

Agências regulatórias e grupos de interesse: uma explicação através da teoria do estado-fato de Léon Duguit e da teoria econômica da regulação de George J. Stigler

Regulatory agencies and stakeholders: an explanation through the Léon Duguit state theory and the economic theory of the regulation of George J. Stigler

LUIZ GUEDES DA LUZ NETO¹

LORENA DE MELO FREITAS²

Universidade Federal da Paraíba (Brasil)

Sumário: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento e Apresentação de Resultados; 3. Conclusão

Resumo: O artigo analisa os regulamentos expedidos pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL relacionados à internet fixa, em especial a questão da limitação do serviço. O trabalho tem como marco teórico a aplicação em conjunto da teoria econômica da regulação de George Stigler, também conhecida como *captura*, com a teoria do Estado-fato de Léon Duguit. O objetivo é compreender a dinâmica dos grupos de interesse durante a elaboração desta política regulatória pela ANATEL e como os reguladores são capturados pelos entes regulados. A justificativa da pesquisa é a atualidade do tema e a necessidade dos operadores do direito de compreender a dinâmica regulatória das Agências Reguladoras.

Palavras-chave: ANATEL; Grupos de interesse; Regulação.

Abstract: The article analyzes the internet service (which can be called of "kind fixed") from the National Telecommunications Agency - ANATEL's regulations, especially the issue of internet service limitation. The framework is George Stigler's Economic Theory of Regulation, also known as *capture*, and Léon Duguit's State-fact theory. The aim is to understand the dynamics of the interests groups for the development of regulatory policy by ANATEL and how the regulators are captured by regulated entities. The justification of the research is the relevance of the topic and the need of the law's operators to understand the regulatory dynamics of the Regulatory Agencies.

Keywords: ANATEL; Interests groups; Regulation.

1 Introdução

O Estado moderno surge como uma exigência diante do aumento da complexidade das relações interpessoais entre os súditos e entre esses e o soberano. Esse detinha poderes praticamente ilimitados sobre a população que vivia em seu território, porém, com o advento da Idade Moderna, essa configuração foi substituída paulatinamente, não se confundindo mais a figura do monarca com a do Estado, pois uma nova classe social

¹ (Pesquisador do Grupo de Pesquisa Realismo Jurídico da UFPB, Advogado e Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba.

² Professora com dedicação exclusiva da Universidade Federal da Paraíba – Adjunto IV - e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

ganhava influência econômica e política e passou a exigir maior participação na estrutura governamental.

A regulação das atividades sociais, econômicas, ou seja, das atividades humanas pelo Estado é um fenômeno antigo, já presente nas sociedades da Antiguidade, a exemplo das cidades-estados gregas. Porém, foi com o aumento da complexidade das relações interpessoais, tanto entre os cidadãos e entre esses e o ente estatal, que se formatou o denominado Estado moderno. Estado dotado de uma burocracia especializada na gestão dos negócios estatais e públicos, com a regulação não apenas das atividades dos seus súditos, mas também com limitação da atuação do próprio Estado.

No presente texto é proposto o seguinte problema de pesquisa: por que a ANATEL, não obstante ter sido instituída como autarquia especial, com independência frente aos outros entes estatais, não consegue expedir normas regulatórias visando ao bem coletivo? Ou seja, a Agência Reguladora decide o conteúdo da regulação de forma independente apenas com base em critérios técnicos?

Para responder ao problema de pesquisa proposto, verificar-se-á a validade da hipótese apresentada: apesar das agências reguladoras terem sido inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, no atual formato, quando da reforma do Estado ocorrida na década de 1990, com a estruturação de tais autarquias especiais com direção (colegiado) composta de técnicos na área de atuação da agência, que, em tese, estariam menos sujeitos às influências políticas do que os membros do Legislativo e do Executivo, a regulação é tendenciosa a atender às demandas do grupo de interesse que detém maior poder político e/ou econômico, pois essa estrutura não é capaz de evitar a captura regulatória.

Para sustentar a mencionada hipótese, o marco teórico será a combinação da teoria do Estado-Fato de Léon Duguit com a teoria econômica de George J. Stigler.

Justifica-se a presente pesquisa pela atualidade no estudo dos mecanismos de decisão política inseridos na estrutura estatal, mormente em sociedades modernas democráticas, nas quais diversos grupos de interesse lutam por espaço e por influência junto às autoridades estatais com competência para expedir normas jurídicas reguladoras. Essa dinâmica de atuação dos grupos de interesse, em especial dentro das Agências Reguladoras, ainda é pouco estudada pelos pesquisadores do direito no Brasil, desafiando uma análise mais detalhada e sistematizada sobre o tema. A regulação através das Agências Reguladoras, por ser um fenômeno difundido pela globalização do Direito Administrativo e do Direito Econômico, interessa a sua análise aos pesquisadores de diversas nações, quer nas Américas, quer na Europa, para uma melhor compreensão da fenomenologia da regulação do mercado através dessas autarquias especiais criadas com competência normativa para regular a atuação dos entes econômicos, mormente para uma compreensão mais precisa do processo regulatório.

Em relação aos objetivos desta pesquisa, serão divididos, de forma metodológica, em duas classes: a) objetivo geral; e b) objetivos específicos. O objetivo geral reside em se analisar se a Agência Reguladora está preparada para não ser capturada pelos interesses dos entes regulados. Os objetivos específicos constituem os seguintes: analisar os documentos expedidos pela referida agência reguladora que versa sobre a *internet* fixa; verificar a legislação aplicável ao tema; analisar o caso sob a perspectiva dos marcos teóricos propostos neste estudo.

A metodologia utilizada no presente artigo será a dissertativa-descritiva, com a análise das teorias acima mencionadas, comparando-as com algumas modificações normativas no âmbito de competência regulatória de um dos entes estatais denominados de Agências Reguladoras Independentes, qual seja, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

2 Desenvolvimento e Apresentação de Resultados

2.1 Delimitação dos conceitos de Estado Nação, de governo, de grupos de interesse e de *lobby*

Para a análise a ser realizada neste artigo, é importante apontar o conceito de Estado a ser adotado, recortando-o dentre os diversos conceitos existentes na literatura brasileira. O intuito deste trabalho é analisar a dinâmica regulatória da ANATEL, a partir do adotado. Desta forma, o conceito de Estado adotado é o seguinte: o Estado é a reunião dos três elementos constitutivos clássicos, isto é, de um povo, fixado em determinado território, no qual há os que governam e os que são governados, com a dominação dos mais fracos pelos mais fortes (DUGUIT, 1918, p. 14-15).

Eis, pois, o conceito de Estado adotado no presente trabalho. Conceito esse a partir do qual será analisado o problema de pesquisa e verificada a validade da hipótese proposta.

O Estado não se confunde com o governo. O primeiro é a reunião dos três elementos clássicos da Teoria do Estado. O governo é, portanto, distinto do Estado. Enquanto o Estado é a estrutura que forma a pessoa denominada Estado, com legitimidade de atuação tanto interna, em seu próprio território, quanto externa, frente a outros Estados e órgãos não estatais internacionais, o governo é o elemento volitivo do Estado, que empresta ao Estado as políticas de atuação que serão adotadas por este. Em sociedades democráticas, há a possibilidade de renovação do governo através de eleições periódicas. O Estado, em relação aos seus elementos caracterizadores, permanece o mesmo, independente das pessoas que compõem o governo.

Essa distinção e delimitação dos conceitos de Estado e de governo é de suma importância para a análise proposta neste artigo, em especial para a análise do uso do Estado pelos grupos de interesse na regulação econômica setorial.

Em relação aos grupos de interesse, ainda pouco estudados de forma sistemática no Brasil no campo do direito, utilizar-se-á a seguinte definição: reunião de pessoas físicas e/ou jurídicas com interesses comuns, que utilizam o instrumento do *lobby* para a consecução dos seus objetivos.

Esses grupos de interesses agem de forma organizada, geralmente através do profissional conhecido como lobista, para, através do processo de *lobbying*, convencer os agentes estatais a adotar determinado parâmetro nas regulações estatais.

Importante, dentre os conceitos trabalhados neste trabalho, o de *lobbying*. Na definição de Loddi (1986, p.3), é:

[...] a ação de influenciar sobre o tomador de decisão na esfera do poder público. A atuação persuasora sobre o poder político. O esforço para influenciar, a tentativa de, a ação para. Por extensão, pode-se chamar de *lobby* também o grupo de pessoas que exerce essa influência, ou o mecanismo de pressão ou de representação junto ao poder público.

Eis, pois, o conceito de *lobby* adotado no presente artigo, qual seja, a forma de organização legítima de grupos de interesse, que atuam de forma organizada e profissional, junto ao regulador, para tentar influenciar o regulador a expedir normas que favoreçam ou garantam os seus interesses, dentro do jogo de forças existentes nas sociedades democráticas.

2.2 A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e o caso a ser estudado

No mês de abril de 2016, a ANATEL divulgou norma expedida pela autarquia que autorizava as empresas prestadoras do serviço de acesso à *internet* a limitar o acesso dos seus clientes quando eles ultrapassem a franquia mensal. De acordo com a ANATEL, a era da *internet* ilimitada havia chegado ao fim (FOLHA, 2016), informando que todos os usuários seriam atingidos pela medida, independente de ter contrato antigo ou novo.

Interessante frisar que a modalidade de contrato de prestação de serviços de banda larga ilimitada era o apelo publicitário das empresas reguladas para atrair clientela no Brasil,

afirmando que além da boa qualidade dos serviços, os clientes poderiam navegar na internet sem limitação, aproveitando ao máximo os recursos disponíveis na rede mundial de computadores. Diante dessa não limitação do volume de dados mensais, serviços proliferaram-se, a exemplo de serviços de *streaming* de vídeos e músicas, jogos de vídeo game em rede entre jogadores de qualquer ponto do globo terrestre, serviços de ensino à distância, entre vários outros serviços e produtos que a inventividade humana possa criar.

Com a mudança repentina do formato de internet fixa de banda larga, vários modelos de negócios se viram ameaçados, pois os seus custos operacionais sofrerão um acréscimo com o impacto negativo da limitação do volume de tráfego de dados através da banda larga.

Os usuários e consumidores reagiram de forma enérgica e imediata ao anúncio do presidente da autarquia especial aludida e a ANATEL reformulou o seu discurso, informando, através do despacho do Superintendente de Relações com Consumidores n.º 1/2016/SEI/SRC, que determinava à empresas relacionadas no documento, de forma cautelar e precária, que se abstivessem de “[...]adotar, no âmbito das ofertas comerciais do Serviço de Comunicação Multimídia - SCM (banda larga fixa), práticas de redução de velocidade, suspensão de serviço ou de cobrança de tráfego excedente após o esgotamento da franquia, ainda que tais ações encontrem previsão em contrato de adesão ou em plano de serviço[...]” (ANATEL, 2016, p. 79-80). Tal cautelar fixava o seguinte no art. 1º, parágrafo único: “Parágrafo único. As práticas referidas no caput somente poderão ser adotadas após 90 (noventa) dias da publicação de ato da Superintendência que reconheça o cumprimento das condições fixadas no presente artigo” (ANATEL, 2016, p. 80).

Esse é o caso paradigma para a verificação do marco teórico proposto no sentido de confirmar, ou não, a hipótese apresentada no início deste artigo.

2.3 Da Importância do Acesso à Internet pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a importância do acesso à internet pelas pessoas e empresas. O Brasil e o mundo encontram-se na denominada quarta revolução econômica, com o surgimento de diversos produtos e serviços relacionados ao mundo digital, e esse mundo digital transita através da rede mundial de computadores. Não ter acesso pleno e efetivo à internet significa estar à margem da atual economia, impedindo, por conseguinte, pessoas, empresas e nações de competir no mercado internacional.

Diante da importância da *internet* para os cidadãos, para as empresas e para o desenvolvimento do país, foi publicada a Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil. O art. 4º da referida lei prevê, no inciso I, a promoção do direito de acesso à rede a todos; no inciso II estabelece a promoção do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; no inciso III trata da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e de acesso; e, finalmente, no inciso IV, a adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, acessibilidade e interoperabilidade entre aplicações e base de dados.

Mais adiante, no art. 7º, *caput*, da Lei n.º 12.965/2014, há o reconhecimento expresso da importância do acesso à internet para o exercício da cidadania. Interessante a transcrição do art. 7º, *caput*, e alguns incisos mais relevantes ao objeto do presente texto. Eis o texto normativo:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet (BRASIL, 2014).

A Agência Nacional de Telecomunicações editou e publicou a Resolução nº 632/2014, que contém o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações - RGC, especificando no art. 1º, *caput*, que o objetivo do regulamento é estabelecer regras sobre o atendimento, cobrança e oferta de serviços relativos ao Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, ao Serviço Móvel Pessoal – SMP, ao **Serviço de Comunicação Multimídia – SCM** e aos Serviços de Televisão por Assinatura.

No art. 2º, inciso I, apresenta a definição de consumidor, que será assim considerado: “Consumidor: pessoa natural ou jurídica que utiliza serviço de telecomunicações de interesse coletivo, independentemente de contrato de prestação de serviço ou inscrição junto à Prestadora, na forma do disposto no art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990” (ANATEL, 2014).

Conforme expressa previsão no Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações, consumidor é a pessoa natural e a jurídica, remetendo para o conceito contido no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990).

Ainda no RGC, no art. 22, inciso VIII, há previsão expressa de que o consumidor, no espaço reservado ao atendimento, deve ter, no mínimo, dentre outras informações, o acesso a recurso que lhe possibilite o acompanhamento adequado do uso do serviço contratado, durante o uso do mesmo. Tal dispositivo foi mencionado no despacho nº 1/2016/SEI/SRC da ANATEL (2016, p. 79-89), que suspendeu a possibilidade de cobrança de adicional de uso, ou de suspensão ou diminuição da velocidade da banda larga quando o consumidor ultrapassasse a franquia contratada, até que as companhias fornecedoras disponibilizassem tal meio aos seus usuários. Algum tempo depois, ainda em razão da repercussão dos consumidores nas redes sociais, a agência suspendeu a possibilidade de limitação da internet fixa por prazo indeterminado.

Mesmo reconhecendo a importância do acesso amplo à internet pelos consumidores pessoa natural ou jurídica, o ordenamento jurídico brasileiro permite às empresas fornecedoras do serviço SCM fixar franquias mensais de consumo, limitando, desta forma, o volume de uso de tráfego, permitindo, ainda, em caso de ultrapassagem no uso da franquia mensal, múltiplas opções à operadora: cobrança de adicional, diminuição da velocidade de tráfego ou a suspensão do uso durante o período de tempo restante da franquia consumida.

Não obstante essa possibilidade de limitação estar prevista na Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013, a temática só veio ao conhecimento público efetivo brasileiro em abril de 2016, quando o então presidente da autarquia especial manifestou-se a respeito para o grande público, causando, além de uma enorme surpresa, um sentimento de indignação do consumidor, em especial da pessoa física. Esse é um fato importante a demonstrar, pois não há a efetiva participação dos consumidores nas etapas de formulação da política regulatória da ANATEL, mesmo quando há entidades que se apresentam como defensoras dos interesses coletivos dos consumidores. O grande público não tem conhecimento das publicações das audiências públicas ou dos prazos de recebimento de propostas que são realizadas no Diário Oficial. Essas chamadas deveriam ser realizadas também em diversos meios de comunicação, entre eles canais abertos de televisão, jornais de grande circulação, revistas, bem como em outros canais midiáticos de massa.

Na proposta do RGC que foi submetida à Consulta Pública nº 45, de 8 de agosto de 2011, no art. 82, inciso III e § 1º, incisos I e II, do anexo I, tinha a seguinte redação:

Art. 82. O Plano de Serviço deve conter, no mínimo, as seguintes características:

I – velocidade máxima e mínima disponível no endereço contratado, para os fluxos de comunicação originado e terminado no terminal do

Assinante, respeitados os critérios estabelecidos em regulamentação específica;

II - valor da mensalidade e critérios de cobrança; e

III – franquia de consumo, quando aplicável.

§ 1º O Plano de Serviço que contemplar franquia de consumo deve assegurar ao Assinante, após o consumo integral da franquia contratada, a continuidade da prestação do serviço, mediante:

I – pagamento adicional pelo consumo excedente, mantidas as demais condições de prestação do serviço; ou

II – redução da velocidade contratada, sem cobrança adicional pelo consumo excedente.

§ 2º Na hipótese do inciso II do § 1º deste artigo, deve ser assegurada velocidade não inferior a cinquenta por cento da inicialmente contratada, para os fluxos de comunicação originado e terminado no terminal do Assinante.

§ 3º A Prestadora que ofertar Plano de Serviço com franquia de consumo deve tornar disponível ao Assinante sistema para verificação, gratuita em tempo real, do consumo incorrido (ANATEL, 2011).

Após o período da consulta pública, a redação original restou inalterada no que concerne ao espírito do regulador, que foi permitir a venda de serviços com franquia de consumo e a possibilidade de limitação do acesso do usuário quando ultrapasse tal franquia oferecendo ao usuário o seguinte: a) ou o pagamento de adicional pelo consumo excedente, com a manutenção das demais condições da prestação do serviço; ou, b) a redução da velocidade pactuada, porém sem a cobrança do adicional.

Assegurava, ainda, o texto apresentado para a Consulta Pública nº45/2011, que a redução da velocidade da banda, quando fosse ultrapassada a franquia, não deveria ser inferior a 50% (cinquenta por cento) da contratada.

Após o encerramento do período da Consulta Pública 45/2011, foi expedida a Resolução nº 614/2013, com o seguinte texto aprovado pelo órgão regulador:

Art. 63. O Plano de Serviço deve conter, no mínimo, as seguintes características:

I - velocidade máxima, tanto de download quanto de upload, disponível no endereço contratado, para os fluxos de comunicação originado e terminado no terminal do Assinante, respeitados os critérios estabelecidos em regulamentação específica;

II - valor da mensalidade e critérios de cobrança; e,

III - franquia de consumo, quando aplicável.

§ 1º O Plano de Serviço que contemplar franquia de consumo deve assegurar ao Assinante, após o consumo integral da franquia contratada, a continuidade da prestação do serviço, mediante:

I - pagamento adicional pelo consumo excedente, mantidas as demais condições de prestação do serviço; ou,

II - redução da velocidade contratada, sem cobrança adicional pelo consumo excedente.

~~§ 2º A Prestadora que ofertar Plano de Serviço com franquia de consumo deve tornar disponível ao Assinante sistema para verificação, gratuita e em tempo real, do consumo incorrido. (Revogado pela Resolução nº 632, de 7 de março de 2014)~~

§ 3º As prestadoras de SCM devem, em seus Planos de Serviços e em todos os demais documentos relacionados às ofertas, informar a(s) velocidade(s) máxima(s), tanto de download quanto de upload, de

maneira clara, adequada e de fácil visualização, bem como as demais condições de uso, como franquias, eventuais reduções desta(s) velocidade(s) e valores a serem cobrados pelo tráfego excedente (ANATEL, 2013).

Eis acima o texto final publicado da Resolução nº 314/2013, versando sobre a matéria contida no art. 82 da Consulta Pública nº 45/2011. *Constata-se que houve modificação no texto de forma desfavorável ao consumidor.* Na aludida consulta pública, quando o plano tivesse franquia, a redução da velocidade não poderia ser superior a 50% (cinquenta por cento); o texto final da Resolução nº 314/2013, no art. 63, silencia a respeito. Manteve a possibilidade de redução na velocidade, mantendo a alternativa de redução da velocidade contratada ou a manutenção da velocidade contratada mediante pagamento de adicional. Ademais, interessante notar que o §2º, do art. 63, previa inicialmente, o direito do usuário/consumidor de ter acesso a mecanismo de verificação, em tempo real, do consumo. Previsão essa revogada pela Resolução 632/2014, prejudicando o direito do consumidor de acesso à informação clara e precisa sobre o serviço que está consumindo, infringindo, portanto, tal revogação, o art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (BRASIL, 1990).

Constata-se, pela comparação do texto da Consulta Pública nº 45/2011 e o texto final da Resolução nº 614/2013, *indícios fortes de captura regulatória em favor das empresas reguladas, que conseguiram, com a sua atuação junto à agência, através do lobby, dentro da arena de debate e discussões legais, influenciar o regulador a elaborar regulação que garantisse seus interesses.* Tal conclusão vai no sentido da crítica ao processo como antidemocrático, nas palavras de Stigler: "The democratic decision process must involve "all" the community, not simply those who are directly concerned with a decision" (STIGLER, 2016, p. 9).

Em março de 2016, o número oficial de acessos ao SCM (ANATEL, 2016) estava na casa dos 25,8 milhões, porém, não obstante o elevado número de acessos, que cresceu exponencialmente nos últimos anos, a efetiva participação desse grupo relevante, os usuários/consumidores, é pequena e pouco eficiente, não participando efetivamente das etapas da formulação da política regulatória do setor de telecomunicações. Esse fato não é de difícil explicação, pois o custo da participação nas audiências e nas consultas públicas realizadas pela ANATEL para o consumidor comum é elevado e difícil, pois exige, além de disponibilidade de tempo para se dedicar ao estudo da matéria, demanda recursos materiais e de conhecimento técnico sobre a matéria a ser regulada.

2.4 Forma de Participação dos Diversos Atores da Sociedade no Processo de Elaboração da Regulação Setorial no Brasil

As leis que instituíram as Agências Reguladoras no Brasil previram diversas formas de participação dos grupos de interesse no mecanismo de discussão das políticas regulatórias, a saber: ouvidoria, audiências públicas, consultas públicas, conselho consultivo, câmaras técnicas, câmaras setoriais, entre outras.

As audiências e as consultas públicas são os mecanismos típicos de controle nos quais os diversos grupos de interesse podem participar, independente do grau de conhecimento técnico de cada grupo acerca da matéria a ser regulada. A previsão legal da possibilidade de participação dos diversos grupos de interesse na discussão da política regulatória no seio da Agência Reguladora não garante, por si só, a efetiva participação dos diversos interessados na regulação, em especial aquele grupo ou grupos que representam os consumidores. De acordo com Luz Neto (2016, p. 100):

O desenho institucional das agências reguladoras é importante na determinação de quem pode participar com chances de influenciar nos resultados da discussão, do debate realizado no âmbito das agências reguladoras, ou seja, quem, dentro das regras do jogo, tem chance de influenciar na regulação realizada pelas Agências Reguladoras.

Assim, o desenho institucional das agências reguladoras prevê os mecanismos de participação das pessoas interessadas na política regulatória, delimitando as pessoas que podem participar da discussão da regulação, a forma de participação, entre outros pontos intrínsecos ao processo de deliberação e elaboração da norma reguladora. Para Archon Fung (2006, p. 66), os mecanismos de participação das pessoas ou entes interessados na regulação apresentam três dimensões: seleção dos participantes (quem participa), como os participantes se comunicam entre si e tomam decisões conjuntas e como as discussões impactam a política ou a ação pública (extensão do impacto sobre o resultado). A depender da formatação das três dimensões acima informadas, haverá influência direta na possibilidade de influência de cada grupo de interesse na formulação das políticas regulatórias.

Há os formatos mais democráticos, mais amplos, nos quais todo e qualquer cidadão pode participar das audiências e consultas públicas, bem como os mais restritos, nos quais há a exigência do preenchimento de determinadas qualificações do pretense participante, tal como demonstração de expertise sobre o tema, experiência profissional na área, entre outros requisitos que podem ser previstos em lei. Mesmo considerando o formato mais democrático, no qual, em tese, toda e qualquer pessoa possa participar das audiências públicas, os fatos demonstram que isso não é bastante para a participação efetiva dos consumidores na discussão do marco regulatório.

Antes da reforma do Estado brasileiro ocorrida na década de 1990, em especial ao longo do governo do ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, a regulação setorial era realizada dentro dos Ministérios, órgão subordinado hierarquicamente à Presidência da República. Dizia-se na época da reforma administrativa que essa subordinação direta à Presidência era um empecilho intransponível para a realização de uma regulação eminentemente técnica, pois os ministros de estado não possuem estabilidade no cargo e, por conseguinte, podem ser exonerados a qualquer momento, o que impossibilitaria a discussão e adoção de uma política regulatória técnica, visando o bem coletivo. Diante disso, a proposta para a superação daquele modelo considerado inapropriado para a adoção de uma efetiva regulação econômica setorial seria a substituição por um modelo mais moderno, mais eficiente para dar respostas mais rápidas e melhores às exigências do mundo globalizado, e o formato proposto foi o das Agências Reguladoras, nos moldes das agências norte-americanas.

Assim, a arena de debate das normas reguladoras saiu do Poder Executivo e do Poder Legislativo, sendo transferida para os colegiados das agências reguladoras independentes. Antes, a arena de discussão envolvia os tomadores de decisão dentro do Poder Executivo e do Poder Legislativo, envolvendo um grande número de pessoas, o que dificulta sobremaneira a prática do *lobby*, com incremento dos custos de transação. Com a transferência da competência regulatória para as Agências Reguladoras, o número de *decision-makers* foi muito reduzido, o que facilita a atuação dos grupos de interesse mais organizados, com estrutura voltada para a prática profissional do *lobby*.

2.5 A Teoria Econômica da Regulação de George J. Stigler e a Teoria do Estado-fato de Léon Duguit como Marcos Teóricos para a Explicação da Dinâmica das Forças dos Grupos de Interesse nas Agências Reguladoras

Neste artigo científico, o intuito é o de responder ao problema de pesquisa proposto, qual seja, por que a ANATEL, não obstante ter sido instituída como autarquia especial, com independência frente aos outros entes estatais, não consegue expedir normas regulatórias

visando ao bem coletivo? Ou seja, a Agência Reguladora decide o conteúdo da regulação de forma independente apenas com base em critérios técnicos?

Apesar das agências reguladoras terem sido apresentadas como a panaceia para todos os males da regulação ineficiente e capturada realizada pelos Poderes Legislativo e Executivo, que não garantia uma regulação eficiente e eficaz na promoção de oferta de serviços públicos de qualidade e a preços mais baixos aos usuários, a realidade demonstrou que tais agências não são capazes de garantir o bem comum, em encontrar o equilíbrio entre os interesses dos regulados e os da sociedade.

Consoante a *teoria econômica da regulação*, ou *teoria econômica da captura*, desenvolvida pelo norte-americano George J. Stigler, analisando dados do setor de transporte ferroviário nos Estados Unidos da América, constatou-se que a regulação estatal não atendia ao interesse público, apesar da agência estudada ter sido criada para tanto. Ao contrário, de acordo com a análise dos dados, Stigler chegou à conclusão de que as agências reguladoras foram criadas para atender às demandas do setor regulado (STIGLER, 2016, p. 12). A regulação estatal através das agências reguladoras na verdade conferia segurança aos entes econômicos regulados, pois, esses entes, através da sua influência política e/ou econômica, utilizam-se do Estado, único detentor legítimo da força, para a expedição de normas cogentes com vigência em todo o território nacional. Assim, para Stigler (2004, p. 27), “[...] toda a indústria ou toda ocupação que tem poder político suficiente para utilizar o Estado procurará controlar o acesso à entrada”. Nesse ponto, o economista estava se referindo às barreiras criadas pela regulação oriunda da agência para a entrada de novos concorrentes no mercado no qual as empresas reguladas já atuavam, conferindo, desta forma, segurança em relação ao número de competidores, pois dificuldades foram criadas para o ingresso de novos concorrentes, o que iria alterar o equilíbrio de forças equalizado pela regulação, sendo, portanto, a regulação, uma garantia contra nova concorrência no mercado.

Como sintetizado por Luz Neto (2016, p. 61),

A teoria econômica da regulação, desenvolvida por George Stigler, sustenta que a regulação realizada pelas Agências Reguladoras é uma demanda da indústria regulada, já nascendo, em regra, capturada pelo setor regulado, que, através da regulação, garante os seus interesses contra concorrentes, assegurando o seu local no mercado e o retorno dos seus investimentos.

De acordo com a teoria supramencionada, as empresas reguladas demandam a regulação, pois ela costuma ser benéfica para o setor. Porém, essa teoria, por si só, não explica como ocorre a dinâmica do poder de influência dos grupos de pressão na arena denominada de Agência Reguladora. Para tanto, Léon Duguit (2004, p. 47-48) construiu a teoria de que, independente do tipo de Estado, seja ele primitivo ou desenvolvido, o fato comum na dinâmica das forças de poder é idêntico, isto é, o grupo composto por indivíduos mais fortes impõe a sua vontade aos demais, com menor força ou nenhuma força de influência no Estado.

Assim, o poder político é a manifestação e imposição da vontade do grupo de interesse mais forte sobre o mais fraco, inclusive com a imposição de sanções a este último, em caso de oposição ou descumprimento da norma.

Desde o advento do Direito, mormente no Estado moderno, a força do grupo de interesse por si mesma não é revestida de legitimidade, pois só o Estado detém a titularidade e a legitimidade do uso da força, da violência, contra os seus súditos. Diante disso, a vontade dos denominados grupos mais fortes, de acordo com a terminologia empregada por Duguit, deve ser inserida na norma jurídica, com o uso do direito para expedir normas através do Estado. No caso do presente estudo, a arena na qual se realiza esse fenômeno é a Agência Nacional de Telecomunicações. Frise-se que tal dinâmica não é privilégio da ANATEL, havendo indícios nas demais agências, pois é comum e natural em uma sociedade democrática, a movimentação de grupos de interesse junto aos órgãos

reguladores, através do fenômeno do *lobby*. O *lobby* é a exteriorização da organização dos grupos de interesse em busca da regulação que melhor atenda aos seus interesses. Por si só, o *lobby* não deve ser classificado como algo espúrio, pois, conforme todo instrumento de atuação política, vai depender do uso que se faz dele, não devendo, ainda, ser confundido com atos criminosos, apesar do senso comum no Brasil afirmar o contrário.

Para compatibilizar a sua teoria com a noção clássica de que o Estado detém personalidade jurídica, e, por isso mesmo, agiria em nome próprio, Duguit (2004, p. 60-61) cria a noção de Estado-fato, em contraposição à ideia de Estado-pessoa, e assim leciona:

[...] o Estado não deve conceber-se como uma coletividade personificada, investida num poder soberano que ordena; mas é fato que numa coletividade determinada há uma diferenciação tal que o grupo dos mais fortes formula o direito, sanciona e fiscaliza os serviços públicos. [...] Estado; [...] essa palavra designa não aquela pretensa pessoa, coletiva e soberana que é um simples fantasma, mas os homens reais que de fato possuem a força.

Pela teoria de Duguit sobre Estado, este não é a coletividade personificada, dotada de um poder soberano que ordena, mas uma ficção jurídica, isto é, é uma coletividade determinada pelo grupo dos mais fortes que formula o direito, que sanciona e fiscaliza os serviços públicos, com os homens reais que detém a força política, mas no geral política e econômica concomitantemente, utilizando do Estado para expedir as normas cogentes em defesa dos seus interesses.

Pelo exposto acima pelas duas teorias, a da teoria econômica da regulação de Stigler, em conjunto com a teoria do Estado-fato de Duguit, nas Agências Reguladoras há o embate entre os diversos grupos interessados, que são, em síntese e em um modelo básico do processo, os que representam as empresas reguladas e os dos consumidores. Isso não quer dizer que não possa haver outros grupos de interesses, pois, conforme também explicado por Stigler, a regulação comporta *outsiders* fortes, que podem influenciar também a regulação, a exemplo de políticos profissionais, ou partidos políticos, que buscam influenciar o agente regulador no sentido de implementar pontos na regulação que possam atender à sua base eleitoral, mesmo que em áreas comercialmente irrelevantes ou de baixa densidade populacional.

Assim, os grupos de interesse que buscam determinar o conteúdo da regulação, têm, nas agências reguladoras, a arena na qual irão atuar através do processo de *lobbying* no intuito de incorporar, na regulação, medidas que protejam os seus respectivos interesses. E, pela conjugação das duas teorias acima expostas, a tendência das Agências Reguladoras é incorporar as sugestões de regulação apresentadas pelos grupos econômicos, ou seja, pelas empresas ou corporações reguladas, já que, além das agências terem sido criadas para proteger os interesses dos agentes regulados, esses possuem maior capacidade de organização para participar das audiências públicas realizadas durante o processo de elaboração da norma reguladora, possuindo o necessário poder político para ditar o conteúdo regulatório.

Conclusão

Analisando os dados colhidos nos sítios eletrônicos da Agência Nacional de Telecomunicações, de alguns jornais eletrônicos, da legislação aplicável à espécie, bem como do despacho n° 1/2016/SEI/SRC e das resoluções da agência, constata-se que o ordenamento jurídico, ao regular o serviço de SCM, conhecido popularmente como internet fixa banda larga, reconhece a importância de tal serviço para os consumidores e para o desenvolvimento da nação. Porém, tal reconhecimento não significa a necessária tomada de posição da ANATEL em favor dos consumidores e do dito desenvolvimento nacional.

Diante disso, a proposta deste trabalho é a de responder ao seguinte problema de pesquisa: por que a ANATEL, não obstante ter sido instituída como autarquia especial, com

independência frente aos outros entes estatais, não consegue expedir normas regulatórias visando ao bem coletivo? Ou seja, a Agência Reguladora decide o conteúdo da regulação de forma independente apenas com base em critérios técnicos?

A hipótese inicialmente formulada, é a seguinte: apesar das agências reguladoras terem sido inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, no atual formato, quando da reforma do Estado ocorrida na década de 1990, com a estruturação de tais autarquias especiais com direção (órgão colegiado) composta de técnicos na área de atuação da agência, que, em tese, estariam menos sujeitos às influências políticas do que os membros do Legislativo e do Executivo, a regulação é capturada para atender às demandas do grupo de interesse que detém maior poder político e/ou econômico.

Os principais grupos que estariam legitimados a atuar junto à ANATEL no processo de formulação da política regulatória setorial são os que representam as empresas reguladas e os que representam os consumidores. Conforme visto acima, há uma maior participação mais eficaz do grupo das empresas reguladas, que, de forma legítima, defendem os seus interesses junto ao regulador. O grupo representado pelos consumidores também participa, porém com menor efetividade e em menor número, com menos propostas apresentadas. Constatou-se, ainda, que do total das propostas apresentadas pelos grupos ao longo dos últimos anos, houve uma aceitação maior das propostas advindas do grupo das empresas reguladas do que as oriundas do grupo dos consumidores. Isso demonstra que o grupo com maior poder político e/ou econômico, de acordo com os marcos teóricos adotados neste trabalho, conseguem determinar o conteúdo da regulação, sendo, na verdade, a agência reguladora uma arena mais propensa a aceitar as propostas do grupo com maior poder político e/ou econômico de influência, independente da questão técnica envolvida, verificando-se, por conseguinte, a validade da hipótese apresentada.

Para corroborar a tese exposta na hipótese, quando a notícia da limitação dos serviços de SCM foi amplamente divulgada na mídia brasileira em abril de 2016, com desencadeamento de reação forte dos consumidores do serviço, a ANATEL, através do despacho nº 1/2016/SEI/SRC, suspendeu a possibilidade de limitação do mencionado serviço, comprovando que a pressão advinda do grupo dos consumidores foi capaz de alterar, em tese, a postura da agência sobre a matéria, matéria essa já acatada pela agência reguladora diante dos pleitos das empresas prestadoras do serviço de SCM. A pressão do grupo, se bem canalizada e organizada através de movimento de *lobby* junto à ANATEL, pode alterar a regulação, se não totalmente, pelo menos em parte, corroborando, desta forma, mais uma vez, a hipótese do presente trabalho.

Mister, em matérias de relevância para os cidadãos e empresas (clientes dos serviços prestados pelas companhias reguladas) com atuação no território nacional, que o mecanismo de participação dos grupos de interesse seja reavaliado para permitir uma participação mais efetiva e mais eficaz na formulação da política regulatória, pois o caso da limitação dos serviços de SCM demonstrou que o modelo atual não permite a participação efetiva, eficaz e representativa de todos os grupos, sugerindo privilegiar, tal modelo, as empresas reguladas, em detrimento do interesse dos demais grupos.

Os consumidores, em especial as pessoas físicas, não têm conhecimento das publicações oficiais da autarquia mencionada, que costumam, de fato, ocorrer somente no Diário Oficial e no sítio eletrônico da ANATEL, veículos que não são de leitura diária de grande parte da população brasileira. A norma jurídica deve visar maior efetividade no mundo dos fatos e não se contentar com a ficção jurídica da publicação apenas em veículos oficiais. Assim, deveria haver a obrigação legal de uma divulgação ampla, efetiva e recorrente em meios de comunicação de massa, pois, desta forma, teria potencial efetivo e concreto de alcançar o maior número de pessoas que sofrerão os efeitos da futura regulação setorial.

Além disso, se a real intenção da ANATEL for de regular os serviços de telecomunicações de maneira a atender ao interesse público, ao bem comum, deve, a partir do caso analisado neste artigo, que obteve grande repercussão nacional, reformular os

mecanismos de participação dos diversos grupos de interesse, para que, de forma democrática e transparente, todos possam ser ouvidos e que, dentro de um critério objetivo que possa vir a ser criado, diminuindo, desta forma o subjetivismo nas decisões da autarquia, com o objetivo de propiciar a feitura de uma regulação com maior probabilidade de atender aos propósitos de sua criação, isto é, a fiscalização e regulação dos serviços de telecomunicações em prol do bem comum e do desenvolvimento nacional.

Referências Bibliográficas

- ANATEL. **Consulta Pública nº 45.** Disponível em: <<<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1514&Tipo=1&Opcao=>>>. Acesso em 10/11/2016.
- _____. **Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013.** Disponível em: <<<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/465-resolucao-614>>>. Acesso em: 11/11/2016.
- _____. **Despacho nº 1/2016/SEI/SRC.** Disponível em: <<<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=18/04/2016&jornal=1&pagina=80&totalArquivos=144>>>. Acesso em 11/11/2016.
- _____. **Resolução nº 632, de 7 de março de 2014.** Disponível em: <<<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632>>>. Acesso em: 11/11/2016.
- _____. **Março de 2016 fecha com 25,8 milhões de acessos.** Disponível em: <<<http://www.anatel.gov.br/institucional/index.php/component/content/article?id=1134>>>. Acesso em 13/11/2016.
- _____. **Superintendência de Relações com Consumidores. Despacho do Superintendente nº 1/2016/SEI/SRC.** Disponível em: <<<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=18/04/2016&jornal=1&pagina=79&totalArquivos=144>>>. Acesso em: 11/11/2016.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>>. Acesso em: 11/11/2016.
- _____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>>. Acesso em: 2/12/2016.
- DUGUIT, Léon. **Théorie générale de L'État. Le Droit et l'État – Les Libertés publiques.** 3ªed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie Éditeurs, 1918.
- _____. **Fundamentos do Direito.** Florianópolis : Letras Contemporâneas, 2004.
- FOLHA. **Era da banda larga fixa ilimitada acabou, diz presidente da Anatel.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/04/1762387-era-da-banda-larga-fixa-ilimitada-acabou-diz-presidente-da-anatel.shtml>>. Acesso em: 11/11/2016.
- FUNG, Archon. **Varieties of Participation in Complex Governance.** Disponível em: <<<http://www.archonfung.net/papers/FungVarietiesPAR.pdf>>>. Acesso em: 15 out. 2015.
- LODDI, João Bosco. **Lobby, os grupos de pressão.** São Paulo: Pioneira, 1986.
- LUZ NETO, Luiz Guedes da. **Agências reguladoras: Uma promessa não realizada contra o risco da captura.** Dissertação de Mestrado (PPGCJ/UFPB). João Pessoa, 2016.
- STIGLER, George J. **The theory of economic regulation.** Disponível em <<http://down.cenet.org.cn/upfile/39/2005129104757181.pdf>> Acesso em 15/12/2016.
- _____. A teoria da regulação econômica. *In*: MATTOS, Paulo. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano.** São Paulo: Ed. 34, 2004.