias ou mesmo subsidiárias do governo, quando não eram propriamente compradas pela Telebrás, recebendo as razões sociais uniformes:

Art. 1º Os serviços de telecomunicações serão explorados pela União, diretamente ou mediante autorização ou concessão, conforme estabelece o artigo 8º, item xv, alínea "a", da Constituição.

Parágrafo único. Cabe à União garantir e controlar o permanente funcionamento dos serviços de telecomunicações.

Art. 2º As atuais empresas concessionárias de serviços de telecomunicações continuarão a explorá-los durante os respectivos prazos de concessão.

§ 1º As empresas de que trata este artigo poderão passar a situação de subsidiárias ou associadas de empresa do Governo Federal.

§ 2º As concessionárias de serviços de radiodifusão sonora e de televisão ficam excluídas das disposições desta lei, aplicando-se-lhes, quanto às concessões e exploração dos seus serviços, a legislação em vigor. (BRASIL, 1972)

Art. 4º A TELEBRÁS, mediante autorização do Ministro das Comunicações, poderá participar do capital de empresas concessionárias de serviços públicos de telecomunicações estaduais, municipais ou particulares, visando a unificação desses serviços e ao cumprimento do planejamento global.

Parágrafo único. A participação a que se refere este artigo poderá ser aumentada até que a TELEBRÁS adquira o controle da empresa, de acordo com a política estabelecida no artigo 1º. (BRASIL, 1972)

O art. 3º estabelece o regime societário da Telebrás e estabelece o seu conjunto de atribuições e finalidades. Talvez o dispositivo mais relevante da referida lei, seu instituto dá uma dimensão das atribuições do Estado na época do paradigma dirigista. O “plano de metas” ou o “plano diretor” era estabelecido de antemão pelos Ministérios, e ficava a critério das empresas estatais todos os aspectos referentes à implementação da política-base, desde a organização da implementação do serviço, financiamento e investimento, política industrial e treinamento de pessoal qualificado, e demais atribuições referentes ao manejo dos usuários, da atividade em si e das diretrizes do próprio Ministério das Comunicações. Este último, exercia um papel regulador, fiscalizatório e normativo, mas nos termos de uma Administração Direta do Estado:

Art. 3º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma sociedade de economia mista denominada Telecomunicações Brasileiras S/A. - TELEBRÁS, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a finalidade de:

I - planejar os serviços públicos de telecomunicações, de conformidade com as diretrizes do Ministério das Comunicações;

II - gerir a participação acionária do Governo Federal nas empresas de serviços públicos telecomunicações do país;

III - promover medidas de coordenação e de assistência administrativa e técnica às empresas de serviços públicos de telecomunicações e aquelas que exerçam atividades de pesquisas ou industriais, objetivando a redução de custos operativos, a eliminação de duplicações e, em geral a maior produtividade dos investimentos realizados;

IV - promover a captação em fontes internas e externas, de recursos a serem aplicados pela Sociedade ou pelas empresas de serviços públicos de telecomunicações, na execução de planos e projetos aprovados pelo Ministério das Comunicações;

V - promover, através de subsidiárias ou associadas, a implantação e exploração de serviços públicos de telecomunicações, no território nacional e no exterior.

VI - promover e estimular a formação e o treinamento de pessoal especializado, necessário às atividades das telecomunicações nacionais;

VII - executar outras atividades afins, que lhe forem atribuídas pelo Ministério das Comunicações.

§ 1º A TELEBRÁS terá sede e foro na Capital Federal e o prazo de sua duração será indeterminado.

§ 2º A TELEBRÁS poderá constituir subsidiárias e participar do capital de outras empresas, cujas atividades sejam relacionadas com o setor de telecomunicações (BRASIL, 1972)

Conforme exposto em seções anteriores, o Brasil passou, nas décadas de 80 e 90, por uma severa crise econômica. Embora a Telebrás tenha sido uma empresa-marco que foi responsável por expandir a cobertura e a infraestrutura do serviço, desenvolver linhas de pesquisa tecnológicas e ser uma empresa rentável, ela era muito dependente dos aportes financeiros do Estado para investir em seu desenvolvimento. Em 1982, ocorre a crise da dívida externa, onde a elevação das taxas de juros promovidas pelos governos Jimmy Carter e Ronald Reagan criou uma crise de liquidez e um efeito cascata nos programas desenvolvimentistas dos países da América Latina, incluindo o próprio Brasil. A partir disso, as verbas direcionadas ao fomento das atividades de algumas estatais foram cortadas, fundos de financiamento dissolvidos, e a continuidade dos serviços da Telebrás foi fatalmente prejudicada:

Os problemas de financiamento assumiram proporções dramáticas com a eclosão da crise da dívida externa em 1982. Na época, a Secretaria de Controle de Empresas Estatais (Sest) determinou grandes cortes nos investimentos de todas as estatais. Além disso, uma parcela significativa dos recursos do FNT foi apropriada pelo Tesouro Nacional, deixando de ser aplicada no setor. Em 1984, o fundo foi extinto, sendo criado em seu lugar o Imposto sobre Serviços de Telecomunicações (ISST), eliminado pela Constituição de 1988. A queda dos investimentos comprometeu a continuidade da expansão e da melhoria do sistema nacional de telecomunicações (ARAUJO; BRANDI, [200?])

Considerando esse estado de coisas, começou-se, de um modo geral, a discutir sobre o papel institucional do Estado, e a desoneração das despesas do Estado. Nesse sentido, começaram as primeiras conversas sobre a noção de privatização, que já havia sendo efetuada, ainda que timidamente, em algumas empresas do regime militar. Nessas discussões, a nível legislativo, colocou-se em pauta o tema da desestatização do sistema de telecomunicações. Houve resistência do Congresso à época, que rejeitou a proposta na Constituinte/88, mantendo o monopólio estatal. Também houve um esforço do Poder Público em recuperar a capacidade de financiamento da empresa. Entre 1988-1989, a Telebrás recebeu investimentos para lançar satélites de telecomunicação, bem como para inaugurar o seu projeto de telefonia móvel. Além disso, iniciou suas operações nas bolsas de valores do país (ARAUJO; BRANDI, [200?]). Essas foram as últimas tentativas do governo Sarney de reabilitar o setor de telecomunicações.

No entanto, os projetos emergentes dependiam do funcionamento adequado de outras infraestruturas técnicas correlacionadas, que estavam defasadas. Por exemplo, os satélites dependiam de estações retransmissoras, e a ausência de investimento do aparato terrestre

tornava os canais dos satélites ociosos, gerando consideráveis prejuízos. A falta de recursos, somados ao gasto ineficiente, gerou uma situação comprometedor para a ampliação dos serviços:

De todo modo, o sistema Telebrás não conseguiu cumprir as metas fixadas para o ano de 1989. Do milhão de terminais telefônicos prometidos, somente 342 mil foram colocados em serviço. Tratava-se de número altamente insuficiente para atender aos milhares de compradores dos planos de expansão que já haviam quitado seus carnês há mais de dois anos. O longo prazo de espera para a instalação das linhas contribuiu para a formação de um especulativo mercado secundário de linhas telefônicas. (ARAUJO; BRANDI, [200?])

Os governos Collor e Itamar Franco efetivaram, durante os anos 90-94, tentativas de reforma do setor. Collor iniciou timidamente o processo de desestatização, ao eliminar o monopólio da Embratel no serviço de transmissão de dados via satélite. Porém, em razão da crise econômica e política da época, os investimentos da Telebrás caíram consideravelmente, até que o governo Itamar Franco resolveu adotar políticas de reestruturação que melhoram um pouco o quadro geral. Em 1995, o presidente Fernando Henrique Cardoso assume a presidência, e no mesmo ano, inicia um dos primeiros passos de um amplo programa de desestatizações e de reorganização do Estado, que viria a ocorrer nos anos subsequentes:

Em fevereiro de 1995, o Congresso recebeu do Executivo a proposta da emenda constitucional (PEC) em favor da quebra do monopólio que reservava a exploração dos serviços de telecomunicações para as empresas sob controle acionário estatal. A proposta recebeu os votos favoráveis de 348 deputados e 62 senadores, superando o quorum mínimo exigido para sua aprovação: três quintos em cada casa do Congresso. Em 15 de agosto, a Emenda Constitucional n.º 8 foi sancionada nos termos propostos pelo governo, dando nova redação ao inciso XI do artigo 21 da Constituição. A emenda facultou a exploração dos serviços de telecomunicações pelo capital privado, sob o regime de autorização, concessão ou permissão, de acordo com lei a ser aprovada pelo Congresso, dispondo sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais (ARAUJO; BRANDI, [200?]).

À quebra do monopólio, sucedeu-se a privatização do sistema Telebrás, e seu fracionamento em diversas outras empresas, como veremos adiante. Um fim, por um lado, melancólico, para uma empresa que à sua época representou um grande salto na infraestrutura telecomunicacional em comparação com que havia anteriormente, mas que com o tempo e falta de investimento, tornou-se uma instituição anacrônica e ineficiente. Por outro, representou o fim do comércio relativo à venda e aluguel das linhas telefônicas, da libertação de um mercado consumidor outrora reprimido para a acessibilidade digital e às novas tecnologias.

4.1.3 3ª fase – Lei Geral das Telecomunicações e Criação da ANATEL

Após a quebra do monopólio do serviço de telecomunicações, o segundo passo da reforma foi substituir o aparato legal da época intervencionista para uma legislação com viés mais liberalizante, ao passo em que se buscava facilitar a entrada do setor privado para as atividades tecnológicas e empresariais para o setor em desenvolvimento. Nesse sentido, instituiu-se a Lei Geral de Telecomunicações, servindo de novo marco legal para o segmento. De modo a preencher o vácuo deixado pela Administração Direta, a ANATEL é instituída, em 1997, dois anos após a sua previsibilidade constitucional implementada pela Emenda Constitucional 08/95. As novas reformas do setor vieram para instituir o regime de competição e livre concorrência, privatizando a Telebrás e suas subsidiárias como a Embratel, quebrando a exclusividade monopolística da União sobre o setor:

Substituindo o antigo Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962, a LGT dispunha, entre outros pontos, sobre a criação de um órgão regulador denominado Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), a redefinição e a classificação dos serviços de telecomunicações, o estabelecimento das condições de interconexão e concorrência na rede básica (longa distância e local), a conceituação do serviço universal e dos mecanismos de seu financiamento, a reorganização da Telebrás e sua posterior privatização (ARAUJO; BRANDI, [200?]).

A privatização do setor de telecomunicações seguiu-se da seguinte forma: As empresas subsidiárias foram fundidas ou incorporadas as suas matrizes regionais, e estas, por sua vez, compunham uma holding de empresas a nível nacional. Em uma matéria da Folha de São Paulo, do dia 23 de maio de 1998, noticiava a ‘cisão da empresa em 12 holdings regionais (quatro de telefonia fixa e oito de telefonia celular), passo fundamental para a privatização da estatal’ (FOLHA, 1998). Tem-se que:

O Poder Executivo foi autorizado a promover a desestatização do sistema Telebrás, mediante prévia reestruturação das empresas federais de telecomunicações (artigo 187), de forma compatível com as regiões geográficas a serem definidas pelo Plano Geral de Outorgas (artigo 188). Também foi estabelecido que a Telebrás deveria constituir empresas subsidiárias, isoladas ou em associação, encarregadas dos serviços celulares para fins de privatização (ARAUJO; BRANDI, [200?]).

O modelo de privatização da época tinha como pressuposto a ideia de que tinha que se investir no sistema de telecomunicações, antes de privatizá-las. Entre 1995 e 1997, de modo a viabilizar o aumento de receitas para a companhia, promoveu-se um ‘tarifaço’ para revitalizar o orçamento da empresa. Nesse período, expandiu-se a rede de fibra óptica, e expandiu-se os

serviços para 2.9 milhões de usuários. No seu final, a Telebrás chegou a possuir: I) Uma operação com 17 milhões de terminais convencionais e quatro milhões de celulares, respondendo por cerca de 91% da planta telefônica do país ocupando a posição de 11ª planta mundial. Cerca de 70% dos terminais fixos eram de tipo residencial e os restantes 30% comerciais. II) A densidade telefônica do país atingira o índice de 11,5 terminais fixos e 2,7 terminais móveis por cem habitantes, apresentando significativos desequilíbrios regionais. Com exceção das principais cidades, o Brasil ainda se encontrava distante do Primeiro Mundo no ranking internacional de densidade telefônica. III) Seu lucro líquido atingiu a cifra recorde de R\$ 4,3 bilhões (ARAUJO; BRANDI, [200?]).

Conforme dito anteriormente, a privatização do setor se deu a partir da divisão da holding nacional - Telebrás - em outras 12 instâncias regionais que também se constituíam como holdings. O capital da empresa foi totalmente aberto para consórcios privados, num dos maiores leilões de privatização já realizados no mundo. O montante arrecadado foi da ordem de R\$ 22,057 bilhões, equivalentes a US\$ 19 bilhões ao câmbio do dia:

O modelo de privatização da Telebrás diferiu dos processos adotados por outros países da América Latina e da Europa em vários pontos. Além de abrir completamente as telecomunicações ao capital estrangeiro, o governo brasileiro decidiu vender suas empresas em bloco, alienando para consórcios privados num único leilão a totalidade das ações ordinárias pertencentes à União nas 12 companhias oriundas da cisão da holding federal. Vale lembrar que a União detinha pouco mais de 50% das ações ordinárias da Telebrás, equivalentes a menos de 22% de seu capital total (ARAUJO; BRANDI, [200?]).

Quanto a Telebrás, esta teve sua instituição liquidada. À época, os sindicatos de trabalhadores das telecomunicações protestaram contra a privatização da empresa, mas sem muito sucesso quanto à opinião pública. Os anos de aluguel e comércio (com preços abusivos) de linha telefônica, bem como da demora para a sua obtenção, associados à política de tarifação adotada no meio da década de 90 acabaram cobrando o seu preço na percepção popular. Em 1999, o Ministério das Comunicações liquidou a companhia¹²:

A Telebrás cessou todas as suas atividades operacionais. Presidida pelo engenheiro Ronaldo Rangel de Albuquerque Sá a partir de maio de 1998, a empresa mantinha no final do ano um quadro de 713 empregados, dos quais aproximadamente 500 estavam

¹² A Telebrás voltaria a ser instituída a partir de 2010, para gerir o Plano Nacional de Banda Larga, e também realizar a gestão de satélites militares (SGDC) do Brasil.

cedidos para a Anatel. Em 1999, o Ministério das Comunicações publicou portaria, determinando a liquidação da companhia (ARAUJO; BRANDI, [200?]).

Do espólio da venda da Telebrás, adveio a Telemar e a Brasil Telecom. A Telemar se tornou a Oi e comprou a Brasil Telecom, tornando-se uma só empresa. A Claro herdou parte da infraestrutura da Embratel, e de outras empresas subsidiárias. A Vivo tornou-se proprietária da TELESP, do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento de Telecomunicações - CPqD e da outra parte da infraestrutura da Embratel, além de outras subsidiárias. A Telecom Itália adquiriu a Tele Celular Sul e da Tele Nordeste Celular, bem como outras empresas subsidiárias espalhadas pelo país ao longo do tempo, até unificar-se sobre a razão social TIM Participações S/A.

Essas quatro empresas possuem somadas, como veremos adiante, mais de 97% da participação de mercado do sistema de telecomunicações brasileiro. Das 12 holdings regionais, incluindo suas subsidiárias, tais empresas foram comprando e incorporando gradualmente as menores até se tornarem grandes conglomerados de dimensão oligopolística. Fornecer o histórico das telecomunicações teve como objetivo situar o estado da arte para contextualizar as pretensões desta tese: Se a atual configuração do mercado brasileiro de telecomunicações se constituiu de modo regular, ou se houve a interferência de agentes regulatórios.

4.2 Lei Geral de Telecomunicações -LGT

Os anos 90 ficaram marcados por dois grandes acontecimentos relativos ao setor de telecomunicações: A privatização da atividade econômica, e a implantação do Sistema Global para Comunicações Móveis (Global System for Mobile Communications - GSM¹³). Essas transformações, uma político-econômica e outra tecnológica, criaram as condições de possibilidade para uma nova legislação, trazendo novos papéis institucionais na condução administrativa do setor. A Constituição Federal de 1988, antecipando as futuras tendências do setor, atribui, em seu art. 21, XI, a competência da União para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais” (BRASIL, 1988). Nesse sentido, a Lei Geral das Telecomunicações –

¹³ Na história do desenvolvimento da telefonia móvel, o GSM representa a tecnologia de segunda geração (2G).

LGT (Lei nº 9472/97) foi instituída para organizar a prestação de serviço da atividade, e para determinar a criação e o funcionamento de um órgão regulador, a ANATEL, bem como outros aspectos de natureza institucional. Os arts. 8º e 9º, da referida lei, estabelecem a instituição da agência, bem como seu status de independência:

Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

§ 1º A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.

§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Art. 9º A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência (BRASIL, 1997).

No tocante à sua competência, o art. 19 da LGT outorga à agência “ adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade [...]”. (BRASIL, 1997). O referido artigo possui rol taxativo de 30 incisos vigentes, listando as atividades competentes do órgão regulador.

Com relação à própria exploração da atividade de telecomunicações, a LGT considera serviço de telecomunicações ‘*o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação*’ (art. 60, LGT) e que telecomunicação é a ‘*transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza*’ (art. 60, §1º, LGT). Outro aspecto relevante diz respeito ao regime de prestação do serviço de telecomunicações. A exploração do serviço só poderá ser obtida mediante concessão, e estas só poderão ser outorgadas mediante licitação, preenchidas as especificidades do art. 89, LGT. Em outras palavras, o setor de telecomunicações opera por regime contratual próprio da atividade regulada, não se aplicando as premissas oponíveis pela Lei das Concessões (Lei n. 8.987/95) e pela Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), conforme a legislação referida abaixo:

Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

Art. 88. As concessões serão outorgadas mediante licitação.

Art. 89. A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei [...]

Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações. (BRASIL, 1997).

Através da Lei Geral de Telecomunicações - LGT, tem-se a previsibilidade legal para a criação da Anatel, como parte das metas do Plano Nacional de Reformas do Aparelhamento do Estado.

4.3 Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL

A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) foi a primeira agência reguladora a ser instalada no Brasil, criada pela Lei 9.472, de 16 de julho de 1997. Ela é resultado da Emenda Constitucional 08/95, que alterou o art. 21, XI, da Constituição Federal/88, permitindo a autorização, concessão e permissão dos serviços de telecomunicações, e instituindo uma agência reguladora para fins de fiscalização:

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (BRASIL, 1988).

A necessidade de desenvolvimento do setor de telecomunicações, que vivia um florescimento tecnológico nos anos 90, ficou empacada na sucessão de crises financeiras que desmobilizaram a capacidade de investimento na área. De modo a compensar o tempo perdido, e promover rápidas mudanças na área, o Poder Público decidiu investir maciçamente no setor, com fins de privatização, e em seguida leiloou os holdings empresariais da estatal de telecomunicações. Dentro do contexto do Plano Diretor das Reformas do Aparelho do Estado, instituiu-se as agências reguladoras, de modo a gerir os contratos públicos relativos aos serviços prestacionais de titularidade do Estado, entre eles, o de telecomunicações. Uma nova forma de organização do Estado emerge na Administração Pública do país, através da instituição da Anatel:

A criação da Anatel obedeceu a um dos postulados básicos da reforma pretendida pelo governo: a eliminação do papel empresarial do Estado e o fortalecimento de seu papel regulador. A agência foi constituída como autarquia especial, vinculada ao Ministério das Comunicações, herdando grande parte das atribuições do ministério. A natureza de autarquia especial decorre de sua independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, autonomia financeira, bem como do mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes. Além de exercer o poder concedente, celebrando e gerenciando os contratos de concessão, a agência foi investida das atribuições de planejamento, fiscalização e normatização dos serviços de telecomunicações. O regulamento da Anatel foi fixado em outubro de 1997 pelo Decreto n.º 2.338. A agência instalou-se em Brasília no mês seguinte, tendo à frente seu Conselho Diretor, composto por cinco membros indicados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado. Para a presidência do órgão, foi escolhido o engenheiro Renato Navarro Guerreiro, até então secretário-executivo do ministério, sendo formado mais tarde o Conselho Consultivo com 12 membros indicados pelo Executivo, o Legislativo e por entidades representativas da sociedade (ARAUJO; BRANDI, [200?])

A gerência dos contratos públicos, entre estes as concessões e as permissões, ganharam a roupagem de *public utility*, com metas e controles de qualidade prestacionais de modo a satisfazer os interesses públicos e avaliar o desempenho dos entes regulados. A pluralidade de serviços e a complexidade dos setores econômicos justifica, de certo modo, a instituição de autarquias que gozem de autonomia decisória e que consigam implementar políticas nos seus respectivos setores de forma mais técnica possível, afastando a influência das autoridades políticas - ao menos em intenção - no processo regulatório:

Por força do impacto tecnológico e do desenvolvimento de setores da economia, é importante que os operadores do Direito, comecem a entender a necessidade de trabalhar com a existência de subsistemas dentro do ordenamento jurídico [...]. Sendo assim, não há como tratar o setor de telecomunicações com a concepção de concessão e da permissão que temos da época das estradas de ferro (ARAGÃO, 2013b, p. 182).

A LGT confere uma série de atribuições à Anatel. Entre essas atribuições, podemos citar a faculdade de instituir normas gerais sobre os temas regulatórios, bem como de sua própria organização interna, mediar conflitos de interesse entre empresas de telecomunicações, celebrar, gerenciar e fiscalizar a concessão de contratos e de serviços públicos, políticas de preços, qualidade de produtos e serviços, implantar a política nacional de telecomunicações e aplicar sanções e realizar intervenções, em caso de ilícito ou irregularidade, entre outros:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

II - representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo;

III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III;

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

V - editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público;

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;

VIII - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;

IX - editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;

XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

XIII - expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;

XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;

XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;

XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;

XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários;

XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;

XX - propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou

instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público;

XXI - arrecadar e aplicar suas receitas;

XXII - resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos, bem como quanto à nomeação, exoneração e demissão de servidores, realizando os procedimentos necessários, na forma em que dispuser o regulamento;

XXIII - contratar pessoal por prazo determinado, de acordo com o disposto na XXIV - adquirir, administrar e alienar seus bens;

XXV - decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor;

XXVII - aprovar o seu regimento interno;

XXVIII - elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida nos termos do artigo anterior;

XXX - rever, periodicamente, os planos enumerados nos incisos II e III do artigo anterior, submetendo-os, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da República, para aprovação;

XXXI - promover interação com administrações de telecomunicações dos países do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, com vistas à consecução de objetivos de interesse comum.

XXXII - reavaliar, periodicamente, a regulamentação com vistas à promoção da competição e à adequação à evolução tecnológica e de mercado.

Dentre essas políticas previstas como competência da Anatel no art. 19, há uma que merece uma atenção especial: A interconexão (art. XIV). De acordo com art. Art. 146, parágrafo único, LGT, “interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis”. Os sistemas de telecomunicações, por questões logísticas e econômicas, dependem da integração recíproca de suas infraestruturas para a consumação do serviço. Há distinção entre as operadoras móveis e fixas, ainda que algumas operadoras acumulem ambos os mercados. Corriqueiramente, era comum perguntar para alguém a operadora do seu chip ou da linha fixa, de modo a ter gratuidade ou tarifas mais baratas por aquela ligação. Isso acontece porque realizar uma ligação da operadora A para a operadora B implica em utilizar as linhas da operadora B. Quando isso acontece, a operadora A repassa os custos adicionais à operação para os clientes, que serão destinados para a operadora B. Esse custo adicional é chamado de tarifa de interconexão:

Para entender o fenômeno é preciso, em primeiro lugar, saber que o regime de tarifação no Brasil é baseado no princípio de que quem paga a ligação é o usuário que fez a chamada: “a parte que chama paga” (calling party pays-CPP). Além disso, a operadora móvel que recebe uma chamada tem o direito de cobrar pelo uso da sua rede. Trata-se da chamada “tarifa de interconexão” para a terminação de chamadas da telefonia móvel, o VU-M (Valor de Uso da Rede Móvel) que serve tanto para chamadas originadas em telefones fixos como celulares (MATTOS, 2015)

Dentro desse cenário, as operadoras podem adotar três políticas de mercado: i) Cobrar mais barato por ligações entre linhas móveis da mesma operadora; ii) Cobrar mais caro nas ligações originadas em telefones fixos com destino a telefones móveis; iii) Quando a operadora de telefonia móvel pertence a um grupo econômico que também é proprietário de empresa de telefonia fixa, cobra-se mais barato pelas ligações que provêm da operadora de telefone fixo pertencente ao mesmo grupo do que de ligações de telefone fixo geradas em operadora rival. O cliente da operadora B é insensível quanto a tarifa de interconexão, pois este tende naturalmente a se preocupar com os próprios custos do plano ou com as facilidades de pagamento dos aparelhos. Se a operadora B for aquela com maior quantidade de linhas, no final, o cliente B será o mais beneficiado, pois arcará com menos custos por realizar ligações para os números de mesma operadora (MATTOS, 2015).

Além disso, há poucas empresas atuando no setor de telecomunicações, resultando em um mercado de baixa competitividade. Tal estratégia também pode ser utilizada para induzir a conexão entre fixo e móvel do mesmo grupo, que pode baratear as ligações a partir de descontos que compensem a tarifa de compensação. Isso prejudica substancialmente as operadoras que tenham apenas uma operação (móvel ou fixa), pois os seus clientes estariam sujeitos a altas tarifas de interconexão, mas por outro lado, tal operadora não poderia uma outra linha, seja fixa ou móvel, para cobrar tarifas de outras empresas. Esse tipo de política tarifária favoreceria grandes grupos, em detrimento dos menores e iniciantes. No entanto, e se todas as empresas resolverem imitar a empresa B? Segue-se que:

Se todas as operadoras de telefonia móvel raciocinarem e agirem da mesma forma que a operadora B, o resultado será um equilíbrio de mercado no qual: (a) os usuários escolherão suas operadoras de acordo com a operadora usada pelos seus interlocutores frequentes (por exemplo, todos os membros de uma família usando a mesma operadora); (b) pessoas e firmas que usam intensamente o telefone (profissionais liberais, prestadores de serviço) terão celulares de vários chips ou vários aparelhos, para fazer a maioria das suas ligações dentro da rede de uma mesma operadora; (c) os consumidores evitarão as ligações de fixo para celular, pelo menos daqueles que pertencem a grupos econômicos distintos.

Esse equilíbrio, embora não induza à dominação do mercado por uma empresa em particular, preservando a concorrência, é ineficiente, pois gera custos desnecessários como o de adquirir um aparelho mais caro (para vários chips); ou adquirir mais de um aparelho; ou restringir o leque de escolhas de operadora de um indivíduo (eu posso achar que a qualidade das ligações da operadora A é melhor, mas fico na operadora B porque meus interlocutores frequentes estão nela); ou induzir a realização de mais de uma ligação (perco tempo e dinheiro fazendo uma primeira ligação, a partir do meu telefone fixo, para um número móvel, apenas para perguntar se a pessoa tem um número fixo para o qual eu possa ligar e ter uma conversa mais longa). (MATTOS, 2015).

Desse modo, pode-se concluir que a cobrança da tarifa de interconexão pode funcionar como um indutor de comportamento cartelizado das operadoras de telefonia móvel. As empresas podem combinar entre si o estabelecimento de tarifas de valores consideravelmente altos, de modo que não haverá roubo de mercado de uma empresa pra outra. Se todas as empresas possuírem o mesmo comportamento, todas auferirão elevadas receitas. Exemplos como esses serão melhor trabalhados no capítulo 05, de análise crítica da regulação e do sistema de telecomunicações.

4.4 Instrumentos de participação democrática

Feitas as principais considerações sobre a agência reguladora do setor, ressalto que uma das correntes, talvez ainda hoje majoritária, diz respeito à função da regulação como justificada pela busca do interesse público. No entanto, algumas implicações devem ser observadas. A regulação econômica é uma intervenção estatal indireta. Isso significa que, havendo qualquer demanda judicial da parte dos consumidores/usuários, o parecerista e responsável é a agência reguladora, e não diretamente o Estado. No mesmo sentido, o corpo integrante das agências reguladoras, excluindo-se aqui eventuais desvios de funcionalidade, é formado por técnicos que, se por um lado compõe a garantia efetiva da qualificação da regulação, por outro, pode refletir maior proximidade com as demandas dos regulados do que com as das massas difusas. O distanciamento entre racionalidade institucional e expectativa social é um dos desafios ou problemas da democracia representativa. Para resolver ou mitigar estes problemas, as agências reguladoras devem ter canais abertos com a população, de modo a ouvir as suas demandas e trazê-los, como parte interessada, ao processo de regulação.

A ANATEL, como forma de compensar esse déficit democrático, tem mecanismos internos que possibilitam a participação popular, bem como, seguindo o princípio administrativo da publicidade, permitem a consulta pública da maioria de seus atos e deliberações. Quanto ao acesso à informação, às atas aprovadas em Sessão ou Reunião, sendo divulgada na Biblioteca e na página da ANATEL na Internet, no prazo de 5 (cinco) dias da aprovação, (art. 8º, §2º, RIA¹⁴) e as mesmas reuniões serão públicas e transmitidas em tempo real pela página da Agência na Internet (art. 12, RIA), em conformidade com o art. Art. 21 da Lei Geral de

¹⁴ Regimento Interno da ANATEL.

Telecomunicações – LGT. As deliberações da agência, bem como os documentos do processo administrativo, ficarão disponíveis a todos os interessados no site da ANATEL (art. 37, §3º, RIA). O acesso à informação e a documentação administrativa permitem a efetiva participação dos interessados nos procedimentos administrativos.

4.4.1 Consultas públicas

Quanto a possibilidade de intervenção popular no procedimento regulatório, destacam-se as consultas públicas e as audiências públicas. A consulta pública tem por finalidade submeter aos usuários e consumidores deliberações ou atos administrativos de interesse relevante, realizando uma consulta prévia sobre aspectos normativos em que há interesse público, e obtendo destes, críticas e sugestões sobre a matéria (art. 59, RIA). Já a audiência pública tem como finalidade a apresentação e o debate de temas de interesse social relevante, cujo qual os reguladores podem coletar da sociedade informações que possam subsidiar as decisões do Conselho Diretor (art. 56, RIA). Esses mecanismos de controle democrático são chamados de Accountability e se justificam por oferecer maior controle do público sobre a atividade regulatória (BERGO, 2015, p. 59-60).

Faz-se necessária a distinção entre consultas públicas e audiências, que já mencionamos no tópico de agências reguladoras. A consulta pública é o instrumento de convocação da sociedade civil para propor contribuições ou críticas à implementação de uma política da agência reguladora. A audiência é o instrumento de manifestação oral no qual as partes interessadas são facultadas a discutir a matéria regulatória pertinente. Nesse sentido, temos os seguintes trâmites:

Em termos abstratos, as consultas são formais e objetivas. Divulga-se o tema e a minuta da futura resolução (*rectius*: regulamento administrativo), facultando-se a participação dos interessados (normalmente, pela Internet). Esses apresentam sugestões, perguntas e impugnações. A participação se dá de forma objetiva: os interessados não aparecem, apenas formalizam a sua participação em vista a informação previamente disponibilizada. Já as audiências são também formais, mas subjetivas. Divulga-se o tema e a minuta da futura resolução, marcando-se dia e hora, em local de acesso público, para que a discussão se instale. Na audiência, os interessados se inscrevem e participam pessoalmente, expondo suas sugestões. De usual, dá-se a necessária limitação de inscritos e do tempo disponível. O debate ele mesmo não é desenvolvido no local da audiência (a não ser pequenos esclarecimentos e divergências), que depois deve ser reduzida a termo e analisada fundamentadamente (BOCKMANN MOREIRA, 2009, p. 114).

Dessa forma, os atos normativos que possam afetar interesses difusos, coletivos, ou individuais homogêneos dos consumidores deverão ser convocados para emitir suas considerações para o auxílio na correta tomada de decisão por parte da agência reguladora. (ZOCKUM, MELLO, 2021, p. 91). Por essa razão, em nome da garantia do interesse público, institui-se no processo regulatório a participação social, democratizando a tomada de decisões relevantes para os próprios consumidores e usuários.

4.4.2 Ouvidoria

Por último, as agências reguladoras contam com uma Ouvidoria. O Ouvidor, cuja nomenclatura internacional é alcunhada pelo sueco *ombudsman*, o representante do povo é pessoa encarregada pelo Estado para receber denúncias, investigar abusos e acolher sugestões e críticas relativas aos usuários e consumidores, de modo a defender os direitos dos cidadãos do abuso de poder ou das disfuncionalidades cometidas por funcionários públicos ou por organizações instituídas. A Ouvidoria é prevista no art. 8º, § 1º, da LGT, e também no art. 138 da RIA. O ouvidor é desprovido de competências decisórias, tem acesso a todos os assuntos da agência, e tem o dever de produzir e publicar as apreciações críticas sobre a atuação da agência (WIMMER; PEIXOTO, 2008, p. 9). Como toda personagem mediador, o intercâmbio entre a sociedade e a agência reguladora depende muito do caráter independente do Ouvidor, e caso capturado por forças governamentais ou econômicas, o vínculo entre instituição e sociedade é flagrantemente rompido. O Ouvidor é escolhido pelo Presidente da República, e de acordo com a nova Lei nº 13.848/2019, possui mandato de 3 anos. A atual legislação atribui as funções e as condições de admissibilidade do Ouvidor, a seguir:

Art. 22. Haverá, em cada agência reguladora, 1 (um) ouvidor, que atuará sem subordinação hierárquica e exercerá suas atribuições sem acumulação com outras funções.

§ 1º São atribuições do ouvidor:

I - zelar pela qualidade e pela tempestividade dos serviços prestados pela agência;

II - acompanhar o processo interno de apuração de denúncias e reclamações dos interessados contra a atuação da agência;

III - elaborar relatório anual de ouvidoria sobre as atividades da agência.

Art. 23. O ouvidor será escolhido pelo Presidente da República e por ele nomeado, após prévia aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, devendo não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64,

de 18 de maio de 1990, e ter notório conhecimento em administração pública ou em regulação de setores econômicos, ou no campo específico de atuação da agência reguladora.

§ 2º É vedado ao ouvidor ter participação, direta ou indireta, em empresa sob regulação da respectiva agência reguladora (BRASIL, 2019).

A existência de mecanismos de participação popular é fundamental para a integração das agências reguladoras junto à sociedade. Os mecanismos tendem a tornar o processo regulatório mais democrático, transparente, e justo com aqueles que de algum modo são afetados por ele. No entanto, a mera existência dos mecanismos desse tipo se torna despropositadas se as demandas dos usuários, muitas vezes consubstanciada em ações judiciais sobre questões que muitas vezes se repetem, passam a quilômetros de distância das discussões internas dos órgãos reguladores. Sobre se isso ocorre, argumentaremos no próximo capítulo.

5. AVALIAÇÃO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA NO ÂMBITO DAS TELECOMUNICAÇÕES

Neste capítulo final, tentaremos explorar ao máximo todos os conceitos e disposições que sobre as agências reguladoras e a Anatel. Dissertamos exaustivamente sobre o processo regulatório, seu histórico e razões de ser, suas expectativas sociais e como de fato elas foram se aperfeiçoando legislativamente ao longo do tempo. Mas para fins de conclusão, é necessário observar as problemáticas inerentes à atividade de telecomunicações e elaborar um juízo sobre o papel desempenhado pelas agências reguladoras.

Embora o tema central deste trabalho seja responder se há ou não captura regulatória dentro da atuação da Anatel, dividirei este último ponto a partir de três perspectivas que considero que estão diretamente interligadas com a questão. A primeira, é referente à organização do mercado de telecomunicações, que de certo modo pode ser considerado um reflexo das atuações da Anatel em termos de regulação de serviço, porque, conforme dito anteriormente, questões concorrenciais dizem respeito ao CADE. O segundo ponto diz respeito a resposta do trabalho, onde analiso situações que dizem respeito ao tema da captura regulatória. E em terceiro e último ponto, analiso se os mecanismos de participação social dentro do processo regulatório são, de fato, efetivos. Esse último ponto diz respeito à capacidade da agência reguladora ser capaz de

ouvir críticas e sugestões, e que, se se configurarem como efetivos, podem ser um caminho de renovação do processo regulatório e institucional da Anatel.

5.1 A estrutura organizacional do mercado de telecomunicações brasileiro

No início deste trabalho, foi ressaltado que uma das motivações que levaram a confecção dessa tese foi a elevada concentração das fatias de mercado na titularidade de poucas empresas. A longa descrição em torno do processo de desenvolvimento nacional das telecomunicações foi motivada para tentar explicar as razões disso. Por isso, iremos analisar a configuração atual do mercado de telecomunicações brasileiro. O roteiro deste tópico será o seguinte: i) apresentação de dados de mercado do setor, ii) analisar um problema decorrente da configuração do mercado no setor, iii) observar soluções adotadas no caso concreto pela agência.

O mercado de telecomunicações brasileiro¹⁵ é formado por quatro empresas que controlam, somadas, 97,77% das operações de telefonia móvel (Vivo, Claro, Tim e Oi) e três empresas (Oi, Claro e Vivo) controlam 86,4% da telefonia fixa. Como explicamos, a fatia de mercado dessas empresas foi sendo acrescida através de aquisições e incorporações de outras empresas ao longo das décadas pós-privatização:

Tabela 2 - Market Share das Operadoras de Celular¹⁶

Opera dora	2018	2019	2020	1T21	2T21	Jul/21	Ago/21	3T21
Vivo	31,92%	32,90%	33,55%	33,07%	32,99%	33,00%	33,04%	32,99%
Claro/N extel	26,05%	25,59%	26,97%	27,54%	27,61%	27,64%	27,68%	27,76%
TIM	24,40%	24,02%	21,97%	21,47%	20,92%	20,90%	20,83%	20,70%
Oi	16,45%	16,23%	15,66%	16,01%	16,43%	16,36%	16,29%	16,32%

¹⁵ Por opção estética, considerei melhor trabalhar apenas os dados de telefonia móvel e fixa, citados anteriormente. O setor de telecomunicações também abrange os serviços de banda larga e de TV por assinatura. No entanto, em termos quantitativos, as fatias de mercado desses segmentos não apresentam tantas alterações.

¹⁶ A Claro possui a Nextel. A Algar não divulgou sua quantidade de celulares em junho. Ela possuía 2,9 milhões de celulares em maio. Em ago/20 os celulares da Oi foram reclassificados de pós-pago para pré-pago, e há uma confirmação pendente que esta reclassificação foi efetivada.

Algar	0,56%	0,71%	1,12%	1,15%	1,21%	1,23%	1,25%	1,29%
Sercomtel	0,03%	0,02%	0,02%	0,02%	0,02%	0,02%	0,02%	0,02%
MVNO's	0,59%	0,53%	0,70%	0,74%	0,82%	0,85%	0,89%	0,93%
Celulares	229.211	226.674	234.067	240.918	245.432	246.792	248.298	249.356
Nextel	1,44%	1,55%	1,25%	-	-	-	-	-

Fonte: Teleco

Tabela 3 – Acessos e Market Share das Operadoras de Telefonia Fixa

Acessos em Telefonia Fixa por empresa - Brasil

Empresa	Acessos	Market Share	Ranking
OI	8.821.600	30,2%	1
CLARO	8.748.669	29,9%	2
VIVO	7.677.181	26,3%	3
ALGAR (CTBC TELECOM)	1.303.941	4,5%	4
TIM	828.233	2,8%	5
UNIVERSO SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES LTDA	304.431	1,0%	6
AMERICA NET S.A.	282.589	1,0%	7
SUMICITY TELECOMUNICACOES S.A.	273.793	0,9%	8
SERCOMTEL/COPEL/HORIZONS	192.734	0,7%	9
TVN NACIONAL TELECOM LTDA	143.754	0,5%	10
DESKTOP - SIGMANET COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA LTDA.	96.215	0,3%	11
VOCE TELECOMUNICACOES LTDA	72.143	0,2%	12
COMPANHIA ITABIRANA DE TELECOMUNICACOES LTDA	62.360	0,2%	13
UNIFIQUE TELECOMUNICACOES S/A	61.797	0,2%	14
MUNDIVOX TELECOMUNICACOES LTDA	23.034	0,1%	15
CENTURYLINK COMUNICACOES DO BRASIL LTDA	21.659	0,1%	16
CABO	20.300	0,1%	17
MHNET TELECOMUNICAÇÕES LTDA	19.755	0,1%	18
WIRELESS COMM SERVICES LTDA	18.192	0,1%	19

Fonte: Anatel

A constituição desse arranjo de mercado pode facilmente ser descrita como oligopólio. Existe uma corrente de pensamento (Escola de Harvard) que entende que as empresas em oligopólio tendem a cooperar mutuamente para maximizar ou estabilizar suas margens de lucro. Um efeito resultante seria o desaparecimento da competição de preços, e uma forma de estabilização da demanda seria a diversificados dos produtos, onde a preferência dos consumidores seria

distribuída em função dos produtos através de ‘nichos de mercado’. No entanto, o desenvolvimento da Teoria dos Jogos aplicados a circunstâncias oligopolistas conclui que apenas a demonstração de que a presença de um grupo oligopolista constitui um poder como um todo, como ocorre com os monopólios, não é suficiente. Também é necessário apurar se as empresas em regime de oligopólio podem ser consideradas como um todo, ou seja, se elas funcionam como um bloco, ou se há concorrência entre suas relações internas (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 193-201). Também há uma perspectiva no sentido de que os oligopólios podem se justificar em razão de suas atividades, tal como os monopólios naturais.

A legitimidade da ilustrada estrutura de mercado é uma questão que diz respeito ao CADE, e não a Anatel. Conforme evidenciamos anteriormente, tal competência é da ordem dos órgãos de competência. Para uma agência reguladora, o que é relevante extrair deste cenário, é se as políticas regulatórias (. e.g., tarifárias) estão produzindo os incentivos corretos e estimulando o desenvolvimento do setor, ou estão endossando condutas ineficientes e onerando demais os consumidores. Logo, a preocupação da Anatel deve ser com a eficiência, continuidade, generalidade, modicidade tarifária, e, claro, com a qualidade do serviço.

O Brasil tem uma das maiores taxas de tarifa de telefone do mundo (MONITOR MERCANTIL, 2018). Além da questão tributária, um dos grandes vilões do preço está na organização da infraestrutura. As operadoras de telecomunicações não compartilham as suas estruturas, de modo que sempre que um usuário se comunica com a linha da operadora concorrente, a tarifa de interconexão é acrescida no valor final do serviço. Também foi dito anteriormente que o sistema de interconexão prejudica as operadoras que não acumulem os serviços de telefonia fixa e móvel. É sobre o que falaremos a seguir.

Em 2007, a operadora Global Village Telecom Ltda. (“GVT”), entrou com Procedimento Administrativo¹⁷ perante o CADE¹⁸ com pedido de medida preventiva contra 14 redes móveis¹⁹, por suposto abuso de mercado ao fixar o valor de remuneração do uso de suas redes móveis.

¹⁷ Protocolo nº 08012.008501/2007-91. Disponível em <https://www.sinagencias.org.br/conteudo_arquivo/250808_FA3D85.pdf>

¹⁸ Na verdade, o Procedimento Administrativo foi remetido, à época, para a Secretaria do Direito Econômico - SDE. Atualmente esse órgão encontra-se extinto, e suas competências foram incorporadas ao CADE. Para facilitar o entendimento do leitor, optei por nomear como CADE.

¹⁹ Foram elas: Brasil Telecom Celular S.A. (“Brasil Telecom”); Americel S.A. e BCP S.A. (“Claro”); CTBC Celular S.A. (“CTBC”); Sercomtel Celular S.A. (“Sercomtel”); Telemig Celular S.A. (“Telemig”); TIM Brasil Serviços e Participações S.A. (“TIM”); TNL PCS S.A. (“Oi”); e Vivo S.A. (“Vivo”)

Segundo a representação da GVT, a liberdade de pactuar os valores do Valor de Remuneração do Uso da Rede Móvel (VU-M) *‘seria utilizada de forma abusiva pelas Representadas, todas detentoras de poder de mercado, por meio da imposição de preços excessivos para o término das chamadas em suas redes, o que configuraria abuso de poder econômico em cada mercado de terminação de chamada para telefones móveis‘*. Para melhor qualificar a denúncia, que engloba outros pontos, destacaremos um ponto levantado sobre o sistema de interconexão:

Segundo a Representante, as operadoras de SMP compensam o alto valor pago pelo VU-M para as outras operadoras de SMP (quando há chamadas móvel-móvel off-net) com o alto valor recebido de VU-M dessas operadoras. No entanto, essa compensação não seria possível para as operadoras de STFC, que não teriam outra alternativa senão arcar com o alto custo das interconexões, ficando em posição de desvantagem concorrencial. Nesse contexto, a GVT afirma que as suas chamadas fixo-móvel são deficitárias, não cobrindo todos os custos incorridos com a originação da chamada, a interconexão e os custos de cobrança (billing), inadimplemento e fraudes (PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO nº 08012.008501/2007-91)

Provocada, o CADE* reconheceu que havia nos autos fortes indícios de infração à ordem econômica por parte da VIVO, Claro e TIM, no que tange conduta concertada e criação de dificuldades para majorar o valor do VU-M, em prejuízo a livre concorrência. O órgão também entendeu que cabe a este fixar o valor do VU-M, e que caberia a ANATEL *‘adotar um modelo obrigatório para em vista da importância da tarifa de interconexão para se garantir efetiva concorrência no setor de telecomunicações. Em resumo, o órgão de concorrência reconheceu o abuso, mas não realizou uma intervenção. A justificativa foi de que ‘as tarifas de interconexão são reguladas pela ANATEL, e as operadoras não estavam desrespeitando os limites de valor impostos pela agência reguladora. Apenas estavam fixando tarifas de interconexão no limite máximo fixado pela ANATEL’* (MATTOS, 2015).

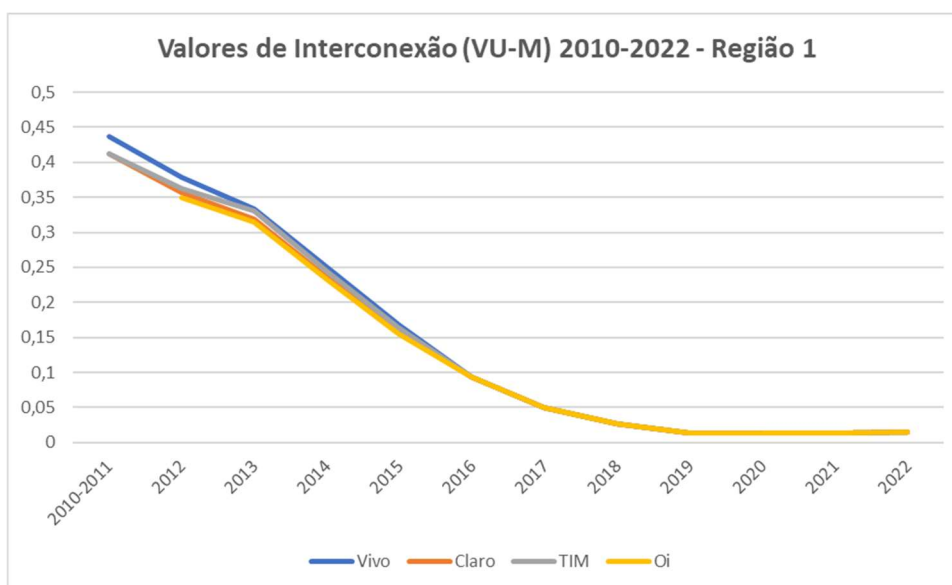
Após o incidente, a ANATEL foi adotando políticas de interconexão que abaixaram gradualmente as tarifas ao longo do tempo. Em especial, destacam-se os atos nº 1.874/12, nº 2.222/14, nº 6.211, e ato 9.919/18. Este último ato estabeleceu Valores de Referência de VU-M (RVU-M) de Prestadora pertencente a Grupo com PMS no Mercado de Oferta de Interconexão em Redes Móveis. Quanto as políticas adotadas, tem-se um breve resumo abaixo:

A elevada tarifa de terminação de chamadas no Brasil, a VU-M, gerou várias distorções, entre elas um significativo diferencial entre o custo das chamadas realizadas dentro e

fora de uma mesma rede. Isto distorce a concorrência em favor de operadoras grandes ou reduz a escolha dos consumidores, forçando-os a aderir à operadora usada por seus interlocutores frequentes. Há várias formas de contornar o problema como adotar, pelo menos em parte, i) o regime de quem recebe paga (Receiving Party Pays-RPP) adotado nos EUA, ii) regime de Bill and Keep no qual as operadoras não pagam (ou pagam apenas a partir de certo percentual de diferença entre chamadas originadas e recebidas) interconexão entre si; iii) regular mais vigorosamente as tarifas de terminação em móveis, inclusive com base em uma metodologia de custos. A ANATEL (2012) optou por uma combinação de ii e iii. Introduziu um bill and keep parcial temporário na relação de interconexão entre operadoras móveis com (Oi, Vivo, TIM e Claro) e sem (todas as outras) Poder de Mercado Significativo, inicialmente na proporção de tráfego de 80/20% e depois na proporção 60/40%. O Bill and Keep entre operadoras móveis com e sem PMS desapareceria após um período de transição. Ademais, a ANATEL definiu um cronograma de redução da VU-M até 2016, que vale para todas as relações de interconexão com terminação em móvel quando se prevê a adoção de uma metodologia de custos (MATTOS, 2015)

Como consequência, os valores de interconexão (VU-M) baixaram gradualmente ao longo do tempo, através das mudanças de política tarifária ocorridas ao longo do tempo. A título comparativo, o valor de interconexão cobrado pela empresa Vivo entre 2010-2011 era de R\$ 0,43745. Em 2021, o mesmo valor é de R\$ 0,01380:

Gráfico 4 – Valores de Interconexão (VU-M) 2010-2022 - Região 1

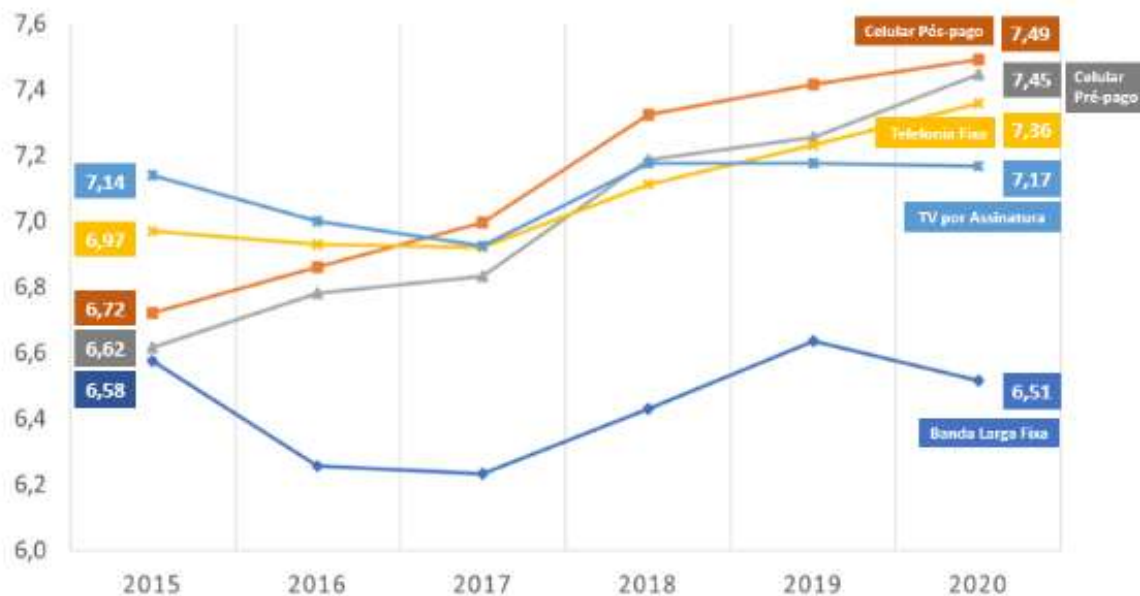


Fonte: Teleco

Embora possam existir favores externos alheios à variável demonstrada, é possível apontar uma correlação entre o decréscimo das tarifas de interconexão, e o aumento da satisfação geral do

mercado consumidor. E, de certa forma, é possível atribuir algum mérito a atuação da Anatel nesse processo:

Gráfico 5: Evolução da Satisfação Geral (2015 a 2020)



Fonte: Anatel

Desse modo, é possível concluir que a atuação da Anatel tem conseguido, ao menos no mercado de telefonia fixa e móvel, equilibrar os interesses do público difuso com a prestação de serviço público, atuando para corrigir abusos de poder econômico e demais assimetrias de mercado. Ainda que o mercado de telecomunicações seja oligopolístico, e que as condutas da Anatel possam ser criticadas em outros sentidos, ao menos percebemos que no caso concreto, não houve uma captura da agência no tocante a evolução da política de preços. No entanto, isso não significa que incidentes de disfunção não tenham ocorrido dentro do interior da agência. Veremos esses casos, a seguir.

5.2 Captura regulatória e distorção das finalidades institucionais

Vencida a maior crítica que se faz a Anatel – permissividade quanto a existência de uma estrutura de mercado que muitos, até com boas razões, julgam ser ineficiente – podemos nos

debruçar sobre casos concretos de captura regulatória que ocorreram no interior da agência. Alerta-se, no entanto, que assim como a regulação não acerta todas as vezes, não se espera que as agências sejam perfeitas torres de marfim. Espera-se que elas tenham meios de cumprir adequadamente com suas funções sociais, e também disponham de mecanismos internos e externos que possam reprimir condutas incompatíveis com sua finalidade, ou prevenir e desencorajar ao máximo sua ocorrência, reduzindo eventuais prejuízos aos beneficiários.

5.2.1 - Exemplo de captura por desregulação substancial

Ao procurar julgados sobre casos concretos sobre o tema, utilizando as palavras 'captura do regulador', 'captura regulatória' e 'Anatel', há poucos resultados sobre o tema. Menos ainda, de decisões transitadas em julgado reconhecendo sua ocorrência. Isso acontece porque é difícil provar a ocorrência da captura regulatória²⁰, e, se ela ocorrer, há sanção institucional cabível para o tema.

No caso abaixo, o Ministério Público denunciou a nomeação de dois conselheiros da Anatel, que em virtude de ocuparem a presidência das empresas TELEMAR e TELEBRASIL, tal nomeação constituiria em si um conflito de interesses. O julgado destaca, no item 3, que todos os elementos dos atos administrativos, inclusive os discricionários, são passíveis de revisão pelo Judiciário, característica incidente sobre atos de desregulação substancial. No item 14 o magistrado entende que *“diante de um conflito de envolvendo interesses contrapostos da sociedade e das prestadoras de serviço de telecomunicações, a sua atuação estaria comprometida com os interesses deste último segmento”* e que [...] *para que alguém represente a sociedade, não esteja comprometido com um segmento específico desta, a fim de que possa ter uma atuação imparcial em prol do bem comum”*. A nomeação foi declarada com efeito nulo pelo tribunal:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE MEMBROS DO CONSELHO CONSULTIVO DA

²⁰ Exemplos de cooptação de agentes ou da captura de agências são muito fartos na realidade norte-americana. Uma explicação possível, é a de que as agências reguladoras dos Estados Unidos foram instituídas em um momento histórico distinto, e que a política americana é mais vulnerável à influência de práticas de lobby.

ANATEL. CABIMENTO. ILEGALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE. APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ILEGALIDADE DA NOMEAÇÃO. ART. 34 DA LEI Nº 9.472/97. ART. 37 DO DECRETO Nº 2.338/97. REPRESENTANTES DA SOCIEDADE E DOS USUÁRIOS. NULIDADE DOS ATOS DE DESIGNAÇÃO. AFASTAMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal a fim de que seja declarado nulo ato de designação dos apelantes para integrar o Conselho Consultivo da ANATEL na qualidade de representantes dos usuários e da sociedade, haja vista os cargos ocupados por eles, Presidência da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A e Presidência da TELEBRASIL. 2. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido afastada, tendo em conta a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. 3. Todos os elementos dos atos administrativos, inclusive os discricionários são passíveis de revisão pelo Judiciário, para fins de avaliação de observância aos princípios constitucionais da Administração Pública explícitos e implícitos e de respeito aos direitos fundamentais. 4. Em face do inciso XXXV do art. 5º da CF, o qual proíbe seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça de lesão a direito, o Judiciário pode examinar todos os atos da Administração Pública, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários sob o aspecto da legalidade e da moralidade, nos termos dos arts. 5º, inciso LXXIII e 37 da Carta Magna. 5. A competência discricionária da Administração "é relativa no sentido de que, em todo e qualquer caso, o administrador estará sempre cingido - não importa se mais ou menos estritamente - ao que haja sido disposto em lei, já que discricião supõe comportamento 'intra legem' e não 'extra legem'. Neste sentido pode-se dizer que o administrador se encontra sempre e sempre 'vinculado' aos ditames legais". 6. "A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuaram sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum. Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições". 7. "Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível". STF, RE 131661 / ES- Relator (a): Min. MARÇO AURÉLIO. 8. No caso concreto, é de se realçar que se pretende seja reconhecida a ilegalidade da nomeação dos apelantes, como membros do Conselho Consultivo da ANATEL, não se objetiva, destarte, que o Poder Judiciário se imiscua na competência discricionária do Poder Executivo, tanto que a escolha, e isso não se discute, é do Poder Executivo. 9. Prejudicial de não cabimento da ação civil pública rechaçada. 10. No caso em apreço é cabível a ação civil pública, essa conclusão é concebida a partir da observação da legislação, sobretudo quando considerados os escopos que norteiam a ação civil pública cujo objeto consiste na defesa do interesse público, cotejando-os com o caso concreto em apreciação, que envolve uma categoria de pessoas, os usuários de serviços de telecomunicações, e mais, toda a sociedade. O arcabouço desse posicionamento consubstancia-se, fundamentalmente, no regramento constitucional (art. 129, III, da Constituição Federal), no art. 1º, incisos II e V da Lei nº 7.347/85, na alínea b, inciso V, do art. 5º e na alínea c, inciso V, do art. 6º ambos da Lei Complementar nº 75/93, atinente ao Ministério Público da União, bem como no art. 25, IV, b da Lei nº 8.625, de 12.02.1993, a qual instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. 11. O objeto da presente ação civil pública está absolutamente em consonância com os limites objetivos delineados nos preceitos normativos a ela referentes, porquanto visa à proteção dos consumidores - usuários de serviço de telecomunicações - os quais, por força do art. 34 da Lei nº 9.472/97, devem ser representados no Conselho Consultivo da ANATEL, além dos interesses da sociedade como um todo, que em face do citado dispositivo legal também deve estar representada no aludido Conselho. Ademais, não é de se olvidar que dentre as funções institucionais do Ministério Público da União, se inclui o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública no que tange à observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da

publicidade, inteligência do art. 5º, V, b, da Lei Complementar nº 75/93. 12. O Conselho Consultivo é órgão superior da ANATEL, o qual representa a participação institucionalizada da sociedade na atuação da agência, sendo integrado por doze conselheiros designados por decreto do Presidente da República, sendo dois indicados pelo Senado Federal, dois pela Câmara dos Deputados, dois pelo Poder Executivo, dois conselheiros das entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, dois das entidades representativas dos usuários e dois representantes da sociedade. Essa estruturação do Conselho Consultivo, certamente, possibilita aos usuários e à sociedade como um todo acompanhar a gestão da agência e a regularidade da atuação da mesma na consecução de seus fins. É, assim, imprescindível a nomeação de conselhos de usuários e da sociedade, compostos por representantes apontados por entidades de classe e associações civis, para se assegurar à satisfação do interesse público. 13. No que tange à atividade do Conselho Consultivo, verifica-se que ao mesmo se atribui a cooperação e colaboração na definição da política do setor de telecomunicações, opinando sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações, além de aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público. Demais disso, é dada ao Conselho Consultivo atribuição fiscalizadora, ao qual cabe apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor e requerer informação e fazer proposição atinentes a sua atuação. É, assim, de se concluir pela relevância e importância das incumbências do Conselho Consultivo dentro da agência. 14. Na hipótese dos autos, foi nomeado como representante da sociedade o Presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A, empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. Ora, a indicação do Presidente de grandes empresas de telecomunicações para representar a sociedade civil perante o Conselho Consultivo da ANATEL, rompe a toda evidência a pluralidade representativa ou mesmo a representação democrática inerente à estrutura do referido Conselho. Com efeito, o legislador claramente estabeleceu que o Conselho Consultivo deveria possuir composição híbrida, isto é, integrado por conselheiros indicados pela Casas Parlamentares, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, e também, pelos usuários e pela sociedade. Sem dúvida, o cargo ocupado pelo apelante é absolutamente incompatível com a representação da sociedade perante o Conselho Consultivo. Por certo, além de membro da sociedade o referido apelante é, mormente, Presidente de grandes empresas de telecomunicações, com interesses na definição da política do setor de telecomunicações e, portanto, voltado para a defesa de seu interesse como presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A e assim, "diante de um conflito de envolvendo interesses contrapostos da sociedade e das prestadoras de serviço de telecomunicações, a sua atuação estaria comprometida com os interesses deste último segmento. Necessário, pois, para que alguém represente a sociedade, não esteja comprometido com um segmento específico desta, a fim de que possa ter uma atuação imparcial em prol do bem comum". 15. Quanto ao segundo apelante, fora o mesmo nomeado membro do Conselho Consultivo da ANATEL, como representante dos usuários, quando era Presidente da TELEBRASIL, associação composta por pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividades em telecomunicações e em tecnologia afins, a qual congrega grandes empresas do setor de telecomunicações, tais como, a Ericsson Telecomunicações S.A., Siemens Ltda., Tele Norte Leste Participações S/A, Telecom Itália do Brasil S/C Ltda., Telecomunicações de São Paulo S/A, Telesp Celular Participações S/A, Intelig Telecomunicações Ltda., Vésper S/A, Portugal Telecom Brasil S/A, Nokia do Brasil Ltda., entre outras. Manifesta, destarte, a ilegalidade de sua nomeação para representar os usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL. 16. Não há que se alegar ser o bastante a indicação do segundo apelante por entidades representantes dos usuários. A uma, porque se vislumbra ser a ABRANET - Associação Brasileira de Provedores de Acesso, Conteúdo e Informações da Rede Internet, entidade representativa dos usuários dos serviços de telecomunicações, pois seu objetivo social, consoante se colhe do site www.abranet.org.br, "é dar apoio ao esforço brasileiro na implantação de empresas provedoras de acesso, serviços e informações e buscar o desenvolvimento da Internet - Brasil". A duas, porquanto "não basta que o

candidato ao cargo seja indicado por uma entidade representativa dos usuários e da sociedade, mas também que o mesmo seja um legítimo representante deste segmento, de forma que os seus interesses coincidam com aqueles cuja defesa lhe foi outorgada, sob pena de não haver uma efetiva participação de todos os segmentos da sociedade naquele Conselho e, por conseguinte, de descumprimento do artigo 33 da Lei 9.427/97". In casu, flagrante é o conflito entre os interesses dos usuários dos serviços de telecomunicações e os interesses da associação que o segundo apelante representa, implicando, pois, em se reconhecer a impossibilidade de sua indicação como representante dos usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL. 17. A nomeação dos apelantes como membros do Conselho Consultivo da ANATEL, representa o que a doutrina estrangeira e alguns doutrinadores brasileiros tem denominado de captura da agência pelos interesses regulados. 18. Ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. "É a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados". 19. No respeitante ao § 4º do art. 37 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338 de 07 de outubro de 1997, é salutar destacar, que em não havendo indicações, a escolha do Presidente da República será livre, desde que em obediência à lei, fulcrado nela e visando o fiel cumprimento das finalidades previstas na lei e na Constituição. Deveras, outra interpretação não pode sobressair do aludido § 4º do art. 37 do Regulamento da ANATEL. 20. Não havendo indicação das entidades de classe dos usuários e das entidades representativas da sociedade dentro do prazo fixado, fica ao alvedrio do Presidente da República a indicação dos membros do Conselho Consultivo, respeitada, evidentemente, a representação democrática, ou melhor, a pluralidade representativa, assegurada pela Lei nº 9.472/97 e ainda, obedecidos aos princípios constitucionais norteadores da administração pública, sobretudo, da moralidade e da legalidade e considerada a qualificação do indicado, isto é, a compatibilidade da sua qualificação com as matérias afetas ao colegiado. 21. É de se ressaltar, outrossim, ser prescindível prova conclusiva de que os apelantes estariam a serviços de interesses contrários a sociedade a fim de caracterizar a ilegalidade, visto que como demonstrado, houve descumprimento do art. 34 da Lei nº 9.427/97, além de inobservância dos princípios constitucionais da Administração Pública, a exemplo, do princípio da moralidade, legalidade e razoabilidade. 22. Recursos de apelação e remessa oficial improvidos. (TRF-5 - AC: 342739 PE 2002.83.00.009457-0, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de Julgamento: 30/11/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 07/12/2004 - Página: 509 - Nº: 234 - Ano: 2004)

A princípio, parece que os agentes em situação de cooptação substancial podem ser sancionados e punidos. Há procedimento e disposições normativas para isso. Mas o que acontece com os desregulamentadores estruturais? Veremos a seguir.

5.2.2 - Exemplo de captura por desregulação estrutural

Como se sabe, uma das premissas do serviço público e, em especial, dos dirigentes das agências reguladoras, é a estabilidade. O art. 8º, §2º da LGT estabelece a ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes. Mas, e se você é um político e está

insatisfeito com a política regulatória de um determinado setor, o que você poderia fazer para dirimir tal estado de coisas? Vejamos:

Uma técnica interessante consiste em utilizar-se da imprensa para pressionar dirigentes indesejados. A estratégia já foi utilizada pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, logo que iniciou o seu primeiro governo. Desapontado com a intenção do então presidente da ANATEL, Luiz Guilherme Schymura, de respeitar os contratos com as concessionárias do serviço de telecomunicações e aplicar o reajuste de tarifas ali previsto, o ex-presidente passou a se manifestar na imprensa, juntamente com o seu então Ministro das Comunicações, Miro Teixeira, contra o dirigente, que havia sido nomeado por Fernando Henrique Cardoso²¹²². A técnica foi bem sucedida: alguns meses depois, Schymura²³ renunciou ao seu mandato (JORDÃO; RIBEIRO, 2017, p. 184)

A criação de vacância é uma forma de desestruturar o funcionamento da agência reguladora. Em primeiro lugar, porque isso gera uma paralisia decisória dentro dos órgãos, que dependem do aval de uma autoridade técnica superior para dar provimento sobre diversas demandas regulatórias, ou porque “ as agências não terão o quórum mínimo que a lei exige para a tomada de algumas medidas” (JORDÃO; RIBEIRO, 2017 p. 185). Passado esse tempo, basta apenas o Governo Federal emitir decreto nomeando um diretor interino. Nesse período, o Presidente pode lotear o cargo com “dirigentes com perfil político e sem nenhuma experiência na área” (JORDÃO; RIBEIRO, 2017 p. 185), que pode ser demissível a qualquer momento. Além disso, atrasar a nomeação de dirigentes definitivos dá margem para ocorrer a nomeação dos mesmos em bloco, esvaziando o modelo de mandatos escalonados. Com isso, é possível paralisar o funcionamento da agência, e tornar os diretores interinos reféns das políticas desejáveis pelo mandatário presidencial (JORDÃO; RIBEIRO, 2017 p. 185-186).

Talvez o fato mais intrigante dessa situação, é que não houve qualquer tipo de sanção ou punição para as atividades aqui assinaladas, muito menos há algum tipo de previsão legal sobre sua irregularidade, bem como medidas de prevenção. Todas essas operações de cooptação ocorrem de modo sub-reptício, na penumbra da legalidade e na zona cinzenta da

²¹ <<https://www1.folha.uol.com.br/foha/dinheiro/ult91u78863.shtml>> Acesso em 3 dez 2021.

²² <<https://www.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-culpa-anatel-por-monopolio-na-telefonia,20030325p43262>> Acesso em 3 dez 2021.

²³ Luiz Guilherme Schymura saiu da ANATEL em 06/01/2004, depois de ter sido efetivamente demitido do cargo de presidente, este sim demissível ad nutum; o seu mandato como diretor iria até novembro de 2005. O seu lugar na presidência da agência foi ocupado por Pedro Jaime Ziller, então Diretor da ANATEL desde dezembro de 2003, e que foi o primeiro indicado por Lula em sua presidência (JORDÃO; RIBEIRO, 2017, p. 184)

institucionalidade. A falta de mecanismos de controle para essas condutas torna a desregulamentação estrutural mais perigosa e danosa do que a desregulamentação substancial, pois, enquanto a última pode ser revista sem prejudicar a credibilidade das instituições, a desregulação estrutural tem consequências lesivas a credibilidade de médio e longo prazo das agências reguladoras.

5.2.3 - Conclusão sobre o tema

O combate à prática de cooptação é também uma forma de proteção da instituição reguladora, que depende do amparo social para cumprir com as suas finalidades públicas. Vimos que enquanto a desregulação substancial é mais fácil de combater, o aparelhamento danoso das estruturas das agências reguladoras apresenta uma problemática perversa ao qual atualmente há poucos remédios. Nesse sentido, Schirato (2013) aduz a uma situação de deterioração do sistema regulatório brasileiro. Nesse sentido, deveríamos acompanhar o debate norte-americano e pensar em abandonar o programa regulatório, em prol de um liberalismo empresarial irrestrito, ou mesmo retornar ao paradigma da atuação direta do Estado?

Quanto à última, considero anacrônica. A intervenção direta do Estado se justificava pela ideia de Estado-Nação, está já ausente numa perspectiva de mundo globalizado. Em relação à primeira, acredito que os norte-americanos tiveram uma experiência institucional que justificasse a sua desconfiança com o próprio modelo, mas que talvez não justifique a nossa. Penso que deva existir alguma forma de controle que tenha legitimidade social para reprimir abusos econômicos e tutelar os interesses e demandas dos consumidores, pois não seria coerente esperar que os interesses empresariais e difusos coincidisse a todo momento. A liberdade individual, parâmetro que norteia a atuação do empreendedorismo, é dependente da aprovação do controle social que recai sobre a valoração de seus arbítrios, e que muitas vezes, se reflete na atuação das instituições. É desse modo que compreende o eminente sociólogo Émile Durkheim²⁴, ao refletir sobre as consequências morais da especialização técnica dos setores sociais, e do próprio desenvolvimento do ideário da Modernidade:

²⁴ Obviamente, a noção trazida por Durkheim sobre regulação diz respeito a ideia de controle social dos arbítrios do mundo liberal, e não especificamente sobre a noção de regulação econômica que desenvolvemos ao longo deste trabalho. No entanto, as noções possuem certo grau de interconexão.

As paixões humanas só se detêm diante de uma força moral que elas respeitam. Se qualquer autoridade desse gênero inexistente, é a lei do mais forte que reina e, latente ou agudo, o estado de guerra é necessariamente crônico. Que tal anarquia seja um fenômeno mórbido, é mais que evidente, pois ela vai contra o próprio objetivo de toda a sociedade, que é suprimir ou, pelo menos, moderar a guerra entre os homens, subordinando a lei física do mais forte a uma mais alta. Em vão, para justificar esse estado de não-regulamentação, salienta-se que ele favorece o desenvolvimento da liberdade individual. Nada mais falso do que esse antagonismo que se quis estabelecer, com excessiva frequência, entre a autoridade da regra e a liberdade do indivíduo. Muito ao contrário, a liberdade (entendemos a liberdade justa, aquela que a sociedade tem o dever de fazer respeitar) é, ela própria, produto de uma regulamentação. Só posso ser livre na medida em que outrem é impedido de tirar proveito da minha superioridade física, econômica ou outra de que dispõe para subjugar a minha liberdade, e apenas a regra social pode erguer um obstáculo a esses abusos de poder. Sabe-se agora que regulamentação complicada é necessária para garantir aos indivíduos a independência econômica sem a qual sua liberdade não é mais que nominal (DURKHEIM, 1999, p. vii – viii)

Com isso, concluímos que embora existam situações de cooptação do sistema regulador brasileiro, e que, enquanto, de um lado, há uma resistência institucional para reagir a tais tentativas, há certas situações de vulnerabilidade que precisam ser trazidos para o debate público e legislativo e corrigidos. No entanto, a regulação no Brasil é recente e possui um histórico melhor do que o desenvolvimento institucional de outros países, de modo que ainda há margem para melhorar o sistema, e que, em muitos casos, as agências reguladoras estão cumprindo adequadamente o seu papel²⁵. Desse modo, resta a discutir formas de proteger as instituições, melhorar os seus mecanismos de controle, e democratizar a sua participação social no ambiente regulatório.

5.3 Avaliação dos mecanismos de participação popular da ANATEL

Neste último tópico, cabe uma análise sobre a atuação da ANATEL para corresponder com as expectativas sociais em termos de integrar os usuários ao seu sistema regulatório. O primeiro ponto é avaliar se os usuários dispõem de meios suficientes para acionar a agência, em caso de problemas com as operadoras. O segundo, é analisar se um dos mecanismos de participação social – a consulta pública - tem promovido a participação social no processo regulatório.

²⁵ Por exemplo, a atuação técnica da Anvisa durante a pandemia de COVID-19.

O setor de telecomunicações, em razão da natureza da diversidade de seus serviços, bem como pela alta frequência de utilização dos seus serviços pelos usuários, costuma ser bastante demandado. Questões que envolvem simples disputadas de pagamento de faturas e adesão de planos de serviço, até as questões relacionadas ao regular funcionamento de uma complexa rede de infraestrutura tecnológica. Desse modo, exige-se ao menos um sistema que seja capaz de dar algum tipo de satisfação aos seus usuários, em face de eventuais omissões das operadoras.

A resolução nº 632/2014, respectiva ao Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC, estabelece os direitos do consumidor e as atribuições da Anatel quanto as suas demandas. Quanto ao atendimento ao cliente, o referido regulamento define algumas normas que conferem segurança jurídica e assistência ao consumidor. Entre elas, podemos citar a criação do protocolo, o direito de receber tempestivamente alguma resposta a sua demanda, e ter acesso às informações relacionadas à sua demanda. Abaixo, alguns destes dispositivos:

Art. 7º Todo atendimento deve receber um número de protocolo a ser informado ao Consumidor.

§ 1º Para fins do disposto no **caput**, deve ser utilizada sequência numérica única na Prestadora, contendo o ano em sua composição, para possibilitar ao Consumidor o acompanhamento.

§ 2º Nas interações originadas pelo Consumidor, o protocolo deve ser informado no início do atendimento.

§ 3º O protocolo deve ser enviado por meio de mensagem de texto ao contato telefônico informado pelo Consumidor ou mensagem eletrônica, em até 24 (vinte e quatro) horas da postulação, contendo data e hora do registro, para todos os serviços abrangidos no presente Regulamento.

Art. 8º As informações solicitadas pelo Consumidor devem ser prestadas imediatamente e suas reclamações resolvidas no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis a partir do seu recebimento.

Art. 9º As solicitações de serviços que não puderem ser efetivadas de imediato devem ser efetivadas em, no máximo, 10 (dez) dias úteis a partir de seu recebimento.

Art. 10. O Consumidor tem direito de acesso, sem ônus, ao histórico de suas demandas. (ANATEL, 2014)

Por fim, faz-se necessário avaliar pelo menos uma das modalidades de participação social. A consulta pública, como vimos, é um instrumento de inclusão das demandas dos usuários abrangidos pelo serviço regulado, onde estes são convocados para oferecer suas perspectivas acerca de matéria relevantes relativas ao serviço regulado. A consulta pública:

É um processo democrático para que o governo e sociedade possam construir políticas em conjunto. Nesse caso, antes da tomada de qualquer decisão, os agentes públicos colhem as contribuições, por escrito, de terceiros, em matéria de interesse geral, para que essas contribuições possam apoiar o processo público decisório (ZOKUM, MELLO, 2021, p. 89).

De modo a inferir conclusões acerca da utilização popular do mecanismo de consulta pública, utilizo o levantamento estatístico realizado por Paulo Todescan Lessa Mattos (2004), por considerá-la uma das mais adequadas. A primeira razão, é que sua análise concentra dados sobre o volume de consultas públicas realizadas em um intervalo de 05 anos (1998-2003), o que é um bom parâmetro. O segundo ponto, é que se trata de uma pesquisa sobre os primórdios da implementação do sistema. Pode parecer contraintuitivo a preferência dos dados mais antigos aos mais atuais. Mas a escolha tem um sentido: Nos dias de hoje, por conta da internet e da difusão e portabilidade dos aparelhos digitais, é mais fácil ter acesso à informação e aos meios de comunicação do que era há duas décadas atrás. Desse modo, a expectativa é de que se espera que o interesse social por esses temas esteja mais próximo da realidade comum das pessoas do que há quase duas décadas atrás. Resumirei de forma breve a pesquisa e seus resultados.

A pesquisa restringiu-se a analisar 10 consultas públicas, compreendidas no período entre 1998-2003. Foram elas as Consulta Pública nº 9/1998, nº 18/1998, nº 265/2000, nº 273/2000, nº 281/2001, n.º 282/2001, nº 284/2001, n.º 325/2001, nº 426/2003 e nº 457/2003. As consultas supramencionadas foram escolhidas a partir do seguinte critério:

Decisões técnicas não necessariamente excluem opções políticas que são passíveis de deliberação na esfera pública. Contudo, pesquisa piloto que realizei demonstrou que a possibilidade de participação de grupos representantes de interesses que não apenas os das empresas reguladas depende do objeto da norma a ser editada submetida à consulta pública. Assim sendo, para que fosse possível avaliar a atuação de pluralidade de atores junto ao órgão regulador, optei por limitar o campo temático à universalização de serviços de telecomunicações. Esse tema envolve questões ligadas a condições de concorrência no mercado de telecomunicações, qualidade dos serviços, condições tarifárias, defesa do consumidor, problemas distributivos (incluindo acesso a serviços por cidadãos de baixa renda ou desvantajados; democratização de acesso a redes de informação etc.) e suporte a serviços essenciais de saúde e educação. Tais questões envolvem interesses difusos de diferentes formas e atingem diversos atores que não apenas as empresas reguladas (LESSA MATOS, 2004, p. 10)

Os grupos de atores que se manifestaram nas consultas públicas foram classificados em (A- Empresas e associações do setor de telecomunicações; B – Empresas e associações de outros setores da economia; C – Consultorias e escritórios de advocacia; D – Organismos governamentais; E - Associações de defesa do consumidor; F – Outros organismos não-governamentais; G - Pessoas físicas; H – Sindicatos de trabalhadores no setor de telecomunicações). A participação desses atores sociais encontra-se quantificada na série de tabelas abaixo:

Tabela 4 – Número de manifestações por tipo de ator:

(i) Número de manifestações por tipo de ator:

Manifestações	n°	%
<i>A Empresas e associações do setor de telecomunicações</i>	86	45,26%
<i>B Empresas e associações de outros setores da economia</i>	4	2,11%
<i>C Consultorias e escritórios de advocacia</i>	8	4,21%
<i>D Organismos governamentais</i>	11	5,79%
<i>E Associações de defesa do consumidor</i>	4	2,11%
<i>F Outros organismos não-governamentais</i>	7	3,68%
<i>G Pessoas físicas</i>	68	35,79%
<i>H Sindicatos de trabalhadores no setor de telecomunicações</i>	2	1,05%
Total	190	100,00%

Fonte: LESSA MATOS (2004)

Tabela 5 - Número de sugestões por tipo de ator

(ii) Número de sugestões por tipo de ator

Sugestões	n°	%
<i>A Empresas e associações do setor de telecomunicações</i>	646	61,35%
<i>B Empresas e associações de outros setores da economia</i>	31	2,94%
<i>C Consultorias e escritórios de advocacia</i>	31	2,94%
<i>D Organismos governamentais</i>	105	9,97%
<i>E Associações de defesa do consumidor</i>	22	2,09%
<i>F Outros organismos não-governamentais</i>	20	1,90%
<i>G Pessoas físicas</i>	189	17,95%
<i>H Sindicatos de trabalhadores no setor de telecomunicações</i>	9	0,85%
Total	1053	100,00%

Fonte: LESSA MATOS (2004)

Tabela 6 - Número de sugestões manifestadas por categoria de interesse

(iii) *Número de sugestões manifestadas por categoria de interesse*

Categorias de Interesse	nº	%
<i>Empresarial Privado</i>	701	66,57%
<i>Difuso</i>	156	14,81%
<i>Administração Pública</i>	127	12,06%
<i>Formal Legalista</i>	69	6,55%
<i>Total</i>	1053	100,00%

Fonte: LESSA MATOS (2004)

Tabela 7 - Número de sugestões manifestadas por tipo de ator em cada categoria de interesse (considerando todas as consultas públicas analisadas)

(iv) *Número de sugestões manifestadas por tipo de ator em cada categoria de interesse (considerando todas as consultas públicas analisadas)*

<i>Interesses</i>	<i>Atores</i>								TOTAL
	A	B	C	D	E	F	G	H	
<i>Emp. Privado</i>	91,44%	4,28%	3,42%	0,00%	0,00%	0,00%	0,86%	0,00%	100,00%
<i>Difuso</i>	1,28%	0,64%	4,49%	14,74%	7,69%	5,77%	60,26%	5,13%	100,00%
<i>Adm. Pública</i>	0,00%	0,00%	0,00%	62,20%	7,87%	8,66%	20,47%	0,79%	100,00%
<i>Formal Leg.</i>	4,35%	0,00%	0,00%	4,35%	0,00%	0,00%	91,30%	0,00%	100,00%

Fonte: LESSA MATOS (2004)

Tabela 8 - Número de sugestões incorporadas no texto das normas editadas por categoria de interesse (considerando todas as consultas públicas que resultaram em norma editada ao final)

(v) *Número de sugestões incorporadas no texto das normas editadas por categoria de interesse (considerando todas as consultas públicas que resultaram em norma editada ao final)*

<i>Interesses</i>	<i>Total de sugestões em consultas com resultado final por interesse</i>	<i>Total de sugestões incorporadas por interesse</i>	%
Emp. Privado	437	107	24,49%
Difuso	102	32	31,37%
Adm. Pública	29	5	17,24%
Formal Leg.	45	5	11,11%
<i>Total</i>	613	149	24,31%

Fonte: LESSA MATOS (2004)

A partir do levantamento desses dados, é possível extrair algumas conclusões: i) Os setores empresariais privados oferecem maior número de sugestões, e a categoria que recebe o maior número de sugestões é a interesse empresarial privado. Isso não representa necessariamente um problema em si, pois se embora parte dos interesses difusos podem estar em contradição com os interesses privados, de outra mão estas podem absorver as críticas dos consumidores e suportá-los dentro da consulta regulatória. Pode se questionar se essa configuração representa de algum modo um déficit de legitimidade democrática, mas para concluir isso, deve-se levar em conta o percentual de incorporações. ii) O índice geral de incorporação de sugestões por parte da Anatel é baixo. No entanto, o índice de incorporação dos interesses difusos (31,37%) é maior que o índice de incorporação dos interesses privados (24,49%). Isso significa que não há grandes discrepâncias entre o percentual de incorporações difusas e privadas, e a prevalência dos interesses difusos nesse quesito implica na legitimidade democrática do processo. iii) Nota-se uma grande participação de agentes difusos no âmbito das consultas públicas (pessoas físicas somadas com as organizações não-governamentais). No entanto, há uma baixa adesão de organismos governamentais, bem como associações de defesa do consumidor. É possível explicar esse fenômeno pela recente implantação à época desse tipo de mecanismo, ou pela desconfiança daquele momento no modelo regulatório (LESSA MATTOS, 2004, p.16-20)

Podemos afirmar que do momento de realização da pesquisa até os dias atuais, houveram diversas mudanças, sejam elas de consciência social, de meios de informação, inovações dentro do âmbito normativo e legislativo. Mas a conclusão mais valiosa que se pode extrair da pesquisa realizada, é que desde o início da instituição do mecanismo de consulta pública pela Anatel, as pessoas físicas tem participado ativamente no processo regulatório, e o mais importante, é que as suas demandas tem sido incorporadas, ao menos em termos percentuais, no processo regulatório. Deve-se, no entanto, aprimorar a capacidade regulatória para que as demandas válidas que advierem do processo de consulta pública tenham o devido acolhimento no molde institucional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de todo o exposto, conseguimos cumprir algumas metas relevantes para elucidar adequadamente sobre o funcionamento de uma agência reguladora e sobre suas principais

atribuições. Descrevemos adequadamente as teorias que dizem respeito às funções reguladoras, e da atividade regulatória como um todo. Comprovou-se que a finalidade da regulação, seguindo a tradição administrativista francesa, é a realização do interesse público, e que a atuação das agências reguladoras, agora influenciadas pelo controle de qualidade e processualidade decisória do modelo norte-americano, tem obtido certo êxito nessas atribuições.

A compreensão histórica, e não somente a análise técnica-formal dos institutos, desempenhou papel relevante para a compreensão da instituição da regulação através dos diversos programas de reforma do Estado e de suas motivações à época, encontrou nas legislações, nos eventos econômicos e nos agentes políticos do momento uma forma de descrever momentos importantes da vida nacional, cuja época pode remontar nossas adolescências, infâncias, ou até certa nostalgia ou curiosidade de tempos que não vivenciamos (categoria ao qual pertença). Também foi relevante contar a história das telecomunicações para explicar o que motivou a criação da Telebrás - ou porque os meus pais comemoraram sua extinção -, e também porque um mercado que foi totalmente privatizado se configura hoje como um oligopólio. A historicidade dá um caráter pessoal que muitas vezes se encontra ausente no discurso técnico-normativo.

Através da análise do mercado atual das telecomunicações, vimos que ao menos a Anatel, contrariando o senso comum, não foi responsável pela instituição do oligopólio. A aplicação de leis antitruste, ou demais competências relacionadas ao funcionamento dos mercados são de responsabilidade dos órgãos de concorrência (CADE). Para a Anatel, o foco da regulação é a atividade de serviço público, através da fiscalização e controle de qualidade dos produtos do mercado. Entendemos que a política tarifária instituída pela Anatel dava margem para práticas de mercado abusivas, mas que, com a adoção de políticas corretivas ao longo do tempo, os problemas infraestruturais e normativos foram sendo sanados, e as tarifas de interconexão, que encareciam bastante o valor final pago consumidor, foi gradualmente reduzida ao longo da série histórica. O que, ao menos nesse caso, demonstra a atuação correta da agência reguladora sobre um dos maiores motivos de crítica recebidos pelo setor.

Além disso, ficou patente a existência de casos de concretos de captura regulatória. Quanto ao caso de desregulamentação substancial, comentei que há relativamente poucos julgados que

relacionem as atividades da Anatel a condenações por práticas de captura transitadas em julgado. Isso pode significar que há poucas denúncias ou ocorrências comprovadas sobre o tema. De qualquer modo, nota-se que na desregulamentação substancial, existe base normativa para condenar a prática e responsabilizar seus agentes pelo conflito de interesses. No entanto, na desregulamentação estrutural, quase não há remédios que censurem tais práticas, que ocorrem de modo sub-reptício e nas lacunas da lei. Em tempos de pós-verdade, onde o desmonte das atribuições do Estado é celebrado por grupos ideológicos que pressionam as redes sociais e parcela do debate público, espera-se que a desregulamentação estrutural ganhe novos contornos e ocorrências, e que a denúncia da lesividade dessas práticas ganhe corpo na discussão doutrinária e posteriormente, na vida pública.

Também vimos que os mecanismos de participação social analisados tiveram obtido relativo êxito na pesquisa analisada, especificamente sobre contemplar a sociedade civil no processo regulatório, no que tange o percentual de sugestões acolhidas. Ainda que o número de sugestões gerais tenha sido relativamente baixo, há uma paridade entre as sugestões acolhidas de natureza difusa e empresarial, com privilégio das sugestões difusas. Além disso, pudemos observar um florescimento de legislações regulatórias destinadas a promover segurança jurídica, estabelecendo ritos em processos decisórios e avaliações de impacto regulatório, para uma decisão melhor qualificada do ente regulador. Ambas medidas configuram a possibilidade de reciclagem e renovação das agências reguladoras, ao passo em que a criticamos por outras formas.

No que tange a defesa do consumidor, a Anatel possui uma resolução própria sobre o tema (Resolução nº 632), que assegura direitos e garantias aos usuários, bem como impõe deveres e obrigações ao próprio órgão regulador. Como agente econômico, a Anatel deve impedir que os agentes privados tirem proveito das eventuais brechas do sistema regulatório, ou que estas se aproveitem do regime de oligopólio para operar em bloco, utilizando políticas economicamente abusivas que lesem outras operadoras menores, ou o próprio mercado consumidor em sua integralidade. Nesse sentido, embora a Anatel tenha instituído uma política tarifária de interconexão que tenha criado um cenário anticompetitivo, a posterior correção pelo órgão regulador teve efeito evidente na diminuição dos preços de interconexão por aqui explicitados.

E por fim, concluímos pela defesa como um todo do sistema de agências regulatórias. É preferível ter um organismo de tutela do usuário e garantia da melhoria do serviço público, sobretudo numa realidade onde certos mercados, seja em razão da atividade desempenhada ou do histórico do setor, operam em regime de concorrência imperfeita. Nesse sentido, é imprescindível que existam incentivos certos para o desenvolvimento de certas atividades, além da correção de falhas e assimetrias de mercado, além, é claro, da própria fiscalização e controle de qualidade dos produtos e serviços oferecidos aos usuários. Não se espera que as agências reguladoras acertem todas as vezes, pois são instituições que refletem a natureza falível do gênero humano. Mas espera-se que elas reduzam ao máximo o número de falhas ou interferências prejudiciais, e cumpram o conjunto de suas atribuições com o máximo de regularidade, previsibilidade, comunicabilidade, e claro, visando a prestação adequada do serviço público.

REFERÊNCIAS

ANATEL. Resolução n. 612, de 29 de abril de 2013. Aprova o Regimento Interno da Anatel. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2 maio 2013. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. Resolução nº 632, de 7 de março de 2014. Aprova o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC.

_____. Portaria nº 722, de 30 de maio de 2017. Aprova as Diretrizes para a elaboração do Plano Operacional (Tático) 2018.

_____. Resolução nº 724, de 27 de março de 2020. Aprova a Norma para implantação e acompanhamento de liberdade tarifária no Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral, modalidade Longa Distância Nacional. Disponível em <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2020/1394-resolucao-724>> Acesso em: 22 nov. 2021

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. - Rio de Janeiro Forense, 2013a.

_____, Alexandre Santos de Aragão. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro, Forense, 2013b.

ARAÚJO, Rejane; BRANDI, Paulo. Verbetes Temáticos Telebrás. FGV Verbetes temático publicado pela Fundação Getúlio Vargas. Disponível em www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/dicionarios/verbete-tematico/telebras Acesso em 24 mai. 2021.

BERGO, Luciana Laurindo. *O setor de telefonia móvel: aspectos da regulação e da concorrência na tutela e participação do usuário do serviço de telefonia móvel*. 2015. 96 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9 Ed. Malheiros Editores, 2009.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 24 mai. 2021

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021

_____. Decreto-Lei nº 5792/72. Institui política de exploração de serviços de telecomunicações, autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa Telecomunicações Brasileiras S/A. - TELEBRÁS, e dá outras providências

_____. Decreto-Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

_____. Decreto-Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

_____. Decreto-Lei nº 9074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

_____. Decreto-Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

_____. Decreto-Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências.

_____. Decreto-Lei nº 10.411, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.

_____. Decreto-Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001.

_____. Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. 1995. Disponível em <<https://bresserpereira.org.br/documents/mare/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> Acessado em 27 nov. 2021

BOCKMANN MOREIRA, Egon. R. de Dir. Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 101-117, jan./mar. 2009

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; FURQUIM, Lilian T. Estado desenvolvimentista, nacionalismo e liberalismo. In: Trabalho apresentado ao congresso da Sociedade Brasileira de Ciência Política. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Maria Fernanda Pires de; FORTINI, Cristiana; CAMARÃO, Tatiana Marins da Costa. Processo Administrativo. Comentários à Lei nº 9784/99. 2ª ed. Belo Horizonte.

COUTINHO, Diogo R. Direito e Economia política na regulação de serviços públicos. São Paulo, Saraiva, 2014.

DA SILVA, Cristina Alves; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Agências reguladoras e evolução estatal– Uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 13, n. 51, p. 251-273, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Prefácio. *In: Marco Legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020.* (Coord.) Adriana da Costa Ricardo Schier; Cristina Fortini; Lígia Maria Sílvia Melo Casimiro, Vanice Regina Lírio do Vale. Belo Horizonte. Fórum 2021, p. 225.

DO COUTO, Almiro et al. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p. 45-74, 2002.

FREEMAN, Jody; JACOBS, Sharon, Structural Deregulation Harvard Law Review, Forthcoming, U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 21-20, 2021. Disponível em: SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3835246>>

FREITAS, Juarez. A responsabilidade contratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação ao excesso e de omissão. *Revista do Direito Administrativo Brasileiro*, nº 241, p. 21-37, jun./set./2005

FONSECA, Gabriel Ferreira da et al. A interpretação jurídica no Estado Regulador: da legislação racional à administração/jurisdição eficiente. 2016.

FORTINI, Cristiana. CAVALCANTI, Marjorie Wanderley. Lei Federal nº 13.848/2019: A lei geral das agências reguladoras (artigos 1º ao 3º da Lei nº 13.848/2019). *In: Marco Legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020.* (Coord.) Adriana da Costa Ricardo Schier; Cristina Fortini; Lígia Maria Sílvia Melo Casimiro, Vanice Regina Lírio do Vale. Belo Horizonte. Fórum 2021, p. 225.

FORTINI, Cristiana. FAJARDO, Gabriel. A nova Lei das Agências Reguladoras: impressões iniciais. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/interesse-publico-lei-agencias-reguladoras-impressoes-iniciais>> Acesso em 27 nov, 2021.

GASPARETTO, Antonio Junior. 2013a Crise do Petróleo Disponível em: <https://www.infoescola.com/economia/crise-do-petroleo/>. Acesso em: 24 mai. 2021.

GONÇALVES DA SILVA, Jacob Paschoal. Os métodos de controle dos serviços públicos nas concessões de transportes municipais. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2016.

GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a Regulação Brasileira Por Agências: Quais Lições Podem Ser Extraídas do Sesquicentenário Modelo Norte-Americano? *In: Teoria do estado regulador./ organização de Sérgio Guerra./ Curitiba: Juruá, 2015. 460p.*

JORDÃO. Eduardo. RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 3, 1, 2017

MARQUES, H. J. B. M. M.; CARVALHO, R. F.. A possibilidade de captura das agências: Formas de controle e responsabilidade civil dos seus agentes - uma análise do caso concreto - Coelce. *In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI, 2012, Niterói. XXI Congresso Nacional do CONPEDI, 2012. p. 356-385.*

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. Brasil, Fórum, 2005.

_____. Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In: Direito administrativo econômico* [S.l: s.n.], 2006.

MATTOS, César. A tarifa de interconexão da telefonia celular no Brasil: regulação e concorrência. 4 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/02/04/por-que-custa-carro-ligar-de-telefone-fixo-para-celular>>. Acesso em 23 nov. 2021

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: Parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014

MUNHOZ, Dercio Garcia. Inflação brasileira: os ensinamentos desde a crise dos anos 30. **Revista de Economia Contemporânea**, v. 1, n. 1, 1997.

NASCIMENTO, Jamerson Rogério do. O setor de telecomunicações: História e Políticas Públicas no Brasil. 2008. 93f. Dissertação (Mestrado em Administração). Faculdades Ibmeq, Rio de Janeiro, 2008.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, p. 559, 2012.

_____, Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos. São Paulo. Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 7ª ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; PIRES, Priscila Giannetti Campos. Da Internação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência (artigos 25 a 28 da Lei nº 13.848/2019). . *In*: Marco Legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020. (Coord.) Adriana da Costa Ricardo Schier; Cristina Fortini; Lígia Maria Sílvia Melo Casimiro, Vanice Regina Lírio do Vale. Belo Horizonte. Fórum 2021, p. 225.

PIRES, Julio Manuel. Desenvolvimentismo versus liberalismo econômico no período populista e o gasto público social. **Economia e Sociedade**, v. 19, n. 3, p. 529-556, 2010.

SAES, Alexandre Macchione; DE SAES, FLAVIO AZEVEDO MARQUES. História econômica geral. Saraiva Educação SA, 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial. Brasil: Malheiros Editores, 2013.

_____, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. Brasil, Malheiros Editores, 2001.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Maria Sílvia de Melo de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.) Marco Legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 225 p.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; LIMA, Maria Cristina. O processo decisório das agências reguladoras: Elementos de instrução à decisão regulatória (artigos. 4º ao 6º da Lei nº 13.848/2019). *In: Marco Legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020.* (Coord.) Adriana da Costa Ricardo Schier; Cristina Fortini; Lígia Maria Sílvia Melo Casimiro, Vanice Regina Lírio do Vale. Belo Horizonte. Fórum 2021, p. 225.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013

_____. Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. Doutorado (Direito do Estado). Universidade de São Paulo. 2011.

SILVA, Roberto José Procópio da. O Estado e seu poder regulador e fiscalizador nas concessões e permissões de serviços públicos. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da UNESP - Universidade Estadual Paulista, Campus de Franca, para obtenção do título de Mestre em Direito. 2001.

STIGLER, George J. A Teoria da Regulação Econômica. In. Mattos, Paulo. *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano.* Brasil, Editora 34, 2004.

TRF-5 - AC: 342739 PE 2002.83.00.009457-0, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de Julgamento: 30/11/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 07/12/2004 - Página: 509 - Nº: 234 - Ano: 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRF5/IT/AC_342739_PE_30.11.2004.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1638643240&Signature=ÖZSQh%2Bt8PegQ5EtXDemIxO5V9tY%3D>

VELOSO, Fernando A.; VILLELA, André; GIAMBIAGI, Fabio. Determinantes do "milagre" econômico brasileiro (1968-1973): uma análise empírica. **Revista Brasileira de Economia**, v. 62, n. 2, p. 221-246, 2008.

WIMMER, Miriam; PEIXOTO, Elisa Vieira Leonel; Participação e Democracia nas Agências Reguladoras: como se conjugam Autonomia Decisória, Especialização Técnica e Participação Popular na Anatel. XXXII Encontro da ANPAD. Rio de Janeiro, 6 a 10 de setembro de 2008.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. MELLO Gabriela Zancaner Bandeira de. Consulta pública e audiência pública na lei das agências reguladoras (artigos 9º ao 13º da Lei nº 13.848/2019). *In: Marco Legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020.* (Coord.) Adriana da Costa Ricardo Schier; Cristina Fortini; Lígia Maria Sílvia Melo Casimiro, Vanice Regina Lírio do Vale. Belo Horizonte. Fórum 2021, p. 225.

<<https://www.teleco.com.br/mshare.asp>> Acesso em 28 out. 2021

<<https://informacoes.anatel.gov.br/paineis/aceessos/ranking>> Acesso em 23 out. 2021

<www.brasil-economia-governo.org.br/2014/02/04/por-que-custa-caro-ligar-de-telefone-fixo-para-celular/>
Acesso em 02 nov. 2021

<<https://grupoluxus.com.br/telecom/entenda-por-que-o-brasil-tem-uma-das-maiores-tarifas-de-telefone/>> Acesso em 02 nov. 2021

<https://www.sinagencias.org.br/conteudo_arquivo/250808_FA3D85.pdf>

<<https://monitormercantil.com.br/tarifas-de-telefonias-no-brasil-entre-as-mais-caras-do-mundo/>> Acesso em 02 nov. 2021

<<https://www.gov.br/anatel/pt-br/consumidor/compare-as-prestadoras/pesquisa-de-satisfacao-e-qualidade>> Acesso em 07 nov. 2021

<<https://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u78863.shtml>> Acesso em 3 dez 2021.

<<https://www.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-culpa-anatel-por-monopolio-na-telefonias,20030325p43262>> Acesso em 3 dez 2021.