

INEFICÁCIA DA REGULAÇÃO ESTATAL NA TELEFONIA MÓVEL – COMO AS TEORIAS ECONÔMICAS EXPLICAM O PROBLEMA

INEFFECTIVENESS OF STATE REGULATION IN MOBILE TELEPHONY – HOW THE ECONOMIC THEORIES EXPLAIN THE PROBLEM

Evandro de Souza Neves Neto¹
Ana Luísa Celino Coutinho²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o atual sistema regulatório brasileiro, no setor das telecomunicações, e mais especificamente no campo da telefonia móvel, supondo-se existir no momento uma provável ineficácia da regulação estatal, por parte da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Com base em algumas teorias econômicas, busca-se identificar prováveis causas dessa suposta ineficácia, além de se perseguir soluções para um melhor funcionamento do sistema. O trabalho parte de um levantamento histórico de todas as fases do Direito Econômico brasileiro, desde os seus primórdios, levando-se em conta que o seu surgimento ocorreu já no Brasil Colônia, com breve exposição das características de cada período regulatório. Posteriormente, chega-se a uma descrição do modelo em vigência atualmente e, por último, apresentam-se teorias econômicas que possam contribuir para os objetivos supracitados.

Palavras-chaves: Telecomunicações; Regulação; Reforma do Estado; Agências Reguladoras; Concorrência

ABSTRACT

The following essay analyzes the current Brazilian regulatory system in the telecommunications sector, and more specifically in the field of mobile telephony, assuming there is at the moment a probable ineffectiveness of state regulation, by the National Telecommunications Agency - ANATEL. Based on some economic theories, we seek to identify probable causes of this alleged inefficiency, in addition to pursuing solutions for a better functioning system. The work is part of a historical survey of all phases of the Brazilian Economic Law, since its inception, taking into account that its emergence has occurred in Colonial Brazil, with a brief statement of the characteristics of each regulatory period. Later, we arrive at a description of the model currently in force, and finally, we present economic theories that may contribute to the above objectives.

Keywords: Telecommunications; Regulation; State Reform; Regulatory Agencies; Competition

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 21, inciso XI, instituiu ser de competência administrativa exclusiva da União a prestação dos serviços de telecomunicações

¹ Mestrando em Direito Econômico pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, advogado e bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa.

² Professora do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Paraíba. Mestre e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco.

no país. O Estado foi, até a década de 90 do século passado, responsável direto pela prestação desses serviços, em todas suas modalidades.

A telefonia móvel, foco principal do trabalho, ainda não existia, e, desde essa época, até os dias atuais, várias mudanças ocorreram no setor, muitas delas de forma extremamente dinâmicas, em consonância com o constante avanço tecnológico característico do campo em questão.

É a partir da Reforma do Estado ocorrida em meados da década de 1990, que o estudo em tela se propõe a analisar o setor das telecomunicações e seu atual funcionamento. No bojo dessa Reforma, é possível enumerar cinco transformações estruturais básicas: extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, os planos de demissões voluntárias, quebra dos monopólios estatais, a consequente concessão de serviços públicos e a privatização de estatais.

O vasto processo de desestatização, instituído pelo governo brasileiro, a partir da segunda metade da década supracitada, desencadeou relevantes consequências em todas as camadas da sociedade.

Atualmente, transcorridas quase duas décadas do implemento do novo modelo das telecomunicações do país, enxerga-se um cenário deveras conflituoso, no qual as operadoras de telefonia, principalmente as de telefonia móvel, são extremamente criticadas por grande parte dos seus usuários, em virtude de suposta má prestação dos serviços delegados pelo Estado a estas empresas concessionárias.

O setor das telecomunicações, em um país como o Brasil, é de enorme importância para toda a sociedade, devendo ser tratado com o necessário primor pelo Estado, ainda que este não preste tais serviços de forma direta, mas pondo em efetiva prática o seu papel de ente regulador, a partir da escolha do modelo instituído nos anos 90.

Pressupõe-se que o serviço de telefonia móvel não está sendo de qualidade satisfatória, possibilitando o pleno fluxo de informações pelo país, sem que o consumidor seja punido por um descumprimento do que foi contratado por ele com uma empresa concessionária daquele serviço.

O presente artigo realizará uma breve análise do atual comportamento estatal, através de seu órgão competente e com fins específicos - ANATEL, na regulação dos serviços de telefonia móvel no país, à luz das teorias econômicas aplicáveis ao tema.

Além de discutir a atuação do Estado na regulação do setor, o trabalho se propõe a analisar como as teorias econômicas podem explicar as supostas falhas, apontadas constantemente, no sistema implantado.

Portanto, o objetivo geral do trabalho é discutir como as teorias econômicas podem explicar a ineficácia da regulação estatal na telefonia móvel. Por objetivos específicos, tem-se: a análise dos procedimentos adotados, desde a implantação do modelo de regulação escolhido, até os dias atuais; a exposição do que se pretendeu na origem da implantação desse sistema e descrição do que ocorre na prática atualmente.

Este artigo pretende elucidar o seguinte problema: quais os motivos que ensejaram a ineficácia da regulação no setor, e que, conseqüentemente, conduziram a telefonia móvel para o estágio de incompleto desenvolvimento que se observa nos últimos anos?

2 HISTÓRICO DA REGULAÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA BRASILEIRA

Antes de adentrar propriamente na análise do sistema regulatório posto em prática no Brasil, a partir da década de 90 até os dias atuais, é válido desenvolver um breve histórico dos diversos períodos de regulação econômica pelos quais o país foi submetido.

Estudar os sistemas implantados no passado é de grande valia, haja vista que todos têm influência na escolha e implementação do modelo atual, precipuamente no tocante ao período imediatamente antecessor ao contemporâneo.

Nesse contexto, relembrar alguns conceitos, como os de “regulação operacional” e “regulação normativa”, nos ajudará no acompanhamento da periodização que aqui se propõe. Nesse sentido, Aguillar (2012, p. 82 e 83) discorre que:

A regulação operacional é manifestada pela preferência outorgada à iniciativa privada ou às empresas e órgãos estatais para o desempenho de certas atividades de interesse público.

Já a regulação normativa diz respeito ao poder de regulamentar efetivamente o setor que interesse ao Estado, incluindo-se nisso todas as atividades acessórias decorrentes da produção normativa, tais como a fiscalização e o sancionamento de condutas ilícitas.

Tendo em mente esses dois conceitos, podemos concluir que poderá ocorrer de, em um determinado período, existir uma regulação concentrada normativamente, porém desconcentrada operacionalmente. Esse raciocínio será algumas vezes utilizado no ponto em questão.

É proveitoso ressaltar, ainda, que a regulação não se confunde com regulamentação. Enquanto a regulação se trata de termo amplo, atinente a todas as formas de intervenção do Estado na economia em geral, inclusive as advindas do Poder Legislativo, a regulamentação se afigura como uma dessas formas de intervenção, especificamente relacionada com o poder normativo infralegal.

Válido também destacar, nesse ponto, que a regulação não se confunde com uma atuação positiva. A regulação é a forma como se atua no mercado, passiva ou ativamente. Nesse sentido, por vezes a melhor opção é simplesmente não ditar regras para tratar de um determinado assunto, e sim de deixar o mercado se autorregular, não deixando esta tomada de decisão de ser uma modalidade de regulação.

2.1 REGULACÃO PATRIMONIALISTA

Entendendo-se que o Direito Econômico brasileiro não se iniciou apenas a partir de 1930, como defendem alguns doutrinadores, tem-se que o período que se estende entre o Brasil Colônia e o princípio do Segundo Reinado já foi o primeiro momento regulatório da economia no país.

Nesse primeiro momento econômico, pode-se afirmar que normativamente a regulação era concentrada, mas operacionalmente era desconcentrada.

Entre os anos de 1500 e 1831, constatou-se a implementação das primeiras políticas públicas econômicas, como, por exemplo, regimes de concessões e permissões, políticas monetárias, controle de preços, entre várias outras.

Durante esses mais de três séculos, pôs-se em prática uma regulação patrimonialista, no sentido de que existia uma vasta apropriação do Estado por parte de seus governantes. Toda a máquina estatal era mero veículo de interesse dos que governavam. O objetivo era sempre a manutenção do poder nas mãos da nobreza, inclusive no que tange às atividades econômicas.

Instituiu-se uma política econômica de exploração predatória das riquezas disponíveis. Todas as instituições jurídicas, políticas e administrativas eram constituídas com essa finalidade.

O sistema de produção e extração era, em sua totalidade, destinado ao mercado externo, e adotavam-se constantes regulações jurídicas e econômicas por parte de Portugal, para o máximo favorecimento da exploração da colônia.

Como alguns instrumentos característicos do período, podemos citar o monopólio estatal na exploração das atividades, as Companhias de Comércio, formadas com capital público e privado, e as Concessões Régias.

2.2 REGULAÇÃO DESCONCENTRADA

O segundo momento em análise, oscila entre o transcorrer do Segundo Reinado até a década de 1930.

Identifica-se a partir deste período, de forma ainda comedida, porém inédita, uma relativa desconcentração do poder das mãos privadas do imperador. Novos centros de poder despontaram com o fortalecimento das províncias e municípios. Aguillar (2012, p. 105) descreveu que:

Essa desconcentração no poder (e na regulação) é mais nítida no período republicano. Engloba-se aqui, porém, o Segundo Império para marcar o progressivo afastamento da política puramente patrimonialista até então vigente, com o fortalecimento de centros localizados de poder. Um motivo adicional para considerar o Segundo Império como o período de transição entre o patrimonialismo e a desconcentração é a própria fraqueza política manifestada pelo Imperador na etapa final de seu governo, o que sem dúvida contribuiu para fortalecer a periferia do sistema político.

O liberalismo econômico predominante à época foi motivador de uma relativa desregulamentação das atividades econômicas por parte do Estado.

Caracterizou-se, naquele momento, uma dupla desconcentração regulatória. Desconcentrada primeiramente no que se refere à transferência do poder de um centro federal para centros periféricos, e desconcentrada também no que diz respeito ao contraste entre o poder público e o poder privado.

Um relevante marco normativo da época, corroborando a tendência de desconcentração agora descrita, foi o Ato Adicional de 1834, que atribuiu poderes às Assembleias Provinciais para legislar sobre uma série de matérias econômicas, embora esses poderes tenham sido enfraquecidos quando em 1840 editou-se a Lei de Interpretação do Ato Adicional.

Para concluir, vale ressaltar que a desconcentração regulatória característica do período não se traduzia em uma plena regulamentação. Em muitos casos, por exemplo, a esfera privada era chamada a assumir um papel no desenvolvimento econômico do país, mas

o Estado não se abstinha de proporcionar condições adequadas para o desempenho dessas atividades por parte dos agentes privados.

2.3 REGULAÇÃO CONCENTRADA

O último período anterior ao momento contemporâneo, e decisivo para as tomadas de decisões que instituíram o modelo atual, teve início em 1930 e se estendeu até a chegada da última década do século passado.

A partir da década de 30, inúmeros modelos centralizados se alastraram por todo o mundo. Entendeu-se necessária uma decisão positiva estatal, em contrapartida ao anterior período de relativa indefinição do grau de intervenção do Estado. Consequências da crise de 1929 e uma reação estatal às crises do mercado livre.

No Brasil, com o início da Era Vargas, ganha força o processo de industrialização do país. Mecanismos de proteção de setores da economia nacional são adotados, criam-se empresas estatais para impulsionar o desenvolvimento industrial e forma-se um novo sistema para regular a economia brasileira. O desenvolvimento ocorreu com foco, essencialmente, no Estado. Com base na forma pela qual o Estado planejou o desenvolvimento econômico através de empresas estatais e, principalmente, por meio da articulação entre capital estatal e capital privado.

A Constituição Federal de 1934 pôs fim à ausência de limites à atividade empresarial privada, tendo sido, portanto, um importante marco de revisão do ideário liberal, preponderante até então, e da abstenção estatal na economia.

A partir do Estado Novo, todos os poderes foram concentrados na esfera federal. A função do Estado empresário teve maior ênfase, e como consequência dessa política várias empresas estatais foram criadas, como a Vale do Rio Doce, a Companhia Siderúrgica Nacional, entre outras.

Viu-se, naquele momento, a influência das ideias de Estado social que se alastravam pelo globo. O modelo surgiu após a Segunda Guerra Mundial e teve seu desenvolvimento intimamente relacionado ao processo de industrialização e os problemas sociais gerados a partir dele.

A Inglaterra se destacou na construção do *Welfare State*, com uma série de providências tomadas nas áreas da saúde e educação. Também era característica do modelo a ampliação dos serviços assistenciais públicos, englobando as áreas de renda, habitação e previdência social, entre outras. Em paralelo à prestação de serviços sociais, o Estado do

Bem-estar passou a intervir fortemente na área econômica, de modo a regulamentar praticamente todas as atividades produtivas, a fim de assegurar a geração de riquezas materiais em conjunto com a diminuição das desigualdades sociais.

Nesse período, no Brasil, pode-se afirmar que existia uma regulação concentrada tanto normativa como operacionalmente. A formação e institucionalização desse modelo foram marcadas pelo pensamento autoritário nacionalista. Centralizado no Estado, o sistema de organização da economia refletiu um pensamento autoritário enquanto que autores como Francisco Campos, Oliveira Vianna e Azevedo do Amaral, além de outros, deram suporte teórico ao modelo de Estado adotado nessa época.

Pouco após a Constituição de 1934, todos os meios para a condução autoritária do país foram instituídos pela Carta Magna de 1937.

Esse período totalitário teve um curto hiato no governo de Dutra, com a promulgação da Constituição de 1946. Ocorreu, por esse rápido transcorrer de tempo, um breve retorno ao liberalismo econômico, logo posto abaixo com o retorno de Vargas, em 1951.

No segundo governo Vargas foi implementado o Plano Nacional de Reparcelamento Econômico, forte traço de retomada da concentração experimentada até metade da década anterior.

Posteriormente, com a chegada de Juscelino Kubitschek ao comando do país, adotou-se no desenvolvimento da economia o estruturalismo proposto pela CEPAL. Foi a vez de se instituir a Teoria desenvolvimentista, e foram definidos vários planos de desenvolvimento, como o Plano de Estabilização Monetária, em 1958.

Em 1962, como ponto importante para o setor da economia abordado por este artigo, tem-se a criação do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Mais a frente, João Goulart implantou um plano de estabilização econômica, de autoria de Celso Furtado, e denominado de Plano Trienal. O instrumento exigia a renegociação da dívida externa, um maior foco nas exportações, a estabilização da moeda e estimava a pretendida retomada do crescimento econômico.

Seguindo adiante, o Período Militar foi caracterizado por enorme envolvimento estatal na atividade econômica. No momento em que se propagou o chamado “Milagre Econômico Brasileiro”, os grandes grupos privados foram amplamente favorecidos pela política adotada. Inúmeras grandes obras, como a Usina de Itaipú, a Rodovia Transamazônica, a Ponte Rio-Niterói, entre outras, foram tocadas em prol dessas grandes empreiteiras. Criou-se ainda a EMBRATEL, em 1965, o Ministério das Comunicações, em 1967, e o sistema TELEBRÁS, em 1972.

Com o início da década de 1980, a economia brasileira deparou-se com um vultoso e incontrolável salto da inflação.

O Estado tornava-se gigante, ineficiente e incapaz de promover os investimentos necessários à infraestrutura e expansão dos serviços públicos. Ressurgiram vários dogmas de abstenção estatal na economia e passou-se para a iniciativa privada a responsabilidade de investimento em serviços públicos, acompanhada de uma regulação normativa do Estado.

A reforma do Estado aconteceu na década de 90 iniciada ainda no governo Collor de Melo e efetivada no governo Fernando Henrique sob o comando do Ministro Bresser Pereira.

3 ATUAL SISTEMA REGULATÓRIO BRASILEIRO

Desde a crise do capitalismo de 1968/1974, combinada com a crise do petróleo de 1973, o papel do Estado na economia passou a ser questionado em grande parte dos países por todo o mundo. O reflexo das crises dos EUA e de sua política econômica aparece no Brasil, momento em que a base de apoio ao governo ditatorial começou a se deteriorar, com a burguesia nacional retirando, aos poucos, o apoio que dava até então ao regime, dando início a uma política de democratização e de desestatização.

A chamada Reforma do Estado, desencadeada no Brasil a partir da década de 90, insere-se em um contexto maior de transformações ocorridas na sociedade e na economia brasileira e mundial. Essa transformação não significou apenas uma redução do papel do Estado na economia e na sociedade, mas, sobretudo, uma modificação do mesmo em seu papel de mediador. De fato, no âmbito da Reforma do Estado e da Reforma Administrativa que a acompanha, o que ocorreu foi uma mudança no papel do Estado que passou a ser de regulador, o que se comprova com a competitividade entre empresas privadas na prestação de serviços públicos.

A ideia era desenvolver uma regulação da economia com base na concorrência, criando então uma competitividade que gerasse ganhos. Para essa política, eram necessários maciços recursos privados e, conseqüentemente, investimento estrangeiro. Daí a ampla abertura ao capital estrangeiro ocorrida na época.

Importante Marco Constitucional, para o setor abordado neste artigo, é a Emenda Constitucional nº 08/95, que extinguiu a restrição, existente até então, a empresas estrangeiras nas telecomunicações. Passou-se a exigir apenas que o grupo internacional possuísse sede no Brasil.

O novo Estado regulador representou uma clara descentralização do poder do presidente da República e de seus ministros, ao mesmo tempo em que se tentaram criar novos mecanismos jurídico-institucionais de participação de diferentes setores da sociedade civil no controle democrático do processo de formulação do conteúdo da regulação de setores da economia brasileira.

Ocorreu uma progressiva desconcentração regulatória operacional, baseada na ideia de que a concorrência é a melhor forma de gestão econômica, inclusive no tocante aos serviços públicos.

A criação de uma burocracia estatal para regulação de mercados, especialmente centralizada no modelo de agências reguladoras independentes, marcou uma redefinição dos centros de circulação de poder político para a formulação de políticas públicas para setores estratégicos da economia, tais como os de telecomunicações, energia elétrica, gás e petróleo, transportes, água e saneamento, saúde e medicamentos, seguros, etc.

Em 1995 foi instituído o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, limitando ao Estado o desenvolvimento daquelas funções que lhes são próprias. Pôs-se em prática, contudo, ao mesmo tempo, uma regulação normativa concentrada em todos os setores da economia.

Seguindo no sentido de maior participação da iniciativa privada em todos os serviços, no decorrer da década presenciou-se o surgimento de novos instrumentos, como o das Organizações Sociais, das OSCIPs e das Parcerias público-privadas.

A Lei 9.491/97 definiu o Programa Nacional de Privatizações, anteriormente instituído pela Lei 8.031/1990.

O programa de privatização ou de desestatização foi levado a cabo, sobretudo pelos seguintes mecanismos: 1) alienação, em leilão na bolsa de valores, do controle de entidades estatais, seja de empresas que exploram atividades econômicas ou de empresas que prestam serviços públicos; 2) a concessão de serviços públicos a empresas privadas. No plano federal, foram privatizadas empresas dos setores petroquímico, siderúrgico, metalúrgico e de fertilizantes, seguindo-se a privatização da infraestrutura, envolvendo a venda da empresa com a concomitante outorga do serviço público, como tem ocorrido com empresas de energia e de telecomunicações e com rodovias e ferrovias. Para Barroso (2002, p. 112), os objetivos fundamentais do programa foram:

- (i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (ii) contribuir para

a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

Como consequência da progressiva privatização dos serviços públicos, e de atividades econômicas relacionadas ao interesse público, surgiram as agências reguladoras das mais diversas atividades.

A criação das agências reguladoras no Brasil decorreu da influência do direito anglo-saxão, guardando algumas peculiaridades do modelo americano. No entanto, o Direito Administrativo brasileiro, foi influenciado, de forma mais incisiva pelo modelo francês. Justamente, em função da influência francesa, o modelo brasileiro de administração em geral e de regulação em particular acabou por se caracterizar como mais centralizado do que o modelo norte-americano.

Considerada esta maior centralização do Direito brasileiro, uma das diferenças mais significativas existentes entre o modelo norte-americano e o modelo brasileiro de regulação reside no fato de que, em regra, no primeiro, as agências reguladoras estão vinculadas ao Congresso, enquanto no segundo estão “sob o controle” do Poder Executivo.

Tal diferença adquire importância, uma vez que influenciam na definição de normas de controle do poder normativo das agências bem como na redefinição e separação dos poderes.

No tocante ao setor de telecomunicações, logo após a Emenda Constitucional nº 8 de 1995, que pôs fim ao monopólio público de telecomunicações, em 1996 foi promovida a abertura à concorrência da telefonia móvel, de serviços de valor agregados e da transmissão por satélite agregada às concessões atribuídas aos operadores.

Esses primeiros passos foram dados num conjunto de arranjos que estavam sendo articulados pelo Ministério das Comunicações. Amparado por estudiosos do Direito, bem como por um corpo técnico reforçado, o Ministério foi estabelecendo reformas importantes para o setor.

Mais importante consequência desses esforços, a Lei Geral de Telecomunicações, que conduziu à privatização do operador histórico, Telebrás, em julho de 1998, foi promulgada em 16 de julho de 1997.

A nova legislação marcou a mudança definitiva de postura do Estado brasileiro em relação ao setor de telecomunicações, a ponto de alguns autores identificarem a formação de um direito de telecomunicações.

O grupo público Telebrás, que fora segmentado em 27 concessões locais na proporção de uma por estado federal, foi dividido em quatro concessões fixas locais e de

longa distância. Para os serviços de longa distância internacional, um novo operador exclusivo, Embratel (que herdou o nome histórico de uma das empresas do sistema Telebrás), foi criado. Novas licenças foram ainda atribuídas em 2002 ao segmento de telefonia fixa.

O ponto principal da reforma, contudo, foi a implementação do modelo concorrencial para o setor de telecomunicações e o estabelecimento de um guardião dessa competição que seria o órgão regulador, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel. Por tal papel, entenda-se que o órgão regulador deveria, mediante os instrumentos jurídicos que a lei lhe outorgava, promover o desenvolvimento do setor, de forma a garantir o acesso da população ao serviço em níveis de preço, qualidade e aptidão tecnológica competitivos.

Muito se critica, entretanto, a forma como essas agências foram criadas no Brasil. Coutinho (2002, p.74) discorre que:

A introdução da regulação da década passada foi, em muitos casos, simultânea às privatizações. Em outros casos, somente veio a ser feita após a venda das estatais em leilão. Ambas as circunstâncias representam uma deficiência de reforma regulatória. Chega a ser intuitivo admitir que as regras para a regulação dos setores-alvo devem ser criadas antes da privatização. É preciso que sejam desenhadas estratégias e modelos de regulação e concorrência para os mercados em questão antes de as empresas passarem às mãos privadas. Mais do que isso, é preciso que haja um verdadeiro planejamento de objetivos regulatórios como condição para uma regulação subsequente eficaz.

Salomão Filho (2008, p. 19) vai mais além e, referindo-se também a esse período, afirma que:

No sistema brasileiro jamais houve tentativa de formulação de uma teoria geral da regulação. A razão para tanto é jurídica e simples. Trata-se da tradicional concepção do Estado como agente de duas funções diametralmente opostas: a ingerência direta na vida econômica e a mera fiscalização dos particulares. A prestação de serviços públicos, de um lado, e a vigilância do mercado, através do poder de polícia, de outro, sempre representaram para os administrativistas a totalidade das funções que o Estado poderia exercer. Em um mundo de dicotomia entre a esfera privada e a esfera estatal não havia por que descer da precisão de tal análise.

É a partir dessas críticas que se parte para o próximo tópico do trabalho, ponto em que se apresenta uma análise teórica acerca do sistema de regulação em vigência, buscando identificar, através dessas teorias, eventuais motivos relacionados às falhas no modelo apresentado e possíveis soluções para estas falhas.

4 DISPOSIÇÕES TEÓRICAS INERENTES À MATÉRIA

O fenômeno da regulação é enxergado sob diversos pontos de vista, dando origem, por conseguinte, a inúmeras teorias da regulação ou, indo além, de forma mais detalhada, a várias formas de abordagem dentro de uma mesma teoria.

No presente ponto do artigo, apresenta-se uma explanação de algumas dessas teorias, discutindo-se seus pontos positivos e negativos, com fulcro em se obter um resultado satisfatório na identificação de possíveis propulsores das atuais falhas no sistema regulatório da telefonia móvel no Brasil.

4.1 ESCOLAS CLÁSSICAS SOBRE REGULAÇÃO

Salomão Filho traz uma divisão entre duas escolas clássicas sobre a regulação, sendo elas a “Escola do Interesse Público” e a “Escola Neoclássica ou Econômica da Regulação”.

Discorre o autor, sobre a primeira (2008, p. 23):

Ela evidencia o fato de que a justificativa para a regulação, entendida no sentido amplo supradescrito, nada tem a ver com a preservação do mercado. O objetivo é primordialmente a busca do bem público, definido de formas diversas.

A definição de interesse público é multifacetada – ora política, ora econômica -, não permitindo que a mesma seja colocada em termos precisos. Aliás, a experiência prática põe em sérias dúvidas a existência de um conceito – verdadeiro e coerente – de interesse público para fins de intervenção do Estado na economia.

Exatamente por essa dificuldade, a Escola do Interesse Público ganha importância através do desenvolvimento jurídico. Na verdade, não seria exagerado identificar a Escola do Interesse Público à Escola do Serviço Público, pelo menos na forma como é aplicada no Brasil. Essa identificação não é perfeita, pois nem sempre e não necessariamente em todos os sistemas a preocupação com o interesse público se traduz juridicamente no exercício dos serviços públicos.

Já quanto à segunda escola clássica, Salomão Filho (2008, p. 27) expõe que:

Sob a denominação genérica de Escola Econômica da regulação escondem-se várias tendências, com dois pontos fundamentais em comum: a negação de qualquer fundamento de interesse público na regulação e a afirmação do objetivo de substituição ou correção do mercado através da regulação.

Na verdade, a teoria econômica da regulação, orientada pelo neoclassicismo, crê poder prever os resultados e, conseqüentemente, indicar os fins da atividade econômica. A regulação serve apenas como substituto do mercado. O regulador é ou deveria ser capaz de reproduzir um mercado em laboratório, ou melhor dizendo, nos gráficos de oferta e demanda. Evidentemente, porque baseada na crença cega no mercado, para tal teoria a regulação só será necessária enquanto não existir solução de mercado mais eficiente. Por essa razão, como se verá, nela encontra-se o sêmen dos movimentos desregulatórios.

Portanto, a escola do interesse público estaria diretamente vinculada a ideia de serviço público e por isso a crítica que se faz a essa escola: pela excessiva concentração em torno da noção de serviço público e por sua crença, na possibilidade de controle dos agentes privados que prestam serviço público através do regime jurídico de direito público, como se fosse possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público.

Por outro lado, a escola neoclássica da regulação negava qualquer fundamento de interesse público na regulação, acreditando poder prever os resultados e fins da atividade econômica. Criticou-se esta teoria pelo fato de ser impossível e ineficaz pretender recriar o mercado em laboratório, e também por ser demais pobre entender que a regulação se resume somente a esta tarefa.

Nas lições de Salomão Filho (2008, p. 33), os fundamentos dessas escolas são demasiadamente limitados, por priorizarem apenas um dos aspectos da regulação. Tal reducionismo leva a uma teoria incompleta, é preciso admitir a convivência dos aspectos econômicos e sociais da regulação e reconhecer, ainda, que a preponderância de um sobre o outro pode variar conforme a natureza do setor regulado.

4.2 ELABORAÇÃO DE UMA NOVA TEORIA DA REGULACÃO

Com objetivo de se alcançar novas teorias, que possam trazer eficácia no sistema regulatório, válido é destacar o seguinte pensamento de Salomão Filho : “Não há regime de direito público que consiga mudar – ao menos no que tange às decisões econômicas – a mentalidade individualista dos particulares”. (2008, p. 34)

Essa afirmativa pode demonstrar o quão delicado é o implemento de um modelo de regulação como o existente no Brasil, no período atual. Conceder a entes privados a responsabilidade de prestar serviços públicos deve sempre ser uma decisão tomada com muito cuidado e planejamento prévio.

Algumas ideias expostas pelo autor supracitado parecem bastante convincentes acerca da elaboração novas diretrizes a serem seguidas nos sistemas regulatórios.

A primeira dessas ideias é a da existência de setores não regulamentáveis. Salomão Filho, acerca do tema, preceitua:

Antes que negar a conveniência e a viabilidade da regulação, a crítica às teorias clássicas da regulação leva à necessidade de identificar onde a regulação pode – ou não – funcionar. Para essa identificação não é necessário retornar ao tormentoso conceito de interesse público no campo da teoria política e do direito do Estado. Na verdade, é muito mais fácil identificar significado e conteúdo da função do Estado,

contribuindo juridicamente para a própria definição de interesse público a partir do movimento inverso, isto é, a partir da identificação do que não pode estar sujeito às regras de mercado. Para tanto existe um critério razoavelmente simples.

Toda vez que determinada atividade econômica tiver externalidades sociais, sejam positivas ou negativas (respectivamente benefícios ou malefícios), o mercado não será um elemento organizado eficiente, pois nesses casos o mercado não é capaz de recompensá-las ou compensá-las. (2008, p. 33)

Entendendo o conceito de externalidades como sendo os efeitos gerados por uma relação jurídica atingindo sujeitos que não participam dessa determinada relação, não se pode admitir que, quando isso ocorra, certa atividade seja prestada por um ente privado através de um sistema de regulação pública.

Outro pensamento a ser muito respeitado, é o da regulação como *due process clause* no campo econômico. O que se trata nesta teoria é a aplicação do princípio do contraditório na regulação da economia, para os setores aos quais ela se aplica. Ou seja, enquanto que no direito processual o referido princípio se traduz na participação das partes de forma equitativa no processo, levando o juiz (terceiro) a uma decisão mais justa, no campo econômico a aplicação do contraditório significa a garantia de participação de todos os agentes econômicos, assegurando a tomada de uma decisão mais uniformizada pelos consumidores. A ideia nada mais é do que a aplicação da plena concorrência no setor regulado.

A respeito do tema, Salomão Filho afirma que (2008, p. 36):

Essa mudança no foco da preocupação – da busca de um objetivo predeterminado e pré-jurídico para a garantia efetiva da correção e da lealdade da integração dos vários agente econômicos no mercado e de sua igualdade material em termos concorrenciais – é uma resposta à questão do fundamento da regulação (*due process clause* em matéria econômica).

(...)

Tal regulação deve – como se verá mais adiante – garantir condições para que os agentes econômicos possam desenvolver suas atividades em condições de igualdade material.

Igualdade material quer, aqui, significar igualdade efetiva, e não meramente formal, de oportunidades. Como se pretende demonstrar abaixo, isso só pode ocorrer com a difusão forçada do conhecimento econômico entre os indivíduos, que, por sua vez, só pode ser assegurada através de uma garantia firme de existência da concorrência.

Seria, portanto, um valor fundamental da regulação, a efetiva possibilidade de competição, devendo o Estado agir sempre com muito rigor nesse sentido de garantir a efetiva existência de concorrência nos setores regulados.

Justen Filho (2003) atenta para o fato de que a nova configuração do serviço público apresenta como característica fundamental a extinção de monopólios. A explicação dessa característica é evidente; a ausência de concorrência. Para Justen Filho (2003, p. 38):

Reputa-se que a intervenção regulatória estatal é insuficiente ou inadequada para gerar a ampliação da eficiência econômica indispensável à prestação de serviços adequados. A melhor alternativa é reduzir a intervenção estatal e ampliar os mecanismos de competição, que são os instrumentos mais satisfatórios para produzir eficiência.

Válido destacar, nesse âmbito, a ideia de concorrência como a situação de um mercado em que os diferentes produtores/vendedores de um determinado bem e/ou serviço atuam de forma independente face aos compradores/consumidores, objetivando alcançar resultados positivos para o seu negócio, utilizando diferentes instrumentos, tais como a oferta de preços, a qualidade dos produtos, os serviços pós-venda, entre outros.

No que concerne ao cenário atual das telecomunicações é importante se discutir o nível concorrencial efetivo, em face daquele desejado pela vontade legislativa expressa pela Lei 9.472/97. A lei foi taxativa no que concerne ao papel da Anatel como promotora da concorrência no setor, enumerando as premissas a seguir para o desenvolvimento dessa missão. O que se nota na prática, entretanto, no setor da telefonia móvel, é a existência de um oligopólio formado de algumas empresas criadas no princípio da década de 2000 e que perduram até hoje.

Seguindo adiante, importante destacar o conceito de regulação estrutural, diferenciando-o do modelo de regulação defendido pelos adeptos da regulação neoclássica. Enquanto esta propõe como ideia central a desregulação e a auto-regulação do mercado, aquela, em extremo oposto preceitua que a concorrência, e não o mercado, é o valor a ser protegido pela regulação. Salomão Filho (2008, p. 44) diz que:

A possibilidade de escolha tem um valor social, que não pode ser negado, devendo ser necessariamente reconhecido pelo Direito. O mercado, por outro lado, não necessariamente leva a esse resultado. É aí que o Estado deve intervir, garantindo a primeira, e não o segundo.

Portanto, ao contrário do que dizem os neoclássicos, a escola a que eles pertencem definitivamente não tem um caráter pró-concorrencial, ao contrário do que ocorre com o modelo proposto pela regulação estrutural.

Outra ideia relevante a ser exposta é a de que a regulação deve ser sempre direcionada, precipuamente, à redistribuição. Ou seja, deve-se buscar a diluição dos centros de poder econômico e conseqüentemente a difusão de conhecimento para todas as esferas de sociedade. Salomão Filho (2008, p. 48-49) explica:

O primeiro princípio é, sem dúvida, o redistributivo. O resultado mais saliente e incontestável da análise histórico-estrutural é a convicção de que, nos países subdesenvolvidos, alterações de demanda, e não alterações no processo produtivo, são os grandes elementos propulsores do crescimento. Consequentemente, não há justificativa para centrar a filosofia regulatória em torno da eficiência. Ela deve necessariamente ser direcionada precipuamente à redistribuição, única forma de expandir, de modo estruturado e linear, o consumo pela sociedade. Ao fazê-lo, elimina também as ineficiências alocativas da concentração do conhecimento econômico, na medida em que expande a base de coleta de dados sobre preferências individuais.

Um dos objetivos da regulação deve ser o de endereçar questões relacionadas à redistribuição de renda, equidade, acessibilidade, qualidade e segurança dos serviços. Salomão Filho segue discorrendo (2008, p. 93-94):

A universalização é, via de regra, não-lucrativa, pois implica estender a rede até consumidores longínquos e sem poder aquisitivo. Por outro lado, a empresa privada não estará disposta a estender a prestação de serviços simplesmente pelas externalidades sociais positivas que apresenta.

Além dos conceitos de concorrência e redistribuição através da difusão do conhecimento econômico, outro princípio a ser aplicado na regulação é o da cooperação. Sobre este ponto, Salomão Filho (2008, p. 50-51) destaca:

Não parece haver dúvida de que, para que a esfera econômica possa se autocontrolar, com certo grau de independência da esfera política, são necessárias a introdução de princípios cooperativos na esfera econômica e a eliminação do individualismo exacerbado. Além disso, estruturas cooperativas também têm um efeito positivo sobre o processo de difusão do conhecimento, na medida em que – como se verá – permitem comparações interpessoais de utilidade diretas.

Em um mercado baseado na concorrência entre empresas privadas, é natural que cada uma delas não se proponha a fornecer qualquer tipo de informação proveitosa para as demais. Muito pelo contrário, o que ocorre em regra é uma máxima imposição de dificuldades nesse sentido. A introdução dos princípios cooperativos na regulação objetiva, portanto, impõe limites a essa atividade extremamente individualista, em prol do bem maior de se preservar o mercado de concorrência.

Por fim, seguindo ainda a ideia da cooperação, uma questão muito aplicável às telecomunicações é a de se impor uma intervenção regulamentar ativa no sentido de garantir iguais condições de uso das redes. A rede, entendida no caso do presente artigo como as torres de telefonia móvel e tudo o que fizer parte do sistema de transmissão dos dados do setor, deve ser pensada como bem público, a qual todos os entes têm livre acesso. Aplica-se aqui o princípio da função social da propriedade, no que se refere aos meios de acesso ao mercado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, pode-se observar que em todas as alterações dos modelos de condução da economia brasileira, desde os primeiros ínfimos impulsos com alguma característica de regulação econômica no Brasil Colônia, até os dias atuais, jamais se desenvolveu um planejamento prévio adequado para a implementação do novo modelo a ser seguido.

Diversas modalidades de políticas econômicas, inúmeros planos de desenvolvimento da economia, várias promessas de modelos salvadores foram propagadas durante toda a história do Direito Econômico brasileiro, sem nenhuma delas, contudo, até o período contemporâneo, ter atingido de forma plena os objetivos desejados.

Em relação ao modelo atual, como se viu, jamais se desenvolveu uma teoria da regulação a ser aplicada no país.

A partir da Reforma do Estado instituída na década de 1990, foi imposto um vasto processo de desestatização das empresas públicas, sem que as agências responsáveis pela regulação das empresas privadas tivessem sido previamente estudadas e criadas ao tempo certo, com o devido planejamento anterior.

No estágio em que se encontra o sistema regulatório nacional, em especial no setor das telecomunicações, e mais especificamente na telefonia móvel, as teorias propostas por Calixto Salomão Filho podem ser um caminho de sucesso a ser seguido para a reorganização do sistema.

Alicerçado em alguns princípios básicos (concorrência, redistribuição, difusão do conhecimento econômico e cooperação), o autor propõe que o modelo pode ter resultados positivos.

De fato, em nenhum momento, desde a implementação do referido modelo, aplicou-se de forma plena esses princípios na regulação nacional.

Caso ainda haja uma saída para o sistema regulatório brasileiro, em especial no que se refere ao setor ao qual este artigo tem seu foco, pode-se concluir que os referidos princípios são diretrizes adequadas a serem seguidas na tentativa de resgate do modelo posto em prática na economia do país.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**. São Paulo: Atlas, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes: – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista Diálogo Jurídico**. Disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em: junho de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAIS, Alexandre (org). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Privatização, Regulação e o Desafio da Universalização. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Regulação Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LEHFELD, Lucas de Souza. **As Novas Tendências na Regulamentação do Sistema de Telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações: A ANATEL**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: FILHO, Salomão (org.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

MUELLER, Bernardo. **Teoria Política Positiva da Regulação**. Disponível em: www.angelfire.com/ky2/mueller/resenha.pdf. Acesso em: junho de 2014.

PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agent X principal. In: PEREIRA e SPINK (orgs). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SALGADO, Lucia H. e FIUZA, Eduardo. **Marcos Regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?** Rio de Janeiro: IPEA, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.