



Ref.: Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação apoiada em Incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações **Meta:** 14

Relatório Final Compreensivo

REDAÇÃO:

Prof. Marcio Iorio Aranha
Prof. Murilo César Ramos
Prof^a. Ana Frazão
Prof^a. Laura Schertel Ferreira Mendes
Prof. Paulo Cesar Coutinho
Prof. André Luís Rossi de Oliveira
Prof. Vander Mendes Lucas
PhD(C) Angelo Gamba Prata de Carvalho
PhD(C) Mara Karina Silva
PhD(C) Tiago Sousa Pereira
M.Sc.(C) Gabriel Campos Soares da Fonseca

EQUIPE DE REVISÃO E ACOMPANHAMENTO:

Alexandre Kehrig Veronese, Ana Frazão Vieira de Mello, André Luís Rossi de Oliveira, Angelo Gamba Prata de Carvalho, Antônio Ribeiro dos Santos, Arnóbio Cavalcanti, Athos Vinicius Cavalcante Carvalho, Beatriz Melo Franco Nery, Eliomar Araújo de Lima, Fernando M Couto de Lima, Gabriel Campos Soares da Fonseca, Gabriel Pimenta de Freitas Cardoso, Gustavo Viana Penido, Hermano Dumont Veronese, Humberto Abdalla Junior, João Gabriel Álvares, Jorge Octávio Lavocat Galvão, José Leite Pereira Filho, Laura Schertel Ferreira Mendes, Lallamand Canedo de Souza, Leandro Caixeta Moreira, Luis Fernando Ramos Molinaro, Mara Karina Barbosa da Silva, Marcio Nunes Iorio Aranha Oliveira, Maria Clara Cunha Farias, Matheus Augusto Santana Souza, Murilo César Ramos, Othon de Azevedo Lopes, Paulo César Coutinho, Paulo Henrique Portela de Carvalho, Renata Cleto Carneiro, Tiago Sousa Pereira, Vander Lucas Mendes e Vania Lucia Ribeiro Vieira.

Brasília, 4 de agosto de 2021.

Sumário

Introdução	9
1. A função regulatória dos incentivos	12
1.1 O Regulador que Incentiva	12
1.2 O quê se incentiva?.....	14
1.3 Modelagens de Incentivo Intrínseco	15
1.4 Aspectos relevantes da responsividade.....	15
1.5 Referências bibliográficas introdutórias	17
2. Análise do Discurso da Anatel sobre as mudanças no seu modelo de fiscalização ..	18
2.1 Introdução	18
2.2 Objetivos	20
2.3 Discurso e Análise de Discurso: aspectos teóricos	22
2.4 Sobre a Hermenêutica em Profundidade (HP)	23
2.5 Elaboração do corpus e aplicação da Hermenêutica de Profundidade (HP)	28
2.6 Análise sócio-histórica.....	31
2.6.1 O impasse do cumprimento de obrigações	34
2.6.2 Plano Estratégico 2015-2024: Conectando a Anatel ao Futuro.....	35
2.7 Resultados da Análise da Hermenêutica de Profundidade	37
2.7.1 Análise de Conteúdo.....	37
2.8 Interpretação e reinterpretação.....	42
2.8.1 Discurso sobre os motivos para a mudança do modelo de fiscalização	44
2.8.2 Discursos relacionados aos benefícios da mudança do modelo de fiscalização.....	49
2.8.3 Discursos sobre resistências ao novo modelo de fiscalização	55
2.8.4 Discurso sobre a eficiência da Anatel na condução do processo de mudança 61	
2.9 Conclusões	64
2.10 Referências bibliográficas de Análise do Discurso	67
3. Incentivos e Constitucionalidade.....	69
3.1 Aspectos Constitucionais	69

3.2	Descobramentos teóricos e práticos para a solução dos principais desafios regulatórios a serem enfrentados pela Anatel	86
3.2.1	Introdução	86
3.2.2	Breve contextualização do tema à luz das recentes reflexões oriundas do direito, da economia e da sociologia	87
3.2.3	Novas perspectivas regulatórias: o <i>compliance</i> no contexto da autorregulação regulada	90
3.2.4	Estratégias de cooperação entre regulador e regulado.....	92
3.2.5	Aplicação aos problemas concretos	92
4.	Incentivos e Consumidor de Telecomunicações	98
4.1	Regulação por Incentivos, Controle Social e Garantia dos Direitos dos Consumidores: Conceitos, Panorama Jurídico e <i>Benchmarking</i>	99
4.2	Regulação por Incentivos na Experiência da Anatel: uma análise à luz dos casos concretos	105
4.3	Evolução Tecnológica: por um modelo regulatório adequado ao cenário telecomunicacional.....	110
4.4	Descrição dos casos de anacronismo entre regulamentação e evolução tecnológica: identificação de princípios básicos da regulamentação susceptíveis a anacronismos face à evolução tecnológica	114
4.5	Descrição dos casos de sucesso de política e regulamentação de telecomunicações que previram espaço de acomodação tecnológica.....	119
4.6	Pressupostos da Regulação Responsiva para a Garantia dos Direitos dos Consumidores no Setor de Telecomunicações	122
4.7	Conclusões e Recomendações.....	124
5.	Incentivos e Ciência Econômica.....	132
5.1	Introdução	132
5.2	Os Problemas da Expansão do Acesso e da Qualidade do Serviço.....	135
5.2.1	O Problema da Expansão do Acesso	135
5.2.2	O Problema da Qualidade do Serviço	142
5.3	Diferentes Tipos de Regulação.....	150
5.3.1	Regulação por Comando e Controle.....	150
5.3.2	Regulação por Incentivos	155
5.3.3	Implicações das Regulações por Comando e Controle e por Incentivos para a Fiscalização	163
5.3.4	Vantagens e Desvantagens das Regulações por Comando e Controle e por Incentivos	164

5.4	Regulação Responsiva e Congêneres	170
5.4.1	Regulação Responsiva	170
5.4.2	Regulação Inteligente (<i>Smart Regulation</i>)	178
5.4.3	Regulação Baseada no Risco (Risk-Based Regulation)	180
5.4.4	Regulação via Solução de Problemas (Problem-Solving Regulation).....	182
5.4.5	Regulação Realmente Responsiva (Really Responsive Regulation).....	183
5.4.6	Benchmarking de Regulação Responsiva	186
5.4.6.1	Agências Reguladoras Federais Brasileiras	186
5.4.6.2	Setor de Administração Tributária.....	189
5.4.6.3	Setor de Telecomunicações no Mundo	192
5.4.6.4	Austrália: Um Exemplo em Regulação Responsiva	195
5.5	Universalização do acesso	199
5.5.1	O Conceito de Universalização	199
5.5.2	Pilares da Discussão da Universalização	201
5.5.3	Necessidade de Intervenção	201
5.5.4	Escopo e Critério	204
5.6	Mecanismos para Expansão do Acesso	206
5.6.1	Implementação de Políticas de Universalização	206
5.6.2	Aspectos Concorrenciais e Eficiência na Prestação do Serviço	212
5.6.3	Financiamento.....	215
5.6.4	Governança.....	217
5.6.5	Iniciativas Internacionais	218
5.7	Mecanismos de Compensação	219
5.7.1	Compensações no Setor de Telecomunicações Brasileiro	220
5.7.2	Mecanismos de Compensação Automática no Reino Unido	223
5.7.3	Compensações na Ciência Econômica.....	248
5.7.4	Construção de um “Modelo-Exemplo”	266
5.8	Regulação Responsiva à Luz da Teoria Econômica e Uma Proposta de Pirâmide de Compliance.....	272
5.8.1	Regulação Responsiva à Luz da Teoria Econômica.....	273
5.8.2	Proposta de Atuação Responsiva e Pirâmide de Compliance.....	290
5.9	Conclusão	318
5.10	Referências bibliográficas de Incentivos e Ciência Econômica	326

5.11	Apêndice 1 – Modelo de comportamento do consumidor incluindo Qualidade	332
5.12	Apêndice 2 – O Modelo de Maxwell e Decker (2006).....	335

Figuras

Figura 1 – Externalidades positivas	138
Figura 2 – Pirâmide de Compliance - Indústria	174
Figura 3 – Pirâmide de Compliance - Firma	175
Figura 4 – Pirâmide de Compliance proposta pela OCDE	191
Figura 5 – Pirâmides de Compliance - Austrália.....	192
Figura 6 – Pirâmide de Compliance – Reino Unido.....	193
Figura 7 – Pirâmide de Compliance - Canadá.....	194
Figura 8 – Pirâmide de Compliance - Peru	195
Figura 9 – Pirâmide de Compliance – Meio Ambiente.....	196
Figura 10 – Pirâmide de Compliance – Energia Renovável.....	196
Figura 11 – Pirâmide de Compliance - Petróleo.....	197
Figura 12 – Pirâmide de Compliance – Segurança Marítima	197
Figura 13 – Pirâmide de Compliance – Segurança e Saúde	198
Figura 14 – Pirâmide de Compliance – Produtos Terapêuticos	199
Figura 15 – Distinções dentro das lacunas de acesso a serviços.....	202
Figura 16 – Variação Compensada e Equivalente quando há mudança de preços	251
Figura 17 – Curvas de indiferença para mudança de qualidade	253
Figura 18 – Consumo ótimo antes da mudança de qualidade.....	254
Figura 19 – Consumo ótimo após a mudança de qualidade	255
Figura 20 – Variação compensada de uma mudança de qualidade	256
Figura 21 – Variação equivalente de uma mudança de qualidade	257
Figura 22 – Jogo de qualidade entre a agência reguladora e a firma regulada	260
Figura 23 – Solução do jogo usando indução reversa quando $C < I$	261
Figura 24 – Solução do jogo usando indução reversa quando $C > I$	261
Figura 25 – Novo jogo de qualidade entre a agência reguladora e a firma regulada	263
Figura 26 – Solução do novo jogo usando indução reversa – Parte 1	264
Figura 27 – Solução do novo jogo usando indução reversa – Parte 2, quando $J + pS < I$ e $C > I$	265

Figura 28 – Solução do novo jogo usando indução reversa – Parte 2, quando $J + pS > I$ e $C < I$	265
Figura 29 – O Dilema dos Prisioneiros na Regulação	280
Figura 30 – Pirâmide de compliance para firmas individuais.....	283
Figura 31 – Jogo de pirâmide de compliance.....	284
Figura 32 – Jogo de pirâmide de compliance – Árvore reduzida quando $d < 1$	285
Figura 33 – Jogo de pirâmide de compliance – Árvore reduzida quando $d < 1$	286
Figura 34 – Jogo de pirâmide de compliance – Árvore reduzida quando $d > 1$	287
Figura 35 – Jogo de pirâmide de compliance – Árvore reduzida quando $d > 1$	288
Figura 36 – Proposta de Pirâmide de Compliance para a Anatel.....	298
Figura 37 – Fluxo de PADOs por ano (instaurados x encerrados).....	313
Figura 38 – Evolução do passivo de PADOs por ano	313
Figura 39 – Evolução do passivo de PADOs por ano	314
Figura 40 – Percentual de Arrecadação Efetiva da Anatel em PADOs julgados	316
Figura 41 – Situação dos PADOs da Anatel após Aplicação de Multa (em termos de valores em R\$ de multas aplicadas).....	317
Figura 42 – Situação dos PADOs da Anatel após Aplicação de Multa (em termos de quantidade de multas aplicadas).....	318
Figura 43 – Variação compensada de uma mudança de qualidade	333
Figura 44 – Variação equivalente de uma mudança de qualidade	333

Tabelas

Tabela 1 – Motivos para mudança do modelo de fiscalização	40
Tabela 2 – Benefícios da mudança no modelo de fiscalização	40
Tabela 3 – Principais resistências ao novo modelo de fiscalização	41
Tabela 4 – Resistências ao novo modelo	41
Tabela 5 – Eficiência da Anatel na condução do processo.....	42
Tabela 6 – Aplicação e arrecadação de multas por ano – Aneel, Anac e ANTT	188
Tabela 7 – Nível Razoável de Compensação	235
Tabela 8 – Disposição a pagar por reparos mais rápidos.....	236
Tabela 9 – Disposição a pagar por instalações mais rápidas	237
Tabela 10 – Soma de Componentes – Queda de Serviço (£/dia).....	238
Tabela 11 – Soma de Componentes - Agendamento Perdido (£/dia)	239
Tabela 12 – Resumo de benchmarks	240
Tabela 13 – Estimativa de atraso na instalação	242
Tabela 14 – Compensações Automáticas no Reino Unido.....	248
Tabela 15 – Modelo-exemplo	269
Tabela 16 – Principais elementos da proposta de regulação responsiva aplicáveis à Anatel	308

INTRODUÇÃO

Este relatório encerra as atividades do Projeto de Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação apoiada em Incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações e consiste no resumo dos principais aspectos estudados ao longo do TED ANATEL-UnB (SEI 53500.031122/2018-19) sob o olhar privilegiado retrospectivo das discussões resultantes das interações e apresentações realizadas durante o projeto e com a avaliação de análise do discurso nele incluída.

Para tanto, ele se divide em cinco partes.

A primeira delas dedica-se a pontuar aspectos centrais de modelagem regulatória apoiada na combinação de incentivos intrínsecos e extrínsecos, em especial, a regulação responsiva e a decorrente atribuição de função simbiótica à essa combinação, para eliminação de visões que têm confundido estratégia responsiva com a obrigatoriedade de fases cooperativas na fiscalização, ou com a eliminação da sanção.

A segunda parte traz uma abordagem inovadora de análise do discurso da Anatel sobre as mudanças no seu modelo de fiscalização, identificando pontos fortes e fracos da comunicação da Agência quanto às alterações de modelagem regulatória pretendidas.

A terceira parte retoma os principais argumentos de constitucionalidade e legalidade de medidas responsivas trazidos durante o projeto.

A quarta avança sobre as conclusões do relatório referente à possibilidade de aplicação de regulação responsiva em mecanismos de incentivos à garantia dos direitos dos consumidores.

Finalmente, a quinta parte reúne as principais contribuições de ciência econômica presentes nos relatórios da Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação apoiada em Incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações.

O esforço de pesquisa desenvolvido durante o período de implementação da parceria entre a Agência Nacional de Telecomunicações e a Universidade de Brasília, por seu Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações, não pode resumido em poucas palavras, mas não se pode deixar de salientar aqui que uma **modelagem regulatória apoiada na combinação de incentivos intrínsecos e extrínsecos**, ou seja, na combinação de persuasão e punição, **se opõe a teorias de antagonismo entre regular e desregular, entre elas teorias de negação de um papel construtivo do Estado na economia, que recomendam, em última análise, a substituição da regulação estatal por autorregulação. Modelagens regulatórias de combinação de incentivos recebem com bons olhos formas autorregulatórias, mas as situam, necessariamente, em meio a diversas outras formas metarregulatórias e heterorregulatórias, em nenhum caso deixando o setor regulado livre para o exercício exclusivo da autorregulação privada.**

A pesquisa Anatel-UnB se distanciou em muito de conhecidas críticas econômicas do pós-Guerra à regulação sintetizadas por Short (2012) nos conceitos de Estado custoso, capturado, com deficiência cognitiva, e coercitivo. Aliás, o título do artigo desse autor, ao fazer uma genealogia da história do problema regulatório, é representativo daquilo que uma regulação ponderada de persuasão e punição busca evitar: a paranoia da reforma regulatória voltada a confundir regulador e regulado, acreditando na autossuficiência da autorregulação, e desconfiando da virtude do próprio Estado.

O pressuposto do Estado Coercitivo de que intervenção estatal na economia limitaria a liberdade desconhece o significado institucional da liberdade

como um constructo de garantias institucionais (Aranha, 1999), ou seja, de que liberdade não se alcança por isolamento, mas por esforço público de edificação institucional.

Em outras palavras, esse antagonismo entre regulação estatal e autorregulação – e propostas de substituição da regulação estatal por autorregulação, ou de priorização desta última como etapa necessária para a escalada de sanções – não se coaduna com desenhos regulatórios de composição e reforço recíproco de incentivos intrínsecos e extrínsecos, de persuasão e punição. A teoria da regulação responsiva é a que melhor esclarece a forma de se combinarem incentivos intrínsecos e extrínsecos rumo ao *compliance*. O regulador responsivo não é inimigo da coerção estatal; pelo contrário, ele depende dela. O diferencial do regulador responsivo é que ele combina persuasão e punição para obter maior conformidade de comportamento do regulado, enquanto o regulador obediente ao tradicional movimento da desregulação busca a retirada do Estado da cena regulatória, abrindo mão de um arsenal de técnicas regulatórias de cunho coercitivo essenciais à postura responsiva.

Finalmente, optou-se por não se renovarem, aqui, as propostas específicas trazidas no relatório correspondente à última meta entregue antes deste relatório final, por entendê-la atualizada e específica em suas propostas, ressaltando-se, entretanto, que a contribuição trazida o foi no sentido de se reconhecer que a modelagem regulatória apoiada em combinação de incentivos intrínsecos e extrínsecos, em especial, a responsiva, se beneficia do uso de estratégias de regulação baseada em risco e em evidências, por representarem elementos relevantes de adequação da fiscalização à reponsividade via planejamento fiscalizatório norteado pelo risco de desconformidade.

Uma das contribuições originais do projeto Anatel-UnB está no fato de se encontrarem, em estratégias de modelagem regulatória baseada em risco e em evidências, pontos de sinergia com o momento do ciclo regulatório de fiscalização responsiva, que, embora não esgote o desenho regulatório recomendado pela

teoria responsiva, o preenche com passos possíveis que respeitam o regime jurídico regulatório brasileiro.

1. A FUNÇÃO REGULATÓRIA DOS INCENTIVOS

Os relatórios do Projeto de Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação apoiada em Incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações avançaram sobre diversos aspectos então obscuros da nova postura esperada do regulador no novo paradigma do Estado Regulador.

As considerações a seguir evidenciam aspectos relevantes decorrentes da pesquisa que merecem ser sintetizados para melhor apreensão da posição dos incentivos na regulação em geral.

1.1 O Regulador que Incentiva

Incentivos são abundantes na literatura regulatória, como é abundante a divergência sobre o seu significado. Enquanto, para a análise econômica, entende-se a regulação por incentivos como aquela desejada em situações em que há grande assimetria de informações entre o regulador e o regulado, justificando-se a maior autonomia deste último pela possibilidade de fazer uso de sua informação privilegiada para alancsar objetivos sociais, para a ciência jurídica, há uma cisão entre o modo tradicional de se ver os incentivos e o enfoque atual, regulatório.

A doutrina jurídica tradicional trata dos incentivos como instituições jurídicas aptas a alterarem o comportamento do particular, sem o que o seu comportamento seria presumivelmente distinto. Ela equipara os incentivos às medidas impostas unilateralmente pelas normas, das quais sobressaem as sanções, sejam aflitivas ou premiaias, inseridas em um contexto de Estado Social, prestador de serviços essenciais, legitimado pela titularidade estatal dos serviços públicos, a partir de uma racionalidade instrumental, em que cabe ao

ordenamento jurídico elencar os bens jurídicos que devem ser garantidos e os meios pelos quais eles serão fruídos pela sociedade, por intermédio de uma postura prescritiva de conduta e por mecanismos subsuntivos de encaixe da atuação do administrado na previsão abstrata e uniformizadora de conduta. Estudos jurídicos inspirados em ciências comportamentais, entre os quais despontam aqueles classificados como desenho regulatório nominados de teoria da regulação responsiva, darão aos incentivos uma função distinta. O relatório correspondente à Meta 5 da Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação apoiada em Incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações desbravou um significado mais profundo e duradouro dos incentivos para a teoria regulatória e o fez mediante o seu enquadramento na racionalidade reflexiva do Estado Regulador, que reposiciona o regulado como partícipe na consecução do interesse público e reforça a atuação estatal galvanizadora dos incentivos intrínsecos ao sistema regulado.

Incentivar, para o Estado Regulador, não significa, entretanto, deixar de comandar uma forma específica de agir ao regulado, mas internalizar no esforço regulatório as coerções intrínsecas do ambiente regulado; é compreender o que verdadeiramente move o regulado, ao invés de se pressuporem suficientes as ameaças sancionatórias para obtenção da conformidade; é adotar quaisquer instrumentos regulatórios, mesmo que sejam constrangimentos tradicionais de ordenação estatal qualificados como de comando e controle, mas com uma nova funcionalidade brindada por estratégias e teorias regulatórias avançadas, reconhecedoras dos diversos mecanismos regulatórios que geram conformidade às normas, como também comportamentos para além da conformidade.

Se fosse possível resumir em uma única frase o que é o regulador que incentiva, ele seria o regulador que conhece os incentivos internos ao sistema regulado, pois conhece o regulado por entendê-lo um parceiro necessário na construção do interesse público.

O modelo adotado pelo regulador que incentiva pode variar a depender da teoria regulatória adotada. A mais festejada teoria regulatória da atualidade – a teoria da regulação responsiva – segue essa tradição de visualizar um papel positivo no regulado e reconhecer a necessidade do esforço regulador ser também um reforço de aspectos intrínsecos da cultura que informa a atuação do regulado. A regulação responsiva não se restringe, todavia, ao reconhecimento da força dos incentivos intrínsecos do sistema regulado e da importância de se transferir parcela do constrangimento à cultura do sistema regulado. Ela, apoiada em ciências comportamentais, em teoria dos jogos, em estudos empíricos e em outros pressupostos – *e.g.*, o da existência de perfis virtuosos, racionais e irracionais de regulados –, recomenda desenhos regulatórios gravados pela afirmação de que a teoria da regulação responsiva significa ouvir atentamente a sabedoria dos reguladores e atores do mercado (Braithwaite, 2017, p. 130), tratando cada qual segundo sua obra e segundo perfis de conformidade.

1.2 O quê se incentiva?

O regulador que incentiva, incentiva o quê? Ao contrário do que uma leitura superficial possa fazer transparecer, essa questão não é autoevidente. A resposta natural de que se incentiva o cumprimento das normas responde a somente um sintoma da regulação; não à sua causa.

Incentiva-se a eficiência mediante imediato cumprimento das normas, ou seja, mediante conformidade normativa quando a norma é suficiente e encontra-se atualizada à dinâmica do setor regulado, ou, por outro lado, mediante cumprimento das normas atualizadas segundo a função de administração das leis, buscando-se um comportamento duradouro para além da conformidade pontual à norma. A eficiência que se deseja na Administração Pública pode pretender solucionar um sintoma momentâneo de descumprimento à norma, à semelhança do que ocorre quando um tratamento médico ataca um sintoma – a dor –, ou pode se concentrar em obter a cura, livrando-se das causas, da doença, e, portanto,

almejando uma vida para além dela; para além de desconformidades pontuais às normas.

1.3 Modelagens de Incentivo Intrínseco

Uma modelagem regulatória é uma estratégia que bebe de parâmetros advindos de uma teoria/modelo regulatório. Uma teoria regulatória apoiada em incentivos agrega teleologia e funcionalidade à regulação por incentivos, podendo fazer uso de técnicas/instrumentos regulatórios de coerção extrínseca, mas sempre com função de reforço da coerção intrínseca. Por isso, uma teoria responsiva, mesmo fazendo uso de constrangimentos estatais – aliás, dependendo intimamente deles, e até mesmo os reforçando na imagem da grande arma benigna –, apresenta-se como típica teoria dotada de estratégias de modelagem de incentivo intrínseco.

1.4 Aspectos relevantes da responsividade

O virtuoso não é bondoso, mas aquele que age segundo coerção intrínseca suficiente. Ser um regulado bondoso ou simpático é indiferente à regulação responsiva; ser um regulador bondoso é ilícito; e simpático, um dever jurídico. O exigido pela teoria da regulação responsiva é que o regulador transmita a imagem de ser justo, sabendo reconhecer esforços reais de melhoria, mas, ao mesmo tempo, punindo exemplarmente os comportamentos desviantes.

As alterações normativas e de estratégia da Agência sobre como bem regular de forma a valorizar os incentivos intrínsecos, em especial, segundo orientação responsiva, evoluem com o tempo e com a experiência do regulador sobre a efetividade das medidas adotadas. Para que, entretanto, a tentação ao retorno a uma racionalidade de comando e controle não seja irresistível, vale o esforço institucional em se implementar a recomendação do coordenador do

Projeto Manhattan, o Tenente-General Leslie R. Groves, de se definir de forma clara e inconfundível, o objetivo específico que se persegue (Rhodes, 1999, p. 162).

Por isso, este relatório derradeiro da pesquisa, para além de retomar e resumir os principais desenvolvimentos alcançados durante o projeto, bebe de um estudo inédito de análise do discurso da Anatel sobre a remodelagem regulatória vivenciada para averiguar o nível de clareza quanto ao objetivo percebido pelo regulador das transformações hoje vivenciadas. A principal conclusão da análise do discurso é de que há clareza, por parte dos reguladores da Anatel, de que o atual modelo de comando e controle não responde a contento ao interesse público de conformidade do comportamento do regulado, carecendo de efetividade. Não há, todavia um visão clara de como deve ser implementado no novo modelo, tendo em vista a percepção dos entrevistados sobre o significado de responsividade decorrer quase que exclusivamente dos projetos-piloto da Agência percebidos como exitosos. Falta, no discurso da Anatel, uma apreensão mais ampla, teoria e prática, da regulação por incentivos e, em especial, da regulação responsiva, bem como a fixação da compreensão de que o novo modelo não significaria extirpar a sanção do arsenal de instrumentos regulatórios.

Uma regulação apoiada em incentivos intrínsecos não afasta a utilidade dos extrínsecos, dentre eles a sanção. Uma regulação apoiada na teoria da regulação responsiva exige a combinação de incentivos intrínsecos, inspirados no diálogo, na cooperação, em pressões sociais, e incentivos extrínsecos, planejados e executados pelo regulador. Mas a teoria da regulação responsiva não se contenta em clamar por justaposição de medidas regulatórias amenas e agressivas. Há uma função própria a cada medida regulatória que conversa com a orientação presente em jurisprudência administrativa recente do TCU de que a sanção deve ter função regulatória. Cada medida ou técnica regulatória, sejam medidas orientadoras, colaborativas, de contratualização de danos, correguladoras, ou mesmo sancionatórias, para a regulação responsiva, tem função de fomentar a preservação e melhoria do comportamento virtuoso e dissuadir o comportamento

extritamente racional e o comportamento malicioso. As técnicas regulatórias apresentam, portanto, função simbiótica ao apoiarem os efeitos benéficos das demais técnicas. Assim, a sanção, para a teoria da regulação responsiva, é simbiótica, pois não se presta somente a punir o infrator, mas a punir o infrator considerado contumaz ou incapaz para que a grande maioria dos atores setoriais preservem, no horizonte, o futuro que os espera se trilharem o caminho de atitudes desviantes da norma.

O tópico seguinte consiste nessa análise do discurso que, enfim, recomenda à Agência a formação do regulador sobre teoria da regulação responsiva para uniformização do discurso sobre o real posicionamento da sanção e da cooperação na remodelagem regulatória em curso na Anatel.

1.5 Referências bibliográfias introdutórias

- Aranha, M. I. (1999). *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas.
- Braithwaite, J. (2017). Types of Responsiveness. Em P. Drahos (Ed.), *Regulatory Theory: Foundations and Applications* (pp. 117-132). Acton: Australian National University.
- Rhodes, R. (1999). *Visions of Technology*. New York: Simon & Schuster.
- Short, J. L. (2012). The Paranoid Style in Regulatory Reform. *Hastings Law Journal*, 63, 633-694.

2. ANÁLISE DO DISCURSO DA ANATEL SOBRE AS MUDANÇAS NO SEU MODELO DE FISCALIZAÇÃO

2.1 Introdução

A premissa teórica sobre a qual se assentou a análise do discurso, no âmbito do Projeto de Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação Apoiada em Incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações, é a de que toda norma, suas justificativas conceituais e seus desdobramentos técnicos na forma de legislações e regulamentos se constituem em um discurso capaz de ser apreendido e compreendido pelos mais diversos estratos sociais a que se destina. Desde, por exemplo, setores econômicos por elas eventualmente regulados até os segmentos da sociedade civil, cujos direitos as instituições devem em última instância salvaguardar.

Embora não se afigurasse como meta específica do projeto, a proposta de compreender um corpo normativo pela lógica comunicacional do discurso nos pareceu, porém, fundamental, pela possibilidade que essa lógica nos habilita de, sem desconsiderar o rigor técnico que estrutura o referido corpo, ir além dele, em busca das suas implicações sociais e políticas.

Compreendendo, portanto, que “toda enunciação constitui um ato (prometer, sugerir, afirmar, perguntar) que visa modificar uma situação” (MAINGUENEAU, 2017, p. 26), a primeira abordagem teórico-metodológica teve como premissa um recorte pouco usual nos estudos de Análise do Discurso realizados no campo acadêmico da Comunicação: a proposta de uma análise, cujo *corpus* era constituído essencialmente por leis e regulamentos. Esta proposta antecipou alguns desafios metodológicos, cujo percurso recuperaremos na fase de análise sócio-histórica, a bem da contextualização da pesquisa.

Nesse sentido, partimos para a conceituação do que é discurso, a partir da abordagem da Análise do Discurso Francesa (AD) e contribuições de Eni Orlandi (2001), Dominique Maingueneau (1998) e Michel Foucault (1995). As considerações desses autores nos deram um ponto de partida para avançar na contribuição da Comunicação ao projeto, estabelecendo como um primeiro objeto exploratório o *Manual Explicativo - Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações*, da Anatel.

Todavia, a análise desse material, produzido pela Anatel com base em leis e construções normativas sobre a prestação do serviço de telecomunicações no país, apresentou poucos avanços no que diz respeito à identificação do discurso construído pela agência tanto sobre o modelo de fiscalização regulatória vigente como sobre os ajustes ao marco que está em debate, limitando as possibilidades de interpretação e entendimento do discurso que os estudos em Comunicação conseguem alcançar.

Entendeu-se, então, como necessário somar a essa análise a noção de que organizações públicas e privadas são sistemas sociais em que as relações no seu interior e com seu público são reguladas e constituídas por meio de discursos (CUNHA, 2016). Isso porque, no entendimento deste autor, as organizações são como uma “entidade concreta”, elaboradas como efeito ou produção de um discurso.

Assim, “quando falamos de discurso organizacional, não simplesmente nos referimos ao discurso que ocorre na organização, mas sugerimos que as organizações existem somente como seus membros as criam através do discurso” (MUMBY; CLAIR, 1997, p. 181).

Isto posto, o discurso organizacional permite que os participantes, de forma consciente ou inconsciente, estabeleçam tipos de relações que podem perpetuar, negociar ou enfrentar situações de conflito ou disputas de poder dentro das organizações (CUNHA, 2016), haja vista que

[...] essas relações, sempre marcadas do ponto de vista ideológico, dizem respeito basicamente à negociação de imagens [...] e têm basicamente como fim levar o outro agente a rever ou manter pontos de vista para realizar determinadas ações, geralmente em benefício do produtor do discurso (CUNHA, 2016, p. 32).

Na compreensão deste autor, as imagens e lugares dentro de uma organização são negociadas de forma a impactar os recursos verbais e não verbais entre seus interlocutores, que são selecionados para construir os discursos organizacionais e, conseqüentemente, as organizações como conhecemos. A partir destas exposições, o teórico argumenta que o formato de construção dos textos organizacionais, como estão empregadas as propriedades linguísticas, textuais e visuais, permitem conhecer como se dão as relações interpessoais e interinstitucionais de cada organização, além das características situacionais (o contexto) em as interações ocorrem.

Portanto, essa perspectiva permitiu que a pesquisa se voltasse para dentro da Anatel, na busca de investigar os discursos constituídos sobre ajuste no modelo de fiscalização que vem sendo implementado pela agência na última década.

Para tanto, entre julho e outubro de 2020, realizaram-se entrevistas semiestruturadas com 7 (sete) superintendentes e 14 (quatorze) gerentes, que lidam direta ou indiretamente com os encargos da fiscalização sobre os regulados, e que participam ou participaram ou tiveram conhecimento dos debates formativos e situações piloto, que tiveram como objetivo contribuir para a adoção de um modelo fiscalizatório baseado em responsividade, em substituição ao modelo vigente fundamentado em comando e controle.

2.2 Objetivos

Adotada a nova premissa teórica, foram então estabelecidos os objetivos desta pesquisa de análise do discurso da Anatel sobre as mudanças pretendidas no seu modelo de fiscalização, a saber:

Objetivo geral:

Investigar o discurso que está sendo construído pela Anatel sobre o novo modelo de fiscalizatório baseado em responsividade.

Objetivos específicos:

- a) compreender a relação do discurso com o contexto sócio-histórico da sua elaboração;
- b) evidenciar os argumentos mais recorrentes utilizados pelos entrevistados e
- c) (re)interpretar o discurso elaborado para facilitar a compreensão sobre as expectativas criadas em torno da mudança da norma fiscalizatória.

Para isso, foram realizadas entrevistas com servidores da Agência.

Ao resultado dessas entrevistas aplicamos a metodologia da Hermenêutica de Profundidade (HP) (THOMPSON, 2011), cuja descrição detalhada encontra-se no capítulo voltado ao método e elaboração do *corpus*.

Assim, por meio das três etapas de análise propostas pelo sociólogo britânico John B. Thompson, a investigação tornou possível:

- Entender o discurso construído pela Anatel sobre o novo modelo proposto de fiscalização e o contexto sócio-histórico e espaço temporal dos acontecimentos;
- Evidenciar os argumentos mais evidentes sobre o processo, a partir da retórica dos sujeitos entrevistados;
- Reinterpretar os discursos produzidos até o momento da investigação sobre o cenário e as evoluções apresentadas pela nova premissa regulatória em debate na organização.

A análise do discurso está estruturada conforme as seguintes seções:

- a) Apresentação dos aspectos teóricos sobre Discurso e Análise do Discurso;
- b) Apresentação da metodologia de Hermenêutica de Profundidade (HP);
- c) Análise do contexto sócio-histórico, que justificou a realização desta investigação;
- d) Apresentação dos resultados quantitativos da Análise do Discurso, como propõe a Hermenêutica de Profundidade;
- e) Reinterpretação dos argumentos mais recorrentes e que possibilitam a identificação do discurso que vem sendo constituído pela agência sobre a mudança do marco de fiscalização e, por fim, as conclusões desta pesquisa.

2.3 Discurso e Análise de Discurso: aspectos teóricos

Uma vez que este estudo se dispõe a analisar o discurso da Anatel a partir de entrevistas semiestruturadas com superintendentes e gerentes da agência, somamos às análises sobre a constituição do discurso na sociedade a compreensão de que organizações públicas e privadas são sistemas sociais em que as relações no seu interior e com seu público são reguladas e constituídas por meio de discursos (CUNHA 2016).

No que se refere a esta análise, compreendem-se as organizações como uma “entidade concreta”, mas também como “um efeito ou uma produção do discurso”. “Quando falamos de discurso organizacional, não simplesmente nos referimos ao discurso que ocorre na organização. Ao contrário, sugerimos que as organizações existem somente como seus membros as criam através do discurso” (MUMBY; CLAIR, 1997, p. 181).

Da proposta teórico-metodológica de Cunha (2016), entende-se que o discurso organizacional permite que os participantes, de forma consciente ou inconsciente, estabeleçam tipos de relações que podem perpetuar negociar ou enfrentar situações de conflito ou disputas de poder, haja vista que:

Essas relações, sempre marcadas do ponto de vista ideológico, dizem respeito basicamente à negociação de imagens (faces e territórios nos lugares sentido de Goffman) e têm basicamente como fim levar o outro agente a rever ou manter pontos de vista para realizar determinadas ações, geralmente em benefício do produtor do discurso (CUNHA, 2016, p. 32).

Então, para o autor, as imagens lugares que são negociadas entre seus interlocutores impactam “nos recursos verbais e não verbais” que são selecionados para construir os em todos os discursos organizacionais. Na visão de Cunha trata-se de estratégias discursivas que:

[...] um agente prega para se apresentar de determinada forma diante do outro [...] criando e preservando uma autoimagem (face), para agredir ou preservar a face do outro e para se colocar em determinado lugar (superior ou inferior) em relação ao outro, tendo como objetivo final levá-lo a mudar sua concepção de mundo para agir de determinada maneira (CUNHA, 2016, p. 33).

A partir dessas exposições, o autor argumenta que o formato de construção dos textos organizacionais e como estão empregadas as propriedades linguísticas, textuais e visuais, permitem conhecer como se dão as relações interpessoais e interinstitucionais de cada organização, além das características situacionais (o contexto) em que ocorrem essas interações.

Essas perspectivas nos deram base para investigamos, nas entrevistas com funcionários do alto escalão da Anatel, o discurso que vem sendo constituído sobre as mudanças no marco legal de fiscalização regulatória, tendo como referência a metodologia da Hermenêutica em Profundidade, conforme as reflexões teórico-metodológicas descritas no próximo capítulo.

2.4 Sobre a Hermenêutica em Profundidade (HP)

A hermenêutica tenta desvendar o mistério que envolve a palavra (PORTO, 2017, p. 17). Embora a palavra tenha origem etimológica difusa, nas considerações do filósofo e epistemólogo francês, Georges Gusdorf, ela faz

referência ao deus grego Hermes, patrono da comunicação e símbolo da circulação dos sentidos. O teórico nos conta que a hermeneia designa o ato de exprimir, expressar e “significar falando, manifestar por meio da linguagem” (1988, p 18-20).

De acordo com a compreensão de Thomas Allen (1973, p. 536), “a hermenêutica é o estudo dos princípios metodológicos da interpretação ou a ciência que traz em si o sentido das coisas,

“[...] cabendo ao ser humano a sua compreensão e divulgação do ‘o significar falando’. Basta que esteja atento ao seu poder de iluminação, quem se interesse pelo significado das coisas. Assim, a hermenêutica já traz as coisas prontas com seus diversos graus de significação” (PORTO, 2017, p. 20).

A partir da obra de Hans Georg Gadamer, “Verdade e Método” e “O problema da consciência histórica”, é possível depreender como entendimento filosófico da Hermenêutica a “prática gadameriana de interpretação e compreensão de textos da História, praticada por seres históricos, dotados de consciência histórica, e relacionada a objetos e coisas históricas” (PORTO; KENNUPP; GOMES, 2017).

Este entendimento inicial deu as bases para hermeneutas como Friedrich Schleiermacher; Wilhelm Dilthey; Edmund Husserl e Martin Heidegger e Paul Ricoeur, no que se refere à “hermenêutica ontológica existencial e histórica”, após a corrente literária do romantismo alemão, sendo dedicada à interpretação de textos diversos, todos eles históricos, e que “prestam bem à prática da comunicação social e do jornalismo” (THOMPSON, 1995).

John B. Thompson é um sociólogo britânico que, em determinado momento dos seus estudos sobre as teorias sociais contemporâneas, mídia e cultura moderna, passou a se dedicar às vertentes da hermenêutica nas Ciências Sociais, também influenciado por Ricoeur e Jürgen Habermas, bem como pelos debates desses e de outros autores sobre a elaboração de uma abordagem

acadêmica que desse conta da investigação dos problemas sociais, sua complexidade (NAZÁRIO, REINO, MANFREDINI, 2016, p. 289).

Thompson uniu duas abordagens da Filosofia Ocidental para tratar as dificuldades da interpretação: a Hermenêutica Fenomenológica de Husserl, que combina procedimentos de interpretação e a abordagem fenomenológica e que tem como expoentes, além de Gadamer, os filósofos Martin Heidegger e Paul Ricoeur, da teoria social crítica, embasada por Immanuel Kant, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Karl Marx e desenvolvida por Max Horkheimer, Theodor Adorno e Jürgen Habermas.

A partir das elaborações teóricas desses autores, Thompson retoma a proposta de Ricoeur, reconhecido fundador da metodologia da Hermenêutica de Profundidade, evoluindo da proposta de que o texto tem uma forma simbólica anônima e seu valor não é inerente somente ao seu conteúdo, para incluir a compreensão de que também são necessárias à investigação considerações sobre as condições sócio-históricas que lhe deram origem, o circundaram ou justificaram. Thompson dá origem à preocupação com a criticidade desta metodologia e a reinterpretção das formas simbólicas em estudo (THOMPSON, 2011, 362).

Esse autor busca definir que a Hermenêutica de Profundidade torna possível análises sobre o contexto sócio-histórico e espaço temporal relacionado ao fenômeno pesquisado; empreender análises discursivas, de conteúdo, análise de imagens, que confere caráter crítico à pesquisa, incluindo formas de análises que são complementares entre si e dão a possibilidade para interpretações complexas (Thompson, 2011).

Isso porque a HP pode tanto ser um instrumento de cunho filosófico como ferramenta metodológica para compreender situações sociais. “Se o processo de interpretação é combinado com métodos explanatórios, ou objetivantes, os resultados podem ser ainda mais proveitosos, uma vez que a compreensão e

explicação não são por ele tomadas como antitéticas, mas como complementares” (VERONESE; GUARESCHI, 2009, p. 87).

Nesta concepção, a HP invoca a necessidade de propor sentidos, discutí-los, desdobrá-los, mas não os desvenda. “Trata-se de construir uma análise plausível, dentro de um paradigma compreensivo, não de acessar e revelar a verdade, mas de fazer uma leitura qualificada da realidade tal qual ela se apresenta” (VERONESE; GUARESCHI, 2009, p. 87).

Assim, no entendimento de Thompson, o mundo sócio-histórico é um campo-sujeito construído pelas pessoas ao longo de suas vidas, por meio de “formas simbólicas”, que são ações, falas, imagens e textos. O ser humano está constantemente interpretando essas formas ao seu redor, por isso o que a pesquisa social faz é realizar uma reinterpretação que pode conter uma dimensão propositiva para o campo investigado.

É importante destacar que o autor entende como como formas simbólicas “textos, imagens, falas e toda a forma comunicacional na qual se possa organizar uma mensagem por meio de linguagem e que contenha sentidos” (THOMPSON, 2011, p. 183) e implicam as análises sobre as relações sociais específicas, os meios pelos quais foram expressas, quais traços carregam e “como esses traços motivam sua valorização ou desvalorização” (NAZÁRIO, REINO, MANFREDINI, 2016, p. 292).

Thompson (2011) divide a HP em etapas e inicia com a necessidade de reconstituir as condições sociais de produção, circulação e recepção dessas formas simbólicas. Nesta fase, resgatam-se “os campos de interação, as instituições sociais e a estrutura social, identificando as assimetrias na distribuição de poder e recursos e abordando temas como classe, trabalho, gênero, etnia, geopolítica, entre outros”.

Nazário, Reio e Manfredini (2016) recomendam que, ao analisar instituições sociais, é necessário construir o conjunto de regras que as constituem

para verificar como são produzidas e recebidas as formas simbólicas, para que se tenha condições de “argumentar de modo fundamentado suas implicações”.

Em conclusão, Thompson propõe o uso de uma metodologia contígua para análise das formas simbólicas, que serão combinadas às condições sócio-histórica de produção do texto, imagem, que se tem como *corpus* de pesquisa. A partir disso, para a etapa de Análise Formal Discursiva, escolhemos como método complementar a Análise de Conteúdo (AC) (BARDIN, 2011), a fim de identificar nos textos as unidades de sentido (argumentos) que dão condições de interpretação dos discursos presentes nas entrevistas que foram realizadas.

Acreditamos que a Análise da Hermenêutica de Profundidade torna possível um ambiente de interpretação complexo para que a fase de reinterpretação dos enunciados seja bem-sucedida para compreender “como o sentido opera, como uma possível mensagem é transmitida, seja pela imagem, fala ou escrita”:

[...] o sentido não está no final da narrativa, mas se constitui durante toda a história em sua totalidade, que fluirá no tempo conforme a cadência dos acontecimentos. [...] Não há experiência humana que não possa ser descrita em uma narrativa. Dependendo do contexto, o próprio ato de narrar pode alterar sentimentos ou mesmo acontecimentos” (VERONESE; GUARESCHI, 2009, p. 89).

Consideramos, a partir das proposições de Thompson (2011), os enunciados identificados pela AC para analisar quais serão as bases para uma explicação interpretativa plausível e fundamentada do fenômeno em investigação. “É o aspecto referencial das formas simbólicas que está especialmente em jogo neste momento; elas representam algo, dizem alguma coisa sobre algo do mundo social, e é desse caráter que deve ser compreendido no momento da reinterpretação” (VERONESE; GUARESCHI, 2009, p. 88).

Para a fase de Interpretação/Reinterpretação, considerando que os sentidos encontrados nas entrevistas já foram interpretados pelos indivíduos, vamos aproximar os argumentos identificados nas entrevistas, ao contexto sócio-

histórico e às construções teóricas da pesquisa sobre regulação apoiada em incentivos, a fim de superar possíveis entendimentos evidentes e superficiais sobre os enunciados presentes nas conversas.

2.5 Elaboração do corpus e aplicação da Hermenêutica de Profundidade (HP)

O objetivo desta etapa da pesquisa é identificar o discurso da Anatel sobre o novo modelo de regulação baseado em responsividade que, desde 2016, está em fase de experimentação pela agência com objetivo de substituir a exclusividade do binômio comando e controle, cuja face mais visível para a sociedade é o da punição por multas que, quanto mais pesadas forem, pressupõem maior efetividade.

Em tese, como o conjunto deste projeto de pesquisa buscou demonstrar à exaustão e em esforço multidisciplinar, a regulação responsiva se apresenta como a mais eficiente ao propor, para além das multas e demais sanções regulamentares – que continuariam a existir, ressalte-se, e não em menor intensidade –, a prioridade a uma relação de maior interação e diálogo com o regulado, visando atingir conformidade com as exigências regulamentares, o que resultaria em uma melhor prestação dos serviços.

Tendo como fundamentação o arcabouço conceitual elaborado para subsidiar teoricamente a adoção pela agência de um modelo de fiscalização apoiada em incentivos, responsiva, foram realizadas entrevistas estruturadas com 14 (quatorze) gerentes e 7 (sete) superintendentes, entre 30 de junho e 6 de outubro de 2020, com duração entre 30 minutos e uma hora. Os participantes foram convidados e receberam informações básicas sobre os objetivos da pesquisa. Dos 22 servidores convidados para participar desta fase da pesquisa, apenas um não respondeu ao nosso convite. Os áudios de todas as entrevistas foram gravados na íntegra.

Fizemos a opção de realizar entrevistas com este público para colher as informações daqueles que estavam ou estiveram diretamente envolvidos com o processo de ajuste e implementação do novo modelo. Este método tornou possível explorar os conhecimentos dos funcionários entrevistados, mas também suas “representações, crenças, valores, opiniões, sentimentos, desejos” (LAVILLE; DIONNE, 1999) sobre o novo modelo de regulação.

O caminho metodológico que escolhemos para análise dos conteúdos nos resguarda a decisão de não revelar o conteúdo integral das entrevistas. Acreditamos que não haverá prejuízo aos resultados, uma vez que os argumentos identificados nas conversas estão organizados de forma temática e expostos do capítulo dedicado aos resultados da Análise de Conteúdo. Salientamos que esta é uma opção de método, mas que também resguarda as identidades dos servidores, que gentilmente dedicaram atenção e tempo para participar desta fase da investigação.

Assim, elaboramos dois tipos de entrevistas semelhantes: a) panorâmica, para os superintendentes, com cinco questões mais gerais para ajudar a compreender o percurso da agência para a implementação do modelo de fiscalização baseado em responsividade; e, b) gerenciais, para os gerentes, a fim de identificar questões do dia a dia do trabalho com o novo marco regulatório (Quadro 1). Os dois modelos de entrevistas primaram pela flexibilidade, proporcionando espaço para que os entrevistadores fornecessem informações adicionais às perguntas, bem como percepções, propostas, entre outros.

QUADRO 1 – PERGUNTAS DAS ENTREVISTAS

TIPO	ENTREVISTADOS	PERGUNTAS
Panorâmicas	<i>7 superintendentes</i>	<ol style="list-style-type: none">1. A seu juízo, por que era necessário mudar o modelo de fiscalização da Anatel?2. Quais os benefícios mais imediatos que poderão advir da mudança do modelo?3. De onde poderão vir as principais resistências ao novo modelo?4. Na sua opinião, a Anatel encontrou formas para lidar com as resistências até agora? Se sim, quais?5. Como responder a uma crítica de que o novo modelo trará mais benefícios ao mercado do que aos consumidores?6. Aberta para explicação ou informação adicional
Gerenciais	<i>14 gerentes</i>	<ol style="list-style-type: none">1. É necessário mudar o modelo de fiscalização da Anatel? Por quê?2. Quais os benefícios mais imediatos da mudança do modelo?3. Como o novo modelo pode garantir esses benefícios?4. Existe resistência ao novo modelo? Se for possível, indique os atores ou campos de maior resistência e, em linhas gerais, os argumentos empregados para expressá-las.5. A Anatel tem formas para lidar com essas resistências? Se sim, essas medidas têm sido suficientes para ajustar o entendimento sobre a necessidade de uma nova norma de fiscalização dos serviços de telecomunicação?6. Esses argumentos podem interferir na implementação da nova norma? Se sim, como? Se não, por quê?7. Aberta para explicação ou informação adicional

Fonte: os autores.

As entrevistas foram realizadas por meio de reuniões online e contaram com a participação dos dois pesquisadores responsáveis por esta etapa da investigação. Foram enviados aos participantes termos de consentimento e informação, que preencheram e assinaram eletronicamente, autorizando o uso do

conteúdo das entrevistas, ou enviaram confirmação por e-mail. No início das entrevistas os participantes foram avisados que a conversa seria gravada e degravada para aplicação da análise.

Os superintendentes entrevistados foram selecionados pelos pesquisadores e os gerentes, indicados pelos superintendentes. Cabe destacar que os servidores entrevistados na etapa das conversas gerenciais foram aqueles já envolvidos, em certa medida, com os ajustes no modelo regulatório para os serviços de telecomunicação com base na responsividade.

Segue-se uma análise sócio-histórica a fim de situar o contexto em que os discursos estão sendo investigados.

2.6 Análise sócio-histórica

A Anatel, pode-se afirmar, foi criada sob a égide da inovação. Primeiro, foi a inovação jurídica, na esteira do processo político-normativo que ficaria conhecido como agencificação, essencial, nos anos 1990, ainda que controverso (DI PIETRO, 2004), para que o Estado Regulador tomasse forma no Brasil e garantisse a maior desestatização possível da economia. A Lei 9.472/97, Lei Geral das Telecomunicações (LGT), tornou-se uma espécie de paradigma jurídico inovador do referido processo, ao ponto de um de seus formuladores, Carlos Ari Sundfeld, afirmar que se caminhou sobre um fio da navalha constitucional ao concebê-la (RAMOS, 2003).

Depois, foi a inovação tecnológica. Concebida constitucionalmente, a Anatel nasceu com o pressuposto fundamental de assegurar o correto funcionamento de um novo mercado competitivo, destinado a garantir o acesso universal da população ao serviço de telecomunicações mais essencial daquele tempo, via regime público: o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).

A ferramenta normativa da referida universalização foi um fundo público, designado Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), reservado ao uso exclusivo das concessionárias de STFC. Mas, paradoxalmente, aqui a inovação funcionou ao revés do pretendido pelos artífices da privatização do Sistema Telebrás. Uma lei setorial imediatamente anterior à LGT, a Lei 8.977 de 06/01/1995, Lei do Serviço de TV a Cabo, já prenunciava a inflexão tecnológica por que o mundo estava passando, a das comunicações digitais convergentes.

Tanto quanto uma legislação para a transmissão de múltiplos sinais de televisão para múltiplos assinantes, a chamada Lei de TV a Cabo foi uma legislação em que se disputou o controle das futuras redes de telecomunicações – coaxiais, de fibra óptica e híbridas –, para a oferta de serviços convergentes: se elas estariam cobertas pelo ainda vigente monopólio estatal, e só poderiam ser construídas pela Telebrás, ou se se permitiria, como se permitiu, que o particular também as construísse onde não fosse do interesse da empresa estatal ainda monopolista.

No horizonte dessa disputa já se fazia visível a revolução da internet e do World Wide Web. Não por outra razão, quando o FUST foi regulamentado – Lei 9.998, de 17/08/2000), apenas três anos de aprovação da LGT, o acesso à internet tornou-se um dispositivo essencial de universalização, jogando a ideia mais socialmente relevante da privatização da Telebrás num cipoal normativo até hoje, duas décadas depois, só parcialmente desembaraçado.

A tecnologia conduziria ainda a um outro paradoxo do arcabouço normativo da LGT, provocado pelo novo Serviço de Telefonia Móvel Celular (SMC), percebido em sua origem como uma alternativa complementar em regime privado complementar ao STFC. Oferecido ao mercado nas modalidades pós e pré-pagos, o serviço celular viu a sua base de usuários pré-pagos crescer

exponencialmente em poucos anos¹, sinalizando que o declínio da telefonia fixa, já visível no tempo mesmo em que foi a justificativa para a privatização do Sistema Telebrás, seria mais veloz do que inicialmente se supunha.

Em terceiro lugar, veio o que se denominará aqui, por analogia, e conforto metodológico, inovação-cidadã, com a Anatel surgindo e se consolidando juntamente com o crescimento e consolidação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), que veio à luz por meio da Lei 8.078, de 11/09/1990 – o Código de Defesa do Consumidor; e que ganhou corpo com o Decreto 12.181, de 20/03/1997, dispendo sobre a organização do SNDC.

Coincidência, ou não, a Anatel, ao criar seus escritórios regionais, desde o primeiro, em Brasília, em 2001, os chamou de Salas do Cidadão, uma ideia particularmente cara ao primeiro presidente do Conselho Diretor, Renato Guerreiro. Ideia que ele verbalizaria em público, talvez pela primeira vez, durante audiência pública realizada pela Anatel nos primeiros meses de 1998, após consulta pública sobre o I Plano Geral de Metas de Universalização do STFC (PGMU 1), preliminar ao leilão do Sistema Telebrás, a ser realizado em 29 de julho daquele mesmo ano.

Questionado por representante de empresa interessada no leilão sobre o grau de detalhamento das metas previstas para o acesso coletivo por meio dos terminais de Telefone de Uso Público (TUP), os chamados ‘orelhões’, que, entre outros dispositivos, especificam as distâncias em metros entre eles – variando de 300 a 800 metros -, o presidente da Anatel justificou a necessidade de tal precisão de meta, porque, sabendo a dificuldade da fiscalização em áreas remotas do país, ela daria ‘ao cidadão um instrumento que permitisse que ele próprio fosse também um fiscal’.²

¹ Oferecida pela primeira vez em 1998, a modalidade pré-pago do SMC chegou a 73,65% da base instalada do serviço em 2003. Em 2020, o sucessor do SMC, o Serviço Móvel Pessoal (SMP), ainda mostrava 53,55% da base instalada na modalidade pré-pago. Cf *Teleco – Inteligência em Telecomunicações*.

² Murilo César Ramos, anotações pessoais da audiência pública, s/d.

Seriam, entretanto, necessários 15 anos, até que a Anatel, em substituição à Assessoria de Relações com o Usuário, criasse a Superintendência de Relações com os Consumidores (SRC), por meio da Resolução 612 do Conselho Diretor, de 29/04/2013, no mesmo nível hierárquico das demais Superintendências: de Controle de Obrigações, de Fiscalização, de Competição, de Outorga e Recursos à Prestação, de Planejamento e Regulamentação, de Administração e Finanças, e de Gestão Interna da Informação. Além da Superintendência Executiva. Vale ainda o registro de que a SRC foi criada quase exatos oito meses depois da criação, no âmbito do Ministério da Justiça, da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), por meio do Decreto 7.738, de 28/05/2012.

2.6.1 O impasse do cumprimento de obrigações

Energia, Saneamento, Telecomunicações, Transportes. Tomemos esses quatro setores básicos de serviços de infraestrutura, e os olhemos, ainda que panoramicamente, do ponto de vista político-normativo e regulatório, à luz de um Estado Regulador. Dos quatro, salta aos olhos, como se tentou assinalar acima, a complexidade, a potência e a velocidade das mudanças tecnológicas que tem caracterizado, desde pelo menos os anos 1980 do século passado, o setor das telecomunicações, na sua transição do analógico para o digital. Não por meras circunstâncias, um dos termos mais usados hoje para caracterizar esse processo de mudanças é *disrupção*, do latim *disruptio* - quebrar, fraturar, estraçalhar. Um processo que, nem de longe, se aplica aos transportes, saneamento e energia. Aos primeiros, poder-se-ia até recorrer aos projetos hoje correntes de veículos autônomos que, entretanto, são fundamentalmente um desafio tecnológico muito mais de telecomunicações, do que de transporte.

Dado esse contexto, chega-se então aos Procedimentos de Apuração do Descumprimentos de Obrigações, os PADOs, que, em última instância, foram a motivação maior para que a Anatel resolvesse promover uma mudança de fundo

em seu modelo de fiscalização, centrada na ideia da fiscalização responsiva. As razões para que isto ocorresse foram sobejamente postas e analisadas em profundidade no transcurso desta pesquisa, como demonstrado, teórica e empiricamente, em seus Relatórios de Metas.

Os PADOs muito provavelmente se tornaram, ao longo do tempo, o embaraço regulatório mais persistente na história da agência. Embaraço refletido no, virtualmente interminável, embate jurídico com algumas das principais operadoras de telecomunicações do país em torno do pagamento de multas milionárias derivadas da aplicação de sanções, a partir do modelo, até hoje dominante, na Anatel - e em outras agências reguladoras de infraestrutura -, de fiscalização comando-e-controle, com justificado, ou não, impacto negativo na opinião pública, em especial junto aos consumidores e ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

2.6.2 Plano Estratégico 2015-2024: Conectando a Anatel ao Futuro³

Como já assinalado acima, em 24 de abril de 2013, com a entrada em vigor da Portaria 612, a Anatel modificou sua estrutura organizacional decorrente da edição da Resolução nº 612/2013, que aprovou seu novo Regimento Interno, “**com o objetivo principal de ampliar a eficiência da Agência na regulação e na fiscalização dos serviços de telecomunicações no Brasil**”, tendo sido consideradas, no processo de reorganização, “as seguintes premissas: modernização da estrutura da Agência; divisão das competências da Agência por processos e não mais por serviços; alocação das principais competências da Agência em superintendências diferentes, para permitir a desconcentração do poder decisório; e criação de mecanismos para aperfeiçoar a interação entre as

³ Esta seção foi desenvolvida a partir de documentos – apresentações, pareceres, atas, minutas – fornecidos pela Superintendência Executiva.

superintendências”⁴. E, adiante: “a modernização da estrutura administrativa da Agência visou **adequá-la ao atual cenário de convergência tecnológica do mercado**”. Recordou-se, então, que, no Regimento Interno anterior, aprovado pela Resolução 270/2001, “os serviços de telefonia fixa, de telefonia móvel, de internet e de TV por assinatura eram tratados por superintendências diferentes, de forma isolada. Entretanto, tal divisão vinha-se mostrando desatualizada frente à tendência de prestação de múltiplos serviços em plataformas comuns. Com as alterações efetuadas, a divisão das competências de cada área passou a ser feita por processos e não mais pela natureza dos serviços de telecomunicação prestados”.

No período 2013-2014, a Anatel deu partida a um processo de planejamento estratégico, de médio prazo - para o período 2015-2024 - e que teria, em consonância com a mudança regimental, a fiscalização dos serviços como um dos seus vetores principais. Tratada inicialmente por Fiscalização Avançada, a busca por uma “modernização da fiscalização” tinha os seguintes parâmetros como referência: fortalecimento da imagem da Anatel perante a sociedade; Aumento da segurança regulatória; atuação efetiva por processos (melhoria do processo de Fiscalização da Agência ponta a ponta); atendimento das expectativas das partes interessadas (stakeholders); melhoria da qualidade percebida pelo usuário; ganho de retroalimentação do processo (ferramentas de acompanhamento e controle - indicadores e feedback); cumprimento das Diretrizes/Resultados; efetividade da entrega dos resultados; melhoria da organização da Fiscalização (gestão de recursos, planejamento, entregar o que foi pedido no prazo etc.); comunicação/transparência da atuação da Agência; aumento da participação das superintendências envolvidas no processo de acompanhamento, fiscalização e controle; senso de utilidade (trabalhar com foco no que é relevante e urgente); Aumento da integração das unidades descentralizadas no processo.

⁴ Entre as quais, a nova Superintendência de Relações com os Consumidores (SRC).

Em 09/05/2016, fez-se uma apresentação ao Conselho Diretor, como um dos Projetos Estratégicos da Anatel, nela incluída o que se passara a chamar de Fiscalização Regulatória, ao se trazer para o português o conceito praticado pela OCDE de Regulatory Enforcement, salientando-se que ele abrangeria as atividades que visassem a promoção da conformidade (compliance) e o alcance de resultados regulatórios esperados.

E é então que se revela como inovadora, aos olhos da Anatel, a ideia de responsividade, amadurecida, ao que foi possível aferir nesta pesquisa, durante o processo por que passara a agência, de crítica a autocrítica, sobre efetividade da fiscalização comando e controle na relação com os regulados e nas relações com os consumidores, ou, dito de outra forma, nas relações com a sociedade e a cidadania.

2.7 Resultados da Análise da Hermenêutica de Profundidade

Nesta etapa, seguindo as recomendações da aplicação da Hermenêutica de Profundidade (HP), apresentamos as bases teóricas da Análise de Conteúdo bem como a elaboração das categorias de investigação dos discursos que foram aplicadas ao conteúdo transcrito das entrevistas. A partir disso, organizamos os argumentos mais significativos em temas, que agrupam as falas mais recorrentes entre os entrevistados.

2.7.1 Análise de Conteúdo

Ao que interessa a esta pesquisa, a aplicação da Análise de Conteúdo tem como objetivo identificar os argumentos mais recorrentes nas entrevistas, de forma quantitativa, que são utilizadas na elaboração do discurso da agência, construído também a partir do entendimento dos servidores, sobre o contexto que permitiu o ajuste da norma de fiscalização regulatória para um modelo baseado em responsividade. Espera-se facilitar a compreensão sobre as narrativas que vêm sendo criadas sobre o contexto de mudança fiscalizatória.

A análise de conteúdo é frequentemente utilizada na pesquisa em Comunicação Social pela gama de possibilidades de análise que propõe como, por exemplo, apontar sinais de pontos fortes e fracos da comunicação a partir do desejo pelo rigor metodológico para descobrir além do que é superficialmente revelado no texto (BARDIN, 2011; IKEDA; CHANG, 2006).

A técnica foi inicialmente utilizada nos Estados Unidos durante a década de 1940 com análise principalmente de materiais jornalísticos e, posteriormente, de propaganda. Com as possibilidades de sistematização das regras para análise de conteúdo, as pesquisas avançaram para a investigação política pelo governo americano “para desmascarar jornais e periódicos suspeitos de propaganda subversiva”. Em seguida, a metodologia se expandiu para outros campos da Ciências Sociais e foi aprimorada pelo desenvolvimento de recursos tecnológicos, interesse crescente pelos estudos das áreas de comunicação não verbal e linguística (IKEDA; CHANG, 2006, p. 6).

Como dito, a ampliação de ferramentas tecnológicas tornou as análises de conteúdo mais profundas, dando espaço para utilização de técnicas como as entrevistas gravadas, técnica escolhida para o desenvolvimento desta investigação, por tornar possível a análise de dados fornecidos por meio de perguntas abertas, que foram estruturadas para fim do diagnóstico (IKEDA; CHANG, 2006).

Na definição de Berelson (1952, p. 18), a análise de conteúdo é uma técnica voltada para descrição “quantitativa, objetiva e sistemática do conteúdo manifesto na comunicação”. Seguimos a definição de Laurence Bardin da análise de conteúdo como um “conjunto de instrumentos metodológicos”, que possui duas funções primárias: heurística, relacionada a tentativa de descoberta de sentidos no texto analisado; e de prova das hipóteses levantadas (BARDIN, 2011, p. 10), ou seja:

Um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (qualitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens (BARDIN, 2011, p. 41).

A partir deste entendimento, nosso objetivo com a investigação das entrevistas realizadas com superintendentes e gerentes da Anatel não é apenas descrever conteúdos, mas sim os significados que podem revelar a partir da investigação estruturada das falas dos entrevistados. Assim, vamos buscar estabelecer uma correspondência entre as estruturas semânticas ou linguísticas e as estruturas psicológicas ou sociológicas” dos textos descritos (IKEDA; CHANG, 2006, 7).

Consideramos fundamental destacar que, como defendem Turley e Kelley (1997) sobre análise de conteúdo, esta pesquisa não busca investigar a eficácia das estratégias de comunicação empregadas pela Anatel para disseminar a proposta de fiscalização regulatória baseada em responsividade, mas de identificar as abordagens mais comuns sobre o tema utilizada pelas pessoas entrevistadas que participam do processo de ajuste normativo nos últimos anos.

Selecionamos a análise de conteúdo temática, que consistiu em identificar núcleos de sentido dentro das entrevistas, conforme cada uma das perguntas que foram realizadas aos entrevistados, considerando como significativos a frequência da aparição de argumentos que foram utilizados para respondê-las, conforme indicam as pesquisadoras Ikeda e Chang (2006).

Salientamos que os temas não estão agrupados em ordem de importância, mas de incidência nas entrevistas, pois elencá-los não é o objetivo desta investigação, mas conhecê-los. Dessa forma, foram identificados nas entrevistas os principais argumentos utilizados pelos entrevistados para elaborar os discursos, a partir das seguintes categorias:

- a) Motivos para a mudança do modelo;
- b) Os benefícios esperados do ajuste normativo;
- c) Resistências ao novo modelo;
- d) Principais atores resistentes;
- e) Eficiência da Anatel na condução do processo.

Para facilitar a compreensão, organizamos, abaixo, as categorias, os temas e os argumentos mais comuns encontrados durante a análise das entrevistas:

Tabela 1 – Motivos para mudança do modelo de fiscalização

a) Motivos para mudança no modelo de fiscalização

TEMAS	ARGUMENTOS
Baixa efetividade do modelo de comando e controle	Dizem respeito à dificuldade de a norma vigente entregar resultados em menos tempo. Estão relacionados à melhoria da efetividade do mecanismo de fiscalização vigente; possibilidade de interação com outras ferramentas, além da sanção; e melhoria no processo sancionatório.
Multa não resolve	Fazem relação com as sanções existentes e a baixa efetividade pedagógica delas para a correção dos problemas
Evolução natural da agência	Indicam que os ajustes da norma fazem referência à evolução natural do processo de fiscalização e modernização.
Modelo atual é desorganizado e prescritivo	Apontam para as limitações técnicas do modelo de comando e controle frente às novas tecnologias e outras questões de contexto.
Mais resultados para o consumidor	Demonstram que a mudança no modelo é necessária para levar à melhoria da prestação de serviço de telecomunicações para o consumidor.

Fonte: Autores.

Tabela 2 – Benefícios da mudança no modelo de fiscalização

b) Benefícios da mudança no modelo de fiscalização

TEMAS	ARGUMENTOS
Aprimoramento da atuação da Anatel	Apontam a melhoria da relação com <i>stakeholders</i> , redução de custos e da carga de trabalho, aprimoramento dos processos (PADOs), solução de problemas no curto prazo, amadurecimento normativo.
Ajustamento de condutas	Estão relacionados à possibilidade de ajustar a conduta dos regulados, melhorar a relação com a Anatel, ampliar o compromisso e a confiança.
Melhoria na imagem pública	Consideram que o maior benefício do ajuste do modelo de comando e controle são os resultados que trarão para a sociedade. Indicam como o ajuste do processo de fiscalização pode contribuir para a melhoria da imagem da agência e valorização da instituição.
Cultura de responsividade	Relacionados à promoção de uma cultura de responsividade e <i>compliance</i> tanto na fiscalização como no dia a dia da agência.

Fonte: Autores.

Tabela 3 – Principais resistências ao novo modelo de fiscalização**c) Principais resistências ao novo modelo de fiscalização**

TEMAS	ARGUMENTOS
Falta de isonomia entre os regulados	Dizem respeito às possibilidades técnicas da regulação responsiva de poder ajustar os mecanismos de sanção conforme cada caso, provocando falta de isonomia entre os regulados e, ocasionalmente, beneficiando empresas.
Resistência à mudança (cultural)	Apontam para a resistência sobre a mudança normativa, que se expressa pelo costume com a norma vigente ou insegurança com relação às regras que estão em ajuste. Também se referem ao sentimento de insegurança por parte dos servidores, principalmente fiscais, na aplicação do modelo baseado em responsividade.
Apego à multa	Relacionam as resistências encontradas para o apego ao modelo de comando e controle, à visão restritiva sobre as sanções e sua função para o Estado.
Não existem resistências	Apontam para os casos em que os entrevistados não reconhecem a existência de questões ou resistências com relação à mudança do modelo ou que poderiam prejudicar sua implementação.
Insegurança normativa/falta de rigor jurídico	Marcam para a preocupação sobre a implementação de ajustes na norma de fiscalização antes de que o novo regulamento esteja aprovado. ⁵
Preocupação com resultados	Indicam que, embora na teoria o modelo baseado em responsividade mostre a possibilidade de sucesso, são poucos os testes realizados que o garantam.

Fonte: Autores.

Tabela 4 – Resistências ao novo modelo**d) Resistências ao novo modelo, considerando os seguintes atores (stakeholders):**

GRUPO	ARGUMENTOS
Servidores da agência	Principalmente focados naqueles que atuam com fiscalização na ponta.

⁵ O Regulamento de Fiscalização Regulatória (RFR) foi aprovado após a realização das entrevistas pela Resolução ANATEL nº 746, de 22 de junho de 2021, publicada em 23 de junho de 2021. A aprovação dessa resolução não afeta, entretanto, as conclusões de análise do discurso.

Procuradoria Federal Especializada na Anatel	Responsável pela análise do novo marco regulatório e que já questionou a não abertura dos Procedimentos Administrativos (PADOs), que são uma das principais inovações da nova norma.
Empresas reguladas	No sentido de terem que se adequar para os ajustes no marco, o que demanda tempo e investimento financeiro.
Órgãos de Controle	TCU (Tribunal de Contas da União), CGU (Controladoria Geral da União) e Ministérios Públicos Estaduais e Federal, que têm apresentado resistências sobre as novas etapas do processo sancionatório, principalmente relacionadas à instauração de PADOs.
Consumidores/sociedade	Para quem a regulação baseada em responsividade pode configurar o alinhamento da Anatel com as empresas reguladas, causando-lhes prejuízo na utilização dos serviços de telecomunicação.

Tabela 5 – Eficiência da Anatel na condução do processo

e) Eficiência da Anatel na condução do processo

TEMA	ARGUMENTOS
Esforço por um novo marco fiscalizatório	Fazem relação ao fato de, desde 2013, a Anatel está empenhada para a atualização do marco fiscalizatório e melhoria do setor de telecomunicações no Brasil.
Experiência com projetos piloto	Destacam a atuação da Anatel em elaborar e apresentar os resultados dos projetos-pilotos, como âncoras para o entendimento sobre a premissa fiscalização baseada em responsividade.
Promoção da cultura de responsividade	Estão relacionadas ao aprofundamento teórico sobre regulação responsiva, à formação de servidores, à ampliação do diálogo com os <i>stakeholders</i> e às mudanças do discurso de comando e controle para responsividade.
Mecanismos de inovação	Apontam para soluções inovadoras que a Anatel encontrou para solucionar as questões relacionadas à fiscalização baseada em incentivos.

Fonte: Autores.

2.8 Interpretação e reinterpretação

Nesta fase, apresentaremos o resultado na análise dos discursos a partir das categorias identificadas durante a etapa anterior de análise dos conteúdos das entrevistas com os servidores da Anatel. Os argumentos empregados em cada

uma das questões levantadas servem para compreender os sentimentos e expectativas sobre a mudança da norma de fiscalização regulatória, bem como vêm sendo construídos os discursos em torno do tema, uma vez que consideramos a própria instituição como resultado de processos discursivos (CUNHA, 2016).

Como explicamos na etapa de análise sócio-histórica, que teve como objetivo situar os processos enfrentados pela agência para estabelecer mecanismos de regulação dos serviços de telecomunicações no Brasil, iniciamos a reinterpretação dos argumentos empregados para justificar ou defender os motivos da mudança do modelo em vigor, baseado em processos de sanção, para uma premissa de fiscalização responsiva.

Considerando que a fase de reinterpretação diz respeito ao exercício do analista de buscar uma outra interpretação sobre cenários que já foram interpretados pelos indivíduos, com objetivo de encontrar novos sentidos aos discursos elaborados com relação a determinado contexto ou acontecimento (THOMPSON, 2011), pretendemos analisar os principais argumentos utilizados para compreender, principalmente, as expectativas e entendimentos dos entrevistados sobre a mudança da norma de fiscalização, buscando superar compreensões superficiais.

É importante salientar a forma que encontramos para identificar os argumentos que nos ajudam no processo de reinterpretação dos discursos. Foram entrevistados 21 servidores entre julho e outubro de 2020, 7 superintendentes (Tipo 1) e 14 gerentes (Tipo 2). Em cada uma das entrevistas todos os argumentos apresentados pelos especialistas foram identificados e agrupados em categorias.

Por exemplo, se um entrevistado apresentou mais de um argumento para defender ou justificar a mudança, esses foram somados e organizados em grupos argumentativos. Por esse motivo, o número de argumentos identificados é sempre superior ao de pessoas entrevistadas.

2.8.1 Discurso sobre os motivos para a mudança do modelo de fiscalização

Iniciaremos o processo de reinterpretação dos discursos a partir dos argumentos utilizados para defender ou justificar os motivos para a mudança do modelo de fiscalização regulatória da Anatel. Os enunciados agrupados na categoria *Baixa efetividade do modelo de comando e controle* estão relacionados ao entendimento de que a norma em vigor apresenta problemas nos quesitos de efetividade para alcançar os resultados esperados pelos *stakeholders*.

Esse discurso reúne argumentos que indicam a necessidade de diminuir o tempo entre a instauração dos processos sancionatórios e a resolução dos problemas, fatos que contribuem para a urgência de superar o modelo de fiscalização regulatória de comando e controle por uma premissa mais inovadora, dinâmica e responsiva.

A gente sabe já que nossa regulação foi muito intrusiva em determinados aspectos. Ela é muito detalhista. Isso dá azo à mais descumprimento, por óbvio. Nosso setor é muito dinâmico, então as coisas mudam muito rapidamente e a regulamentação tende a não acompanhar todas essas mudanças. O que se viu na prática foi: a gente sancionava, vinha uma outra infração, sancionava também e isso foi acumulando. Acumulou nosso saldo de milhões e milhões em multas devidas à Anatel, mas não se via isso como melhoria na prestação do serviço. Não se vê como uma solução de problemas. O consumidor não percebe nenhuma melhoria em função de multas grandes que a Anatel tenha aplicado⁶.

O que a gente percebeu foi que aquela rejeição por parte até dos próprios fiscais de continuar encontrando os mesmos problemas, a gente vem percebendo no segundo ciclo de rodadas é que esses pontos são elementares, básicos. Não era para ter esse tipo de erro e eles foram corrigidos. Eu acho que já é um ponto fantástico dessa mudança de comando e controle para essa questão de fiscalização mais responsiva, porque você tem uma resposta rápida àquilo que está em desacordo com a regulamentação⁷.

No discurso identificado é possível enxergar desconforto provocado pela baixa efetividade da norma de comando e controle para atender às demandas do setor de telecomunicações e da sociedade, salientando que os custos empregados para efetivação do processo sancionatório não oferecem o retorno satisfatório, gerando prejuízos, principalmente, ao consumidor.

⁶ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 28 de julho de 2020.

⁷ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 15 de setembro de 2020.

Os enunciados possibilitam a compreensão de que há urgência na melhoria da norma vigente para solucionar as questões de efetividade, indicando consenso. Entendemos também que há desânimo em seguir utilizando o modelo de comando e controle, considerado prescritivo em demasia e ancorado na aplicação de multas que não tem dado conta de acompanhar a evolução do ambiente de telecomunicações.

Esta interpretação se aprofunda nos argumentos agrupados que defendem ou justificam que *Multa não resolve*. Os discursos fazem relação, principalmente, ao enfraquecimento do modelo pedagógico da sanção no modelo de comando e controle, devido à demora entre a observação da conduta irregular por parte dos regulados até o momento da sanção.

Considerando que tanto a lei quanto a nossa regulamentação de sanções administrativas entende que qualquer desvio, infração, deve ser punida, isso em geral cria a necessidade da instalação de um processo sancionador, que é um processo administrativo bem moroso - que pelas próprias fases de defesa e contraditório, acaba demorando muito tempo para que se tenha uma solução administrativa seja em primeira ou segunda instância desse processo. Geralmente você tem uma sanção e ela acaba sendo muito distante da infração cometida⁸.

Se você faz a mesma coisa todos os dias e espera um resultado diferente, não dá. Isso foi o que a gente tentou fazer na lógica de que se a gente fizesse a atuação responsiva, não mais perseguiria a sanção, mas a correção da conduta, vai (incompreensível) o quão cedo eu consigo o resultado para a sociedade. Por exemplo, a gente imaginava que feita a sanção, a prestadora iria corrigir a conduta e o resultado viria para a sociedade. Como a gente estava aplicando a sanção e ela não tinha resultado pedagógico, a gente não estava vendo efeito para a sociedade⁹.

Se você identifica uma irregularidade hoje e aplica uma multa, tem um prazo para ser instruído o processo administrativo, a entidade pode recorrer, o processo administrativo pode durar algum tempo, levar alguns anos e chegar até o conselho diretor e, posteriormente, a entidade pode recorrer na justiça. Tem casos que a Anatel ainda está discutindo multas na justiça de 10, 15 anos atrás¹⁰.

O aspecto arrecadatório tem um viés constrangedor para com o próprio agente que pratica porque muitas vezes as irregularidades continuam existindo sem que aquela multa pudesse ter resultado em uma solução. Então, várias irregularidades continuam sendo praticadas mesmo após as multas. Então é esse aspecto que a agência pretende aperfeiçoar com o modelo responsivo¹¹.

⁸ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 13 de julho de 2020.

⁹ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 9 de julho de 2020.

¹⁰ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 21 de agosto de 2020

¹¹ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 8 de agosto de 2020.

O contexto sócio-histórico que apresentamos anteriormente revela, entre outras questões, como a inovação faz parte da história da Anatel. A mudança do modelo de fiscalização também é defendida em discursos que indicam para uma *Evolução natural da agência*. Interpretamos que, embora este argumento tenha incidência regular nas entrevistas analisadas, parece um recurso utilizado para evitar críticas mais duras à falta de efetividade do modelo, frente aos desafios das mudanças tecnológicas no setor de telecomunicações e os poucos resultados que entrega ao consumidor final.

Ao recorrer a esse pretexto, os discursos revelam certo grau de desconfiança com a mudança total do modelo e reforçam a necessidade de, apenas, incluir mecanismos responsivos ao modelo de comando e controle. Mesmo reconhecendo a perda do cunho pedagógico da sanção, esse tipo de argumento pode revelar certa resistência à substituição do marco vigente, ao ponto que indica possibilidades de melhoria dos resultados da fiscalização sem que mudanças radicais sejam necessárias.

A Anatel está caminhando para um processo desta natureza. Está mudando um pouco o *mindset* interno da agência, para tentar ter algo um pouco mais virtuoso e um pouco menos burocrático, digamos assim¹².

A gente percebeu ao longo dos anos que essa metodologia de controle de sanções com multas foi se tornando algo que não trazia nenhum benefício ou resultado direto ao cidadão consumidor. Então, a possibilidade de a gente poder conversar melhor com o setor regulado, de converter multas em obrigações de fazer, de celebrar termos de ajustamento de conduta faz com que esse processo de fiscalização vá evoluindo e a gente vai encontrando novas formas de regular o mercado de telecomunicações"¹³.

(Mudança) no sentido de progressão mesmo e evolução do antigo paradigma de comando e controle e de *enforcement* para uma visão um pouco mais proativa visando prevenção, melhoria, retroalimentação e todos aqueles elementos da fiscalização regulatória ao invés de um foco específico ou limitado ao cunho pedagógico da sanção¹⁴.

¹² Entrevistado tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 13 de agosto de 2020.

¹³ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 2 de setembro de 2020.

¹⁴ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 21 de agosto de 2020.

Os enunciados que contêm críticas mais diretas ao modelo de comando e controle reúnem argumentos que defendem que o *Modelo é desorganizado e prescritivo* e buscam esclarecer como as limitações dessa premissa causaram problemas técnicos incontornáveis para que o modelo seja efetivo, tanto em relação às novidades tecnológicas como para solucionar situações específicas do contexto brasileiro de telecomunicações.

Os argumentos revelam a existência de um discurso de defesa da alteração total do modelo, indo de encontro àquele que acredita que ajustes pontuais já dariam conta da melhoria da prestação dos serviços, da relação com os entes regulados e com a sociedade, aprimorando a imagem pública da agência. Há dissenso entre os entrevistados sobre este tema e ambas as possibilidades estão postas de forma equilibrada.

As críticas mais diretas estão presentes em discursos que indicam que as regras que compõem a norma de fiscalização são muito descritivas sobre as condutas esperadas pelo agente regulado e não ajudam na solução de problemas de forma prática. Percebemos ainda que há a compreensão de que certas regras são inúteis e não levam à melhoria do serviço ou protegem o consumidor de possíveis irregularidades cometidas pelos regulados.

Diante desse tipo de defesa, é possível entender que o modelo de comando e controle é desorganizado e precisa ser substituído, não somente aprimorado, principalmente considerando a necessidade de que o processo de fiscalização tenha maior impacto e se atente às questões que têm mais relevância para o setor de telecomunicações.

Como elas são muito detalhadas, qualquer desvio com relação às regras pré-estabelecidas da nossa regulamentação é caracterizado como infração. [...] Você tem tanto o ponto de vista do processo da Anatel, que a gente não consegue ter essa atuação rápida o suficiente para ter esse efeito dissuasório e ao mesmo tempo você tem regras muito prescritivas que coisas que não seriam consideradas infrações pelo senso comum são consideradas infrações à luz do nosso modelo de regulação¹⁵.

Anatel faz o acompanhamento do setor de telecomunicações como órgão regulador, mas com o *enforcement* muito baseado em comando e controle, que de certa forma

¹⁵ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 13 de julho de 2020

traz algumas obrigações para que as prestadoras retomem algum descumprimento, mas muito baseado em multas que, por vezes, não acabam sendo pagas, mas sendo judicializadas e não traz o benefício que seria melhoria para o usuário, redução de tarifa ou investimento em infraestrutura¹⁶.

Existe uma série de obrigações que a Anatel criou para supostamente proteger o consumidor que não tem valor nenhum - não tem utilidade para o consumidor - e que as empresas as cumprem e o consumidor nunca reclamou. Ou seja, se a empresa não está cumprindo e o consumidor nunca reclamou, é porque aquela regra é inútil, que a Anatel inventou da cabeça dela e o cidadão não dá valor nenhum. [...] gera uma grande ineficiência do ponto de vista da Anatel, porque ela tem que acompanhar uma regra que é inútil e como a Anatel tem recursos limitados em termos de servidores e recursos públicos, a gente deixa de garantir uma regra que é útil para o consumidor e começa a instaurar processos que são inúteis para o consumidor. Isso gera ineficiência do lado da empresa também porque em vez de estar utilizando seus recursos escassos para prestar os seus serviços da melhor forma possível, ela está utilizando para se defender de processo sancionador de uma regra inútil¹⁷.

Nós atuamos por algum tempo com uma ânsia fiscalizatória grande, que ainda temos, mas ela era desorganizada e hoje ela tem sido mais organizada. O que quer dizer: a agência tinha uma promoção de fiscalização que acabava por concorrer diversos recursos e ter diversas frentes de atuação em temas mais prioritários e menos prioritários concorrendo entre si e de forma igual¹⁸.

Se faziam muitas fiscalizações, mas de menor impacto e relevância competiam com fiscalizações de maior relevância. E isso tudo depois gerava uma série de insumos e informações para uma única área de informação e controle que acabava recebendo diversos *inputs* de diversos temas e não conseguia dar a mesma celeridade em todos¹⁹.

Por fim, os discursos sobre a mudança do modelo também estão amparados na necessidade de promover *Mais resultados para o consumidor*. A partir dos enunciados, é possível identificar argumentos que defendem ou justificam que a principal necessidade da adoção da premissa de fiscalização responsiva é para melhorar, por meio do papel regulador da Anatel, a prestação do serviço de telecomunicações ao cidadão consumidor.

Interpretamos, assim, o reforço à importância do Estado como ente regulador para que a sociedade tenha acesso aos melhores serviços, a partir de um trabalho conjunto com os entes regulados, com foco prioritário na solução de problemas do cidadão e redução dos prejuízos causados pela norma vigente.

¹⁶ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 6 de outubro de 2020.

¹⁷ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 13 de julho de 2020.

¹⁸ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 2 de julho de 2020.

¹⁹ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 2 de julho de 2020.

Com base nos enunciados, é possível perceber que os discursos que defendem esta questão - a de buscar mais resultados para o consumidor - são fortes e apontam para uma chave discursiva já consolidada na agência, até porque a leitura sócio-histórica já apontava igualmente para uma preocupação da Anatel de atuar voltada aos interesses desse público específico.

Por conta dos resultados perceptíveis por parte da sociedade que faz parte do tripé que sustenta o modelo: sociedade, Estado e o setor regulado (as empresas) e, também, para que a gente possa de forma mais dinâmica adequar a estrutura e os processos das nossas operações na conformação do mercado, uma vez que é um mercado que evolui muito rapidamente²⁰.

É necessário mudar. Ao longo de toda a existência da Anatel, a fiscalização teve um modelo de atuação muito repreensivo. Ao longo do tempo, foram criados milhares de processos administrativos, que resultaram em multas com valores expressivos e, no entanto, a percepção para a sociedade é que o serviço não melhorou tanto assim. Então, essas sanções não redundaram em benefícios perceptíveis pela sociedade²¹.

2.8.2 Discursos relacionados aos benefícios da mudança do modelo de fiscalização

Entre os enunciados estão também aqueles que revelam a elaboração de discursos sobre as expectativas com relação à regulação baseada em responsividade e as melhorias que pode trazer à fiscalização, no que diz respeito ao *Aprimoramento da atuação da Anatel*. Esses argumentos defendem ou justificam como a mudança pode contribuir para a melhoria da relação da agência com *stakeholders*; o aprimoramento da eficiência na resolução de problemas, a redução nos custos e da carga de trabalho; o aperfeiçoamento da abertura de PADOs e da resolução de problemas com segurança normativa para a fiscalização.

Assim, é possível reinterpretar que são altas as expectativas relacionadas à regulação responsiva. Por vezes, parecem superar as possibilidades reais de

²⁰ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho da entrevista concedida em 28 de julho de 2020.

²¹ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho da entrevista concedida em 10 de setembro de 2020.

refinamento dos processos de fiscalização que o modelo de fato tem para oferecer a curto e médio prazos. Percebemos que esse resultado deriva do processo formativo que a Anatel tem oferecido aos servidores para garantir a transição entre as normas de fiscalização bem como dos bons resultados dos projetos-pilotos já implementados.

No entanto, não há coesão de discurso no que tange indicar como as premissas responsivas serão aplicadas à prática da fiscalização. Se espera muito da mudança do modelo a partir do que se sabe, mas em algumas áreas específicas os argumentos revelam apenas desejos de que a responsividade possa solucionar questões que são caras para a agência.

O modelo punitivo demora muito tempo. Digamos que ele fosse plenamente efetivo no sentido de que você aplica uma sanção e a prestadora paga aquela sanção no fim das contas e revê sua forma de atuar. Isso na prática demoraria anos. Acho que o setor achou uma forma de postergar o pagamento e se tornou uma máquina de processos sancionatórios. O que se espera é em vez de entrar nesse modelo, apesar de isso ainda ser possível por ser uma ferramenta à disposição da Anatel, é que a gente tenha muito mais agilidade para resolver problemas²².

Esse modelo responsivo acaba trazendo mais transparência às ações da agência no momento que o acompanhamento do regulado pode ser feito também pelo próprio cidadão ao longo do processo de averiguação de uma irregularidade. Então, com certeza, transparência e a solução do problema em si, que hoje ela se mostra um pouco ineficaz no momento em que as multas não têm trazido nenhum efeito em relação a isso²³.

É interessante, por exemplo, observar os argumentos que indicam que a responsividade é a possibilidade de solucionar problemas históricos da agência como os gargalos referentes aos PADOS ou à transparência das atividades de fiscalização dos regulados. Esses discursos defendem que os resultados mais esperados da regulação responsiva estão na priorização de temas urgentes, na possibilidade de dosar as soluções de acordo com o problema e de identificar oportunidades de melhoria em possíveis cenários de descumprimento da regulamentação.

²² Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho da entrevista concedida em 28 de julho de 2020.

²³ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 8 de agosto de 2020.

A gente tem muito mais resultados positivos com esse modelo [...] econômicos para a sociedade com a prestação do serviço, num modelo de fiscalização que eu não preciso usar toda a estrutura e esforços para poder ir à campo, para tornar mais eficiente a força de trabalho dos servidores, fiscais e áreas administrativas como um todo [...] eu tenho muitos ganhos²⁴.

Num modelo mais negociado, mais próximo, a gente consegue identificar com muito mais rapidez ou até menos resistência das prestadoras em que ponto da prestação de serviço há falha que gera o descumprimento do regulamento ou de um direito do consumidor. Nesse processo de diálogo, a gente consegue construir [...] uma solução que seja mais rápida, efetiva para dirimir aquela conduta que estava em desatenção ao regulamento ou descumprindo um direito²⁵.

O que a gente costuma ouvir muito de reclamação das prestadoras é sobre a abertura de vários PADOS, sucessivas multas acabaram criando um gargalo financeiro nelas impedindo que investissem na rede. Então, esse modelo de negociação permite que a gente não faça toda essa evolução e consiga chegar mais rápido no objetivo que é a correção da inflação²⁶.

Quando a gente fala do modelo com base em responsividade [...] dosagem das medidas [...], você consegue modular a força da medida conforme a resposta do agente e tratar sem ferir a isonomia de uma maneira proporcional àquilo que sua demanda específica com ele exige. Vai ter agente que vai de uma maneira mais leve e resolve e vai ter agente que vai subir no topo da pirâmide de regulação responsiva²⁷.

Essa categoria também reúne argumentos que justificam como a regulação responsiva contribui para que a agência tenha foco na solução de problemas. Entretanto, embora considerem os projetos-pilotos como os principais ativos para o sucesso dessa possibilidade, pouco conseguem evoluir deles para a solução de problemas nas áreas em que a responsividade ainda não mostrou resultados expressivos.

No que tange ao *Ajustamento de condutas*, os discursos buscam justificar que a responsividade representa uma possibilidade de promover uma melhor relação entre a Anatel e os regulados, por meio do fortalecimento da agência como órgão regulador. Interpretamos deste discurso que o comportamento dos entes regulados estará mais comprometido com a regulamentação estabelecida.

Para obter o benefício da fiscalização, necessariamente eu preciso de uma ponte de segurança muito firme entre o regulador e o administrado. Mas eu acho que a partir do momento que se exercita e se verificam benefícios desse exercício e dessa prática, essa ponte acaba ficando cada vez mais forte e dando ainda mais suporte para que a

²⁴ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 6 de julho de 2020.

²⁵ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 14 de setembro de 2020.

²⁶ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 14 de setembro de 2020.

²⁷ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 30 de setembro de 2020.

fiscalização regulatória seja exitosa. Claro que, assim, eu não tenho como baixar a guarda como órgão regulador, nunca. Eu tenho que ter sempre um olhar muito atento e ter às minhas mãos todos os mecanismos possíveis, mas eu acredito que, na medida em que eu obtenho sucesso, eu acabo tendo diversos incentivos para outros sucessos em outras medidas²⁸.

[...] a gente busca fazer as empresas reconhecerem que existe um problema e começar a tentar resolvê-lo. Para nós, esse é um elemento empírico muito forte que pode, por exemplo, justificar a lógica de você ter uma regulamentação mais lógica, de maneira que faz o regulador mostrar o que de fato é um problema para o consumidor, ao invés de ficar cobrando etiqueta em aparelho e diploma na parede para licitação de transmissão por exemplo²⁹.

A partir do momento que a agência constatar alguma irregularidade ou que o serviço não esteja sendo prestado de forma satisfatória, que ela comunique as prestadoras e elas possam rapidamente adotar medidas que solucionem o problema. Hoje, elas (as empresas) esperam que o processo administrativo seja finalizado, e pode levar anos, para que eventualmente ela possa tomar uma medida, às vezes, até judicializá-la. Então, esse modelo talvez poderia redundar que as prestadoras pudessem ser incentivadas a solucionar o problema num prazo curto e com isso trazer o benefício para os consumidores³⁰.

Compreendemos deste discurso que o processo é marcado, primordialmente, pela aproximação entre a Anatel e os regulados para antecipar a solução de irregularidades mais comuns por meio do diálogo sobre o cumprimento das obrigações por parte das empresas. Além disso, os argumentos propõem que a regulação responsiva possa ser um ativo para evitar que os regulados enfrentem gargalos financeiros, por terem que arcar com as multas milionárias, comuns no modelo de comando e controle.

Multas que se arrastariam por anos e seriam levadas para o judiciário numa série de recursos, que a gente sabe que demorariam até dezenas de anos para terem algum tipo de resultado, a gente consegue no modelo de regulação responsiva tratar isso na forma de investimento, de instalação de equipamentos, instalação de infraestrutura de telecom. Isso faz com que esse benefício chegue ao cidadão de uma forma muito mais rápida³¹.

Os discursos que defendem como benefício a *Melhoria da imagem pública da Anatel* consideram que os processos baseados em regulação responsiva poderão contribuir positivamente à imagem que a sociedade tem da agência, na medida em que a eficiência dos processos de responsividade trarão resultados mais

²⁸ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 30 de junho de 2020.

²⁹ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 9 de julho de 2020.

³⁰ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 10 de julho de 2020.

³¹ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 13 de agosto de 2020.

rápidos tanto para os regulados como para o consumidor. Esses argumentos justificam como benefício a forma como a sociedade percebe os serviços de telecomunicações, a partir do valor que a Anatel consegue entregar com sua atividade de controle.

É relevante que a gente tenha que olhar, mas é um aspecto tão técnico e tão implícito à prestação que isso por si só não se transforma numa melhoria para o cidadão de forma direta, mas gasta-se tempo fazendo avaliação disso. Então, esse é um aspecto transformador interno que esperamos que faça muita diferença. A gente está ainda num modelo de expectativas³².

Primeiro, eu acredito no desenvolvimento de uma sistemática e de ferramentas mais modernas em que talvez, precisemos ir menos em campo e com incentivos que, ao contrário de direcionar para o litígio, direcionem para a resolução efetiva dos problemas e das questões que em fiscalização nós encontramos³³.

Acho que a principal motivação para a gente fazer essa mudança é ter uma resposta rápida para sociedade daquilo que está sendo prestado em desconformidade com o esperado, mas não somente com o esperado na regulamentação, porque o processo de regulamentação também é demorado, mas também pensando naquela visão de que a regulamentação não consegue cumprir todas aquelas hipóteses para prestar o serviço³⁴.

Acho que, na percepção, seja do mercado, seja do governo, e até interna na disposição dos seus servidores de perceber que a agência, estamos preocupados em responder melhor às demandas da sociedade, em atender melhor o interesse público e enfrentar as falhas que ela encontrou no modelo. Então, acho que a vantagem imediata está aí e nessa, vamos dizer assim, nessa melhora da percepção interna e externa sobre a seriedade das ações da agência³⁵.

Há enunciados que consideram como benefício a promoção de uma *Cultura de responsividade*, em busca de um novo modelo de fiscalização regulatória, apoiando a elaboração de um discurso que ajuíza este como um processo já iniciado dentro da agência, na cultura organizacional e evoluindo para o processo fiscalizatório.

Nesta categoria, o discurso elaborado reconhece como questão relevante ações com foco no alinhamento dos incentivos, tornando possível que os entes regulados se comprometam com a qualidade dos serviços e se antecipem a possíveis irregularidades.

³² Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 28 de julho de 2020.

³³ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 13 de agosto de 2020.

³⁴ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 15 de setembro de 2020.

³⁵ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 8 de agosto de 2020.

Também formam um discurso em defesa da importância de manter a simetria informacional entre os regulados, como resultado de um acompanhamento mais próximo dos indicadores de solução de problemas das empresas e o estímulo a uma dinâmica de flexibilidade no mecanismo regulatório. Esses argumentos alegam que a Anatel pode estabelecer uma dinâmica adicional de busca do compliance pela qualidade na prestação de serviço a partir dos diferentes contextos de regulação.

O que se espera de uma mudança de modelo é você ter um maior foco no alinhamento dos incentivos de forma a permitir que os regulados possam ter um maior comprometimento com a melhoria da qualidade do serviço. É uma questão muito mais de alinhamento dos sentidos, eu acho³⁶.

Quando eu acompanho os resultados que eu controlo, fico menos vulnerável à assimetria informacional. Tem um ponto da literatura que eles falam que a assimetria de informação fica mais importante e passa, em teoria, a ter um efeito muito maior na atuação responsiva, porque a gente passaria a ter a resposta dela. Na prática, se você consegue mostrar um indicador que você pode fazer o controle você fica independente dessa assimetria informacional³⁷.

Acho que ela pode conferir à Anatel uma dinâmica adicional de busca do *compliance* [...] em aprimoramento de um modelo exclusivamente de comando e controle, outro mais responsivo consegue conferir à Anatel uma abordagem menos prescritiva, mas que possa se alimentar de indícios do momento de maneira muito adequada à dinâmica do provimento de serviços³⁸.

Assim, reinterpretando os enunciados sobre as expectativas de benefício da regulação responsiva, é possível inferir que há o desejo de que a norma revolucione a forma de trabalho fiscalizatório da agência nos últimos 24 anos, mesmo que os discursos sobre os benefícios práticos ainda não estejam completamente consolidados.

Estes argumentos vão de encontro às construções discursivas que avaliam que o momento é de ajuste, não de completa alteração da norma de fiscalização. Contudo, entendemos que o fato de a nova norma de fiscalização enfrentar problemas para ser aprovada pela Procuradoria e órgãos de controle pode impedir que os discursos estejam mais consolidados sobre seus reais benefícios.

³⁶ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 13 de agosto de 2020.

³⁷ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 9 de julho de 2020.

³⁸ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 31 de agosto de 2020

2.8.3 Discursos sobre resistências ao novo modelo de fiscalização

A análise também torna possível conhecer os argumentos que sustentam os discursos sobre as resistências à fiscalização baseada em responsividade. Neste caso, **quatro grupos de atores foram identificados: a) servidores da agência; b) Procuradoria Federal Especializada da Anatel; c) empresas reguladas; d) órgãos de controle; e) os consumidores.**

Nos enunciados sobre a *Falta de isonomia entre os regulados*, encontramos discursos que revelam a preocupação com a possibilidade de customização das medidas regulatórias, o que poderá levar a que o modelo seja focado em solucionar as irregularidades apenas nas grandes empresas e não apresentem medidas similares para os demais regulados.

Tais argumentos indicam que **existem receios quanto ao tratamento não isonômico entre os regulados, advindo daí as resistências que possam vir dos servidores da agência, da área jurídica, dos consumidores e da sociedade em geral. Os discursos mostram a tentativa de dirimir esses temores, mas a narrativa é pouco precisa e revela dúvidas se de fato um marco fiscalizatório baseado em responsividade terá condições de garantir que, em caso de irregularidades, todos os entes terão acesso aos mecanismos de forma justa e equilibrada.**

Na regulação responsiva, os mecanismos são dosados também na medida do retorno, em termos de desempenho, que a empresa nos responde. [...] a possibilidade de customização, a depender do desempenho de caso a caso, ainda é um fator que cria um certo receio para a Procuradoria, até levantando questões de tratamento não isonômico, que podem ser levantadas pelos próprios administrados que são outros atores em que a gente ainda encontra resistência³⁹.

Sempre que a gente fala de fiscalização regulatória nesse modelo responsivo, a gente acaba sempre focando nas grandes empresas. Isso é fato. Falamos de muitas milionárias, que a gente precisa ter um modelo mais responsivo e tudo mais. E eu acho que esse discurso é correto, só que na prática, ele acaba sendo aplicado somente nas grandes empresas que têm muitas bastante significativas⁴⁰.

³⁹ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 30 de junho de 2020.

⁴⁰ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 13 de julho de 2020.

Geralmente a área jurídica tem mais dificuldade de enxergar esse tipo de possibilidade de tratar agentes que em tese seriam iguais. Essa visão global de conduta do regulado é bastante nova e tem muita resistência nesse ponto. Hoje, eu acho que as maiores dificuldades estão no aspecto jurídico da questão de como é possível implementar essa modelagem na sua plenitude, dada a nova legislação. Fazer essa mudança é mais complicado⁴¹.

Quando a gente fala em permitir um modelo responsivo, de autorregulação, que de certa forma garanta uma ação direta com as prestadoras reguladas, isso soa, para a população, como se fosse um alinhamento da agência reguladora com a iniciativa privada. Isso não é verdade. Gera um receio até dos órgãos de controle, achando que a Anatel vai abrir mão do papel punitivo sancionador, o que também não é verdade⁴².

Há desconfiança de que esse modelo possa ser transformado em uma não atuação; um benefício para os regulados⁴³.

Outro argumento formador de discursos indicado nesta categoria é o da *Resistência à mudança*, numa perspectiva cultural de que os servidores já estão acostumados com comando e controle e desconfiam da proposta de responsividade. Os argumentos defendem que a novidade do modelo responsivo gera insegurança sobre a efetividade dos mecanismos sugeridos, pois há o entendimento que muitos deles estão em desacordo com a Lei Geral de Telecomunicações (LGT), principalmente os dispositivos que dizem respeito à aplicação das sanções e aberturas de PADOs.

Os argumentos também revelam insegurança por conta da diferença entre a teoria de responsividade e a prática no dia a dia da fiscalização. A partir disso, o que percebemos é um apego ao modelo clássico de comando e controle. Ainda que os discursos indiquem insatisfação com a norma atual, esta é a que estão mais acostumados e sabem como lidar com os desafios e frustrações que impõe à fiscalização.

[...] existem servidores que entendem e comentam que esse modelo não traz resultado e também existe a insatisfação com o modelo atual. Como eu disse, ele pratica a multa e não consegue chegar ao resultado. Ele percebe reincidência de irregularidades, que não há efetividade na sanção que a agência pratica muitas vezes⁴⁴.

⁴¹ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 28 de julho de 2020.

⁴² Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 6 de outubro de 2020.

⁴³ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 8 de agosto de 2020.

⁴⁴ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 8 de agosto de 2020.

Muita gente que entende que a forma correta de fazer fiscalização é o modelo clássico que a Agência já está utilizando de comando e controle, verificada a infração, abertura de um PADO, que talvez esse modelo de se sentar à mesa ao invés de acelerar o retorno para o consumidor, o lesado, terminasse gerando somente mais uma etapa que antecederesse a abertura do PADO. Acho que isso é um pouco fruto do fato de que nosso sistema de comando e controle dentro da agência terminou sendo construído com uma certa liberdade exacerbada. Então, cada gerência tinha autonomia para abrir seus processos para autuação e os processos não eram abertos com inteligência, não eram focados realmente onde era importante⁴⁵.

É possível perceber que os discursos revelam resistências sólidas e um déficit de credibilidade dos servidores, por conta de experiências traumáticas em processos de fiscalização ou mudanças normativas anteriores. Entendemos esta como uma variável importante que, mapeada, necessita ser dirimida devido ao potencial de prejudicar a transição do modelo de comando e controle para o de responsividade.

A primeira resistência é interna. São servidores da casa, principalmente servidores que atuam na fiscalização e que sempre têm um processo dolorido de mudança da sua forma de trabalhar. Na minha opinião, uma visão manchada, contaminada pelo papel de consumidores que todos nós exercemos também. As pessoas tendem a achar que a Anatel não faz nada - protege as teles e prevarica e que esse é mais um processo. [...] A gente tem uma visão harmônica de que esse modelo de fiscalização de controle fracassou e que é preciso discutir inovação. Mas, de novo, quando a gente vai baixando para os técnicos e quem está no dia a dia operacionalizando os controles sobre a Anatel, esse tema é de resistência e, de novo, é uma visão de que a Anatel está querendo proteger as prestadoras e evitar multas. Por isso, para mim é tão importante voltar a insistir que não se trata de evitar multas, mas entregar resultados. Seja multando, seja desenvolvendo outras formas de atuação⁴⁶.

A partir desses discursos, entendemos que há um viés de resistência cultural à responsividade que está relacionado ao receio de prevaricação por parte dos servidores e, principalmente, daqueles que atuam na ponta do processo fiscalizatório. Os argumentos destacam visões equivocadas sobre os objetivos da norma responsiva. Todavia, percebemos que, embora o discurso contrário pareça bem consolidado, ainda não consegue convencer os fiscais de forma significativa.

Os fiscais têm muito receio da questão de prevaricar. Quando ele constata uma irregularidade, hoje, automaticamente autua a prestadora ou abre um processo que pode redundar em uma autuação em função daquela irregularidade que ele encontrou. Você começa a mudar esse modelo que talvez traga um incentivo para a

⁴⁵ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 14 de setembro de 2020.

⁴⁶ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 2 de julho de 2020.

prestadora corrigir aquela irregularidade naquele momento para que não redunde numa atuação, mexe um pouco com a postura dos fiscais. Eles podem sentir que estão cometendo algum tipo de prevaricação, ficam receosos. Não estou generalizando, mas é uma percepção que eu tenho de conversas⁴⁷.

Nesse sentido, um argumento correlato é o do *Apego à multa*, relacionado ao conforto do uso do modelo de comando e controle e à visão restritiva sobre como as sanções fortalecem o papel regulador do Estado, por meio da atuação da Anatel. Esse discurso justifica uma visão restritiva sobre a importância da punição nos mecanismos de fiscalização e entende as multas como fonte de recursos para o Estado.

Os enunciados também demonstram que existe uma visão incompleta sobre a responsividade. Trata-se da insistência de que o modelo não oferece mecanismos tradicionais de sanção, servindo para adiar a abertura de processos administrativos, que estariam em desacordo com a LGT. Depreendemos desses argumentos que alguns setores importantes da Anatel ainda não foram impactados pelo processo de formação interna, desconhecem o significado da regulação repsonsiva ou não estão completamente convencidos de que a responsividade é um modelo de fiscalização seguro e eficaz.

Entendo que as principais resistências vão vir do establishment de controle regulatório que temos no Brasil. [...] Nossa Procuradoria tem uma visão bastante restritiva sobre o modelo de punição. Então é uma visão dos anos 50 de que, se você errou, tem que levar uma palmada; o único mecanismo para criar comprometimento por parte das empresas é por meio da punição e sentir no bolso: tem que ser punida, tem que ser sancionada⁴⁸.

A mudança desse modelo que você deixa de ter milhões e milhões de multas por um modelo onde você tem uma atuação mais responsiva, do ponto de vista de erário, representa menos recursos públicos. Acho que nisso pode ter uma resistência. Inclusive o TCU recentemente pediu a relação de todos os processos da Anatel que houve redução de multa. É como se estivessem acuando a gente no sentido de que redução de multa não é correto, as multas têm que ser sempre as mais altas possíveis. Se a empresa cometeu alguma infração, ela tem que ser punida no mais alto rigor possível para dissuadi-la a cometer essa infração de novo⁴⁹.

⁴⁷ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 10 de setembro de 2020.

⁴⁸ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 13 de julho de 2020.

⁴⁹ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 13 de julho de 2020.

O Ministério Público Federal, o Ministério Público Estadual, o Judiciário vão debochar da nossa cara e vão “comer a gente com farinha”. Como nós vamos explicar isso? Eles simplesmente vão nos dizer que houve, na verdade, procrastinação desnecessária e tem até uma palavra que eu não consigo me lembrar agora⁵⁰, jurídica inclusive, que é quando o servidor público não cumpre seu dever⁵¹.

Realmente é um modelo que, na teoria, é muito bonito, mas na prática corre um grande risco que você está protelando ainda mais aquela medida. O que muito se fala é que você tem uma pirâmide de atuação que é responsiva. Na base da pirâmide você tem medidas mais leves, vai subindo o nível se não for reagindo, até chegar no máximo que é o mais pesado e parecido com o que temos hoje. Mas a descrença é neste sentido: será que essas etapas preliminares estão só prorrogando a gente chegar no final aquilo que a gente já faria se fosse no modelo atual de comando e controle?⁵².

Mas, como já salientamos, os discursos não são uníssonos, pois identificamos enunciados que claramente afirmam não existir resistências ao modelo de responsividade ou não reconhecer atores que a demonstrem de forma específica dentro da agência. A incidência desse argumento é baixa, mas marcá-la é importante para o processo de reconhecimento de discursos e mapeamento das resistências.

Eu nunca percebi resistência ao novo modelo. Desde prestadoras, a órgãos de controle, representantes da sociedade civil, pois percebem que uma priorização dos temas mais prioritários traz uma tendência forte de melhor tratamento dessas questões mais relevantes. Eu acho que o fato de não ter resistência vem do fato de que há muitos anos a agência tem um bom relacionamento com esses atores e mostrando que, por muito tempo, trabalhou de uma forma com menos eficácia e agora vem com esse trabalho já trazendo maior resultado para a sociedade. Então, é perceptível para esses atores que tem um diálogo continuado com a agência que esse trabalho vem sendo mais efetivo⁵³.

Nas experiências práticas que nós temos desenvolvido na agência, eu entendo que nós temos encontrado muita aderência e apoio. Eu acho que o que falta nesse momento é, com maior profundidade, nós expandirmos o modelo, com casos pontuais que até aqui foram objeto de sucesso⁵⁴.

Não sei dimensionar se a gente teria resistência sobre isso. Me parece que é um avanço e uma modificação que vai ser benéfica na sociedade. Talvez a gente encontre num setor ou outro, alguns atores que sejam mais conservadores e ainda acreditam na questão da importância da sanção em forma de multa, que não deixa de existir [...] ela é uma opção⁵⁵.

⁵⁰ A palavra a qual o entrevistado se referia é procrastinação e foi indicada como correção no momento da entrevista.

⁵¹ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 9 de julho de 2020.

⁵² Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 30 de setembro de 2020.

⁵³ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 2 de julho de 2020.

⁵⁴ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 13 de agosto de 2020.

⁵⁵ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 2 de setembro de 2020.

Também encontramos discursos que afirmam que as resistências ao modelo responsivo são devido à *Falta de rigor jurídico*. Esses enunciados **têm na insegurança normativa transitória o principal ponto de desconfiança. Eles avaliam que o procedimento ainda seria incipiente até que se tivesse uma previsão regulamentar sedimentada e aprovada pelos órgãos de controle e o Conselho da Agência.**

É possível entender, portanto, que se trata de um aspecto formal de resistência, provocado pela falta de uma norma já aprovada. Também percebemos que o fato de os pareceres emitidos pela Procuradoria da Anatel mostrarem posicionamento contrário à nova lógica de responsividade, mesmo sem força vinculante ou executória, exerce peso importante no grau de confiança dos servidores com relação à responsividade, bem como nos resultados positivos que acreditam que possam advir de todo o processo de ajuste normativo.

Tem alguns desafios. O fato de o próprio regulamento de fiscalização regulatória não estar aprovado,⁵⁶ às vezes fica difícil você comunicar sobre algo que não está efetivamente em vigor, mas já é possível comunicar das ações que estão em andamento e como isso já melhorou nos casos pontuais que vem sendo usado [...]. Talvez caiba um esforço maior de comunicação para que essa informação chegue para os servidores que não vão ler o relatório⁵⁷.

Há na acepção dos mecanismos de controle a busca por aqueles objetivos e a gente vê num contexto maior que a gente não pode desprezar o ambiente em que estamos inseridos, de hipertrofia do controle. É um movimento que tem muito lastro de produções acadêmicas nesse sentido que acabam subtraindo um pouco da legitimidade decisória das autoridades regulatórias e de alguma forma afastando o ímpeto de inovar. Eu acho que são sim focos de resistência capitalizados por esse movimento já bem consolidado de hipertrofia do controle externo e digo ainda que nós estamos no momento mais atual, inclusive, com alguns ensaios e dificuldades de acomodação institucional".

Nos discursos que demonstram *Preocupação com os resultados* são elaborados a partir de **argumentos indicativos de que, apesar do modelo**

⁵⁶ Quando da entrevista, o Regulamento de Fiscalização Regulatória (RFR) ainda não havia sido aprovado pela Resolução ANATEL nº 746, de 22 de junho de 2021, publicada em 23 de junho de 2021. A aprovação dessa resolução não afeta, entretanto, as conclusões de análise do discurso

⁵⁷ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 21 de agosto de 2020.

baseado em responsividade mostrar a possibilidade de sucesso na teoria, são poucos os testes realizados que o garantam. Esse enunciado aponta que a resistência dos *stakeholders* está vinculada ao sentimento de que o modelo pode não ser tão efetivo como a teoria sugere.

Acho que agência já tem esse discurso há algum tempo, mas a gente ainda não viu esse discurso traduzido em muitas questões e isso também traz uma espécie de incredulidade de alguns atores internos para implementar isso na prática com relação à possibilidade de funcionamento dessa escala⁵⁸.

Existe um receio de que esse modelo em determinados processos não seja tão efetivo. Falo muito da fiscalização porque sou muito tempo da área⁵⁹.

O discurso é muito bonito, mas na hora da gente ver um compromisso concreto por parte delas, que muitas vezes envolve melhoria de processo interno e investimentos adicionais, sendo que não está escrito em legislação [...]. Às vezes, em alguns casos, a gente encontrou uma postura bastante reativa de algumas empresas⁶⁰.

2.8.4 Discurso sobre a eficiência da Anatel na condução do processo de mudança

Aqui, a análise dos argumentos tornou possível identificar enunciados que defendem ou justificam fatores que revelam a eficiência da Anatel na condução do processo de mudança do marco de fiscalização de comando e controle para responsividade, iniciado em 2013.

Com relação ao *Esforço da agência* por um novo marco fiscalizatório, os argumentos defendem que a agência está empenhada para a atualização do marco e melhoria do setor de telecomunicações no Brasil.

A Anatel, quando vai fazer qualquer tipo de alteração regulamentar, abre o espaço para que a sociedade opine, abre consulta pública, audiência pública; recebe a contribuição de todos os atores que possam ser envolvidos ou afetados por qualquer mudança regulamentar. Após isso, a gente faz análise de toda essa documentação que a gente recebe. A área técnica é submetida e passa pelo Conselho Diretor da

⁵⁸ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 8 de agosto de 2020.

⁵⁹ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 10 de setembro de 2020.

⁶⁰ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 15 de setembro de 2020.

agência, então é um caminho de muitas pessoas são envolvidas e acredito que a Anatel tem condições de tocar isso para frente sem muitas dificuldades⁶¹.

A Anatel tem entrada muito facilitada, diálogo muito aberto com os órgãos de controle, parcerias muito grandes com outras agências, contato direto com o Ministério, com a Casa Civil. Todos os atores que poderiam estar envolvidos nessa questão nós temos contato e diálogo abertos⁶².

A *Experiência com projetos-piloto*, que foram desenvolvidos com base na premissa responsiva, são recorrentes nos discursos sobre as melhores práticas implementadas pela Agência até o momento. Os enunciados destacam a importância de mostrar os bons resultados de um marco fiscalizatório responsivo mesmo antes de ser delimitado em normas abrangentes do Conselho Diretor da Agência.

A partir desses discursos emerge importante ativo argumentativo para o convencimento dos *stakeholders* sobre a necessidade de substituição da norma vigente.

Assim, é possível depreender a atuação da agência em quatro frentes distintas, mas que se completariam para consolidar a mudança normativa pretendida: de elaboração de um campo teórico sobre responsividade, a partir da contribuição acadêmica; das possibilidades práticas que a premissa oferece com os resultados dos projeto-piloto; a busca pela inovação nos mecanismos de fiscalização; e o fomento a uma cultura de responsividade.

(Os projetos-pilotos) mostram que a regulamentação (responsiva) ajuda a trazer mais coesão interna para Anatel, de todas as áreas entenderem os conceitos da mesma forma e buscarem aplicá-los da mesma forma. A Anatel é bem grande, bastante diferente, temos representação no Brasil todo. Inclusive esse processo de convencimento, em mostrar que parece ser um caminho bom, positivo e vamos todos entrar no mesmo barco para fazer isso funcionar⁶³.

[...] a gente começou a demonstrar resultados que eram perenes, e muito mais rápidos que o processo sancionatório [...] e aí entra uma palavra muito importante que é a regulação baseada em evidência. Essas coisas solidificaram o discurso da maneira que a gente conseguiu vencer a resistência dos colegas, quando eles viram os resultados, tanto dos órgãos de controle quando eles perceberam que existia sim um

⁶¹ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 2 de setembro de 2020.

⁶² Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 2 de setembro de 2020.

⁶³ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 28 de julho de 2020.

processo decisório, que eles poderiam submeter ao escrutínio, pois ele era todo escrito e fundamentado⁶⁴.

Esses resultados começaram a apresentar, mesmo para aqueles mais descrentes, que sim havia algo bom de tirar dessa experiência. Isso começou a ficar inegável quando dentro de uns dois anos reduziu em 25% o número de reclamações na agência. Não foi uma questão de arrefecimento de uso das ferramentas, mas ficou mais fácil usá-las⁶⁵.

Podemos compreender dos enunciados que, embora algumas medidas estejam avançando, as ações são lentas e os discursos, favoráveis ou desfavoráveis à norma, são mais rápidos, provocando descompasso nos entendimentos que os servidores têm de todo o processo. Esse cenário afeta também a confiança nos resultados que podem ser conquistados a partir da adoção da norma baseada em responsividade.

Os enunciados sobre a *Promoção da cultura de responsividade* defendem ou justificam as iniciativas da agência de nivelar o discurso sobre um novo marco, a partir do suporte acadêmico da Universidade de Brasília para elaborar os conceitos-chave e dar suporte discursivo à formação para servidores, além do empenho em mudar a perspectiva das sanções como o principal ativo da fiscalização em telecomunicações.

A Anatel já vem trabalhando ao longo de dois três anos com workshops, seminários, regionalizando algumas consultas públicas sobre esse novo modelo, novo regulamento que está para ser aprovado,⁶⁶ de forma que possa envolver todo seu corpo de servidores para que possam abraçar e aperfeiçoar essa ideia. Houve alteração no regulamento de aplicação de sanção administrativa. Quando o fiscalizado é autuado, se ele corrigir no momento que é constatada a irregularidade, ele poderá receber um benefício na sanção [...], transformar uma multa numa advertência⁶⁷.

A gente mudou o discurso da infração para o problema. Ou seja, eu estou falando do problema do consumidor, não de infração. Então eu posso ter um problema, mas não ter infração⁶⁸.

⁶⁴ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 9 de julho de 2020.

⁶⁵ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 9 de julho de 2020.

⁶⁶ O Regulamento de Fiscalização Regulatória (RFR) foi aprovado após a realização das entrevistas pela Resolução ANATEL nº 746, de 22 de junho de 2021, publicada em 23 de junho de 2021. A aprovação dessa resolução não afeta, entretanto, as conclusões de análise do discurso

⁶⁷ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 10 de setembro de 2020

⁶⁸ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 9 de julho de 2020.

Além dessas questões, os discursos mais técnicos também defendem a adoção de *Mecanismos de inovação*, ou soluções para as questões a partir da premissa de fiscalização baseada em incentivos, como o sistema de fiscalização por ranqueamento, a abertura para contato mais direto com os entes regulados para a solução de problemas antes da abertura de PADOS e a formação de grupos de implementação do regulamento.

Ao invés de eu abrir um processo ou dar uma multa, por exemplo por queda de chamada, que muitos reclamam conexão ou baixa conexão, a partir do momento que eu permita que a prestadora possa atuar, uma vez que for notificada, e ela faz esse ajuste de melhoria de qualidade de melhor conexão, o resultado é benéfico e rápido⁶⁹.

Acho que quando a regulamentação está andando, mas quando você vê o presidente da Anatel defendendo isso a todo momento, eu acho que esse discurso da nova forma de regulação ele tem sido culturalmente passado para todas as áreas envolvidas, quando você conversa com assessores ou os próprios conselheiros eles têm defendido bastante essa abordagem⁷⁰.

Isto posto, passemos às conclusões.

2.9 Conclusões

Da identificação, interpretação e reinterpretação das categorias, temas e argumentos, é possível concluir que:

1. Existe consenso significativo na Anatel em torno do esgotamento do atual modelo de fiscalização baseado no referencial teórico-prático conhecido como comando-e-controle. A evidência mais saliente desse esgotamento se expressaria na aplicação pouco eficaz das sanções disponíveis, como manifestada no estoque de multas acumuladas, que não resultam nem em ressarcimento financeiro nem na correção dos desvios de obrigações encontrados no comportamento do regulado.

2. Outra chave discursiva igualmente consensual é aquela que aponta para o papel da Anatel na garantia do direito do consumidor de receber os melhores

⁶⁹ Entrevistado Tipo 1 – Superintendente. Trecho de entrevista concedida em 6 de outubro de 2020.

⁷⁰ Entrevistado Tipo 2 – Gerente. Trecho de entrevista concedida em 15 de setembro de 2020.

serviços possíveis, nela presente, como indicado na análise sócio-histórica, desde a feitura do primeiro Plano Geral de Metas de Universalização.

3. A propósito dos benefícios que adviriam do novo modelo, os argumentos se mostram menos consolidados, mais genéricos, e isto pode ser melhor entendido quando posto à luz da categoria que trata da eficiência da Anatel na condução do processo de busca e aprovação do novo modelo de fiscalização.

4. O que nos parece possível depreender da análise combinada dessas duas categorias é que, se de um lado, a ideia de um novo modelo de fiscalização decorre de uma visão clara do esgotamento do atual modelo, de outro, essa ideia não está ainda apoiada em uma visão igualmente clara do modelo pretendido. Embora o termo responsividade surgisse com frequência nas entrevistas, sua compreensão pareceu decorrer quase que exclusivamente dos projetos-piloto realizados, vistos como muito exitosos, não denotando uma compreensão mais ampla, teórica e prática, da regulação por incentivos, da qual a responsividade é parte. O resultado disso é a inferência, ainda que difusa entre os entrevistados, de que a fiscalização responsiva não teria, por exemplo, a multa em seu arcabouço sancionatório, sendo centrada fundamentalmente no diálogo e busca de entendimento entre regulador e regulado, o que, sabe-se, não corresponder à proposta da teoria da regulação responsiva.

5. O que nos traz à categoria que contém os temas e argumentos de resistência ao novo modelo de fiscalização, e que nomeia de modo virtualmente consensual, e sem surpresas, as origens da resistência: os próprios servidores da agência, em especial os diretamente envolvidos com a fiscalização na ponta; a Procuradoria Federal Especializada; as empresas reguladas; órgãos de controle; e consumidores/sociedade, por meio de entidades representativas.

6. Dos temas derivados dessa categoria, o mais saliente é o da potencial falta de isonomia entre os regulados, uma vez esteja o novo modelo em execução.

7. O fio que alinhava a preocupação com a isonomia entre regulados e o apego à multa é o da insegurança jurídica, decorrente do conhecimento generalizado que se tem na agência da posição crítica da Procuradoria em relação ao que ela vê como ruptura com a legislação vigente - a discricionariedade na abertura de processos de descumprimento de obrigação. Insegurança que se estende à postura dos órgãos externos de controle: Ministério Público, TCU e CGU. Contribui para essa insegurança a noção de haver uma mudança em curso antes mesmo da norma mais abrangente estar aprovada; mudança, ademais, apoiada em evidências de campo ainda insuficientes.

9. O reconhecimento das resistências e a insegurança quanto aos riscos regulatórios decorrentes do novo modelo pretendido coexistem, não obstante, com um reconhecimento do empenho da Agência, por meio de suas lideranças, de, desde 2013, estarem buscando uma modernização normativa dos processos fiscalizatórios, mediante a introdução da ideia de responsividade, como uma resposta inovadora ao esgotamento do modelo de comando e controle.

10. Discursos não costumam ser unívocos, nem mesmo quando pronunciados por uma única voz, que o pretenda despido de ambiguidades. O discurso da Anatel, como de toda organização, sobre esta ou aquela intenção ou iniciativa, com muito mais razão não se desviaria desse postulado. O que se buscou aqui, com esta análise do discurso da Anatel sobre as mudanças pretendidas no seu modelo de fiscalização, foi, para além das inevitáveis ambiguidades, incoerências, dúvidas e certezas, encontrar nexos que dêem à organização um caminho mais seguro sobre como melhor comunicar suas intenções institucionais, para si, seus administrados e para a sociedade ao largo.

11. Até agora, como a pesquisa nos pareceu demonstrar, o caminho tem sido feito caminhando; seu mapa sendo riscado concomitantemente. Mas, as circunstâncias da caminhada, visto que ainda não se chegou ao destino, permitem aproveitar as coordenadas já levantadas para produzir quem sabe um mapa muito próximo do definitivo. Um mapa assim, com mínimas ambiguidades, é que

permitirá à Anatel melhor comunicar-se e comunicar sobre as virtudes do seu novo modelo de fiscalização, ou Fiscalização Regulatória.

12. O teor todo do projeto, ora concluído, de "Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação Apoiada em Incentivos na Fiscalização Regulatória das Telecomunicações", do qual esta análise de discurso é um adendo, contém elementos essenciais, teóricos e práticos, para que a Anatel complete seu mapa e faça dele uma importante ferramenta de comunicação.

2.10 Referências bibliográficas de Análise do Discurso

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

BERELSON, B. **Content analysis in communication research**. Glencoe, IL: Free Press, 1952.

CUNHA, G. "Análise de uma cartilha institucional em uma abordagem modular da complexidade do discurso". *Revista do GEL*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 31-55, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2.ed. ver. Ed. Ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FOUCAULT, Michael. A ordem do discurso: aula inaugural no College de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Disponível em: http://www2.eca.usp.br/Ciencias.Linguagem/Foucault_OrdemDoDiscurso.pdf. Acesso em: 11 ago. 2019.

IKEDA, Ana Akemi; CHANG, Sandra Rodrigues da Silva. *Análise de Conteúdo: uma experiência de aplicação na pesquisa em Comunicação Social*. **Comunicação e Inovação**. Julho/dezembro, 2006).

LAVILLE, Christian.; DIONNE, Jean. **A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul Ltda.; Belo Horizonte: UFMG, 1999. 340 p.

MAINGUENEAU, Dominique. *Analizando Discursos Constituintes*. **Revista GELNE**, Vol. 2, Nº2 (2000).

MAINGUENEAU, Dominique. **Discurso e análise do discurso**. São Paulo: Parábola Editorial, 2017.

MASTRELLA, Bruna Cunha. **Os discursos de legitimação do jornalismo guiado por dados**. 2019, 233 f., il. Dissertação (Mestrado em Comunicação) -Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

MUMBY, D. K.; CLAIR, R. P. *Organizational Discourse*. In: VAN DIJK, T. A. (Org.). **Discourse as social interaction**. London: Sage, 1997. p. 181-205.

NAZÁRIO, Heleno Rocha; REINO, Luciana da Silva Souza; MANFREDINI, Rodolfo. *A hermenêutica de profundidade e suas aplicações*. **Linguagens** – Revista de Letras, Artes e Comunicação, [s.l.], v. 10, n. 2, p.288-305, 16 set. 2016.

ORLANDI, Eni. **Análise de discurso: princípios e procedimentos**. 5 ed. Campinas: Pontes, 2003.

ORLANDI, Eni. *Michel Pêcheux e Análise do Discurso*. **Estudos da Linguagem**, n. 1, p. 1-13. Vitória da Conquista, 2005.

ORTO, S. D. A. *Hermenêutica como autora do livro de História*. In: PORTO, S. D.; Motta, Célia Maria Ladeira. **Hermenêutica e Análise dos Discursos em Jornalismo**. Florianópolis: Insular, 2017.

PORTO, Sergio Dayrell.; KENNUPP, Natália; GOMES, Marcos. Vinícius. *Revisão Bibliográfica*. In: PORTO, S. D.; Motta, Célia Maria Ladeira. **Hermenêutica e Análise dos Discursos em Jornalismo**. Florianópolis: Insular, 2017.

RAMOS, César Ramos. "Agências reguladoras: vícios de ontem, equívocos de hoje, desafios de amanhã". Mesa Redonda, *Jornal Telecom*, 15/04/2003.

ROULET, E.; FILLIETTAZ, L.; GROBET, A. *Un modèle et un instrument d'analyse de l'organisation du discours*. Berne: Lang, 2001.

THOMPSON, J.B. 1998. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. Petrópolis, Vozes, 427 p.

TURLEY, L . W.; KELLEY, Scott W. *A comparison of advertising content: business to business versus consumer services*. **Journal of Advertising**, vol. 26, no. 4, winter 1997.

VERONESE, Marília Veríssimo; GUARESCHI, Pedro Arcides. *Hermenêutica de Profundidade na Pesquisa Social*. **Ciências Sociais Unisinos** 42(2): 85-93, maio/ago 2006.

3. INCENTIVOS E CONSTITUCIONALIDADE

Este capítulo trata, de maneira objetiva e sucinta, das conclusões obtidas no estudo sobre a correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos aos princípios jurídico-constitucionais atinentes à fiscalização regulatória da Anatel.

A pesquisa está dividida em duas partes: a primeira delas cuidará diretamente dos aspectos constitucionais da questão, nomeadamente quanto à compatibilidade das normas constitucionais regentes das atividades da Anatel com os atributos que qualificam modelos regulatórios apoiados em incentivos, como é o caso da regulação responsiva; a segunda, por sua vez, buscará endereçar os principais aspectos teóricos e práticos do tema diante da superação do paradigma neoclássico de organização dos mercados e da estruturação de preceitos institucionais de governança e *compliance* frente às opções autorregulatórias e heterorregulatórias. Trata-se de duas visões complementares e escassas na literatura regulatória de direito constitucional e empresarial sobre o fenômeno da regulação por incentivos intrínsecos e extrínsecos.

3.1 Aspectos Constitucionais

Pode-se situar **o problema** a ser discutido nos seguintes questionamentos: é constitucional a adoção por parte da Anatel de nova modelagem regulatória focada em incentivos e persuasão? De uma maneira mais geral, há algum empecilho constitucional que inviabilize a implementação da *teoria da regulação responsiva* por parte das agências reguladoras brasileiras? Tais perguntas são relevantes na medida em que os estudos empíricos mais avançados sobre regulação sugerem uma maior efetividade da adoção de estratégias regulatórias que mesclam incentivos intrínsecos ao setor regulado e

sanções frente àquelas estruturadas apenas em punições, predominantes no direito administrativo brasileiro contemporâneo.

A transição da regulação de *comando e controle* para a *responsiva* exige, contudo, uma nova mentalidade e a adoção de novas práticas por parte dos atores envolvidos no processo regulatório. Diferente da perspectiva tradicional, a regulação responsiva apresenta uma cultura em que o sucesso do projeto regulatório passa a depender cada vez mais dos próprios regulados. Ao Estado cabe a tarefa de modelar a engrenagem regulatória corretamente para induzir os particulares a agirem da maneira pretendida. Assim, é certo que a regulação responsiva impõe desafios que demandam soluções administrativas inovadoras. Um dos aspectos centrais da teoria responsiva é a adoção de uma pirâmide de constrangimentos, em que há um escalonamento gradual das formas de intervenção estatal. Nessa direção, a base da pirâmide traduz-se em incentivos para que os particulares se conduzam de forma virtuosa. Se, contudo, eles passarem a agir de acordo com a lógica da racionalidade econômica, egoística, então, na parte central da pirâmide, incidem cortes de benefícios e aplicações de sanções brandas a fim de incentivar o agente a readequar a sua conduta. Já no ápice da pirâmide, encontram-se as sanções mais rígidas, que somente devem ser aplicadas aos atores ditos irracionais, que, de maneira contumaz, não conforma sua conduta à norma.

Nessa lógica, é marcante como consequência da adoção da pirâmide de persuasão e punição é que a fiscalização passa a focar mais no atingimento das metas pelos regulados do que no descumprimento pontual de cada norma. Dessa forma, é clara uma tendência de desoneração da fiscalização estatal, com o incremento de formas de autorregulação regulada, por meio do fortalecimento de normas de controle interno (*compliance*) e da criação de entidades privadas fiscalizatórias, compostas por membros oriundos tanto dos regulados quanto da sociedade civil (governança nodal). Com a adoção de tais medidas, a fiscalização estatal passa a priorizar a manifestação regulatória episódica, reduzindo o

encargo de fornecimento contínuo de informações-padrão dos regulados ao regulador, e procura focar na estruturação de metas e no acompanhamento dos resultados.

Em relação **aos contornos constitucionais da regulação**, o primeiro ponto a se destacar é que as resistências ao modelo responsivo estão mais ligadas a aspectos da burocracia administrativa do que desvios constitucionais propriamente ditos, visto que as principais democracias ocidentais, com regimes constitucionais parecidos ao brasileiro, vêm adotando modelagens responsivas sem maiores questionamentos. Na verdade, a Constituição Federal de 1988, em sua redação originária, nada falava sobre agências reguladoras. Foram as Emendas Constitucionais 8 e 9, de 1994, que previram a criação dos órgãos reguladores do serviço de telecomunicações (art. 21, XI) e das atividades econômicas relacionadas ao monopólio da União Federal sobre a exploração de petróleo (art. 177, §2º, III). Sob inspiração do direito estadunidense, iniciou-se, a partir de tais emendas, um processo de proliferação de agências reguladoras nas mais diversas áreas de atuação, não obstante haver a previsão constitucional apenas das duas acima mencionadas.

A verdade, portanto, é que a Constituição de 1988 não optou especificamente por nenhuma forma exclusiva de regulação, *comando e controle* ou *regulação responsiva*. Assim, não é exagero afirmar que há amplo espaço de conformação para que o órgão regulador adote técnicas responsivas, desde que elas próprias não violem o texto constitucional, notadamente os direitos e garantias fundamentais.

Ainda, destaca-se a importância de algumas mudanças normativas no ordenamento jurídico brasileiro que são debatidas. Entre elas, é destacada a proposta que acrescenta o art. 174-A e institui as diretrizes para a implementação de intervenção indireta do Estado brasileiro na Economia, por meio de medidas compensatórias e de normas indutoras da conformidade, no âmbito dos setores direcionados sob a competência normativa e fiscalizatória das Agências

Reguladoras. Outra questão debatida é a alteração do próprio art. 174 para legitimar a adoção de medidas compensatórias e de normas indutoras da conformidade, no âmbito dos setores de interesse público, sob a competência normativa e fiscalizatória das Agências Reguladoras e de órgãos administrativos de controle equiparados. Ainda, tem-se que são debatidas propostas legais e infralegais, todas com caráter similar de adoção de mecanismos responsivos.

Noutro giro, quanto as **propostas para adoção de práticas responsivas pela Anatel**, destaca-se que, atualmente, a Agência adota uma forma regulatória focada essencialmente na noção de “comando-controle” (*command and control*). Por meio dela, demanda-se do regulador uma postura dicotômica – *punir x não punir*. O pressuposto aí implícito é o de que o Estado detém a capacidade exclusiva – ou ao menos predominante – de controlar efetivamente o comportamento de agentes econômicos. Há, pois, uma relação linear entre (a) conformidade à norma, no tocante ao comportamento do regulado, e (b) o comando do Regulador. Nessa relação, o controle (em especial, a sanção) atua como o principal garantidor do elo entre os dois elementos. Tais pressupostos serão precisamente os motivos de sua falha, segundo os parâmetros prescritivos e as evidências empíricas trazidas pela teoria responsiva da regulação. O cerne dessa insuficiência está na crença de que a regulação é um mero mecanismo centralizado e unilateral à disposição do Estado. Dessa forma, o intuito dessas regras seria o de garantir sua capacidade de intervenção na atividade econômica.

Ocorre que tal estratégia regulatória não tem apresentado resultados – ao menos de índole fiscal - compatíveis com os custos de se manter a estrutura reguladora necessária para a implementação de seus mecanismos sancionadores. A despeito de eventuais vantagens relacionadas aos efeitos dissuasivos do atual modelo, fato é que há um baixo índice de retorno na arrecadação das multas em conjunto com um alto grau de judicialização dos processos de apuração de descumprimento de obrigações (PADOs). Vejam-se algumas evidências empíricas disponíveis sobre o tema. Da leitura do relatório mais recente disponibilizado pela

Anatel, que apresenta os dados da agência referentes ao ano de 2017, extrai-se que foram abertos 1.418 (mil quatrocentos e dezoito) PADOs. Ademais, foram constituídas pouco mais de 1.700 (um mil e setecentas) multas, o que totalizou o montante de R\$ 83.600.000,00 (oitenta e três milhões e seiscentos mil reais). De outra sorte, o valor arrecadado foi de apenas R\$ 25.600.000,00 (vinte e cinco milhões e seiscentos mil reais). Percebe-se, pois, que o insucesso do atual modelo regulatório não possui índole meramente teórica: o valor de multas constituídas é muito superior ao de multas arrecadas pela Agência. Cumpre ressaltar que, desde o ano 2000, a Anatel constituiu 60.800 (sessenta mil e oitocentas) multas representando, em termos financeiros, a incrível cifra de R\$ 5.300.000.000,00 (cinco bilhões e trezentos milhões de reais), sendo que, aproximadamente, 86% desse total não foi arrecadado.

A Agência Nacional de Telecomunicações pretende alterar sua estratégia regulatória, a partir do estabelecimento de uma nova estrutura normativa, mais especificamente no que tange *(i)* ao Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (RQUAL); *(ii)* ao seu Regulamento de Fiscalização Regulatória (RFR);⁷¹ e *(iii)* ao Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA). O intuito dessas mudanças, no entanto, é o mesmo: a partir das diversas inovações oriundas das medidas mencionadas, conferir maior responsividade à atuação regulatória da Agência frente às insuficiências apresentadas pelo atual modelo, inteiramente baseado na lógica de comando-controle.

Por um lado, em ralação ao **princípio da isonomia e assimetria regulatória no âmbito da regulação responsiva**, é patente que esse tipo de regulação levanta questão sobre a possibilidade de haver tratamentos jurídicos distintos em razão da conduta global de cada regulado. Em outras palavras, questiona-se se o princípio da isonomia autoriza que, dentro da pirâmide

⁷¹ O Regulamento de Fiscalização Regulatória (RFR) foi aprovado pela Resolução ANATEL nº 746, de 22 de junho de 2021, publicada em 23 de junho de 2021.

responsiva, alguns regulados recebam incentivos não extensíveis a outros que se encontrem em posições distintas em razão de seu comportamento.

Como é cediço, o artigo 5º, *caput*, da Constituição prevê o dito “*princípio da isonomia*” prescrevendo que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. Diante de tal princípio, seria possível admitir tratamento jurídico diferenciado para entes regulados, nos moldes previstos pela regulação responsiva? A resposta parecer ser positiva. De acordo com o entendimento doutrinário sobre o referido artigo, o princípio da igualdade não veda, *per si*, que o Poder Público estabeleça tratamentos diferenciados entre indivíduos ou segmentos sociais, ao formular políticas públicas ou aprovar textos legislativos, por exemplo. Todavia, para tanto, é necessário que o Estado apresente uma justificativa lógica e plausível, legitimando a diferenciação a partir dos próprios elementos da Constituição.

No âmbito regulatório, a questão relativa à isonomia entre os entes privados de um setor regulado se dá em torno da noção de assimetrias regulatórias, definidas como previsões de regras diferenciadas para atores de um mesmo setor ou mesmo de uma mesma cadeia setorial. O conceito de assimetria regulatória incorpora uma premissa básica: a possibilidade de que, mesmo no bojo da exploração de serviços públicos, “*graus de incidência regulatória diferenciados*” serão aplicados aos vários agentes envolvidos naquele mercado. Assim, essas assimetrias podem se estabelecer em razão de uma variedade de fatores, como exemplo, as características detidas pelo prestador privado da atividade pública, sendo esse fator em específico notoriamente relevante para a consolidação de uma regulação de natureza responsiva.

Em um regime democrático, é bem verdade, a regra da atuação estatal é o tratamento isonômico de seus administrados. Admite-se, no entanto, o estabelecimento de distinções necessárias para o alcance e viabilidade de outros valores e direitos. No âmbito regulatório, essa justificação se centra em motivos técnicos, econômicos ou protetivos, tais como: o ganho de eficiência no setor; a

promoção dos interesses dos usuários; a propagação de maior competitividade setorial etc. Todavia, tais motivações sempre devem vir em conjunto com a análise dos custos societários gerados para as empresas, na matriz de seu risco do negócio, a fim de minimizar o aparecimento de efeitos deletérios indesejados ao setor, que vulnerarem a própria livre iniciativa (art. 170, *caput*).

De maneira geral, existem dois caminhos de se fundamentar a existência de assimetrias regulatórias. Em um primeiro plano, a assimetria regulatória pode já estar prevista (e muitas vezes disciplinada) pelo próprio legislador, isto é: no marco regulatório do setor. Em um segundo plano, caso ausente a previsão legal expressa, o regulador deve observar três balizas gerais: (i) a finalística; (ii) a de meio; e (iii) a de forma. Atualmente, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) pretende alterar sua estratégia regulatória, a partir do estabelecimento de uma nova estrutura normativa com (i) a apresentação de um regime especial para as prestadoras de bom desempenho; e (ii) a criação de novos requisitos e parâmetros quanto à qualidade dos serviços prestados e a consequente fiscalização desses. Para tanto, a ideia é justamente estabelecer assimetrias regulatórias entre os agentes privados envolvidos, modulando a *intensidade* dos encargos regulatórios de acordo com o comportamento e os *feedbacks* desses.

Nessa lógica, a verdadeira interpretação do princípio da isonomia vai além de uma simplista visão de que todos devem ser tratados de forma igual perante a lei. Se existem prestadoras boas e prestadoras ruins, é patente a necessidade de diferenciá-las, para que as boas se sintam motivadas a manter um bom desempenho e as ruins a buscar resultados melhores, bem como para que os consumidores recebam, por conseguinte, um serviço de qualidade. A verdadeira expressão da “boa administração” – da utilização *ótima* do poder regulatório da Anatel – demanda tal postura. A inovação técnica, a governança democrática dos serviços de telecomunicações e o aumento do desempenho e da qualidade desses

serviços são motivos plausíveis para instauração dessas diferenciações baseadas no *fator de discrimen* “desempenho/qualidade”.

Por outro lado, cabe destaque a ponderações acerca do **princípio da eficiência e a atividade regulatória empiricamente informada**. Nesse sentido, a constitucionalização do princípio da eficiência fez com que a legitimidade da atuação da Administração Pública (em especial, na seara regulatória) deixasse de se pautar numa concepção formalista de mera convergência com a lei. O atual paradigma constitucional demanda, *e.g.*, a apresentação de resultados positivos e de escolhas alocativas conscientes.

Noutro giro, a boa concretização dessa tarefa demanda que a *atividade regulatória seja empiricamente informada*. Isso significa que o estabelecimento de políticas regulatórias eficientes (art. 37, *caput*) e responsivas frente aos problemas da realidade requer que o regulador detenha informações suficientemente sólidas e atualizadas acerca dos aspectos institucionais do mercado regulado e das dinâmicas entre os atores econômicos envolvidos.

Em primeiro lugar, os dados e as informações sobre como o serviço está sendo prestado permitem com que a Administração detecte os problemas existentes e, em seguida, dimensione os recursos necessários para combatê-los, dentre o acervo disponível. Em uma realidade de recursos escassos, tais elementos empíricos podem auxiliar na fixação de focos prioritários de atuação, *e.g.*, indicando quais atores demandam maior atenção do Regulador por descumprirem de forma contumaz as normas aplicáveis. Em segundo lugar, a disponibilização de dados atualizados acerca da realidade do setor e da prestação dos respectivos serviços se apresenta essencial para o estabelecimento de uma regulação responsiva. Não só ao fim, mas também durante a execução dessas novas regras, é preciso avaliar se elas estão produzindo efetivamente algum impacto transformador sobre o mercado regulado (*in casu*, o de telecomunicações), na linha do previamente almejado. Em terceiro lugar, a presença de dados é importante para se concluir pela eficiência ou ineficiência da medida regulatória, mensurada

por meio de parâmetros técnicos ou políticos. Isto é, compara-se o antes e o depois, o início e o “fim”. Boas intenções são sempre bem-vindas, mas caso inovações regulatórias não produzam resultados positivos, é importante que o Estado esteja suficientemente aberto para mudar sua abordagem em relação ao problema: seja alterando-o de forma radical, seja lapidando-o a partir da correção de falhas estruturais.

Por tudo, o princípio da eficiência é elemento que apresenta grande relevo no âmbito da Regulação Responsiva. Nesse sentido, destaca-se que para o Regulador Responsivo, não existem soluções regulatórias ótimas ou abstratamente mais eficientes que outras. Em verdade, o que existe são soluções que, naquele momento, encaixam-se melhor do que outras, tendo em vista o comportamento dos atores do mercado naquele contexto, dentre outros fatores. Desse modo, deve-se compreender que suas respostas comportamentais são sensíveis a diferentes motivações e, portanto, somente podem ser devidamente controladas, caso se adote uma estrutura regulatória plural: *com uma diversidade de técnicas, de estratégias e de incentivos que sejam responsivos aos feedbacks das empresas e dos indivíduos envolvidos no setor.*

Ainda, debate-se sobre a **delegação de poder de polícia à entidade aferidora de qualidade**. É nesse contexto que a Anatel propõe no RQUAL uma Entidade Aferidora de Qualidade (EAQ) para coletar dados e calcular a qualidade do serviço, de acordo com os indicadores consolidados nos novos regulamentos. Para além de questões de transparência e de acesso à informação (art. 5º, XXXIII, da CRFB/88), a medida é relevante para consubstanciar o próprio princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da CRFB/88), sobretudo no que tange à implementação de uma regulação empiricamente informada. Do ponto de vista constitucional, questão relevante frente à proposta de criação da EAQ é a possibilidade de se delegar atividades de coleta e de retenção de dados (fiscalização, em sentido amplo) à associação privada. Isso porque a doutrina clássica do direito

administrativo entende não ser possível a delegação de poder de polícia a particulares, alinhavando, para tanto, quatro argumentos conexos.

Em *primeiro lugar*, essa visão sustenta que o poder de polícia é uma *potestade estatal*, isto é, atividade relacionada ao poder coercitivo do Estado, poder esse incompatível com a paridade que deve nortear as relações entre os particulares. Em *segundo lugar*, essa linha doutrinária também aduz que a indelegabilidade seria corolário do próprio Estado Democrático de Direito, na sua faceta de defesa dos direitos fundamentais. Marçal Justen Filho defende a vedação “*não por alguma qualidade essencial ou peculiar à figura*”, mas sim porque, em um Estado Democrático de Direito, o exercício da violência é necessariamente monopolizado pelo Estado. Em *terceiro lugar*, defende-se que o princípio da isonomia (art. 5º, caput, da CRFB) veda tal delegação, pois, ao se atribuir o exercício de poder de polícia a particulares, estar-se-ia reconhecendo a existência de relações jurídicas desiguais entre particulares. Ao revés, somente o Estado poderia impor tais limitações, porque posicionado em hierarquia superior aos demais particulares e atuando voltado à persecução do bem comum. Em *quarto lugar*, argumenta-se que a indelegabilidade se alicerça no fato de que apenas servidores públicos estáveis poderiam exercer tamanho *múnus* público. Isso, tendo em vista que sua estabilidade lhes traria maior blindagem frente às pressões externas, tais como as advindas de *atores* com alto poder econômico e influência política. Além disso, a delegação a particulares do poder de polícia geraria um indesejável conflito interno de interesses: de um lado, a busca pelo lucro e maximização de interesses pessoais; de outro, a concretização de finalidades públicas.

Ocorre que visões distintas sobre o tema têm sido ventiladas na doutrina no sentido de mitigar ou até de rechaçar essa perspectiva “clássica”. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por exemplo, sustenta a legitimidade da delegação de algumas atividades a partir de uma perspectiva funcional. Para o autor, o exercício do poder de polícia pode ser compreendido por meio de quatro

ciclos de polícia. O primeiro ciclo é representado pela *ordem de polícia*, que nada mais é do que o comando normativo que, previamente, determinará eventual restrição, limitação, condicionamento ou disciplina da liberdade e da propriedade dos particulares. Já o segundo diz respeito ao *consentimento de polícia*: o ato administrativo que permite o exercício de certa atividade ou o uso de uma propriedade, por exemplo. O terceiro é a *fiscalização administrativa*, que se consubstancia na verificação se as ordens de polícia estão sendo cumpridas. Por fim, e em quarto lugar, a *sanção de polícia*: atividade em que, após a confirmação da existência de afronta à ordem de polícia, são aplicadas aos infratores as penalidades previstas no ordenamento.

Com base nessa diferenciação funcional, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustenta que não seria possível delegar (i) a ordem de polícia, tampouco (iv) a sanção de polícia, pois existiria uma reserva estatal quanto à elaboração de leis e regulamentos, bem como quanto ao uso coercitivo da força. Noutra giro, (ii) o consentimento de polícia e (iii) a atividade fiscalizatória poderia ser delegada, sem vícios de inconstitucionalidade. Essa perspectiva influenciou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que encampou a tese. No bojo do REsp 817.534/MG, definiu-se que “*as atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupos, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção*”. A partir de tal distinção, fixou-se o entendimento de que “*somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. [Em verdade,] no que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro – aplicação de multas para aumentar a arrecadação*”. Essas são as balizas que devem nortear o debate sobre o tema.

Com relação à proposta de criação da EAQ, ressalte-se que a entidade não possui qualquer competência sancionadora ou punitiva. Trata-se de mera delegação de atividades de apoio como a coleta de dados, a elaboração dos cálculos

e a publicação de indicadores. Já quanto ao processo de aferição da Qualidade de Serviço Percebida, a EAQ, de fato, coordena o processo, porém de modo expressamente supervisionado pela Anatel. No máximo, a situação consistiria numa “delegação” da fase fiscalizatória do poder de polícia, o que é autorizado pela jurisprudência do STJ. Contudo, na realidade, basta verificar que a fiscalização permanece sob titularidade da Anatel, que supervisiona e pode intervir, a qualquer momento, nas atividades da EAQ.

Por tudo, é importante ressaltar que a EAQ possui enorme relevância não só (i) para a implementação real dos ditames da teoria da regulação responsiva, mas também, (ii) para a própria consecução do princípio constitucional da eficiência (art. 37, caput). É que, de acordo com essa compreensão teórica, a fiscalização regulatória deve ser episódica. Presa ainda na lógica de que ambos são, sempre e inevitavelmente, adversários, a fiscalização ostensiva e constante vem trazendo resultados aquém aos recursos despendidos. Na fiscalização episódica, averigua-se o comportamento do agente regulado e, depois, passa-se a avaliar uma eventual escalada de constrangimentos, caso o resultado seja insatisfatório. Em seguida, suspende-se a atividade fiscalizatória por determinado período estratégico. Ou seja, atua-se em espécies de força-tarefa ou *blitz*, ao passo que cada episódio ou período de fiscalização deve vir acompanhado de exigências quanto à apresentação de evidências concretas acerca da cooperação do regulado. Dessa forma, quanto mais cooperativo ele for, mais rápido sairá da situação de desconforto trazida pelo agir fiscalizatório.

A criação da EAQ tenta incorporar justamente essa lógica cooperativa. Ao fundo, o que ocorre é o seguinte: a empresa se “auto obriga” a custear uma entidade independente que irá coletar dados quanto à desconformidade normativa das empresas do setor e à qualidade do serviço prestado disponibilizando-os, inclusive, em forma de relatórios públicos. No entanto, “livra-se” de uma atividade fiscalizatória mais ostensiva e adversarial, pronta para instaurar processos administrativos, no menor de seus deslizes. O agir regulatório passa a se orientar

assim: primeiro, tenta-se a conformidade dialógica e espontânea, por parte do ente privado, quanto às normas aplicáveis. Apenas em seguida, caso essa estratégia falhe, é que se cogita em punições mais severas, como sanções por parte da Anatel.

Por fim, é necessário ter claro que para todo o exposto faz-se importante alterações no ordenamento jurídico brasileiro de nível primário e secundário. Como exemplo, propõe-se Projeto de Lei para a alteração da Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997) com fins de incluir a competência institucional da Anatel em prever a criação de entidades privadas que, sob a sua supervisão e sob o custeio dos administrados, auxiliem nas atividades de aferição de dados dos setores regulados. No mesmo sentido, há proposta de Resolução que altera o RQUAL.

Ademais, são necessários ponderações acerca da **liberdade de associação e autorregulação regulada**. Nesse sentido, outras duas perguntas exsurtem da proposta de criação a EAQ. A primeira indagação diz respeito à possibilidade de a Anatel determinar que o conjunto de prestadoras de serviços de telecomunicações se associem para formar e custear a EAQ, uma espécie de “associação civil”. Pergunta-se: a proposta encontraria óbice no art. 5º, XX, da CRFB/88 (liberdade de associação)? A segunda questão é a seguinte: sendo constitucionais (a) a delegação das referidas atividades para entidade de natureza privada e (b) a determinação de se manterem associadas, ambas configurações poderiam ser estabelecidas por meio de regulamento? Ou, ao revés, à luz de nosso plano constitucional (art. 5º, II, e art. 37, *caput*, CRFB/88), seria necessário que a EAQ fosse criada por meio de lei *stricto sensu*?

Com relação à primeira questão, não há que se apontar o direito de livre associação como barreira intransponível para a “imposição”, do Estado-regulador, de que pessoas jurídicas de direito privado adotem mecanismos autorregulatórios. Essa imposição de associação não viola a previsão constitucional de liberdade associativa, porque os particulares que devem se associar não estão exercendo uma atividade privada típica. Em verdade, estão prestando serviços de interesse

público nos quais um plexo de normas regulatórias incide (ou *deveria* incidir) justamente para protegê-lo. Quanto à segunda questão, é importante destacar que o objetivo da criação da EAQ está balizado nas competências legais da Anatel como: **(i)** a implementação das medidas necessárias (*e.g.* coleta de dados e cálculo dos índices de qualidade) para o interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações no país (art. 19, caput, LGT); **(ii)** expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público (art. 19, IV, LGT); e **(iii)** expedir normas quanto à prestação de serviços de telecomunicações no regime privado (art. 19, X, LGT). Assim, não há que se falar em violação à legalidade.

Noutro giro, quanto ao **princípio da legalidade e às medidas compensatórias**, a regulação responsiva, ao prever uma gama de incentivos variáveis de acordo com o comportamento do regulado, gera outro questionamento: frente ao princípio da legalidade, as medidas compensatórias propostas pela Anatel teriam de estar previstas em lei formal – aprovada pelo Parlamento – em vez de mera previsão regulamentar?

Para fins desta análise constitucional, a primeira tarefa necessária é a diferenciação desses dois mecanismos – *sanções e incentivos*. É preciso, portanto, explicitar suas características centrais para, em seguida, analisar os distintos efeitos gerados por cada um. Em termos estritamente técnicos, a natureza dos termos “*sanção*” e “*incentivo*” é essencialmente a mesma: ambos representam um sistema de estruturação de incentivos. Nada obstante, esses dois conceitos atuam por meio de lógica e de intuito diferentes, gerando, por conseguinte, efeitos distintos. Dessa maneira, devem ser conceituados no seguinte sentido: a “*sanção*” representa *desestímulos a condutas indesejáveis, lastreados em sanções de natureza punitiva (penas ou medidas restritivas de direitos)*; o “*incentivo*”, por sua vez, diz respeito aos *estímulos a condutas desejáveis, fundados em sanções de natureza premial (prêmios ou medidas ampliativas de direitos)*.

Nessa linha, as normas e estratégias regulatórias baseadas no “comando e controle” se concretizam por meio de *prescrições*. Ou seja, formas de ordenação da vida econômica e social cuja efetividade se alicerça numa estrutura punitiva. De outra sorte, modelos como a regulação responsiva e a regulação inteligente estão calcados em *indução*s. Isto é: formas de ordenação das esferas econômica e social cujo intuito é estimular comportamentos virtuosos. Pode-se, inclusive, adotar modelos híbridos responsivos fundados em punições e prêmios, a partir de “*uma prognose de riscos, custos e efeitos concretos, diretos e colaterais*”, que poderão ser produzidos a partir da adoção de cada arranjo de incentivos.

É bem verdade que a criação de uma sanção punitiva pressupõe a existência de lei formal. Isso se dá, no entanto, em razão de as sanções punitivas restringirem e condicionarem a própria esfera de liberdade do particular, possivelmente impactando seus direitos e garantias fundamentais. Ocorre que, para fins de legalidade, a lógica dos incentivos (*sanções premiaias*) é totalmente distinta. Frisa-se: a constatação está limitada a este caso particular, como previstos os “incentivos” pela Anatel. No entanto, ao menos *in casu*, se empresa cumprir com os requisitos necessários quanto à qualidade do serviço prestado, ela receberá “*prêmios*” da Administração que irá lhe conceder uma ampliação de direitos ou, ao menos, uma menor interferência estatal no seu âmbito de liberdade. Não há, pois, objetivo punitivo na implementação desses prêmios, no bojo da regulação responsiva pretendida não sendo necessário a previsão de lei formal para tanto, bastando-se a compatibilidade com as atribuições legais da própria Agência.

Quanto ao **devido processo legal na regulação por incentivos**, outra questão constitucional derivada da aplicação concreta da regulação por incentivos é a seguinte: em função dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a aplicação das medidas compensatórias propostas pela Anatel demandariam, invariavelmente, a abertura de PADOs?

A Constituição da República assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), garantindo ainda “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). Percebe-se, portanto, que, para a Carta Maior, o processo possui relevante função de atuar como óbice a ser vencido, caso o Estado queira restringir direitos e liberdades fundamentais dos particulares.

No âmbito da regulação responsiva, em vez de se aplicar regras abstratas e gerais, especialmente de caráter punitivo, a Administração deve estar aberta a opções regulatórias consensuais e até pactuadas. A lógica subjacente dessa teoria, incorporada na proposta ora analisada, está envolta justamente na já mencionada diferenciação entre as perspectivas punitiva e premial da regulação. Assim, não há qualquer restrição ou limitação na esfera de liberdade do particular, tampouco punição por conduta indesejável. Frisa-se: a lógica não é coercitiva, mas, sim, estimulante e indutiva. Essa diferença é crucial, pois impacta sensivelmente (i) na intensidade e na amplitude da proteção das aludidas cláusulas constitucionais-processuais; bem como (ii) no próprio significado das garantias do devido processo legal, ampla defesa e contraditório frente ao caso concreto. Didaticamente, na regulação responsiva, essa perspectiva é aplicada assim: quanto mais se “sobe” nas pirâmides de estratégias regulatórias e de medidas de constrangimento, maior é a interferência na esfera jurídica do sujeito processual e, portanto, maior é o âmbito de incidência e de proteção dos referidos princípios. Por óbvio, ao contrário, quanto mais se “desce” nas pirâmides, menor é o risco de intrusão na esfera de liberdade do particular, conseqüentemente, menor é a intensidade de tais garantias processuais.

No âmbito administrativo-disciplinar, outro ponto de relevo constitucional importante é a função democrático-dialógica do princípio do contraditório, que decorre da própria noção de devido processo legal. Essa visão é destacada pelo jurista italiano Elio Fazzalari que observa tal faceta democrática

do processo, a partir de sua leitura nos seguintes termos: como um procedimento no qual todos aqueles cuja esfera jurídica for afetada, positiva ou negativamente, pelo ato final estão habilitados a participar. Desse modo, o princípio do contraditório se consubstancia a partir de uma condução dialética do devido processo legal em que há: (i) o acesso a qualquer informação necessária ao exercício da ampla defesa e (ii) a condição permanente, porém facultativa, que as partes envolvidas possam reagir e responder às decisões e aos atos implementados.

A concretização desse *devido processo legal como procedimento em contraditório* impõe o ônus de que o contraditório entre as partes ocorra em *simétrica paridade*. Transportando tal noção para o caso concreto ora analisado, o que se observa é que, ao implementar uma regulação responsiva com intenso e constante diálogo entre Regulador e regulado, a Anatel terá de desenvolver uma noção de devido processo legal dialógico. Em se tratando de perda e de ganho de sanções premiais em que haja desnecessidade da instauração de PADOs (*frisa-se: não se aplicando esse raciocínio na seara de sanções punitivas*), as garantias da ampla defesa e do contraditório deverão se apresentar no tratamento paritário e dialógico da Administração-reguladora para com seus regulados. Como desdobramento da própria regulação responsiva, será necessário que a Anatel esteja aberta a interagir com as empresas prestadoras, disponibilizar as informações que lastreiem suas decisões e ouvir, com consideração e apreço reais, os argumentos por elas apresentados.

Por fim, também cabe aqui destacar as propostas de inovações normativas como medidas de incentivo à conformidade e devido processo legal. Nesse âmbito, dê destaque, por exemplo, para Projeto de Lei com fins de alterar a Lei Geral de Telecomunicações, bem como propostas de alteração de normas infralegais (*e.g.*, Resolução que altera o Regulamento de Qualidades dos Serviços de Telecomunicações) e a Resolução ANATEL nº 746, de 22 de junho de 2021, publicada em 23 de junho de 2021, que aprovou o Regulamento de Fiscalização

Regulatória (RFR). Todas essas se coadunam com o objetivo de definir um desenho processual mais próximo da regulação responsiva.

3.2 Desdobramentos teóricos e práticos para a solução dos principais desafios regulatórios a serem enfrentados pela Anatel

3.2.1 Introdução

A segunda parte do relatório da Meta 7 cuidou dos desdobramentos teóricos e práticos da regulação responsiva diante dos principais desafios a serem enfrentados pela Anatel. Para tanto, procurou-se apresentar o contexto no qual se desenvolvem tais concepções no campo da economia e da sociologia econômica, campos do conhecimento que trazem importantes subsídios para a construção de uma abordagem regulatória que não se baseia exclusivamente na aplicação de sanções punitivas.

A partir da fixação desses parâmetros teóricos, foi possível abordar as principais estratégias regulatórias a serem utilizadas para a solução dos problemas apontados pela Anatel, nomeadamente: (i) a implementação de regras de *compliance* entre os agentes regulados, no contexto de uma correção ou autorregulação regulada, em que a agência reguladora assume uma postura proativa na administração de incentivos para o cumprimento das metas regulatórias; e (ii) a implementação da cooperação, inclusive por meio das novas tecnologias de informação e comunicação.

3.2.2 Breve contextualização do tema à luz das recentes reflexões oriundas do direito, da economia e da sociologia

O capítulo destinado à contextualização do debate à luz do direito, da economia e da sociologia foi estruturado em torno dos seguintes pilares: (i) a importância da visão institucional do mercado e da atuação dos agentes econômicos; (ii) a superação das limitações da racionalidade neoclássica; (iii) a relação entre autorregulação (*compliance*), heterorregulação, normas sociais e cultura corporativa; e (iv) o papel da tecnologia.

Os debates travados nesse capítulo, em linhas gerais, orbitam em torno da difícil sustentação da ideia segundo a qual o direito, por si só, e por meio de estratégias baseadas puramente na ideia de comando e controle, seria capaz de garantir a integração social e de fornecer incentivos suficientes para que os agentes regulados atuem no sentido almejado pelo regulador. Daí a relevância de iniciativas estatais que busquem obter o convencimento legítimo dos regulados quanto à necessidade e à importância do cumprimento das normas jurídicas, bem como no incentivo ao desenvolvimento de uma cultura ética própria por parte dos agentes empresariais. O *compliance*, nesse sentido, se apresenta como relevante mecanismo de autorregulação, que tanto deve complementar a regulação estatal quanto deve assegurar a sua efetividade e, em certos casos, até mesmo supri-la e suplementá-la.

Diante dessas premissas teóricas, foi possível estruturar uma relação de meios existentes para que o Estado Regulador alcance os objetivos mencionados podem ser destacados, a saber:

- (i) indicar, sinalizar e reforçar valores e propósitos a serem buscados pelos agentes econômicos;
- (ii) indicar, reforçar e, se possível, quantificar ou estimar as consequências positivas do comportamento virtuoso;

(iii) indicar, reforçar e, se possível, quantificar ou estimar as consequências e externalidades negativas e os danos causados por comportamentos desviantes, prevenindo o problemático e costumeiro distanciamento que os agentes econômicos, especialmente quando apresentam estruturas complexas e são geridos por executivos, apresentam na avaliação dos efeitos amplos de suas decisões;

(iv) valorizar a autonomia, o protagonismo e o comportamento cooperativo do regulado, desde que em sintonia com os objetivos primordiais da regulação;

(v) valorizar e incentivar a autorregulação, por meio dos programas de *compliance*, que abrem ao Estado Regulador várias frentes de cooperação, como também a utilização dos mais modernos instrumentos de governança corporativa em prol do comportamento virtuoso;

(vi) adotar estratégias de comunicação que mostrem ao agente econômico, de forma eficiente e com a adequada periodicidade, os seus deveres;

(vii) adotar estratégias de comunicação que mostrem ao agente econômico, da forma mais eficiente e rápida possível, seus erros e acertos, incentivando-o a melhorar e indicando os caminhos para tal;

(viii) adotar canais de comunicação que possibilitem a *stakeholders*, como os usuários dos serviços regulados, adotarem um papel mais proativo na supervisão das metas regulatórias, oferecendo não apenas reclamações, mas sobretudo sugestões de soluções, caso em que poderiam assumir um papel de corretores;

(ix) reforçar a dimensão social de certos comportamentos, apontando quando determinado agente apresenta postura dissonante

em relação a outros agentes do mercado, inclusive por meio de *rankings*, comparações, índices e estatísticas, inclusive para efeitos de orientar o mercado de capitais e potenciais investidores;

(x) conceder estímulos, incentivos e até mesmo elogios a determinados comportamentos, inclusive no que diz respeito a reconhecimentos formais (cartas, selos, certificações e outras iniciativas);

(xi) utilizar desincentivos para determinadas condutas, tais como técnicas de aumentar a fiscalização, advertir, publicizar ou colocar em evidência determinados tipos de violação – *naming and shaming* –, obviamente dentro da escalada de punições da pirâmide regulatória;

(xii) criar ambientes propícios para a cooperação legítima entre os agentes e o regulador, bem como entre os agentes e os demais *stakeholders*, especialmente no que diz respeito aos usuários;

(xiii) adotar dinâmicas regulatórias que possam focar no comportamento dos agentes como um todo e não em condutas isoladas;

(xiv) utilizar-se das novas tecnologias para a implementação das soluções anteriormente apontadas, especialmente no que diz respeito a medidas de cooperação de fácil e rápida execução.

Note-se, no entanto, que mesmo modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos não abrem mão da aplicação de sanções punitivas. Acontece que, diferentemente do que ocorre nas abordagens de comando e controle, a punição é redefinida em termos de importância, pertinência e adequação. De toda sorte, vale salientar que a busca do comportamento virtuoso dos agentes econômicos por meio dos incentivos e outras estratégias que não apenas a sanção

é postura que pode e deve ser complementar com a racionalidade econômica de custo-benefício, a fim de propiciar uma articulação entre *enforcement* e *compliance* que seja propícia e adequada para o cumprimento voluntário das normas.

3.2.3 Novas perspectivas regulatórias: o *compliance* no contexto da autorregulação regulada

O segundo capítulo do relatório cuidou de expor as funções contemporâneas dos programas de *compliance*, especialmente quando inseridos em um contexto no qual se procura tanto atribuir a esses mecanismos a função de reforçar e facilitar a anuência da empresa à legislação vigente quanto promover um diálogo construtivo entre autorregulação e heterorregulação, produzindo assim uma ética empresarial própria, caracterizada por conter novas obrigações que não raro são mais rigorosas do que as regulatórias.

Apesar da dificuldade de definir com elevado grau de precisão e clareza os critérios que irão distinguir um programa de *compliance* ineficaz de um programa pouco robusto, é possível extrair, tanto dos guias, normas e documentos nacionais internacionais as diretrizes básicas que devem norteá-los, dentre as quais se destacam:

1. Avaliação contínua de riscos e atualização do programa;
2. Elaboração de Códigos de Ética e Conduta, que regulem a forma como se deve atuar na pessoa jurídica;
3. Organização compatível com o risco da atividade;
4. Comprometimento da alta administração;
5. Autonomia e independência do setor responsável pela supervisão do programa de *compliance*;
6. Treinamentos periódicos;

7. Criação de uma cultura corporativa de respeito à ética e às leis;
8. Monitoramento constante dos controles e processos instituídos pelo programa de *compliance*;
9. Canais seguros e abertos de comunicação de infrações e mecanismos de proteção dos informantes;
10. Detecção, apuração e punição de condutas contrárias ao programa de *compliance*.

É importante destacar igualmente que (i) programas de *compliance* não são universais, de forma que, ainda que baseados em alguns entendimentos comuns, já sedimentados na literatura e na experiência internacional e brasileira, precisam se adaptar às características e peculiaridades de cada empresa; (ii) aspecto central de um bom programa de *compliance* é a avaliação de risco, o que igualmente depende das atividades de cada empresa e das vulnerabilidades e exposições de atuação (se atua em mercados mais concentrados, haverá maior vulnerabilidade na seara concorrencial, se participa de licitações ou mantém contatos próximos com poder público, haverá maior vulnerabilidade na seara anticorrupção e assim por diante); (iii) embora tais programas tenham surgido com foco no Direito Anticorrupção e no Direito Antitruste, seus objetivos vêm abrangendo progressivamente outras searas, tais como o Direito Ambiental, o Direito do Consumidor, o Direito do Trabalho e o Direito Regulatório: é por essa razão que podem ser importantes mecanismos de implementação de políticas regulatórias; e (iv) apesar da sua identidade própria, os programas de *compliance* apresentam diversas zonas de interpenetração com regras de governança corporativa, o que impõe a necessidade de um crescente alinhamento entre esses dois eixos, até porque tais programas cada vez mais se dedicam também a endereçar os conflitos de interesses inerentes às sociedades empresárias, tal como será tratado em capítulo próprio.

3.2.4 Estratégias de cooperação entre regulador e regulado

Outra estratégia regulatória que vem ganhando bastante espaço na prática brasileira, sobretudo mais recentemente, é a de mecanismos de cooperação entre o Estado e os administradores. Não obstante já fazerem parte da nossa realidade, a nova LINDB procurou sistematizar a matéria em seu art. 26. Logo, os acordos passam a ser vistos como alternativas a outras soluções regulatórias, inclusive no que diz respeito à aplicação de sanções. Ademais, as novas tecnologias vêm possibilitando que, em ambientes regulados, a cooperação possa transcender a relação entre regulador e regulado, estendendo-se igualmente a *stakeholders*, a fim de que conflitos entre regulados e usuários possam ser resolvidos de forma mais eficiente e rápida, com mínima interferência por parte do Regulador.

3.2.5 Aplicação aos problemas concretos

Expostas as premissas teóricas que devem guiar a implementação de uma estratégia regulatória baseada em incentivos intrínsecos, o relatório da Meta 7 pôde analisar alguns dos problemas concretos enfrentados pela Anatel e apontar possíveis soluções à luz das teorias regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos. Confira-se:

3.2.5.1 Inadimplência quanto ao pagamento da contribuição para o FUST

Trata-se de ótimo exemplo de aplicação da regulação por incentivos, já que, em última análise, sequer existe a possibilidade de se utilizar a sanção no ápice da pirâmide.

Dentre os incentivos, podem ser pensados desde índices ou parâmetros de governança que considerem a pontualidade no pagamento, a exemplo do modelo pensado pela ANEEL, até mesmo várias das estratégias regulatórias já examinadas anteriormente, tais como:

(i) indicar, reforçar e, se possível, quantificar ou estimar as consequências positivas do comportamento virtuoso, mostrando as consequências positivas do recolhimento ao FUST, bem como as consequências negativas e os danos decorrentes do seu não recolhimento;

(ii) valorizar e incentivar a inclusão desse tipo de meta nos programas de *compliance* e na estrutura de governança das empresas;

(iii) adotar estratégias de comunicação que mostrem ao agente econômico, de forma eficiente e com a adequada periodicidade, os prazos e a forma de cumprir seus deveres;

(iv) adotar estratégias de comunicação que mostrem ao agente econômico, da forma mais eficiente e rápida possível, seus erros e acertos, incentivando-o a melhorar e indicando os caminhos para tal;

(v) reforçar a dimensão social de certos comportamentos, apontando quando a inadimplência de determinado agente contrasta com a postura de outros agentes do mercado, inclusive por meio de *rankings*, comparações, índices e estatísticas e mesmo técnicas como *naming and shaming*, inclusive para efeitos de orientar o mercado de capitais e potenciais investidores;

(vi) conceder estímulos, incentivos e até mesmo elogios aos agentes que cumprem pontualmente a sua obrigação, inclusive no que diz respeito a reconhecimentos formais (cartas, selos, certificações e outras iniciativas);

(vii) pensar em vantagens ou benefícios que poderiam ser concedidos para as empresas pontuais

(viii) pensar em soluções negociais, como parcelamentos, para resolver pendências mais graves.

3.2.5.2 Imposição da sanção de caducidade no caso do inadimplemento da TFF

Trata-se de mais um assunto em relação ao qual se pode utilizar todo o arsenal de medidas já indicadas para o FUST, com a vantagem adicional de que, aqui, pode-se igualmente explorar o ápice da pirâmide, por meio da aplicação de multas. Em outras palavras, aqui há margem para se utilizar de todos os incentivos e vantagens, via governança corporativa, *compliance* e cooperação, trabalhando com as sanções apenas na última etapa e, mesmo assim, com a devida gradação entre a multa e a caducidade conforme haja o pagamento durante a tramitação do processo administrativo.

Na utilização da pirâmide regulatória em hipóteses assim, seria importante considerar as razões da inadimplência – especialmente quando ela puder ser razoavelmente justificada -, bem como saber se se trata de algo episódico ou que reflete, na verdade, o defeito de organização.

3.2.5.3 Prescrição e deficiências instrutórias de PADOs

Além de todas as medidas regularias já mencionadas ao longo do estudo, está-se aqui diante de situação que exige a adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos, seja por uma iniciativa própria por parte da Anatel, seja por meio de iniciativas conjuntas com a SENACON.

Como tais iniciativas terão efeitos prospectivos, é importante pensar também no que fazer com o acervo existente, submetendo os não prescritos a métodos rápidos de solução e verificando, em relação aos processos prescritos, que outras iniciativas e incentivos poderiam direcionar a ação do regulado para a solução do problema.

Divulgar dados relacionados a cumprimentos de metas regulatórias e ao respeito à regulação é sempre uma iniciativa importante, devendo ser pensados

índices, rankings e outras soluções para criar o devido incentivo reputacional para que as empresas se ajustem aos comandos regulatórios.

3.2.5.4 Simplificação de procedimentos regulatórios

A simplificação de procedimentos regulatórios é medida relevante para que os incentivos aplicáveis aos agentes regulados tenham maior clareza e mais eficientemente alcancem seus objetivos. Há que se analisar previamente o sentido da regulação e a possibilidade de modificação das normas, substituindo-as por outras soluções mais eficientes e exequíveis. Nesse sentido, a criação de canais de comunicação em que os agentes regulados informam regularmente a Anatel, mas sem depender de anuência desta, a existência de repositórios para consulta à disposição da Anatel ou de sistemas de autodeclaração poderiam ser interessantes iniciativas, conjugadas ou não com regimes de fiscalização por amostragem.

Assegurar tal transparência também por meio de mecanismos de *compliance* e governança é bastante viável, incentivando a existência de órgãos internos dos próprios regulados que poderão realizar o que hoje é feito pela Anatel: cuidar da coleta e registro de todas as informações necessárias, bem como funcionar como canal de comunicação sempre que a agência precisar dos dados atualizados, o que deve ser assegurado em tempo hábil.

Obviamente que, no contexto de uma regulação responsiva, a aplicação de tais medidas deve ser graduada de acordo com o grau de confiança e a posição do agente regulado, a partir de uma série de critérios, a começar pelas suas práticas de governança e *compliance*. Por essa razão, talvez seja necessário manter a anuência da Anatel em casos em relação aos quais outros mecanismos não tenham se mostrado eficientes. Mesmo em relação a agentes que atendem aos requisitos de governança e *compliance*, podem ser pensadas soluções combinadas, como a fiscalização por amostragem.

Assim, tem-se a mudança de um foco reativo para um foco proativo e responsivo, já que o pacote de medidas envolve (i) divulgação de informações, (ii)

orientação aos administrados, (iii) plano de ação – conjunto ordenado de práticas a serem implementadas pelo administrado com a anuência da Superintendência, tendo caráter mais restrito que o TAC e pode ser utilizado de forma preventiva – , (iv) medida cautelar, (v) PADO, (vi) PAF e (vii) TAC.

Tem-se, portanto, uma combinação de diversas medidas regulatórias, devidamente escalonadas dentro do que se espera de uma regulação responsiva, às quais ainda podem ser acrescidas várias das soluções regulatórias mencionadas ao longo do presente estudo.

3.2.5.5 Exigência de PADO mesmo quando o agente regulado toma medidas para corrigir o descumprimento

Trata-se provavelmente de questão para a qual confluem todas as reflexões da regulação responsiva, assim como todas as considerações expostas no presente relatório. Se o objetivo da regulação é assegurar o comportamento virtuoso e os resultados adequados, se o ilícito foi pontual e não decorreu de defeito de organização – e, exatamente por isso, pode ser resolvido rapidamente – ou se o ilícito resultou de defeito de organização que já foi corrigido inclusive estruturalmente, de modo a evitar, dentro do possível, novos descumprimentos, deixa de haver, como regra, a motivação racional para a aplicação da sanção.

Obviamente que tal conclusão não se aplica a casos graves, como dolo – incluindo a violação legal calculada -, reincidência, falhas inaceitáveis no monitoramento dos sistemas de compliance e governança, dentre outros. Em casos assim, a aplicação da sanção poderia se justificar mesmo após a solução do problema. Todavia, desde que o descumprimento não comprometa a relação de cooperação e confiança que se estabeleceu entre regulador e regulado e desde que atingidos, por outros meios, os resultados esperados, há boas razões para se afastar a sanção, ainda que por meio de uma solução negociada, tal como já se ressaltou anteriormente.

3.2.5.6 Atuação da Anatel em matéria consumerista

São muitas as razões de preocupação da Anatel com violações aos consumidores, especialmente com práticas de redução de velocidade, suspensão de serviço ou cobrança de tráfego excedente em caso de se ultrapassar a franquia, etc. Não é sem razão que, como se apontou anteriormente, o setor de telecomunicações é o que mais recebe reclamações na plataforma administrada pela SENACON.

Para resolver o problema, iniciativas para a solução de conflitos, tais como as adotadas pela SENACON, ANS e ANAC são importantes, assim como a publicização da performance dos agentes regulados, inclusive no que diz respeito ao critério comparativo, por meio de índices ou scores.

Há também bons horizontes para que metas regulatórias de atendimento a usuários sejam incorporadas nas práticas de compliance e governança das empresas, sendo exemplo a iniciativa da ANEEL já mencionada, e também a própria iniciativa da Anatel, com o IDA.

4. INCENTIVOS E CONSUMIDOR DE TELECOMUNICAÇÕES

A Meta 10 da Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação apoiada em Incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações analisou como a regulação responsiva se aplica a mecanismos de incentivos à garantia dos direitos dos consumidores.

Abaixo, são retomados os principais conceitos da regulação por incentivos no que diz respeito à garantia dos direitos dos consumidores. Em seguida, é feito um breve *benchmark* das formas inovadoras de proteção do consumidor no setor de telecomunicações, utilizando exemplos de estratégias implementadas por agências reguladoras estrangeiras. Em uma terceira etapa, analisa-se a regulação por incentivos na experiência da Anatel, com fundamento em casos concretos que levaram a Agência a aplicar a regulação responsiva, bem como na importância do fortalecimento do Conselho de Usuários e do diálogo com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC).

Após a contextualização inicial, este capítulo sintetiza a evolução tecnológica do cenário telecomunicacional, visando à proposição de um modelo regulatório adequado às necessidades específicas do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) e do Serviço Móvel Pessoal (SMP).

Em seguida, é feita uma descrição dos casos de anacronismo entre regulamentação e evolução tecnológica com base na identificação de princípios básicos da regulamentação susceptíveis a anacronismos face à evolução tecnológica. Ao final, são feitas sugestões sobre como enfrentar os referidos anacronismos. Além disso, o capítulo faz a descrição de casos de sucesso de política e regulamentação de telecomunicações que previram um espaço de acomodação tecnológica.

À guisa de conclusão, são resgatados os pressupostos da regulação responsiva analisados na Meta 10 para a garantia dos direitos dos consumidores

no setor de telecomunicações, apresentando-se um diagnóstico e priorização, bem como conclusões e recomendações para a utilização da regulação responsiva na proteção do consumidor.

4.1 Regulação por Incentivos, Controle Social e Garantia dos Direitos dos Consumidores: Conceitos, Panorama Jurídico e *Benchmarking*

A regulação responsiva é definida a partir de três características principais: (i) a necessidade de a regulação ser sensível à estrutura e às características do mercado regulado; (ii) a possibilidade de o Estado-regulador lançar mão de uma abordagem punitiva, e, de forma interdependente e complementar, de uma abordagem persuasiva; e (iii) da incorporação da noção de que o Regulador deve moldar sua resposta regulatória (adotando uma postura mais punitiva ou mais persuasiva), proporcionalmente ao comportamento do agente regulado, à dimensão da infração cometida etc.

Conforme expõe Márcio Iorio Aranha⁷², o atual paradigma de Estado incorpora a regulação *descentralizada, no plano operacional*, porém, *centralizada, no plano normativo*: a prescrição de *normas*, de regras, de diretrizes e de comportamentos por autoridades administrativas (e.g. Agências Reguladoras); porém, a consecução das *atividades* econômicas predominantemente pela iniciativa privada. Isso gera consequências na elaboração de métodos regulatórios: primeiramente, deixa de fazer sentido o debate maniqueísta entre “*regular x não regular*”.

Em seu lugar, surge a regulação responsiva, originalmente formulada por Ian Ayres e John Braithwaite⁷³, em 1992, cujo intuito é, em síntese, reforçar a

⁷² ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 5ª ed., Londres: Laccademia Publishing, 2019, p. 218.

⁷³ BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. **Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

compreensão de que a dimensão regulatória está mais relacionada à ideia de *fluxo regulatório-institucional*, em que prevalece a existência de fluxos e de refluxos, de correntes e contracorrentes oriundas da interdependência entre as ordens social, mercadológica, estatal e associativa. Por conseguinte, tem-se certos momentos de maior regulação e outros de maior desregulação.⁷⁴

Portanto, não há uma maneira única e correta de se regular. A melhor estratégia a ser adotada só pode ser obtida no caso concreto, ligada ao mercado ali vigente. Esse é inclusive o ponto de partida da regulação inteligente (*smart regulation*)⁷⁵, a qual sugere que a “inteligência” da regulação empregada se concentra no processo de elaboração do *design* regulatório e se materializa por meio da avaliação das diversas combinações possíveis frente aos instrumentos regulatórios disponíveis.⁷⁶

Na regulação responsiva, o Estado-regulador é gerenciador de um sistema de estruturação de incentivos à sua disposição para garantir o *compliance* regulatório⁷⁷ do ator regulado. Nele, pode lançar mão de, ao menos, 2 (duas) abordagens: punir o agente ou persuadi-lo. Valoriza-se, pois, o comportamento cooperativo do regulado, lastreando o agir regulatório em “*estímulos a condutas desejáveis*” ou “sanções de natureza premial”, tais como: “*prêmios, medidas ampliativas de direitos*” ou até um menor fardo regulatório, dando-lhe maior liberdade.⁷⁸

⁷⁴ BRAITHWAITE, John. **Neoliberalism or Regulatory Capitalism**. Regulatory Institutions Network Occasional Paper no 5, Australian National University, October 2005.

⁷⁵ GUNNINGHAM, N.; GRABOSKY, P. **Smart Regulation: Designing Environmental Policy**. New York: Oxford University Press, 1998; GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Designing Smart Regulation**, 1998. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 1998.

⁷⁶ ARANHA, Marcio Iorio; LOPES, Othon de Azevedo. **Estudo sobre Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em incentivos**. ANATEL/UNB – Pesquisa Inovação Acadêmica Regulação apoiada em incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações, Brasília, 4 de junho de 2019, p. 244.

⁷⁷ O grau de conformidade e de “internalização” da regulação estatal, por parte dos atores privados de um dado setor econômico. A relação e a intensidade entre (a) as previsões legais aplicáveis para um certo mercado regulado e (b) a prática e a política das empresas reguladas atuantes nesse mercado.

⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação e Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 104.

O regulador precisa agir – punitiva ou indutivamente – pautando-se nas noções de *retaliação equivalente* (*tit for tat*) e de mínimo suficiente. A “*tit-for-tat regulatory strategy*” (técnica regulatória “isso por aquilo”, “retaliação equivalente” ou “olho-por-olho”) baseia-se em evidências empíricas que demonstram que a maximização da conformidade à norma e a diminuição dos custos regulatórios podem ser alcançados a partir de posturas cooperativas entre regulador e regulado.⁷⁹ A dissuasão ou incapacitação (*e.g.* cassação da autorização do serviço de telecomunicações) deve ser usada apenas quando necessárias, preferindo-se, primeiramente, buscar saídas dialógicas e negociais.

O processo dinâmico de regulação é visualmente interpretado por meio de um modelo piramidal: a sanção, no topo da pirâmide, não deve ser obstaculizada. O ideal é iniciar com soluções mais suaves, sobretudo de cunho negocial e deliberativo, “subindo” a pirâmide apenas quando o diálogo falhar e/ou quando as punições mais leves não forem suficientes.⁸⁰

Interessa notar que em sentido oposto a essa atuação contextual e responsiva é a forma regulatória de comando e controle (*CAC regulation*), a qual parte do pressuposto de que a conformação da conduta de um determinado agente demanda a coerção extrínseca por parte do Estado. O Poder Público, portanto, teria a capacidade exclusiva ou primordial de controlar os agentes regulados, de maneira eficaz, eficiente e efetiva.

Diante disso, pergunta-se: como se aplica a regulação responsiva à proteção dos consumidores? Os pressupostos acima mencionados guiam o desenho de meios eficientes para alcançar os objetivos firmados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Da mesma forma, as minutas propostas pela Anatel para

⁷⁹ BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. **Responsive Regulation**: transcending the deregulation debate. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 54.

⁸⁰ BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. **World Development** 34(5): 884-898, 2006, p. 886.

consubstanciar uma regulação responsiva, em sua fiscalização regulatória, são igualmente compatíveis com tais princípios e regras.

No âmbito de seu poder regulamentar, a Agência Nacional de Telecomunicações implementou novos passos rumo à consolidação de uma modelagem regulatória responsiva, em sua estrutura normativa, por meio das alterações regulamentares promovidas pela Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019, que também aprova o Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (RQUAL), e da Resolução nº 746, de 22 de junho de 2021, que dentre outras coisas, altera o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA) e aprova o inovador Regulamento de Fiscalização Regulatória (RFR), inclusive com contribuições advindas do projeto de pesquisa que ora se encerra.

De acordo com Braithwaite⁸¹, ao menos em tese, países em desenvolvimento não possuem abundância de meios necessários para implementar uma regulação responsiva, tal como ocorre em países desenvolvidos. Nada obstante, independentemente do déficit institucional existente em um país como o nosso, a utilização da regulação responsiva, que conjuga elementos de regulação externa (controle social), autorregulação privada e regulação estatal, pode aumentar a probabilidade de se superarem esses déficits. Em suma: (i) obter melhores resultados sem o dispêndio exacerbado de recursos públicos; e (ii) diminuir os riscos de corrupção e de captura privada do regulador.

Nesse sentido, modelos regulatórios responsivos, de governança nodal, podem superar essas desvantagens trazidas por um arcabouço político-institucional deficiente, pois atingem a incapacidade estatal na medida em que mobilizam o mercado a expurgar os agentes privados de baixa qualidade ou de baixa índole moral-legal e, além disso, permitem que, nos casos em que houver conluio entre o público-privado ou até mesmo a captura do público pelo privado, o

⁸¹ BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation and Developing Economies*. **World Development** 34(5): 884-898, 2006, p. 884.

controle social externo entre em ação para denunciar tais práticas ou para intervir por meio de boicotes, ações civis públicas etc. O controle social é outra forma de fortalecer a proteção dos consumidores. Uma experiência que demonstra a tentativa de incorporação institucional de conceitos de controle social é a criação da Superintendência de Relações com Consumidores (SRC), vigente a partir da Resolução Anatel nº 612, de 29 de abril de 2013. A SRC é responsável justamente pelos canais institucionais da Agência Reguladora que conferem maior legitimidade democrática, nos termos de Braithwaite acima expostos, para receber reclamações e solicitações dos consumidores quanto à sua satisfação em relação aos serviços prestados pelas empresas de telecomunicações.

No que tange às diferentes formas de proteger o consumidor no setor de telecomunicações, este relatório utiliza a técnica definida por Nigel Slack⁸² como *benchmarking*. Nesse sentido, destacam-se, intencionalmente, alguns casos nos quais foi possível alcançar uma tutela mais robusta dos respectivos consumidores do setor por meio de formas inovadoras, que se assemelham a uma modelagem regulatória responsiva.

Na Austrália, foram implementados dois mecanismos mais importantes da correção na indústria: o *Telecommunications Customer Protections Code* e o *Telecommunications Industry Ombudsman Scheme*. A *Communications Alliance* elaborou, em 2015, o *Telecommunications Consumer Protections (TCP) Code*, o qual estabelece um código de conduta, a nível de varejo, para a indústria das telecomunicações, providenciando um amplo rol de garantias para os consumidores de serviço móvel pessoal, telefone fixo e Internet. Como esse código de conduta foi registrado no órgão regulador estatal, o *Australian Communications and Media Authority (ACMA)*, o Estado tem poderes de aplicar as regras contidas no código e sancionar aqueles que deixarem de cumprir as normas nele previstas.

⁸² SLACK, N; CHAMBERS, S; HARLAND, C; HARRISON, A; JOHNSTON, R. **Administração da Produção**. Atlas, São Paulo. Capítulo 18 - Melhoramento da produção. p. 589-626, 2002.

Já o *Telecommunications Industry Ombudsman (TIO)* foi estabelecido em 1993 para providenciar um serviço de resolução de disputas gratuito e independente para pequenas empresas e consumidores residenciais que tinham uma reclamação não resolvida sobre um serviço de telecomunicações.

No Reino Unido, o *Office of Communications (Ofcom)* é uma agência reguladora independente, autoridade de competição e o órgão responsável por zelar pelos direitos dos consumidores na indústria de telecomunicações do Reino Unido. O Ofcom tem desenvolvido algumas medidas regulatórias inovadoras para proteger os direitos dos consumidores, como a publicação de um documento que contém as diretrizes que são seguidas em investigações sobre o cumprimento de requisitos regulatórios, e, com isso, estabelece alguns critérios para decidir se os possíveis benefícios de uma investigação justificam os recursos que serão utilizados e os benefícios comparativos que surgiriam se esses recursos fossem usados de outras maneiras.

Em Portugal, o Observatório de Tarifários é um simulador interativo desenvolvido pela ANACOM. A plataforma permite que os usuários consultem e comparem, gratuitamente, as tarifas de cada operadora para diferentes serviços (em nível nacional, para ligações, mensagens de texto e mensagens multimídia). As informações disponíveis são de três operadoras de telecomunicações — TMN, Vodafone e Optimus.⁸³ A Anatel está em processo de implementar um aplicativo similar. Uma versão de teste foi lançada em julho de 2018. O projeto, chamado de Grupo Aplicativo Anatel Comparador (GAAC) é uma iniciativa da Superintendência de Competição, Superintendência de Relações com Consumidores e da Superintendência de Gestão Interna da Informação.

⁸³ Observatório de Tarifários da ANACOM. ANACOM. Disponível em: <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1004325>. Acesso em: 27 set. 2019.

4.2 Regulação por Incentivos na Experiência da Anatel: uma análise à luz dos casos concretos

A Superintendência de Relações com Consumidores (SRC) da Anatel utilizou a fiscalização regulatória em alguns importantes casos, implementando alguns fundamentos da regulação responsiva.

A fiscalização regulatória de qualidade da Anatel foi inaugurada com a utilização do Índice de Desempenho no Atendimento (IDA).⁸⁴ O IDA funciona da seguinte maneira: as prestadoras começam com uma pontuação inicial de 100 e perdem pontos à medida que não cumprem as metas de desempenho estabelecidas pela Agência.⁸⁵ Nesse cálculo, leva-se em conta o índice de reclamações da prestadora, ou seja, o número de reclamações registradas no mês de referência dividido pelo número de assinantes no mesmo período. Em seguida, considera-se a taxa de reabertas, que mostra em que porcentagem os consumidores ou a própria Anatel reabrem as reclamações que as operadoras comunicam ter respondido. A meta nesse fator é que a taxa de reabertas seja inferior a 8%.⁸⁶

Em 2009, a Anatel passou a utilizar o IDA e a divulgar os resultados obtidos por cada prestadora em seu Portal. Essa técnica funcionou como uma estratégia de *naming and shaming*, pois as prestadoras sofriam pressão social ao terem a sua nota divulgada e ao serem ranqueadas em relação a esses números.⁸⁷

⁸⁴ MADRUGA LOPES, Fabrício Guimarães (outubro 2019). Entrevistadoras: Laura Schertel Mendes e Maria Clara Farias. Brasília: ANATEL, 2019.

⁸⁵ ANATEL. IDA - Índice de Desempenho no Atendimento Móvel Pessoa - SMP Agosto/2015. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=337949&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=337949.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2019.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ MADRUGA LOPES, Fabrício Guimarães (outubro 2019). Entrevistadoras: Laura Schertel Mendes e Maria Clara Farias. Brasília: ANATEL, 2019.

A partir de 2017, a Anatel passou a selecionar temas que eram recorrentemente objeto de reclamações para serem resolvidos por meio de procedimentos de fiscalização regulatória, a fim de tornar efetiva a proposta para a realização do controle preventivo.⁸⁸ O modelo de fiscalização regulatória pretende que a Agência adote uma postura de clareza, transparência e cooperação. Cada um dos seis temas objeto da fiscalização responsiva é exposto na versão final do relatório. A sequência lógica dos temas segue o seguinte roteiro: (i) resumo do problema; (ii) atuação da Agência; e (iii) resultados.

Após a realização de um estudo de casos, o relatório constata que a SRC, ao integrar a fiscalização regulatória, foi capaz de trabalhar a relação de confiança entre a Agência e as empresas. A partir de 2017, a Anatel passou a selecionar temas que eram recorrentemente objeto de reclamações para serem resolvidos por meio de procedimentos de fiscalização regulatória, a fim de tornar efetiva a proposta para a realização do controle preventivo.⁸⁹

No que tange ao tratamento de reclamações, para reduzir as taxas de reabertura de reclamações registradas na Anatel, a Agência se concentrou na melhoria da qualidade das respostas e no tratamento de reclamações. A Anatel apresentou os diagnósticos às prestadoras e passou a realizar reuniões com as equipes da área de negócio das operadoras. Além disso, criou incentivos para que as prestadoras propusessem soluções para reduzir as taxas de reabertura de reclamações procedentes e analisou a pertinência prática das ações propostas. Por fim, a Agência realizou o acompanhamento do indicador de reabertura de reclamações. Como consequência dessa atuação, as taxas de reabertura de reclamações passaram de mais de 14% para 8%, o que demonstrou a capacidade da fiscalização regulatória de criar incentivos para atingir a meta estabelecida.

⁸⁸ ANATEL. *Relatório de Gestão do Exercício de 2018*. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=349297&pub=original&filtro=1&documentoPath=349297.pdf>. Acesso em: 13 de outubro de 2019.

⁸⁹ ANATEL. *Relatório de Gestão do Exercício de 2018*. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=349297&pub=original&filtro=1&documentoPath=349297.pdf>. Acesso em: 13 de outubro de 2019.

Outro caso emblemático foi o do Serviços de Valor Adicionado (SVA), definidos como cursos online, horóscopos, música, entre outras atividades que “acrescenta[m], a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações” (art. 61, *caput* da Lei 9.472/97). Em 2016 e 2017, a Anatel detectou que entre 88,39% e 95,57% das reclamações sobre serviços adicionais eram referentes à cobrança desses serviços à revelia do consumidor.⁹⁰ A fiscalização relativa à contratação de Serviços de Valor Adicionado (SVAs) da Anatel revelou efeitos positivos. A SRC constatou uma diminuição dessas reclamações na telefonia pré-paga, o que é atribuído a essa ação, concluindo-se que o procedimento de fiscalização regulatória em parceria com as operadoras teria resultado em 204 mil potenciais reclamações a menos.

O Espaço reservado, local em que o consumidor deve ter acesso, no mínimo, aos contratos, documentos de cobrança, relatórios dos serviços prestados e histórico de demandas registradas pelo consumidor, também foi objeto de uma ação de fiscalização regulatória. Para tanto, utilizou a ferramenta de gestão de projetos ágil (técnica kanban) para acompanhar 26 itens de entrega. Kanban é um termo japonês que significa “sinalização”. Por meio da ferramenta Trello, a Agência criou um sistema de acompanhamento para comunicação entre a Anatel e cada uma das prestadoras, classificando cada item do processo de acompanhamento nas categorias “Fazendo”, “Revisando” e “Feito”. A partir desse método, a Anatel passou a fazer o acompanhamento diário dos espaços reservados das grandes operadoras (Claro, Nextel, Oi, Sky, Tim e Vivo) para os serviços de telefonia móvel e fixa, TV por Assinatura e Banda Larga. A Agência realizou reuniões presenciais a cada dois meses com as prestadoras para examinar quais funcionalidades do espaço reservado já haviam sido implementadas, quais

⁹⁰ ANATEL. Superintendência de Relações com Consumidores. *Panorama de reclamações 2018*. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=349268&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=349268.pdf>. Acesso em: 13 de outubro de 2019.

estavam em andamento e quais ainda não haviam recebido nenhuma proposta de implementação.⁹¹

Como resultado, em maio de 2019, as regras de atendimento digital impostas pelo RGC haviam sido implementadas por todas as operadoras que participaram da fiscalização regulatória. A partir daí as empresas se comprometeram a implementar ajustes finais, aperfeiçoando o atendimento digital.

Em outro estudo, a Anatel constatou que os consumidores enfrentavam grandes dificuldades no cancelamento dos serviços de telecomunicações. Quando do registro do pedido do cancelamento, ocorriam falhas no seu processamento e efetivação e cobranças após a efetivação do cancelamento. De fato, o cancelamento foi o único motivo de reclamações que não apresentou queda em 2018.⁹² Por isso, no mesmo ano, a Agência iniciou uma ação de fiscalização regulatória, buscando solucionar o problema.⁹³ A ação fiscalizatória ainda está se encontra em andamento. No entanto, já foi possível chegar à conclusão de que a utilização de um canal automático para a rescisão do contrato ataca a maior parte dos problemas que o consumidor enfrenta. Todas as prestadoras apresentaram medidas que realmente reduziram o problema do cancelamento, exceto uma delas.⁹⁴

Nos casos de transparência na oferta e cobrança de 4G, na linha de atuação responsiva que vem adotando, a Anatel avisou às principais prestadoras que estaria prevista para o ano 2019 a realização de um procedimento fiscalizatório a fim de acompanhar esse problema e investigar se a cobrança indevida de dados na tecnologia 4G ainda estaria ocorrendo. Além disso, a Agência comunicou às

⁹¹ Ibid.

⁹² ANATEL- Superintendência de Relações com Consumidores. *Panorama de reclamações 2018*. Disponível em:

<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=349268&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=349268.pdf>. Acesso em: 13 de outubro de 2019.

⁹³ ANATEL – SRC. Processo nº 53500.012564/2018-58

⁹⁴ ANATEL – SRC. Processo nº 53536.000439/2019-79 - Relatório de Fiscalização nº 34/2019/UO061/GR06/SFI.

prestadoras que iria analisar os procedimentos adotados por cada uma para evitar a recorrência do problema.⁹⁵

Por fim, no caso de telemarketing, a Anatel atuou para mitigar as ligações abusivas implementadas pelas prestadoras, bem como para estimular a proatividade das empresas na solução de problemas. Em março de 2019, a Anatel convidou as prestadoras para apresentar o estudo da SRC sobre telemarketing. Após uma semana, as empresas apresentaram a “Carta com seis princípios” à Agência. A lista para bloquear ligações de telemarketing logo alcançou mais de 2 milhões de inscritos. De acordo com a SRC Anatel, o número de reclamações semanais na Anatel sobre ligações indesejadas apresentou uma redução significativa. Antes da lista, a Agência recebia mais de 600 reclamações sobre telemarketing por semana, sendo que já chegou a receber um total de 800. Após a implementação da lista, o número de reclamações por semana sobre esse tema não ultrapassou 400.⁹⁶

Esta seção do relatório conclui que é importante estabelecer um diálogo com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Após a normatização dos direitos consumeristas, foi criado o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), regulamentado pelo Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997. O SNDC inclui os Procons, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as Delegacias de Defesa do Consumidor, os Juizados Especiais Cíveis e Organizações Cíveis de defesa do consumidor. Todos esses órgãos atuam de maneira integrada com a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), atualmente responsável pela coordenação de todo o SNDC. Juntos, criam um sistema robusto para garantir a defesa dos direitos do consumidor. Os Procons, os Ministérios Públicos estaduais e a Senacon contribuem para a coleta de dados

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ ANATEL. *Anatel recebe código de conduta das prestadoras para reduzir ligações de televidas*. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/institucional/component/content/article/171-manchete/2401-anatel-recebe-codigo-de-conduta-das-prestadoras-para-reduzir-ligacoes-de-televidas>. Acesso em 17 de outubro de 2019.

sobre violações ao direito do consumidor, levando os temas mais relevantes à Agência reguladora.

4.3 Evolução Tecnológica: por um modelo regulatório adequado ao cenário telecomunicacional

A compreensão da dinâmica regulatória no setor de telecomunicações não pode passar ao largo de uma sua insígnia: a constante, célere e disruptiva transformação tecnológica. O presente relatório descreve a evolução tecnológica de três sistemas de telecomunicações, com atenção ao seu uso social, para demonstrar o aumento da importância do direito dos consumidores na área de telecomunicações. Parte-se do pressuposto de que o aumento da capacidade tecnológica traz — em si — a expansão dos usos e, também, do potencial de conflitos.⁹⁷

Após a exposição da evolução tecnológica no Serviço de Telefonia Fixa Comutada (STFC), conclui-se que em um futuro próximo, espera-se uma contínua queda do número de assinantes do STFC. Existe uma tendência dos usuários, independentemente da combinação de serviços propostos pela operadora de telecomunicações, por querer ter acesso a um único serviço: "Banda Larga". Dessa forma, o serviço de voz e os outros serviços poderão ser absorvidos por aplicativos de Internet (Serviço de Valor Adicionado — SVA) competidores com os serviços de telecomunicações regulados atualmente (exemplo: STFC, SCM, SeAC e SMP). É importante lembrar que a disciplina da LGT não caracteriza o SVA como serviço de telecomunicações.

A chegada da tecnologia 5G pode fazer com que os aplicativos de Internet, competidores com serviços de telecomunicações regulados, sejam mais utilizados, diminuindo a demanda por serviços regulados, em especial o STFC. O Serviço de Telefonia Fixa Comutada (STFC) tradicional por comutação de circuitos vem sendo gradualmente substituído globalmente por uma rede onde tudo é operado via telefonia IP (*All-IP*), em que

97 FISCHER, Claude S. **America calling**: a social history of the telephone to 1940. Los Angeles: University of California Press, 1994.

a voz é convertida em pacotes de dados que são enviados através de uma rede IP, utilizando uma tecnologia chamada Voz sobre IP (*VoIP*).

Esta mudança é motivada pelo alto valor de manutenção da rede do STFC tradicional, elevando o custo para as operadoras e, conseqüentemente, o preço para o consumidor. Além disso, a simplicidade da rede *All-IP*, se comparada à rede do STFC tradicional, é outro ponto convergente à migração.

Apesar destes benefícios para as operadoras e consumidores, a migração também acarreta complicações. Neste contexto, o papel do regulador é fundamental para garantir a universalização e a qualidade do serviço prestado pelas operadoras.

O rico cenário histórico de evolução tecnológica e padronização técnica da telefonia fixa não foi suficiente para se evitar o declínio do serviço por decisão dos consumidores. O poder público foi forçado à posição de espectador com as mãos atadas pela disciplina de índole primária da LGT, que dependia, para sua evolução, de posicionamento do Congresso Nacional. Ocorre, entretanto, que, mesmo países despidos da limitação legal de transformação do STFC em um serviço IP sofrem com o ocaso do serviço de telefonia. A tragédia brasileira, entretanto, é especial quanto à dificuldade do poder público em redirecionar a energia potencial armazenada nesse serviço para uma demanda reprimida dos consumidores por novos serviços. Uma nova modelagem regulatória pautada por governança nodal e maior sinergia entre regulador e regulado pode, por um lado, encontrar soluções para esse passivo regulatório e, por outro, evitar que outros casos semelhantes ocorram no futuro.

Já o Serviço de Comunicação Multimídia – SCM no Brasil, dos quatro principais serviços de telecomunicações de interesse coletivo — serviço de telefonia fixa comutada, serviço móvel pessoal, serviço de acesso condicionado e serviço de comunicação multimídia —, certamente é esse último o qual foi desenhado de forma mais simplificada e, assim, está mais preparado para enfrentar os impactos regulatórios da evolução tecnológica. É importante compreender que quando o consumidor contrata uma operadora de Internet e junto com este acesso tem direito a contas de e-mail, ligações telefônicas por aplicativos e

outros aplicativos agregados vinculados, esses serviços adicionais ingressam na categoria de Serviços de Valor Adicionado (SVA).

O tema já foi objeto de importantes decisões judiciais. Exemplificando: por meio de um acórdão julgado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça em sede de embargos de divergência, o Poder Judiciário alinhou a interpretação jurídica e, homologou, definitivamente, que os serviços de conexão à Internet seriam serviços de valor adicionado, não sendo serviços de telecomunicações. Sendo assim, o SVA não é um serviço de telecomunicação em si, mas, ao contrário, um serviço que é disponibilizado de forma atrelada a um serviço de telecomunicações existente. Por não ser um serviço de telecomunicações, ele não está sujeito à regulação da Anatel como serviço desregulado, mas pode sofrer disciplina regulatória por sua condição de usuário de serviços de telecomunicações.

São inúmeros os casos de judicialização da proteção dos direitos consumeristas no âmbito do setor de telecomunicações. Com efeito, a atuação dos órgãos de defesa do consumidor tenderá a mobilizar a máquina judiciária em diversas questões relacionadas com a regulação do funcionamento dos serviços de comunicação multimídia. Logo, a atuação de uma instância regulatória que monitore e que dialogue com os diversos setores que atuam na defesa dos consumidores é uma parte essencial e inexorável para que a Anatel se antecipe aos potenciais problemas judiciais.

A lógica se aplica também ao Serviço Móvel Pessoal. No Brasil, os sistemas de comunicações móveis celulares tiveram uma primeira regulação, por parte da Anatel, como Serviço Móvel Celular (SMC) e, depois, foram renomeados e reformatados como Serviço Móvel Pessoal (SMP).⁹⁸ Após perpassar os eixos evolutivo do serviço no Brasil, destaca-se os sistemas 5G, os quais serão capazes, de garantir experiências de usuários, em Mbps, 10 vezes superiores às experiências verificadas em sistemas 4G Advanced, com capacidade de até 10 Mbps/km² e taxa de transmissão de até 20 Gbps, ou seja, com ganhos,

⁹⁸ ARANHA, Marcio Iorio; LIMA, João Alberto de Oliveira; QUELHO, Renata Tonicelli de Mello. **Coleção de Normas e Julgados de Telecomunicações Referenciados**. Livro 3 (Direito das Telecomunicações Positivo: Tópicos Referenciados a Normas e Julgados do Setor). 6ª ed., Londres: Laccademia Publishing, 2019, p. 416-422 e 429-448.

respectivamente, de cem e vinte vezes com relação aos sistemas 4G. Para isso, sistemas 5G deverão apresentar eficiência espectral 3 vezes superior ao sistema de geração anterior.

Em termos de mobilidade do usuário em altas velocidades, espera-se que sistemas 5G sejam capazes de suportar ambientes de cobertura que atendam usuários a velocidades da ordem de até 500 km/h, contra velocidades da ordem de 350 km/h, dos sistemas 4G Advanced.

Nesse sentido, do ponto de vista institucional e do ponto de vista jurídico, é possível antever que os sistemas regulatórios nacionais irão passar por grandes desafios no futuro próximo. A convergência entre as redes de telecomunicações e as aplicações de Internet já gerou um debate internacional sobre neutralidade das redes.⁹⁹ Nos Estados Unidos da América, o debate se relaciona com o papel da *Federal Communications Commission* e da *Federal Trade Commission* sobre a regulação das empresas de conteúdo e dos operadores de redes de telecomunicações. Na medida em que houver a expansão das aplicações que estão sendo previstas para ser utilizadas no âmbito do 5G, é possível afirmar que haverá uma mudança densa no papel dos consumidores, os quais se tornarão mais exigentes em relação a diversas necessidades, ainda não passíveis de compreensão. É inquestionável o sucesso dos sistemas de comunicação móvel celular (SMP), em um período inferior a meio século de existência, a partir da definição dos conceitos modernos que estão na base desses sistemas. Ao redor do mundo, mais de 7,9 bilhões de dispositivos móveis estão atualmente habilitados a acessar as mais diversas redes de informação a partir de uma interface aérea, que lhes garante boa conectividade com mobilidade a qualquer tempo e em qualquer lugar. A quantidade de dispositivos móveis que passam a acessar redes em banda larga vem crescendo em 2019 a taxa superior a 15%, e, atualmente, mais de 75% dos dispositivos móveis têm acesso banda larga a redes de dados, em especial à Internet.¹⁰⁰

⁹⁹ FIRMEZA, Paulo. **A regulação diante da evolução da essencialidade do serviço público: a reclassificação da banda larga como serviço de telecomunicações nos Estados Unidos**. Dissertação de mestrado em direito (Universidade de Brasília), 2016. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/20863>.

¹⁰⁰ THE ERICSSON Mobility Report: 2013 - 2019. Disponível em: <https://www.ericsson.com/en/mobility-report/>. Acesso em: 16 dez. 2019

4.4 Descrição dos casos de anacronismo entre regulamentação e evolução tecnológica: identificação de princípios básicos da regulamentação susceptíveis a anacronismos face à evolução tecnológica

Os princípios básicos da regulamentação de telecomunicações no Brasil mais susceptíveis de serem afetados por mudanças na tecnologia são: a Regulação por Serviço, o método de Outorga por Serviço, o método de Licenciamento por Estação, o Regime Jurídico de Prestação do Serviço, a Gestão do Espectro Radioelétrico, a Regulação da Qualidade e a Internet como Serviço de Valor Adicionado. A versão final do relatório aprofunda os desafios regulatórios que devem ser enfrentados em cada caso.

A evolução tecnológica nos últimos 20 anos dá uma prévia importante do que está por vir em relação aos desafios na regulação da evolução tecnológica do futuro. Na década de 1990, o setor de telecomunicações foi privatizado em quase todo o mundo. A meta principal era universalizar o STFC. Em 1998, o Brasil privatizou as telecomunicações. Dentre outros, três desenvolvimentos mudaram muito o cenário que prevalecia na década de 1990 e, conseqüentemente, impactaram fortemente as bases e os princípios utilizados naquela ocasião para a construção e implantação do excelente modelo regulatório brasileiro.

Primeiro, o extraordinário desenvolvimento, disseminação e uso da Internet, inclusive para a prestação de serviços que competem com os serviços convencionais de telecomunicações (telefonia usando *Voice over IP* — VoIP e televisão usando o protocolo IP — IPTV).

Além disso, o formidável desenvolvimento das tecnologias sem fio, responsáveis pela enorme penetração dos serviços móveis em geral. Penetração essa, particularmente, nas camadas de menor poder aquisitivo. Em vista disso, o presente relatório analisa eventuais anacronismos entre a evolução tecnológica. O método tradicional de regulação por serviço não é incompatível com a evolução tecnológica. Em especial no modelo brasileiro, onde a LGT não vincula o serviço de telecomunicações necessariamente à tecnologia que lhe dá suporte.

Entretanto, a convergência tecnológica aproxima bastante os serviços que podem, em muitos casos, ser regulados por normas comuns e algumas específicas para cada serviço. De fato, alguns serviços podem mesmo desaparecer ou serem fundidos. Como mostrado anteriormente, em 1999 havia trinta e sete (37) modalidades de serviços de telecomunicações e, atualmente, há apenas cerca de vinte e um (21). Certamente, no futuro poderá haver mais fusões nas modalidades de serviços, por exemplo: STFC com SCM e SMP com SME.

O método de atribuir uma outorga para cada modalidade de serviço de telecomunicação está ultrapassado. Nesse caso, efetivamente existe anacronismo entre a regulação tradicional e a evolução tecnológica. Como a convergência tecnológica possibilita o uso da mesma rede de transmissão para a maior parte dos serviços, o ato de outorga pode ser significativamente simplificado.

A União Europeia deu um passo decisivo nessa direção ao criar o regime de Autorização Geral aplicável a todos os serviços e redes de comunicação eletrônica, mediante a aprovação da Diretiva 2002/20/CE — a Diretiva Autorização.¹⁰¹ Essa Diretiva aboliu a necessidade da emissão de ato administrativo habilitante — ou seja, de uma licença — pela autoridade reguladora nacional para a operação de redes e serviços de comunicações.

Assim, para iniciar suas atividades, basta que a prestadora de serviços de comunicação eletrônica encaminhe notificação ao regulador, não havendo necessidade de decisão ou ato prévio da autoridade. Nessa notificação, o operador deve detalhar as principais características da rede ou do serviço que será prestado. Ao serem notificados, os reguladores devem emitir uma Autorização Geral, com o intento de facilitar a negociação da interconexão de redes.

Outro método adotado por muitos países é o de outorga por classes de serviços, ao invés da Autorização Geral supramencionada. As licenças baseadas em classes distinguem-se pelo agrupamento de serviços distintos de acordo com um conjunto de características

¹⁰¹ CONSELHO E PARLAMENTO EUROPEU. **Diretiva nº 2002/20/CE, de 7 de março de 2002.** Autorização de redes e serviços de comunicações eletrônicas (Diretiva autorização). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0020>, 24 abr. 2002.

comuns. A cada grupo são aplicadas condições regulatórias semelhantes. O regulador publica os critérios de elegibilidade e condições gerais aplicáveis ao grupo, e aqueles que se encaixarem nesses requisitos estão automaticamente autorizados a realizar a atividade.

No que tange ao método de exigir uma licença para cada estação de telecomunicação, esse princípio está claramente ultrapassado. Nesse caso, efetivamente existe anacronismo entre a regulação tradicional e a evolução tecnológica. A própria LGT, ao exigir licenciamento de estação, dá a entender que tal exigência é para estações que utilizam radiofrequências. A Anatel recentemente mudou sua interpretação da LGT e passou a não mais exigir licenciamento para estações que não utilizam radiofrequências. Como a convergência tecnológica possibilita o uso da mesma estação de transmissão para mais de um serviço e mais de um operador, o ato de licenciar pode ser bastante simplificado.

Existem também eventuais anacronismos no regime jurídico de prestação do serviço. Como mostrado anteriormente, o STFC é o único serviço de telecomunicações em sentido estrito prestado no regime público. Atualmente, a prestação do STFC no regime público representa, indiscutivelmente, um enorme anacronismo, no sentido de se constituir em “fato que não está de acordo com sua época”. Por de tratar de um serviço que perdeu a sua importância em virtude da evolução tecnológica, são muitos os usuários que não mais utilizam o STFC. Entretanto, a sua prestação no regime público tem várias consequências, dentre as quais, ressaltam-se: bens reversíveis; metas de universalização constantes do PGMU; e uso do fundo de universalização (FUST).

Os bens reversíveis exigem uma solução de certa complexidade, técnica e jurídica. A convergência tecnológica resultou em redes, antes exclusivas do STFC, mas que hoje são utilizadas pelos demais serviços. O problema é que pela regulamentação dos bens reversíveis, mesmo que o STFC seja minoritário no uso de determinada infraestrutura, ela continua, na sua integralidade, a ser considerada um bem reversível. Atualmente isso é muito comum; por exemplo, o uso do par de fios de cobre na rede de acesso, antes exclusivo do STFC, hoje tem sua capacidade majoritariamente utilizada por outros serviços de telecomunicações e pelo serviço de conexão à Internet.

Um ponto digno de nota é que os serviços prestados no regime privado, onde a liberdade é a regra, tiveram desenvolvimento de grande porte, sem a necessidade de FUST, PGMU ou obrigações de bens reversíveis. Basta examinar o desempenho, por exemplo, dos serviços SMP, SCM e SeAC. Vale mencionar que as licitações de RF (radiofrequência), com compromissos de cobertura, se mostraram bem eficientes e, assim, compensaram um pouco a falta do FUST. A conclusão é que a evolução tecnológica deixou evidente que não há mais necessidade da prestação de serviços no regime público.

Pode-se afirmar que também existe um anacronismo entre a regulação do espectro radioelétrico e a evolução tecnológica. Por se tratar de um bem escasso, a gestão do espectro radioelétrico precisa manter determinadas restrições, a despeito da evolução tecnológica. A recente aprovação da Lei 13.879, de 3 de outubro de 2019, ainda pendente de regulamentação, possibilita a prorrogação por mais de uma vez da autorização de uso da radiofrequência, além de criar as condições necessárias à prática do *spectrum trading*.

A Regulação da Qualidade também sofre de eventuais anacronismos: a convergência tecnológica aproxima bastante os serviços de telecomunicações que podem, em muitos casos, ser regulados por normas comuns e algumas específicas para cada modalidade de serviço. De fato, alguns serviços podem mesmo desaparecer ou serem fundidos. À vista dessa constatação, conclui-se que os diversos regulamentos de qualidade (RGQ) podem também desaparecer ou serem fundidos.

A redução e fusão de regulamentos de qualidade é, também, incentivada pelo fato de os atuais RGQs se destinarem primordialmente a garantir a qualidade no atendimento ao usuário, sem terem, em geral, a intenção de impor a tecnologia a ser utilizada na prestação de um determinado serviço. Ou seja, eventuais anacronismos entre a regulação de qualidade e a evolução tecnológica ocorrem, mas de forma indireta, como consequência da convergência tecnológica dos serviços de telecomunicações. Esses anacronismos podem ser resolvidos por uma regulamentação unificada, menos prescritiva e com menos associação com características técnicas de cada serviço.

Por fim, a Internet como Serviço de Valor Adicionado enfrentará alguns obstáculos pela frente: o Serviço de Conexão à Internet (SCI) nos seus primórdios se enquadrava

perfeitamente dentro do conceito de Serviço de Valor Adicionado (SVA). Entretanto, a evolução tecnológica propiciou um fantástico desenvolvimento ao SCI. São tantas as aplicações via Internet que é difícil separar certas modalidades de serviços de telecomunicações (por exemplo: STFC, SMP, SCM e SeAC) e as aplicações de SVA proporcionadas via Internet.

Do que é apresentado no relatório, pode-se inferir que a dificuldade de acompanhamento da evolução tecnológica pela regulamentação técnica não é insuperável, pois parte dessa evolução depende do ajuste de padrões internacionais de interação tradicional entre as empresas e os Estados nacionais. Em verdade, há um natural casamento entre essa evolução e a disciplina regulamentar estatal. Quando o Estado brasileiro concentrava operacionalmente as atividades de telecomunicações, ele, na prática, refletia tais avanços tecnológicos em normas empresárias conhecidas pela apresentação sugestiva de Práticas Telebrás. Após a privatização do Sistema Telebrás, houve não somente aplicação de tais regras, como sua progressiva substituição autorizada pela Lei Geral de Telecomunicações.

Ao contrário do que se intui, não é usualmente na seara da regulamentação técnica de padrões que há maior anacronismo, embora ela possa existir em casos específicos, como demonstra o exemplo sensível do STFC no Brasil. O principal anacronismo é de outra ordem, ou seja, de uma inovação de segundo grau: ele reside na atualização do arcabouço protetivo do consumidor às disrupções de práticas sociais, dentre elas, em especial, a tecnológica.

Essa esfera de atuação regulatória detém complexidade relacional na intersecção entre transformações sociais, percepção social, direitos, tecnologia, discurso e imagem institucional. Somente um ambiente de governança nodal pode fazer frente aos problemas desse viés e antecipá-los ou modelar o ambiente para que os problemas adquiram nova dimensão. Uma maior aproximação com o regulado — desde que em ambiente de modelagem regulatória testado e recomendado por teorias sólidas como a da regulação responsiva — pode sim antecipar tendências e brindar a sociedade com uma regulação mais alinhada com a realidade em constante transformação, assim entendida uma

transformação não meramente tecnológica, mas da interação entre ela e o universo humano de consumo que deve guiar as políticas públicas. Soluções definitivas de regulação mínima vacinadas e imunes à evolução tecnológica podem solucionar desajustes técnicos, mas não têm o condão de antecipar a disciplina de interação entre os atores e, em especial, a proteção de direitos do consumidor. Para tanto, é necessário adotar uma inteligência de incentivos intrínsecos apropriada em modelagem regulatória dinâmica de índole responsiva.

4.5 Descrição dos casos de sucesso de política e regulamentação de telecomunicações que previram espaço de acomodação tecnológica

O modelo do setor de telecomunicações do Brasil está baseado, primeiro, em diretrizes estratégicas constantes da Política de Telecomunicações, na forma de leis e decretos, de responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo; e, segundo, em atividades inerentes à Regulamentação, de responsabilidade da Anatel, que visam alcançar os objetivos da Política de Telecomunicações.

Para cumprir a sua missão, a Anatel está organizada de modo a possuir as necessárias competências técnicas, administrativas e logísticas. Vale mencionar que a própria reestruturação interna da Anatel, cujo foco mudou de serviços para funções, é fruto da convergência dos temas regulatórios. O Decreto nº 9.612/2018, uma das as principais diretrizes contidas na Política de Telecomunicações, dispõe sobre políticas e define os objetivos gerais das políticas públicas de telecomunicações, resumidos a seguir:

- (i) Promover o acesso às telecomunicações em condições econômicas que viabilizem o uso e a fruição dos serviços, especialmente para a expansão do acesso à Internet em banda larga fixa e móvel e a ampliação do acesso à Internet em banda larga em áreas onde a oferta seja inadequada;

(ii) Proporcionar um ambiente favorável à expansão das redes de telecomunicações, à continuidade e à melhoria dos serviços prestados;

(iii) Garantir os direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações;

(iv) Estimular a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico e produtivo e as medidas que promovam a integridade da infraestrutura de telecomunicações e a segurança dos serviços que nela se apoiam; e

(v) Incentivar a atualização tecnológica.

(vi) Incentivo à autorregulação e mecanismos correlatos;

Por sua importância e atualidade, vale lembrar que outra diretriz interessante é quando a LGT afirma categoricamente que “a liberdade será a regra”. O artigo 128 dispõe que deverá haver o mínimo de intervenção nos serviços prestados em regime privado. Entende-se que a neutralidade tecnológica é uma consequência dessa determinação da LGT.

Além das políticas públicas acima mencionadas e outras que estão em pleno vigor, existem diversas políticas do setor de telecomunicações ainda em tramitação no congresso nacional e outras em fase de estudos. São citadas, a seguir, aquelas que mais de perto podem vir a robustecer a regulação contra as rápidas mudanças da evolução tecnológica:

- Possibilita que o serviço explorado no regime jurídico público (atualmente, apenas, o STFC) possa se adaptar para o regime jurídico privado. Os saldos dessa adaptação de concessão para autorização deverão ser aplicados na expansão do acesso à Internet em banda larga.

- Os bens reversíveis são definidos como somente aqueles ativos essenciais e efetivamente empregados na prestação do serviço concedido e, em especial, estabelece que quando os ativos estiverem sendo empregados na prestação de múltiplos serviços, o bem não será reversível na sua integralidade, mas apenas na proporção em que são usados pelo serviço explorado no regime jurídico público.

- Permite que haja renovações sucessivas da autorização de uso das radiofrequências, acabando assim com a restrição atual de haver uma única renovação das outorgas.
- Permite, igualmente, renovações sucessivas do direito de exploração de satélite que, atualmente, estão restritas a uma única renovação.
- Autoriza a criação do mercado secundário de espectro (*spectrum trading*), no qual as empresas privadas poderão vender ou alugar radiofrequências.

Quanto ao problema do FUST, há estudos para a elaboração de um projeto de lei com mudanças importantes, como as citadas a seguir.

- Possibilidade de utilização do FUST, também, para a universalização de serviço prestado no regime privado, ao invés de somente serviço prestado no regime público.
- A criação de conta bancária da Anatel, sendo o BNDES a entidade gestora dos recursos, para depósito da receita do FUST, vinculada ao uso exclusivo de projetos de universalização definidos pelo Poder Executivo.
- Proposta de regras para possibilitar a redução na alíquota do FUST, caso os recursos arrecadados não sejam utilizados no prazo de quatro anos.

No que diz respeito às Diretrizes na Regulamentação da Anatel, a Portaria nº 542, de 26 de março de 2019, aprova a Agenda Regulatória da Anatel para o biênio 2019-2020.¹⁰² A agenda é um instrumento de planejamento que agrega as ações regulatórias da Anatel. Alguns dos itens da agenda são de importância estratégica para o Brasil, como, por exemplo, os vários itens que tratam de faixas de radiofrequências indispensáveis à introdução dos serviços 5G; bem como o item 6 que trata especificamente de reavaliar a regulamentação visando diminuir barreiras regulatórias à expansão das aplicações de Internet das coisas e comunicações máquina-a-máquina.

¹⁰² BRASIL. CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. **Portaria nº 542, de 26 de março de 2019.** Aprova a Agenda Regulatória da Anatel para o biênio 2019-2020. Boletim de Serviço Eletrônico de 26 de março de 2019.

Quatro temas selecionados como prioritários para os fins deste relatório são: (i) Item 01 - Reavaliação do regime e escopo dos serviços de telecomunicações; (ii) Item 11 - Reavaliação do modelo de gestão da qualidade de serviços de telecomunicações; (iii) Item 22 - Reavaliação do modelo de outorga e licenciamento de serviços de telecomunicações; e (iv) Item 46 - Simplificação da regulamentação de serviços de telecomunicações.

4.6 Pressupostos da Regulação Responsiva para a Garantia dos Direitos dos Consumidores no Setor de Telecomunicações

Para implementar a regulação responsiva no setor de telecomunicações, é necessário ter informações detalhadas sobre as dificuldades enfrentadas na realização do cumprimento de normas. Sem observar as reclamações dos consumidores, a Agência abriria mão de um importante índice que indica se as empresas reguladas estão atuando de acordo com as determinações impostas pela autoridade reguladora. No caso de serviços de telecomunicações, a utilização de meios digitais para ouvir o que os consumidores têm a dizer funciona de maneira muito eficiente: a obtenção dessas informações não é custosa e os dados coletados, no geral, são precisos e coerentes. Nesse sentido, o próprio tratamento de reclamações para diagnosticar os problemas existentes no setor já cumpre a primeira etapa de uma gestão responsiva: a análise do contexto específico em que será executada a regulação.¹⁰³

O diagnóstico dos principais problemas enfrentados pelos consumidores é essencial para a ideia da regulação responsiva de que o regulador deve fazer escolhas informadas sobre quando deve intervir, criando uma postura adequada de responsividade à conduta das empresas de uma indústria específica e, ainda, levando em consideração as motivações dos agentes regulados. Nesse sentido, a regulação deixa de ser um instrumento voltado tão somente a assegurar o cumprimento de regras e passa a significar também a

¹⁰³ BROMBERG, Lev; GODWIN, Andrew; RAMSAY, Ian. *Fintech Sandboxes: Achieving a Balance between Regulation and Innovation*. *Journal of Banking and Finance Law and Practice* 28(4): 316-320, 2017.

capacidade de influenciar o fluxo de acontecimentos dentro do setor, direcionada a temas específicos que precisam de intervenção.¹⁰⁴

Quanto mais informações a Anatel obtiver sobre violações aos direitos do consumidor, maior será a sua compreensão sobre a atuação das prestadoras reguladas. A fim de priorizar o que deve ser objeto de ações de regulação responsiva, a cooperação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor pode ser uma poderosa fonte de informação, construindo um panorama que é indispensável para a elaboração de estratégias responsivas.¹⁰⁵ Analisando o plano e os resultados que essa atuação provoca, a Anatel verifica quais empresas conseguiram alcançar a meta por ela determinada. Aquelas que não cooperaram satisfatoriamente recebem um aviso de que o procedimento de fiscalização regulatória pode levar à abertura de um Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pado), escalando a pirâmide regulatória de aplicação de sanções.¹⁰⁶ O Pado corresponde ao “*big gun*” — a ameaça de sanção grave que permite que a autoridade fale com suavidade em um primeiro momento.¹⁰⁷

A regulação responsiva exige que, ao definir a abordagem regulatória que será tomada para solucionar um problema, a autoridade reguladora seja transparente tanto com os regulados, como com a sociedade como um todo. Quando a autoridade reguladora informa às empresas, com clareza, quais atitudes devem ser necessariamente implementadas e quais serão as sanções aplicadas caso isso não ocorra, há maior segurança no processo regulatório para ambas as partes.

Ademais, a pressão social é um elemento relevante no âmbito da teoria da regulação responsiva. De fato, ao se sentir pressionado, o regulado prioriza a melhoria dos

¹⁰⁴ JOB, Jenny; STOUT, Andrew; SMITH, Rachael. *Culture Change in Three Taxation Administrations: From Command-and-Control to Responsive Regulation*. **Law & Policy** 29(1): 84-101, 2007, p. 88.

¹⁰⁵ BROMBERG, Lev; GODWIN, Andrew; RAMSAY, Ian. *Fintech Sandboxes: Achieving a Balance between Regulation and Innovation*. **Journal of Banking and Finance Law and Practice** 28(4): 316-320, 2017, p. 316-320.

¹⁰⁶ MADRUGA LOPES, Fabrício Guimarães (outubro 2019). Entrevistadoras: Laura Schertel Mendes e Maria Clara Farias. Brasília: ANATEL, 2019.

¹⁰⁷ SENDEN, L.A.J.; E. KICA, M.; KLINGER, K. *Mapping Self- and Co-regulation approaches in the EU Context, Explorative Study for the European Commission, DG Connect*. Utrecht: Utrecht University, 2015, p. 37.

resultados. A competição entre as empresas é capaz de pressionar as prestadoras a melhorar a qualidade do serviço prestado e atualizar a tecnologia utilizada no atendimento às reclamações dos consumidores. A transparência na divulgação sobre os resultados obtidos por cada prestadora em cada um dos processos de fiscalização regulatória cumpre esse propósito por meio do “*naming and shaming*”, em que a imagem da empresa é afetada pelo desempenho negativo. As prestadoras que forem rankeadas por último no que diz respeito aos direitos dos consumidores terão a sua identidade afetada. Para a regulação responsiva, quando se trata de empresas com forte visibilidade e atuação nacional, essa é a melhor maneira de combater pequenas ofensas.¹⁰⁸

A própria *responsividade* de sistemas depende da capacidade que a regulação possui de se adaptar a mudanças de prioridades e novas circunstâncias. A alteração do ambiente regulado pode ocorrer tanto por fatores externos, como, por exemplo, o desenvolvimento de novas tecnologias, quanto por decisões tomadas pelo próprio regulador. É necessário que a regulação consiga acompanhar essas variações. Para isso, é importante que os resultados trazidos sejam analisados para que, se necessário, a abordagem seja reavaliada.¹⁰⁹

4.7 Conclusões e Recomendações

Ante o exposto ao longo do relatório, em apertada síntese, é possível destacar as seguintes recomendações e conclusões, centrais para a concretização da regulação responsiva como ferramenta de defesa dos consumidores.

O primeiro eixo, conforme analisado ao longo do relatório, diz respeito à relevância que mecanismos institucionais de **controle social** exercem, no bojo da

¹⁰⁸ BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 16.

¹⁰⁹ BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. *Really Responsive Regulation*. *LSE Legal Working Paper n° 15/2007*, 2007, p 26.

regulação responsiva. Isso, sobretudo no que diz respeito à concretização das ideias de **tripartismo** e de **governança nodal**.

Como se expôs ao longo do presente relatório, a teoria da regulação responsiva — cujas diretrizes se voltam mais à busca pela qualidade da regulação do que um debate entre “regular x não regular” — assevera que as ordens sociais do mercado privado, das comunidades locais e das associações civis, bem como do próprio Poder Público, exercem funções igualmente relevantes e não excludentes. Elas podem se balancear reciprocamente, combatendo suas desordens institucionais de forma mútua.

Desse modo, a responsividade se torna tanto um ideal de **legitimidade democrática** da regulação, quanto de **eficiência regulatória**.

Quanto à legitimidade democrática, tem-se que a responsividade emerge não apenas de um Estado forte, mas, também, de um mercado privado pujante e de uma sociedade civil ativa, pois “*as qualidades de cada uma dessas instituições pode suplantam [os déficits] [e] [aumentar] a capacidade de governança das outras.*”¹¹⁰ Trata-se de uma visão inclusiva de democracia, na qual existem vários “círculos deliberativos” em que cidadãos, empresas e agentes públicos podem contribuir na construção de uma regulação de maior qualidade, com observações dos diferentes atores impactados.

Quanto ao ideal de aumento da eficiência regulatória, a regulação responsiva permite que a Agência concentre o dispêndio de recursos públicos escassos (sejam eles econômicos, humanos ou até temporais) nas áreas, nos setores e nos agentes regulados que realmente precisam de maior atenção e fiscalização.

Conforme ressaltado no relatório, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor apresenta um arranjo institucional próximo da ideia de *governança nodal*: trata-se de sistema descentralizado, composto por vários órgãos institucionais — presentes em diferentes níveis da federação — e com competências diversas.

¹¹⁰ “[T]he strength of each institution enables the governance capabilities of the other institutions”. BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation and Developing Economies*. **World Development** 34(5): 884-898, 2006, p. 885.

Nesse sentido, tem-se a **primeira recomendação** quanto à consolidação do controle social no processo regulatório da Anatel: recomenda-se a ação da Anatel em conjunto com esses órgãos institucionais, combinando estratégias responsivas e compartilhando informações. Tudo isso, em prol da instituição de um verdadeiro sistema de governança nodal.

Consoante já destaca o art. 153, VI, da Resolução nº 612/2013 da Anatel, a Superintendência de Relações com os Consumidores (SRC) possui a competência infralegal e o desenho institucional propícios para interagir com os demais atores institucionais envolvidos no SNDC (*e.g.* PROCON, SENACON e Ministério Público). Para uma regulação responsiva bem funcionar, é fundamental estabelecer políticas regulatórias coordenadas com as demais políticas públicas desenvolvidas pelos órgãos responsáveis pela defesa do consumidor.

De um lado, essa atuação coordenada estimula que esses demais atores institucionais também se tornem mais responsivos. A atuação responsiva desses órgãos pode demonstrar ao outro os benefícios de se adotar as estratégias mencionadas, ao longo do relatório, e padronizar certas abordagens responsivas entre eles. E, mais do que isso, pode suplantiar os déficits de atuação dos demais órgãos, tornando-os mais responsivos.

De outro, a atuação responsiva coordenada ainda pode ser útil no compartilhamento de informações importantes para a resolução de conflitos e problemas sistêmicos no setor de telecomunicações. Todas essas informações são relevantes para que a agência pudesse melhor calibrar a intensidade de sua resposta regulatória frente ao comportamento do agente econômico analisado. Noutras palavras: esses dados podem ser úteis, por exemplo, para a estruturação de estratégias regulatórias (mais ou menos intensas), pois serviriam de indicadores acerca do comportamento do ator regulado no que tange aos direitos dos consumidores.¹¹¹

¹¹¹ BROMBERG, Lev; GODWIN, Andrew; RAMSAY, Ian. *Fintech Sandboxes: Achieving a Balance between Regulation and Innovation*. *Journal of Banking and Finance Law and Practice* 28(4): 314-336, 2017, p. 316-320.

Ademais, entende-se fundamental a consolidação mecanismos institucionais de controle social no próprio âmbito (interno) da Anatel.

Nesse contexto, recomenda-se a valorização de setores internos como o Conselho dos Usuários e o estímulo à sua interação com entidades independentes de defesa do consumidor. Essas iniciativas possuem extremo relevo na concretização de uma regulação responsiva, pois permitem que os verdadeiros impactados — os consumidores — possam ter suas demandas, seus anseios e suas reclamações ecoadas nas decisões institucionais e no próprio processo de formulação de políticas públicas.

Afinal, o Conselho dos Usuários possibilita que a Anatel melhor identifique os temas que ferem os direitos dos consumidores de serviços de telecomunicações. O diálogo com desses agentes não-governamentais, portanto, podem enriquecer a metodologia de verificação do comportamento da empresa regulada, por parte da Anatel; bem como fornecer indícios importantes (*e.g.* número de reclamações recebidas) de quais áreas e temas têm sido mais problemáticos sob o ponto de vista do consumidor e, conseqüentemente, merecem maior fiscalização da Agência.

Ademais, uma vez selecionados os temas de maior necessidade para o desenvolvimento da fiscalização regulatória, o Conselho de Usuários, em diálogo com as prestadoras de serviços, pode contribuir para a propositura de planos operacionais para solucionar o problema em questão, tendo em vista que são os principais interessados e os que melhor podem dizer se seus interesses foram observados, suas demandas ouvidas e seus danos reparados. Tal medida estimula não só a atuação responsiva, mas uma própria medida de participação cidadã ativa em prol da defesa do consumidor.

A segunda recomendação diz respeito ao fato de que **a aplicação de sanções não deve ser obstaculizada.**

Desse modo, percebe-se que a aplicação de sanções não é incompatível com a regulação responsiva.¹¹² A consideração que esse adensamento teórico faz é a de que essa estratégia não é exclusiva. É possível, pois, combiná-la com mecanismos mais consensuais em um primeiro momento (e.g. concessão de um regime regulatório mais brando para a empresa que seguir as recomendações da Agência na esteira da persuasão tradicional da teoria responsiva; na esteira da pirâmide de recompensas ou do diamante regulatório, conceder um selo de qualidade para as empresas que ofereçam serviços de melhor qualidade frente ao serviço prestado pelas demais; estabelecimento de rankings públicos com as empresas que recebem o maior e menor número de reclamações; etc.). Isto é, não há uma dicotomia entre essas abordagens regulatórias, que são técnicas interdependentes, porém complementares.¹¹³

A regulação responsiva compreende, assim, um importante equilíbrio:

Por um lado, a resposta regulatória deve ser proporcional a elementos como o *comportamento global do regulado* ou a dimensão da infração cometida. Assim, a Agência deve ter cautela ao aplicar uma sanção “mais intensa”, logo em primeiro plano. A tendência recomendável é iniciar com estratégias mais brandas que permitam o cumprimento das regras consumeristas de forma espontânea e voluntária.

Por outro lado, a resposta regulatória deve sempre ter em mente a magnitude dos danos sofridos pelos consumidores, conferindo-lhes a reparação integral. Deve ser, portanto, implacável e agravada com os casos de agentes regulados que adotem práticas de fraude, de corrupção, de descumprimento contumaz e de uso protelatório da estrutura regulatória, sob pena de que esses agentes privados se apropriem da teoria da regulação responsiva para cancelar práticas indesejadas.

Como se pôde perceber ao longo do relatório, é **plena a compatibilidade** entre a modelagem regulatória responsiva e os princípios que regem a defesa do consumidor em

¹¹² ARANHA, Marcio Iorio; LOPES, Othon de Azevedo. **Estudo sobre Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em incentivos**. ANATEL/UNB – Pesquisa Inovação Acadêmica Regulação apoiada em incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações, Brasília, 4 de julho de 2019.

¹¹³ BRAITHWAITE, John. **To Punish or Persuade**: Enforcement of Coal Mine Safety. Albany: State University of New York Press, 1985, p. 126.

nosso país. A regulação responsiva pode ser uma ferramenta útil para a concretização da tutela do consumidor, por atuar em conformidade com **três** princípios fundamentais do direito consumerista: **(i)** vulnerabilidade do consumidor; **(ii)** transparência; e **(iii)** reparação integral dos danos.

Para que isso seja possível, entretanto, a regulação precisa preencher, na prática, **três** pressupostos.

Os **primeiros pressupostos** referem-se à **flexibilidade e priorização**.¹¹⁴ Um dos grandes méritos da regulação responsiva aplicada às relações com os consumidores consiste no fato de que essa modelagem regulatória *permite uma maior flexibilidade na busca de soluções para os complexos problemas apresentados pelos consumidores atualmente*. Considerando os novos desenvolvimentos tecnológicos no setor de telecomunicações e o histórico de anacronismos regulatórios causadas pelo descolamento entre uma regulação engessada e uma tecnologia viva, que estão transformando a forma de oferta e fruição desses serviços, conforme analisado, tal flexibilidade é fundamental para fazer frente aos novos desafios dos serviços de telecomunicações no século XXI.

Desse modo, sempre respeitando os parâmetros de sua competência legal e constitucional¹¹⁵, a Agência é estimulada a agir com maior liberdade e criatividade, no processo de elaboração de soluções que atendam às demandas dos consumidores. Trata-se da adoção de uma regulação sensível aos elementos que o mercado lhe apresenta, ou seja, o comportamento global dos atores regulados, as características das empresas envolvidas (*e.g.* situação econômico-financeira, principais motivações e objetivos) etc.

A teoria da regulação responsiva, portanto, não prescreve fórmulas universais e abstratas sobre como melhorar a qualidade da regulação. Ao revés, ela é melhor

¹¹⁴“Responsive regulation asks regulators not to be dogmatic about any theory, including responsive regulation itself. Be persistently attentive to and responsive to contextual insight. **Responsiveness is about flexibility** in a much more radical sense than flexible choice among a range of sanctions arrayed in a pyramid”. BRAITHWAITE, John. *The Essence of Responsive Regulation*. **University of British Columbia Law Review** 44: 475-520, 2011, p. 490. (Grifos nossos).

¹¹⁵GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Regulação por incentivos: desafios e perspectivas constitucionais**. ANATEL/UNB – Pesquisa Inovação Acadêmica Regulação apoiada em incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações, Brasília, 10 de setembro de 2019.

representada por uma **postura de abertura e de flexibilidade do regulador**, com reflexos na mudança da postura do regulado. A melhor estratégia regulatória a ser adotada só pode ser mensurada no caso concreto: é contextual e está ligada aos elementos que o mercado lhe apresenta.

Fundamental para a eficiência e legitimidade da regulação responsiva é a **transparência**, que também é um importante pressuposto para a efetividade dessa modelagem regulatória na garantia dos direitos dos consumidores.

A regulação responsiva exige que, ao definir a abordagem regulatória que será tomada para solucionar um problema, a autoridade reguladora seja transparente com os regulados e a sociedade como um todo.¹¹⁶

Com efeito, quanto maior for a confiança entre a Agência e os regulados, mais os tipos de autorregulação serão estratégias eficiente para alcançar os objetivos estabelecidos.¹¹⁷ Quando a autoridade reguladora informa às empresas, com clareza, quais atitudes devem ser necessariamente implementadas e quais serão as sanções aplicadas caso isso não ocorra, há maior segurança no processo regulatório para ambas as partes.

Além da transparência com as empresas reguladas, também é necessário que a Agência seja aberta com o público em geral sobre a sua atuação fiscalizatória.¹¹⁸ A concretização da transparência é fundamental também para se consubstanciar o terceiro pressuposto para a aplicação da regulação responsiva à defesa dos consumidores: o **controle social** exercido pelos consumidores e pelos órgãos de proteção. Isso porque, como visto acima, há um papel constitutivo que os próprios consumidores e os demais agentes institucionais envolvidos no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) podem exercer no combate às práticas lesivas ao consumidor. Munidos dessas informações, eles podem promover boicotes, ações civis públicas, audiências públicas para discutir as questões

¹¹⁶ BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. **Responsive Regulation**: transcending the deregulation debate. Oxford: Oxford University Press, 1992.

¹¹⁷ BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. *LSE Legal Working Paper n° 15/2007*, 2007, p. 9.

¹¹⁸ SARRA, Janis P. Risk Management, Responsive Regulation, and Oversight of Structured Financial Product Markets. *UBC Law Review* 44(3): 779-834, 2011, p. 781.

problemáticas, procedimentos administrativos e um arsenal de medidas a ser construído na vivência responsiva.

5. INCENTIVOS E CIÊNCIA ECONÔMICA

5.1 Introdução

Este capítulo é um compêndio das teorias, práticas, exemplos e propostas que apresentamos nos relatórios anteriores no âmbito do projeto “Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação apoiada em Incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações.” Ele é o resultado final de dois anos de estudos sobre diversos aspectos da regulação do setor de telecomunicações no Brasil e no mundo, com ênfase na regulação responsiva e mecanismos de expansão do acesso e melhoria da qualidade.

O objetivo principal deste capítulo é construir uma narrativa dos diversos temas que foram objeto do nosso estudo durante o projeto, tendo como fio condutor os argumentos econômicos que explicam, justificam ou modificam a prática regulatória no setor de telecomunicações. Essa narrativa é de especial importância no momento atual do setor, em que a Anatel procura manobrar o aparato regulatório na direção de uma atuação mais responsiva.

O capítulo tem sete seções, incluindo esta introdução e uma conclusão. Há também dois apêndices que abordam aspectos mais técnicos de certos modelos econômicos. A segunda seção do presente capítulo, que se segue a esta introdução, faz uma revisão da literatura econômica sobre os temas de expansão do acesso e qualidade do serviço. O objetivo é entender a necessidade de intervenção regulatória nessas áreas e fazer um levantamento das recomendações da teoria econômica para a resolução desses problems.

A terceira seção tem como foco as principais abordagens regulatórias existentes, começando pelas regulações por comando e controle e por incentivos, que são as tradicionalmente adotadas por reguladores ao redor do mundo. Após comparar as vantagens e desvantagens desses dois tipos de regulação, passamos a descrever uma abordagem regulatória que surgiu nos anos 80 e que vem ganhando tração no Brasil e em outros países: a regulação responsiva.

Caracterizada por uma intervenção mais branda do regulador e pelo uso de mecanismos de dissuasão antes de medidas mais severas, a regulação responsiva tem o potencial de transformar a relação entre regulador e regulados no setor de telecomunicações e em outros setores regulados.

A seção seguinte volta a dirigir os holofotes sobre o tópico da expansão do acesso, que é considerado no âmbito de políticas mais amplas de universalização. A ideia é analisar em maior profundidade o desafio que essa questão representa para o regulador, abordando diversos aspectos do desenho das políticas de universalização, incluindo seus pilares, seu escopo e os critérios utilizados nesse desenho, bem como os principais fatores que dificultam a sua implementação. Também encontram-se nessa seção os principais instrumentos que podem ser usados, de forma individual ou combinada, para promover a expansão do acesso, além de uma discussão sobre aspectos concorrenciais e de eficiência na prestação dos serviços.

A quinta seção discorre sobre mecanismos de compensação ao consumidor por danos causados por problemas na expansão do acesso ou de qualidade do serviço. Ele começa com uma apresentação das experiências com mecanismos de compensação nos setores de telecomunicações no Brasil e no Reino Unido, identificando os tipos de danos que foram considerados e como as compensações foram desenhadas. A maior contribuição dessa seção é a construção de um modelo-exemplo de compensação automática que pode ser utilizado pela Anatel caso deseje implementar um mecanismo desse tipo no Brasil. Esse modelo-exemplo recomenda a utilização do método de avaliação contingente para o cálculo do valor da compensação a ser paga ao consumidor no caso de atraso na instalação do serviço de banda larga fixa, instrumento semelhante ao que a Ofcom do Reino Unido usa em alguns dos seus mecanismos de compensação. A ideia do método de avaliação contingente vem da teoria econômica sobre compensações ao consumidor, em particular dos dois principais instrumentos que ela oferece para medir o impacto sobre o bem-estar do consumidor de mudanças nas condições de mercado, quais sejam a variação equivalente e a variação compensada. Antes de

desenhar o nosso modelo-exemplo, fizemos uma revisão dessa teoria e a adaptamos para o cálculo de compensações ao consumidor no contexto do problema que estamos analisando.

A última seção antes da conclusão traz uma proposta de pirâmide de *compliance* para a Anatel. Essa pirâmide, que é um elemento essencial da regulação responsiva, foi desenhada a partir das lições que tiramos das experiências de reguladores no Brasil e em outros países (apresentadas na terceira seção) e de uma análise econômica desse instrumento. O desenho da pirâmide levou em consideração também o arcabouço regulatório do setor de telecomunicações e a estrutura administrativa e fiscalizatória da Anatel.

A primeira parte da sexta seção contém uma breve discussão sobre o que a ciência econômica tem a dizer sobre a regulação responsiva, enfatizando as contribuições da teoria econômica do crime, da economia comportamental e da teoria dos jogos. Em seguida, criamos um jogo para analisar a interação estratégica entre regulador e regulado na presença de uma pirâmide de *compliance*. Os resultados desse jogo foram então usados como subsídio para a construção da nossa pirâmide de *compliance*.

A nossa proposta de pirâmide de *compliance* tem como intuito contribuir para que a Anatel possa atuar efetivamente de forma responsiva no bojo de suas atividades de fiscalização, com efeitos sobre o redirecionamento da alocação de esforços e potencial para reduzir a quantidade de PADOs em processamento. Além disso, ela pretende aumentar a efetividade dos processos sancionatórios, seja pelo menor tempo de processamento, seja pela possibilidade de aumento da capacidade de aplicação de sanções.

Esperamos que, ao final da leitura desse relatório, o leitor tenha adquirido uma compreensão mais ampla de como o enfoque econômico pode ser usado para desenhar mecanismos que aumentam a eficácia da ação do regulador, especialmente em um contexto de regulação responsiva. Além disso, temos a pretensão de que as contribuições embutidas neste relatório possam ser utilizadas

pela Anatel para moldar o ambiente regulatório do setor de telecomunicações no futuro próximo.

5.2 Os Problemas da Expansão do Acesso e da Qualidade do Serviço

O objetivo dessa seção é delinear os problemas de expansão do acesso e qualidade do serviço para entender a razão da intervenção do Estado, geralmente por intermédio de um regulador, nessas áreas. Elencaremos as falhas que levam a níveis de provisão inadequados de qualidade e acesso, citando diversos trabalhos da literatura econômica sobre esses temas.

A nossa discussão, ancorada principalmente em argumentos econômicos, fornecerá subsídios para a discussão, a ser realizada nas seções subsequentes, dos mecanismos utilizados em setores regulados, em particular no de telecomunicações, para promover a expansão e aprimorar a qualidade dos serviços.

5.2.1 O Problema da Expansão do Acesso

A expansão do acesso, também conhecida como universalização, refere-se ao aumento do número de consumidores com acesso a um determinado serviço. A maioria dos reguladores de telecomunicações ao redor do mundo possui alguma política de expansão do acesso. Até recentemente, o problema principal era garantir o acesso dos consumidores ao serviço de telefonia fixa. Com o surgimento da tecnologia de banda larga, os reguladores voltaram sua atenção para esse segmento, detectando a possibilidade de que uma intervenção regulatória seja desejável, não apenas para facilitar o acesso dos consumidores a serviços de banda larga, mas também para estimular a instalação de novas redes.

Duas das principais razões para a existência de políticas de expansão do acesso a redes de banda larga são as externalidades de rede e de crescimento. Externalidades de rede surgem quando a conexão de mais um usuário à rede gera

benefícios para os usuários já existentes. Há externalidades de rede diretas e indiretas, sendo que as diretas podem ser de três tipos, chamados de “efeito assinante”, “efeito ubiquidade” e “efeito diversidade” (MAYO e WALLSTEN, 2011).

O “efeito assinante” ocorre porque os usuários já existentes dão valor à possibilidade de se comunicar com o usuário adicional. Já o “efeito ubiquidade” refere-se aos benefícios para os usuários já existentes que emanam da expansão da cobertura geográfica da rede. Em outras palavras, quando um usuário adicional se conecta à rede em uma região geográfica nova (o que exige expansão física da rede), os usuários já existentes passam a usufruir dos serviços oferecidos pela rede naquela região. Por fim, o “efeito diversidade” aparece quando a compra por um consumidor de um tipo de assinatura diferente daquela que os usuários existentes possuem (ou pelo menos alguns deles) traz benefícios para os últimos. Esse benefício está associado à possibilidade aberta aos usuários existentes de contratar um serviço novo ou de qualidade diferente, a qual não existia antes da expansão do número de assinantes.

As externalidades decorrentes do “efeito assinante” são provavelmente maiores para redes de banda larga do que para as de telefonia, já que os serviços de banda larga incluem, além de voz, dados e vídeo. Ou seja, o valor criado para os usuários já existentes devido à adição de um novo usuário à rede é maior porque há mais formas de comunicação entre eles. O “efeito ubiquidade” também deve ser maior, pois inclui outros benefícios, como a possibilidade de assistir a vídeos ao vivo transmitidos de uma outra região geográfica (pense, por exemplo, em alguém que quer saber como estão as condições de tempo ou de tráfego em uma outra localidade). Já o “efeito diversidade” deve ser similar ao do gerado por serviços de telefonia. Serviços de banda larga novos ou de qualidade diferente disponibilizados para assinantes adicionais trazem benefícios para os assinantes existentes da mesma forma que no caso da telefonia.

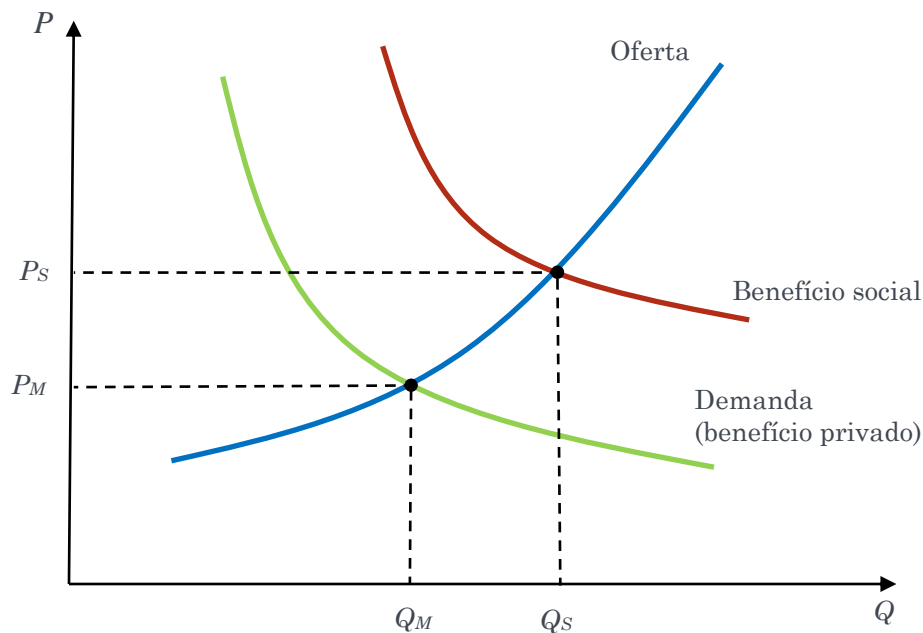
Na presença de externalidades de rede, o mercado não funciona apropriadamente, ofertando uma quantidade subótima do serviço associado ao

uso da rede. Para entender melhor esse argumento, pense em um usuário em potencial que está considerando se vale a pena assinar o serviço ou não. Ele tomará essa decisão comparando a sua disposição a pagar pelo serviço com o preço da assinatura. Como a sua disposição a pagar depende apenas do valor que ele deriva do consumo do serviço, e não do benefício que ele gera para outros usuários, a sua demanda pelo serviço será mais baixa do que seria se ele “internalizasse” esse impacto sobre os outros usuários. No entanto, se o objetivo for maximizar o bem-estar social, o benefício que os demais usuários recebem também deve ser levado em consideração. Esse argumento vale para todos os consumidores do serviço, o que significa que a demanda agregada será mais baixa do que deveria ser do ponto de vista social.

Na figura abaixo, a curva verde representa a demanda, que inclui apenas o benefício privado que cada consumidor obtém ao consumir o serviço. A curva vermelha representa o benefício social, que adiciona ao benefício privado o efeito externo ou externalidade (positiva, nesse caso). Podemos perceber que, se a externalidade for levada em consideração, a quantidade produzida Q_S será maior do que a quantidade Q_M que resultaria da interação entre demanda e oferta (curva azul) em um mercado perfeitamente competitivo¹¹⁹. Ou seja, caso não haja algum tipo de intervenção ou modificação das regras de mercado, a tendência é que a quantidade fornecida do bem ou serviço fique aquém da quantidade ótima do ponto de vista social. Isso explica porque, em mercados regulados, o regulador tem a preocupação de expandir o acesso.

¹¹⁹ Estamos supondo aqui um mercado perfeitamente competitivo apenas para simplificar a análise. As conclusões se mantêm caso a hipótese de concorrência perfeita seja relaxada.

Figura 1 – Externalidades positivas



Além de externalidades diretas, redes de telecomunicações também geram externalidades indiretas. As mais importantes estão relacionadas à oferta de produtos e serviços complementares à rede, ou seja, que são usados em conjunto com a rede. No caso de redes de banda larga, podemos pensar em novos conteúdos de vídeo e novos aplicativos que são desenvolvidos tendo em mente os assinantes dos serviços.

Embora não seja difícil identificar teoricamente as externalidades de rede associadas a redes de banda larga, é importante também medi-las empiricamente. É preciso tentar estimar a magnitude dos benefícios gerados para que eles possam ser comparados aos custos da intervenção no mercado.

Um dos primeiros trabalhos a se debruçar sobre essa tarefa foi BARNETT e KASERMAN (1998). O objetivo da pesquisa foi analisar as políticas de universalização da telefonia fixa local nos EUA, em particular como a telefonia local foi subsidiada pela telefonia de longa distância. Os autores argumentam que, em certas ocasiões, é justificável a adoção de subsídios para expansão do acesso, embora os estudos empíricos não sustentem a existência de externalidade no mercado americano por três razões: (i) a alta taxa de penetração da telefonia fixa

nas residências americanas; (ii) a possibilidade de que os mecanismos de subsídios não elevem significativamente o número de assinaturas; e (iii) a extremamente baixa elasticidade-preço da demanda para acesso a redes locais em conjunto com uma alta elasticidade-preço para uso da rede de longa distância. Este último fator sugere que, como os usuários de telefonia de longa distância pagam pelo subsídio cruzado, então quaisquer ganhos de bem-estar potencialmente gerados para os usuários de telefonia local serão menores do que as perdas de bem-estar dos usuários de longa distância, já que a redução no consumo de serviços de longa de distância é muito maior do que o aumento no consumo de telefonia local. As duas conclusões principais do estudo são as seguintes: (i) mesmo que as externalidades de rede sejam substanciais, isso em geral não justifica a política de subsídios cruzados; e (ii) dada a realidade do mercado de telecomunicações americano, é improvável que subsídios desse tipo aumentem o bem-estar social.

Um estudo bastante abrangente do problema da universalização do ponto de vista econômico é CREMER, GASMI, *et al.* (2001). Os autores realizam uma análise sistemática que confirma que a existência de externalidades de rede pode levar a um resultado ineficiente em um mercado não regulado. Eles defendem que essa ineficiência pode ser atenuada ou até mesmo eliminada por meio de ações regulatórias, como obrigações de serviço universal impostas às empresas reguladas ou transferências diretas para os usuários.

O estudo também analisa a implementação das políticas de universalização, defendendo que o regulador tem a obrigação de medir os seus custos e benefícios. Em geral, isso é feito a partir de uma análise de bem-estar social, que, em Economia, envolve calcular os excedentes do consumidor e do produtor antes e depois da intervenção regulatória. No caso de obrigações impostas às empresas reguladas, o regulador precisa também medir o impacto sobre os seus lucros, o que deve ser baseado em uma análise contrafactual, ou seja, que avalia os níveis de lucro das empresas com e sem a obrigação. O regulador deve estar atento também para possíveis implicações concorrenciais, caso a empresa regulada atue em um mercado competitivo. Por um lado, o

regulador precisa compensar a empresa pelos custos gerados pela obrigação de universalização. Por outro lado, uma compensação excessiva pode gerar um ambiente favorável à entrada e sobrevivência de participantes menos eficientes no mercado.

Conforme mencionamos anteriormente, além das externalidades de rede, as externalidades de crescimento também são usadas como justificativa para políticas de expansão do acesso a redes de banda larga. Elas surgem quando a banda larga facilita a incorporação do estoque de conhecimento da sociedade ao processo de produção das firmas, levando a um aumento do crescimento econômico (MAYO e WALLSTEN, 2011). No jargão econômico, o acesso à banda larga reduz os custos de transação, o que significa que o custo de obter a informação necessária para aprimorar técnicas de produção e desenvolver novas tecnologias reduz-se devido à maior facilidade de encontrá-las e utilizá-las proporcionada pela banda larga.

Um dos estudos empíricos que procurou medir externalidades de crescimento é CZERNICH, FALCK, *et al.* (2011). Os autores argumentam que o impacto do crescimento da rede de banda larga está relacionado à difusão de ideias e informação, o que aumenta a competição por desenvolvimento de novos produtos e processos, promove a introdução de novas práticas gerenciais e facilita o *job matching*, ou seja, a combinação apropriada entre candidatos e empregos. Usando uma amostra de dados em painel de países da OCDE entre 1996 e 2007, eles estimam que um aumento de 10 pontos percentuais na penetração da banda larga aumenta o crescimento per capita entre 0,9 e 1.5 pontos percentuais.

ROLLER e WAVERMAN (2001) também utilizam dados de países da OCDE para estimar os efeitos de investimentos em infraestrutura de telecomunicações, cobrindo um período de 20 anos. Os autores defendem que o investimento em telecomunicações gera efeitos sobre a economia como um todo via diminuição de transações (pedidos, pesquisa sobre informações, procura de serviços, entre outros), o que reduz o custo de fazer negócios. Eles conseguem estabelecer uma relação causal e positiva entre a expansão da infraestrutura de

telecomunicações e crescimento econômico. Essa relação é tanto mais forte quanto maior o tamanho da infraestrutura de telecomunicações existente.

GELVANOVSKA, ROGY e ROSSOTTO (2014), por sua vez, analisam a expansão da banda larga em países norte-africanos e do Oriente Médio. Segundo os autores, a banda larga pode contribuir para o crescimento econômico através de vários canais. Primeiro, a infraestrutura e o serviço de banda larga, contribuem diretamente à produtividade e competitividade domésticas. A banda larga móvel, em particular, pode ter um impacto significativo, dada a maior facilidade de acesso a esse serviço em países mais pobres. O impulso à competitividade ocorre através de cadeias de fornecimento de tecnologia da informação (TI) e da terceirização de processos de negócios. Segundo, a banda larga permite o desenvolvimento e a integração do comércio. Para cada aumento de um ponto percentual no número de usuários da Internet, há um aumento das exportações de 4,3 pontos percentuais. Terceiro, a disponibilidade de Internet de banda larga confiável e preços razoáveis são fatores determinantes nas decisões de investimento estrangeiro direto (IED). O estudo econométrico realizado pelos autores encontrou uma forte correlação entre o desenvolvimento da banda larga em um ambiente competitivo e IED. Quarto, a banda larga apóia o desenvolvimento de tecnologias de comunicações, ajudando os países a diversificarem suas economias. Finalmente, os autores argumentam que a banda larga é um facilitador da democracia e da transformação social. As redes sociais e suas ferramentas têm o potencial de aumentar o engajamento dos cidadãos na região, promover inclusão social, e criar oportunidades de emprego, atividades empresariais, e desenvolvimento social.

Outras referências relevantes nessa área são KATZ, VATERLAUS, *et al.* (2010) e QIANG, ROSSOTTO e KIMURA (2009). O primeiro estudo calcula o impacto de investimentos em tecnologia de banda larga na economia alemã a partir de um modelo econométrico. Os autores estimam que a implementação do plano de banda larga do governo alemão criaria um milhão de empregos ao longo de 10 anos e contribuiria substancialmente para o PIB do país. O segundo estudo

também realiza uma análise econométrica, mas utiliza dados de um grande número de países. Os resultados empíricos sugerem que os impactos de redes de banda larga sobre o crescimento são substanciais e robustos tanto para países desenvolvidos quanto para países em desenvolvimento.

Há outras justificativas para a expansão do acesso a redes de banda larga que não foram tão exploradas quanto às externalidades de rede e de crescimento (VOGELSANG, 2013). Em primeiro lugar, o crescimento da banda larga fomenta a participação política e social dos membros da sociedade. Em segundo lugar, novas adesões à rede geram economias de escala, o que diminui o custo médio da assinatura e beneficia os assinantes¹²⁰.

5.2.2 O Problema da Qualidade do Serviço

As razões que levam uma empresa a produzir ou prestar um serviço com qualidade inadequada são discutidas em diversos artigos da literatura econômica, que resumimos abaixo. É importante ressaltar, contudo, que o debate não é específico do setor de telecomunicações, pois atinge praticamente todos os setores regulados.

A literatura aborda o problema da qualidade sob diversos aspectos, sendo um deles o nível de concorrência na indústria. O trabalho pioneiro na análise da oferta de qualidade por um monopolista é SPENCE (1975), que estuda o caso mais simples de uma empresa que produz um único produto. A primeira conclusão do artigo é a de que, como os sinais de preço carregam informações sobre o comportamento dos consumidores e produtores marginais, enquanto o bem-estar social é função do comportamento médio, a qualidade ofertada pelo monopolista não será a ótima do ponto de vista social, a não ser por coincidência, podendo ser maior ou menor. Para entender melhor esse argumento, considere o problema da empresa. O seu objetivo é a maximização de lucro, definido como a diferença entre

¹²⁰ Para uma discussão de economias de escala no âmbito de redes de telefonia, ver RIORDAN (2002).

receita e custo. A receita da empresa é igual ao produto da quantidade produzida pelo preço. Suponha que a empresa esteja produzindo uma certa quantidade do produto com uma certa qualidade e que esteja avaliando a possibilidade de variar essa qualidade. A variação na receita decorrente da mudança na qualidade será igual à quantidade produzida atualmente vezes a variação no preço que resulta dessa mudança. Mas o preço atual é aquele pago pelo consumidor marginal, ou seja, aquele que está disposto a pagar exatamente o preço cobrado pela empresa (ele e todos os consumidores que estão dispostos a pagar mais adquirem o produto). Sendo assim, é a disposição a pagar desse consumidor que interessa à empresa. Por outro lado, a maximização do bem-estar social requer que seja levado em conta o excedente dos consumidores, que é a soma do que eles estão dispostos a pagar menos os seus gastos com a compra do produto. Se houver uma mudança na qualidade, isso afetará a disposição a pagar de todos os consumidores. Portanto, é a disposição a pagar média que interessa se o objetivo for maximizar o bem-estar social. SPENCE (1975) demonstra que quando a disposição a pagar média por um aumento de qualidade é maior do que a disposição a pagar do consumidor marginal, a empresa produz um produto de qualidade inferior ao que seria ótimo do ponto de vista social. Observe que a argumentação acima em nenhum momento menciona que a empresa tem que ser um monopolista. Sendo assim, esse problema de oferta inadequada de qualidade não aparece apenas em mercados monopolísticos.

Na verdade, como demonstra SPENCE (1975), o problema se torna mais complexo quando a empresa detém o monopólio do mercado. A qualidade do produto ofertado pelo monopolista dependerá não apenas da relação entre os valores dados à qualidade pelos consumidores marginal e médio (como discutido acima), mas também de quão distante a quantidade produzida pelo monopolista está da quantidade competitiva. Vale lembrar que, de acordo com a teoria econômica, o monopolista produzirá uma quantidade inferior à que seria produzida em um mercado competitivo. De qualquer maneira, a análise de

SPENCE (1975) demonstra que, em mercados regulados, é justificável a preocupação do regulador com a qualidade ofertada pelas empresas reguladas.

MUSSA e ROSEN (1978) analisam o caso em que um monopolista oferta várias versões do produto, cada uma com uma qualidade diferente, e os consumidores têm disposições a pagar distintas por qualidade. Como o monopolista não consegue diferenciar os consumidores segundo a sua disposição a pagar, ele precisa se preocupar com o problema de canibalização, que ocorre quando um consumidor que dá alto valor à qualidade acaba comprando um produto de qualidade inferior porque o seu preço é tão baixo que vale mais a pena comprá-lo do que o de qualidade superior. Ou seja, o monopolista precisa desenhar um “menu” de versões do produto que impeça a canibalização e lhe permita extrair o máximo de cada tipo de consumidor. Como resultado desse processo, o monopolista acaba oferecendo um nível de qualidade inferior (do que o que prevaleceria em um mercado perfeitamente competitivo) para todos os consumidores à exceção dos que estão no topo do espectro, ou seja, aqueles que mais valorizam a qualidade. Além disso, alguns consumidores que comprariam o produto em um mercado competitivo podem não fazê-lo em um mercado monopolista. Vale ressaltar o papel da ausência de competição nesse fenômeno. Se houvesse competição, alguma empresa ofertaria ao consumidor de baixa disposição a pagar uma qualidade melhor a um preço um pouco maior, subtraindo esse mercado do monopolista. Por outro lado, o monopolista tende a produzir uma variedade de produtos maior do que a que seria ofertada em um mercado competitivo.

Outros trabalhos nessa área ressaltam o papel da assimetria de informação do consumidor quanto à qualidade do produto. Por exemplo, o consumidor normalmente não consegue atestar a qualidade do seu serviço de banda larga o tempo todo. LELAND (1979) analisa mercados em que os consumidores possuem diferentes níveis de disposição a pagar pela qualidade e não são capazes de observar o nível de qualidade do produto. Compras repetidas, rotulagem e outras formas de gerar informações sobre o produto podem reduzir ou eliminar as

assimetrias. No entanto, a eliminação das diferenças informacionais pode ter um custo alto em relação aos potenciais ganhos de bem-estar, o que sugere a busca por meios menos dispendiosos. Uma possibilidade seria responsabilizar o fabricante por produtos ou serviços de baixa qualidade, o que pode ser útil quando a falha do produto é evidente, mas pode não ser eficaz quando é difícil ou impossível observar a falha porque os efeitos do consumo são demorados ou parciais. Por exemplo, um trabalho de encanamento mal feito pode não criar problemas por vários anos, e pode haver dúvida se a falha foi causada pelo encanador ou por uma razão alheia à sua ação, como mau uso.

No setor de telecomunicações, uma possível solução para o problema da assimetria de informações entre empresa e consumidor é a responsabilização do fornecedor do serviço pela baixa qualidade do serviço. A empresa pagaria uma multa ou seria obrigada a compensar o usuário do serviço pela entrega de um serviço abaixo do padrão contratado. É importante enfatizar que a implementação de um mecanismo de compensação dos consumidores pode ser um desafio em alguns segmentos do setor. No caso da velocidade da banda larga, por exemplo, a compensação de um consumidor exigiria que ele registrasse e documentasse as velocidades de download e/ou upload do seu serviço. Seria mais fácil que as velocidades médias do serviço fornecido pela empresa fossem medidas ao longo de um determinado período de tempo e todos os consumidores recebessem a mesma compensação. O papel do regulador de telecomunicações nesse mecanismo seria o de possibilitar a medição da qualidade do serviço e estabelecer normas disciplinando as compensações aos consumidores.

Outra forma de o regulador reduzir a assimetria de informação entre empresa e consumidor é manter o consumidor informado sobre seus direitos e disponibilizar meios para que ele se eduque sobre o funcionamento do serviço contratado e sua qualidade. O regulador pode, por exemplo, determinar que as empresas entreguem ao consumidor cartilhas com explicações sobre o serviço contratado ou disponibilizem essas informações em seus websites. O website do

próprio regulador também pode ajudar a empoderar os consumidores com informações acerca da qualidade dos serviços.

A atuação do regulador deve ser modulada pelo nível de concorrência no mercado. Quando a concorrência é baixa e o consumidor não tem muitas opções de prestador, o regulador deve exercer um controle mais rígido da qualidade dos serviços ofertados. Por outro lado, a atuação do regulador deve ser mais discreta em mercados com nível de concorrência suficientemente alto, onde o consumidor pode escolher entre diversas combinações preço-qualidade. Uma parcela dos consumidores pode estar disposta a aceitar níveis de qualidade mais baixos a preços mais baixos. A interferência do regulador pode limitar essas opções e acabar prejudicando alguns consumidores.

Nos casos em que a assimetria não pode ser eliminada, LELAND (1979) demonstra que a consequência é a oferta de produtos/serviços com qualidade abaixo do nível ótimo do ponto de vista social para os consumidores com baixa disposição a pagar. Simplificadamente, isso ocorre porque os consumidores não pagam pela qualidade observada, mas pela qualidade esperada, o que torna desvantajoso para as firmas ofertarem um nível maior de qualidade. LELAND (1979) defende a adoção de padrões mínimos de qualidade como solução para o problema.

RONNEN (1991) e CRAMPES e HOLLANDER (1995) analisam um outro problema associado à qualidade, o seu impacto sobre a concorrência. RONNEN (1991) usa um modelo em que empresas concorrem entre si tanto em preço quanto em qualidade, e em que os seus custos fixos dependem do nível de qualidade ofertado, para estudar os efeitos de padrões mínimos de qualidade. O autor demonstra que o bem-estar de todos os consumidores aumenta com a adoção da obrigação de um padrão mínimo de qualidade, desde que ela seja calibrada corretamente, e que aumenta o número de consumidores que participam do mercado. Isso ocorre porque as empresas que vendem produtos de qualidade mais baixa precisam aumentar essa qualidade para atingir o padrão estabelecido pela obrigação, passando a concorrer mais diretamente, via preço, com empresas que

oferecem qualidade mais alta. Em resposta, as empresas que vendem produtos de alta qualidade aumentam a sua qualidade ainda mais para tentar diminuir essa concorrência. Além disso, como o padrão mínimo de qualidade reduz o intervalo de possibilidades de diferenciação de produtos via qualidade, a concorrência no mercado intensifica-se ainda mais, levando a uma queda de preços. Os efeitos positivos de padrões mínimos de qualidade são ainda mais fortes na presença de externalidades positivas.

CRAMPES e HOLLANDER (1995) mencionam uma série de trabalhos das décadas de 1970 e 1980 que concluem que, em mercados oligopolísticos, a variedade de qualidades ofertadas pelas empresas não é ótima do ponto de vista social. Além disso, esses trabalhos demonstram que intervenções regulatórias para forçar o aumento da concorrência em apenas uma das variáveis de decisão da empresa, preço ou qualidade, podem piorar a situação. Outra conclusão importante desses estudos é que as escolhas de qualidade por parte das empresas são muito sensíveis à forma de concorrência que prevalece no mercado. Esses resultados geraram uma nova literatura, da qual RONNEN (1991) é um expoente, cujo objetivo é encontrar mecanismos regulatórios que melhorem o desempenho do mercado na dimensão qualidade.

Da mesma forma que RONNEN (1991), CRAMPES e HOLLANDER (1995) estudam um mercado com apenas duas firmas (duopólio), mas estipulam que aumentos de qualidade impactam os custos variáveis das empresas ao invés dos seus custos fixos. Eles mostram que o impacto de um padrão mínimo de qualidade sobre o bem-estar dos consumidores pode ser positivo ou negativo, dependendo do comportamento da empresa que já produzia um produto de qualidade superior ao padrão mínimo. Caso a reação dessa firma ao aumento de qualidade da sua concorrente (resultado da obrigação de padrão mínimo) seja fraca, no sentido de que ela não aumenta a sua qualidade significativamente, e caso o padrão de qualidade não seja muito restritivo, todos os consumidores serão beneficiados. Caso contrário, os consumidores que não dão tanto valor à qualidade serão

prejudicados. O impacto sobre o bem-estar geral será positivo desde que haja uma redução da diferença entre as qualidades ofertadas pelas duas empresas.

Uma das principais lições da revisão da literatura que fizemos acima é que, em geral, as empresas não têm os incentivos adequados para ofertar produtos com a qualidade ótima do ponto de vista social, o que justifica a busca por instrumentos regulatórios que resolvam ou amenizem esse problema. Um desses instrumentos, muito usado no setor de telecomunicações, é o padrão mínimo de qualidade. Os resultados da literatura em relação aos efeitos do uso desse instrumento são ambíguos, mas pode-se afirmar que, se bem calibrados e monitorados, padrões mínimos de qualidade têm o potencial de aumentar o bem-estar social.

Para atingir esse potencial, no entanto, é preciso levar em consideração os desafios da implementação de padrões mínimos. Em primeiro lugar, a própria definição do padrão mínimo de qualidade é um exercício imperfeito. É possível que o padrão desejado pelo regulador não coincida com aquele que maximizaria o bem estar dos consumidores. Em segundo lugar, ele pode variar de aplicação para aplicação. Por exemplo, aplicativos de streaming de vídeo e de jogos online exigem velocidades mínimas muito mais altas do que aplicativos de mensagem. Por fim, não é uma tarefa trivial estipular ou criar os indicadores para medir qualidade, sem os quais não é possível determinar se os padrões mínimos estão sendo satisfeitos ou não. Uma vez superados esses problemas, é preciso definir os mecanismos que serão usados para assegurar o cumprimento das obrigações de padrão mínimo por parte das empresas. Um modelo sancionatório não é sempre a melhor solução, sendo recomendável explorar opções que favoreçam a comunicação com o consumidor e a regulação responsiva.

A aplicação de padrões mínimos ou quaisquer outros instrumentos regulatórios no setor de telecomunicações precisa levar em consideração que os custos dos investimentos e os níveis de concorrência dependem do segmento considerado, da região geográfica onde o serviço é oferecido e das condições macro e microeconômicas prevalentes no momento, entre outros fatores. Isso faz com que o custo de alcançar o mesmo nível de qualidade do serviço varie de acordo com

esses fatores. É necessário que a agência reguladora esteja atenta a esse fenômeno e tenha a flexibilidade de instituir uma regulação assimétrica. Por exemplo, em mercados onde há maior concorrência, como o de telefonia móvel, a regulação da qualidade pode ser mais leve, já que a competição entre as empresas é uma força que tende a promover o aumento da qualidade do serviço (JOHNSTON e KONG, 2011). Já no segmento de banda larga fixa, caso o número de empresas concorrentes seja baixo em uma determinada região, o regulador pode avaliar que seja necessário recorrer a uma regulação mais intrusiva.

Em um ambiente de rápida transformação tecnológica, as operadoras de serviços de telecomunicações precisam inovar continuamente para permanecer competitivas e manter um nível adequado de qualidade dos seus serviços. Uma rede mais moderna e com maior capacidade é menos vulnerável a quedas de sinal, interrupção de transmissões e outros problemas de qualidade. Além disso, o número e a composição dos usuários conectados à rede afetam a percepção dos consumidores quanto à sua qualidade (esse fenômeno é chamado de externalidades de rede, como já discutimos anteriormente). Os custos de investimentos em modernização e expansão da rede são muito altos e variam de acordo com as condições macroeconômicas (política cambial, crescimento econômico etc.) e microeconômicas (mercado de trabalho local, impostos etc.) de cada país, e mesmo de região para região dentro de um mesmo país. Essa dinâmica precisa ser levada em consideração pelo regulador quando do desenho da estrutura regulatória e de sua implementação. Isso significa que os padrões de qualidade regulatórios devem ser flexíveis o suficiente para acomodar as diferentes condições a que as operadoras estão sujeitas.

É importante ressaltar que os modelos teóricos que abordam o problema da qualidade discutidos nesta seção são aplicáveis tanto a produtos quanto a serviços, já que a qualidade é tratada como uma variável abstrata. Por outro lado, os atributos usados para medir a qualidade de produtos são diferentes daqueles usados para medir a de serviços. Além disso, esses atributos podem variar de mercado para mercado. Por exemplo, a qualidade dos serviços ofertados por

empresas que atuam no setor de telecomunicações pode depender de fatores diversos daqueles que afetam a qualidade dos serviços de hotelaria.

5.3 Diferentes Tipos de Regulação

A seção anterior deixou claro que, muitas vezes, as empresas não fornecem os níveis adequados de qualidade e de acesso a serviços e produtos, o que gera a necessidade de o regulador intervir. Nesta seção, discutiremos três abordagens de intervenção: Regulação por Comando e Controle (C&C), Regulação por Incentivos (RI) e Regulação Responsiva (RR). Esta discussão está intimamente relacionada aos debates recentes ao redor do mundo sobre mudanças no modelo de fiscalização, o que é de especial importância para a Anatel. Como veremos mais à frente, a escolha da abordagem influencia diretamente o tipo de fiscalização a ser adotado.

Primeiro, descreveremos as principais características das regulações por comando e controle e por incentivos, para depois comparar as suas vantagens e desvantagens. Em grande medida, utilizaremos como base para a nossa discussão BALDWIN, CAVE e LODGE (2012), mas outras referências também serão usadas. Em seguida, discutiremos a revolução na área regulatória associada ao nascimento da regulação responsiva, que em boa medida surgiu como resposta às deficiências dos outros dois tipos de regulação.

5.3.1 Regulação por Comando e Controle

A Regulação por Comando e Controle (C&C) pode ser resumida da seguinte forma: “a essência da regulação de comando e controle é o exercício da autoridade por intermédio de padrões apoiados por sanções punitivas” (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012). A política de comando e controle é, portanto, feita com o intuito de determinar padrões e obrigações a serem seguidos. Ela pode ter o objetivo de

controlar a qualidade ou forma de produção de um bem ou serviço, como também pode servir para controlar a alocação de recursos e produtos, os preços cobrados dos consumidores e até os lucros das empresas.

Como o próprio nome sugere, a regulação C&C consiste na definição de comandos, que geram obrigações de agir e proibições em alguns casos. Sua principal característica é buscar atingir os objetivos de forma direta, através da ação determinada ao agente regulado. Se o regulador deseja alcançar o nível X de um determinado serviço ou produto, ele determina que o agente regulado realize X. Procura portanto resolver de forma direta o problema identificado. Em muitos casos, o regulador define não somente os fins, mas os meios para se alcançar se esses fins.

Outra característica marcante dessa abordagem é a necessidade de um conjunto muito vasto e complexo de informações. A rigor, não é incomum um viés de excesso de regulação nessa abordagem. Na sua origem está o fato de que o regulador assume o papel da empresa na tomada de decisão. Quando o regulador define que o nível X de uma atividade deve ser atingido, ele passa a ter a responsabilidade por essa decisão. Sendo assim, ele precisa descrever da forma mais detalhada possível as ações necessárias para atingir os objetivos. Além disso, para avaliar se as suas determinações são desejáveis e factíveis, o regulador precisa de um conhecimento muito profundo da atividade regulada, bem como dos custos e características de todas as alternativas técnicas, o que muitas vezes o faz imiscuir-se nos detalhes do como executar a tarefa. Por fim, o regulador necessita conhecer e lidar com os riscos de sua decisão. A empresa regulada não tem qualquer compromisso com o objetivo em si, com a solução do problema, mas apenas com o atendimento do comando regulatório. Se o comando foi atendido pela empresa, mas o problema não foi resolvido, a culpa recai sobre o regulador. Em função disso, normalmente, a regulação por C&C acaba por criar listas exaustivas de manuais e procedimentos a serem seguidos que levem em consideração cada detalhe da obrigação da empresa.

Exemplos desse tipo de abordagem são os contratos de concessão de infraestrutura que definem os investimentos, muitas vezes descritos de forma detalhada, que as concessionárias deverão realizar. Os investimentos são meios para alcançar fins, tais como melhoria da qualidade, expansão, aumento da segurança etc. No entanto, em vez de criar indicadores para monitorar as empresas, o regulador muitas vezes define os tipos e as quantidades dos equipamentos a serem utilizados. Outro exemplo são os regulamentos que disciplinam a forma como as empresas devem realizar a operação e manutenção dos equipamentos utilizados para prestar o serviço. Normalmente, esses regulamentos contêm descrições exaustivas, caso contrário a empresa sequer conseguiria atendê-los. Um último exemplo diz respeito aos códigos de defesa do consumidor, que procuram também ser exaustivos na descrição da conduta da empresa perante o consumidor, estabelecendo prazos e obrigações no relacionamento com a empresa.

A última característica marcante da regulação por C&C é o conflito de interesses entre os consumidores, representados pelo regulador, e o regulado. Obviamente, se fosse do interesse da empresa alcançar o nível X determinado pelo regulador, não haveria a necessidade de impor essa obrigação ao regulado. A própria empresa, buscando maximizar seus objetivos, encontraria maneiras de alcançá-lo. Mais do que isso, ela buscaria a solução mais eficiente para atingir esse fim. Ao buscar a execução da tarefa que lhe foi imposta, a empresa destrói valor para os seus investidores, possivelmente piorando também a situação dos seus empregados. Por isso, é possível esperar uma relação permanentemente conflituosa entre regulador e regulado quando esse tipo de abordagem é adotada. O regulado aproveitar-se-á de todas as “brechas regulatórias” para cumprir os comandos da maneira que lhe seja menos custosa, muitas vezes sem alcançar os objetivos finais estabelecidos pelo regulador.

Em setores regulados onde existem monopólios naturais é comum esse tipo de abordagem vir acompanhado de uma regulação de preços baseada em custos (*cost plus*). A justificativa é que esse regime de regulação econômica contempla

todos os custos derivados das obrigações impostas pelo regulador. Ela diminui também a tensão entre os interesses divergentes comentados no parágrafo anterior.

É importante dedicar mais tempo à regulação baseada em custos, pois ela foi usada amplamente no setor de telecomunicações antes da chegada da regulação por incentivos, e ainda é usada na regulação de outros setores, como o de energia elétrica, em diversos países. A forma mais popular de regulação baseada em custos é a regulação por custo do serviço ou taxa de retorno (RCS de agora em diante). Nesse tipo de regulação, o regulador fixa os preços (tarifas) que a empresa regulada pode cobrar por cada um dos serviços que presta. As tarifas são calculadas de forma que a firma obtenha uma taxa de retorno considerada justa sobre os investimentos regulados.

Esse tipo de regulação equivale a estabelecer a tarifa pelo custo médio, já que o objetivo do regulador é fazer com que a empresa tenha lucro econômico zero, o que significa que a tarifa deve ser tal que a receita total da empresa seja igual ao seu custo total. Esse cálculo requer que o regulador contabilize os custos de prover o bem ou serviço fornecido pela empresa e determine uma taxa de retorno considerada justa (também chamada de custo de capital ou taxa de retorno permitida).

A determinação das tarifas é geralmente dividida em duas etapas. Na primeira etapa, o regulador calcula a receita permitida da empresa. Isso é feito levando em consideração tanto os custos operacionais (trabalho, combustíveis, manutenção etc.) históricos da empresa, o que geralmente significa recolher dados de custos por um determinado período (normalmente 12 meses), chamado de período-teste (*test period*), quanto o estoque de capital não depreciado que a empresa dedica à prestação do serviço, que é conhecido como base de remuneração (*rate base*). Os custos são ajustados de forma a excluir gastos injustificados ou imprudentes e refletir projeções sobre inflação e choques exógenos. Em seguida o regulador estima um custo de capital que permita à empresa obter um retorno apropriado sobre os seus investimentos.

A fórmula básica para determinar a receita requerida é dada por

$$R = \sum_{i=1}^n p_i q_i = B \cdot r + C + D + T$$

onde R é a receita permitida, p_i é o preço do produto ou serviço i , q_i é a quantidade do i -ésimo produto ou serviço, n é o número de produtos ou serviços fornecidos pela empresa, B é a base de remuneração, r é a taxa de retorno, C são os custos operacionais, D são as despesas com depreciação e T são os impostos pagos pela empresa.

Na segunda fase do processo de regulação, o regulador escolhe a estrutura das tarifas da empresa, ou seja, os preços relativos dos seus diversos produtos e serviços, que gere a receita permitida calculada na primeira etapa.

Uma vez determinadas as tarifas, elas permanecem inalteradas até o próximo pedido de revisão (*rate case*), sendo permitidos reajustes automáticos em virtude de variações nos preços dos insumos. As tarifas podem ser revisadas a pedido das empresas ou dos consumidores, ou por iniciativa do próprio regulador. Por exemplo: uma empresa cujos custos dos insumos estejam subindo pode requisitar uma elevação de tarifas. Nesse caso, o regulador coleta informações sobre custos e receitas durante um período-teste, conforme mencionado anteriormente, e, em seguida, convoca os agentes interessados para participar de audiências públicas. Evidentemente, aumentos de tarifas são combatidos por consumidores industriais e residenciais, enquanto diminuições de tarifas não são do interesse das empresas reguladas. Esse processo é bastante contencioso, o que pode fazer com que a distância entre revisões tarifárias, chamada de defasagem regulatória, seja bastante longa. Isso, no entanto, é muitas vezes considerado benéfico, já que a empresa regulada é a beneficiária da economia de custos que ela consegue obter entre revisões tarifárias. Quando as defasagens são curtas, a RCS resulta em incentivos medíocres à busca da eficiência na produção.

5.3.2 Regulação por Incentivos

Podemos definir regulação por incentivos como um conjunto de mecanismos que concedem maior autonomia à empresa regulada e a incentivam a alcançar objetivos considerados desejáveis pelo regulador. Esse tipo de regulação é particularmente recomendável em situações onde há grande assimetria de informação entre o regulador e a firma regulada, pois a firma regulada poderá usar a sua informação privilegiada para alcançar objetivos sociais. Esse é o caso da indústria de telecomunicações, na qual a rápida evolução tecnológica faz com que seja cada vez mais improvável que a regulação do setor produza resultados satisfatórios.

São dois os principais elementos que diferenciam a regulação por comando e controle da regulação por incentivos (RI). O primeiro está no tratamento dado ao problema de conflito de interesses entre sociedade e o regulado presente na regulação por C&C. A regulação por incentivos ataca justamente esse conflito, possibilitando ao regulador criar mecanismos que alinhem os interesses do regulado aos da sociedade, como a criação de regras que tornem o alcance do objetivo X, que é da sociedade, do interesse do regulado. Dessa forma, o regulador não precisa, e normalmente não o faz, obrigar o regulado a atingir esse objetivo. O regulado executará espontaneamente uma série de ações que deve resultar no atendimento do interesse da sociedade.

Como é do interesse da empresa atingir o objetivo X, o regulador não precisa se preocupar com os meios necessários para isso. A própria empresa buscará os meios mais eficientes de alcançá-lo. Esse é o segundo elemento de diferenciação entre as regulações C&C e RI. A responsabilidade passa a não ser apenas do regulador, mas também da empresa regulada. Passa a ser do interesse dos acionistas que o objetivo regulatório seja atingido, caso contrário os resultados da empresa se deteriorarão, prejudicando o retorno sobre os seus investimentos. Não são necessárias, portanto, listas enormes e exaustivas de procedimentos a serem seguidos. Em geral, considera-se que a RI é uma regulação de menor complexidade e menos invasiva, que tende a diminuir o fardo regulatório. Isso não

significa afirmar que a regulação por incentivos é simples aos olhos do público em geral, pois muitas vezes a promoção de alinhamento de incentivos exige mecanismos sofisticados, com certo grau de complexidade.

Um dos tipos mais importantes de regulação por incentivos é a chamada regulação *price cap* ou teto de preços (RPC daqui em diante). Ela surgiu como uma alternativa à RCS, e tem como um dos seus principais objetivos produzir incentivos adequados à redução de custos por parte das empresas reguladas, os quais inexistem na RCS (SAPPINGTON e WEISMAN, 1986).

Nesse modelo de regulação, o regulador estabelece um preço máximo que a empresa regulada pode cobrar pela cesta de serviços por ela prestados. Ou seja, a empresa tem liberdade para escolher os preços de cada serviço individual, desde que a média ponderada desses preços (pesos definidos pelo regulador) não ultrapasse o preço máximo da cesta. Essa flexibilidade é importante para a empresa regulada quando ela tem que concorrer com outras empresas.

Em sua formulação original, a RPC não fazia uso explícito dos dados contábeis da empresa regulada. O regulador deveria fixar tetos de preços para todos os produtos da empresa ou para uma cesta de produtos com base no seu conhecimento sobre o comportamento do mercado regulado. Ela também não previa revisões tarifárias, o que se traduziria em uma defasagem regulatória infinita. Fica evidente que a RPC original exigia do regulador um profundo conhecimento das condições de custo e demanda da indústria, pois um teto muito alto conferiria poder de monopólio à firma regulada, enquanto um teto muito baixo poderia tornar as suas operações inviáveis.

Na prática, no entanto, a RPC, da mesma forma que a RCS, fixa os preços por um determinado período de tempo. Em geral, revisões tarifárias são realizadas a cada quatro ou cinco anos. Como não há controles regulatórios sobre os lucros das empresas durante esse período, elas têm forte incentivo a reduzir custos. Vale ressaltar também que a RPC deve ser prospectiva ao invés de retrospectiva; ou seja, o custo histórico da firma não deve ser usado como base para a determinação dos preços futuros.

Como dito anteriormente, a RPC estipula um preço teto para uma cesta de produtos e especifica uma defasagem regulatória fixa. À firma é permitido escolher a estrutura de preços dentro da cesta. O preço teto é reajustado anualmente de acordo com uma fórmula do tipo

$$TMA = IPV - X + Y ,$$

onde TMA é a taxa máxima de aumento dos preços, IPV é um índice de preços de varejo, X é a taxa de aumento esperado da produtividade do setor (acima do aumento médio da economia como um todo), o famoso fator X , e Y são outros aumentos de custos específicos da indústria (insumos, mudanças na legislação etc.).

O fator X representa a parcela dos ganhos de eficiência que a empresa terá que compartilhar com os seus consumidores. Por exemplo, se o fator X for de 3%, a cada ano a tarifa da empresa será reduzida em 3% em termos reais. Se ela não conseguir reduzir os seus custos em pelo menos 3% ao ano, isso terá um impacto negativo sobre os seus lucros. O fator X é especificado no momento da revisão tarifária e não varia de acordo com o desempenho da firma. Isso significa que cada real de redução de custo torna-se um real de lucro adicional para a firma, o que produz fortes incentivos para a redução de custos. Vale lembrar, no entanto, que como ocorrem revisões tarifárias periódicas, muitas vezes o regulador não resiste à tentação de estabelecer padrões de desempenho mais altos para a firma quando ela obtém um bom desempenho no período anterior. Isso acaba por inibir os esforços de redução de custos e de aumento da produtividade da firma.

Uma alternativa à RPC é a regulação chamada de *revenue cap* (RRC de agora em diante), que aplica os princípios do *price cap* às receitas totais da empresa ao invés da sua tarifa. Em outras palavras, o regulador estipula um teto de receitas para a empresa, que é revisto em intervalos fixos de tempo. Quando há uma variação na demanda pelo produto ou serviço ofertado pela empresa em relação ao que tinha sido definido na revisão tarifária anterior, o preço (tarifa) da empresa é reajustado automaticamente, ao contrário do que ocorre na RPC.

Aumentos de demanda levam a reduções nas tarifas da empresa, e reduções de demanda acarretam aumentos de tarifas.

Algumas das consequências desse mecanismo regulatório são as seguintes:

- O risco de demanda passa a ser assumido pelo usuário, não mais pela empresa. A receita da empresa está assegurada, enquanto o usuário paga uma tarifa que pode flutuar ao longo do tempo.
- A empresa não tem mais incentivo para promover o aumento do consumo do produto ou serviço que ela fornece, pois suas receitas não estão mais atreladas ao consumo dos usuários (isso pode ser desejável caso o produto ou serviço gere externalidades negativas).

Dado que uma boa parte dos custos de prestar serviços públicos é fixa, a RPC pode causar um excesso ou uma deficiência de receitas quando ocorrem variações significativas na demanda. A RRC, ao contrário, assegura que os custos fixos sejam sempre cobertos.

Outro tipo de regulação por incentivos importante é o compartilhamento de lucros (*earnings sharing* em inglês). Na regulação de compartilhamento de lucros (RCL de agora em diante), o regulador especifica uma meta para a taxa de retorno sobre o investimento da empresa, bem como limites para os valores da taxa de retorno que definem como ocorrerá o compartilhamento de lucros com os consumidores. Por exemplo, o regulador pode definir um intervalo de ± 2 pontos percentuais ao redor de uma meta para a taxa de retorno de 8%, dentro do qual não haveria compartilhamento. Caso a taxa de retorno fique fora desse intervalo, a empresa divide a variação (positiva ou negativa) dos lucros com os consumidores, digamos, pela metade. Muitas outras variações são possíveis. O compartilhamento pode assumir diversas formas, como aumentos ou reduções de preço, financiamento de investimentos com os lucros extraordinários, créditos nas contas dos consumidores e transferências monetárias para os consumidores.

Há outros mecanismos de regulação por incentivos menos populares do que a RPC e a RCL, que resumimos a seguir.

Taxa de retorno com bandas

Esse mecanismo é uma variante da RCS em que uma banda ou intervalo de valores para a taxa de retorno (custo do capital) da firma é especificada. Os preços são estabelecidos inicialmente de forma que os lucros da firma sejam compatíveis com essa banda e não há revisões de preços desde que isso continue. Isso produz incentivos para que a firma reduza seus custos operacionais e melhore as suas operações em outras dimensões.

Moratória de pedidos de revisão tarifária

Esse tipo de moratória nada mais é do que um acordo para suspender a supervisão regulatória do desempenho da firma e as revisões tarifárias associada. Isso significa uma extensão da defasagem regulatória, o que dá incentivos à firma para reduzir seus custos. Em geral, moratórias desse tipo fazem parte de um acordo mais amplo em que a firma regulada recebe maior autonomia, mas em contrapartida precisa garantir certos benefícios aos consumidores.\

Compartilhamento de Receitas

Em um plano de compartilhamento de lucros, conforme descrevemos acima, os lucros da empresa não aumentam na mesma velocidade da redução de custos pela firma, o que significa que a firma não tem o incentivo ideal para reduzir seus custos de produção. No entanto, quando há compartilhamento de receitas, um real de redução de custos gera um real de lucros para a firma, desde que as receitas da firma não ultrapassem o máximo permitido. Isso significa que esse tipo de plano fornece incentivos maiores para a firma reduzir seus custos em comparação com o compartilhamento de lucros.

É importante ressaltar que esse tipo de regulação diminui os incentivos da firma regulada para aumentar suas receitas, da mesma forma que a RCL e a RCS.

Isso pode ter efeitos deletérios sobre a qualidade do serviço oferecido se aumentos de qualidade aumentarem a demanda pelo produto ou serviço.

Desregulação Parcial

Quando a empresa regulada fornece diversos serviços, o regulador pode separar esses serviços em categorias distintas e remover os controles regulatórios daqueles considerados competitivos. Em muitos planos de regulação, há uma relação diretamente proporcional entre o nível de concorrência no mercado do serviço ofertado pela firma e a flexibilidade que ela dispõe para escolher os seus preços. Isso implica uma menor flexibilidade para serviços tradicionalmente monopolizados.

Regime de Opções de Planos

O bem-estar dos consumidores pode aumentar quando a firma regulada tem a oportunidade de escolher entre diferentes planos de regulação. Por exemplo, ao oferecer à firma a escolha entre RCS e RPC, o regulador pode evitar problemas que surgiriam caso ela fosse submetida a um regime de *price cap* rigoroso demais. Um regime rigoroso demais poderia resultar, por exemplo, de um fator X tão alto que colocasse em risco a integridade financeira da firma.

Todo regulador está sujeito ao seguinte dilema: se impuser um fator X muito alto, pode colocar a firma em risco; se impuser um fator X muito baixo, pode limitar os ganhos dos consumidores. Quando oferece à firma a opção da regulação por custo do serviço, o regulador pode estabelecer um fator X relativamente elevado sem receio de criar dificuldades financeiras para a firma. Se a firma acreditar que a RPC não lhe é favorável, pode optar pela RCS.

Além disso, quando desenhado adequadamente, o regime de opções de planos traz benefícios para os consumidores, pois a firma é induzida a utilizar a informação privilegiada que tem sobre a tecnologia de produção e a sua capacidade de reduzir custos para tomar medidas alinhadas aos objetivos do

regulador (e da sociedade). Por exemplo, se o fator X escolhido pelo regulador fosse tão alto que colocasse a empresa em dificuldades financeiras, os consumidores prefeririam que ela fosse submetida a um regime de custo do serviço ao invés de correr o risco de que a empresa acabasse em concordata ou falência. Como nesse caso os objetivos dos consumidores e da empresa coincidem, o bem-estar dos consumidores aumenta quando a empresa pode escolher entre a RCS e a RPC.

Outros “cardápios” de planos podem ser oferecidos para a empresa, incluindo, por exemplo, o compartilhamento de lucros. Uma regra que deve ser seguida nesse caso é a seguinte: metas de desempenho mais baixas devem estar associadas a compensações modestas pela superação das metas, e metas mais ambiciosas devem vir acompanhadas de compensações mais generosas. O importante é que não permitir que a empresa receba uma compensação alta por exceder uma meta que seja fácil para ela atingir.

Regulação de Referência (*Benchmark* ou *Yardstick*)

A ideia desse tipo de regulação é submeter a empresa regulada à disciplina de mercado por intermédio da comparação do seu desempenho com um benchmark, que pode ser a média dos desempenhos de firmas semelhantes em mercados diferentes ou o desempenho de uma firma modelo (eficiente). Os valores regulatórios de variáveis como lucros, receitas ou custos são determinados com base no desempenho relativo da empresa regulada. A vantagem desse tipo de regulação é que ela aumenta os incentivos para que a empresa busque a eficiência.

Regulação por Ameaça

Essa forma alternativa de regulação corresponde na verdade à ausência de qualquer intervenção direta nas decisões econômicas da empresa regulada. No entanto, o regulador tem o direito de eventualmente intervir nas atividades da empresa se concluir que as suas ações estão criando distorções ou perdas de bem-

estar social, de acordo com algum critério predeterminado. A ideia é que a ameaça de intervenção fará com que a companhia busque a eficiência.

Regulação via contratos

Nesse tipo de regulação, os valores das variáveis econômicas relevantes (preços, receitas, taxa de retorno etc.) são determinados em um processo de leilão da concessão do serviço e posteriormente registrados em um contrato de concessão. O papel do Estado passa a ser o de estabelecer as regras para o leilão e monitorar o cumprimento dos termos do contrato.

São vários os benefícios desse tipo de regulação. Em primeiro lugar, reduzem-se as oportunidades de captura regulatória e se diminui a possibilidade de interferência política sobre a administração das empresas. A ação do regulador se restringe aos aspectos não cobertos pelo contrato de concessão. Em segundo lugar, a busca pela eficiência é incentivada, pois geralmente os lucros das empresas não ficam sujeitos a limites, desde que elas atinjam as metas regulatórias estabelecidas no contrato (sobre qualidade, preços máximos etc.). Em terceiro lugar, a natureza competitiva do processo de leilão faz com que as tarifas pela prestação dos serviços se aproximem dos custos marginais (mesmo que existam custos afundados). Ao mesmo tempo, as firmas conseguem cobrir os seus custos e gerar um retorno satisfatório sobre os seus investimentos.

As desvantagens desse tipo de regulação são as seguintes: necessidade de criar sistemas complexos de monitoramento e desenho de leilões; dificuldade de fazer com que os contratos sejam cumpridos; baixa qualidade do serviço e falta de investimentos devido ao prazo fixo dos contratos; e pressão política para a renegociação do contrato. Esse último problema pode reduzir ou mesmo eliminar muitos dos benefícios desse tipo de regulação.

5.3.3 Implicações das Regulações por Comando e Controle e por Incentivos para a Fiscalização

As abordagens C&C e RI implicam modelos de fiscalização bastantes distintos, sobretudo no que se refere ao objetivo regulatório. Na regulação por C&C, os objetivos regulatórios constituem uma obrigação direta imposta aos regulados. O papel da fiscalização nesse caso é verificar se essas obrigações estão sendo cumpridas. As medidas de compliance visam alcançar diretamente os objetivos e resolver o problema. Por exemplo, se o problema for um nível de expansão da oferta inadequado, a regulação por C&C sugere que os reguladores definam metas ou limites mínimos de expansão. Cabe à fiscalização garantir que esses parâmetros sejam atingidos.

Se a abordagem for a de regulação por incentivos, os objetivos não se traduzem em obrigações impostas aos regulados. Assim, por exemplo, aumentar o nível de qualidade ou melhorar a qualidade não são obrigações. O regulador cria mecanismos que, se bem definidos, não precisam vir acompanhados da imposição de uma obrigação porque o próprio regulado a cumprirá voluntariamente, uma vez que a regulação alinhou os seus incentivos aos objetivos da sociedade. Assim, o papel da fiscalização não é mais verificar se o nível de qualidade ou expansão está sendo atingido para punir eventuais desvios. Seu papel dependerá do tipo de mecanismo adotado, em particular se o mesmo possui algum tipo de obrigação acessória. Por exemplo, em um modelo de compensações, a fiscalização precisa verificar se a empresa está aplicando corretamente o mecanismo e compensando os consumidores. No modelo de incentivos via fator X , a fiscalização precisa verificar se os indicadores estão sendo calculados corretamente. Em ambos os casos, não se trata de penalizar a empresa se ela não estiver fornecendo um nível de qualidade ou expansão adequado.

Até mesmo a defesa da concorrência pode ser interpretada como um mecanismo de incentivo. O papel do regulador nesse caso é editar normas que evitem práticas anticoncorrenciais, sendo que a fiscalização deve garantir que essas normas sejam seguidas.

Por fim, entendemos que um papel importante para a fiscalização, na abordagem de regulação por incentivos, é o de produzir informações e análises destinadas ao aprimoramento da regulação. É comum, por vezes, um certo distanciamento da “realidade” das equipes responsáveis pelo desenho da regulação. É natural também que a fiscalização tenha um maior contato com as empresas reguladas e os consumidores. Assim, o monitoramento de indicadores de qualidade, por exemplo, e fiscalizações *in loco* podem identificar se as empresas estão respondendo de forma adequada aos incentivos ou se os mecanismos estão bem calibrados. A integração entre as equipes de regulação e fiscalização, nessa abordagem, é fundamental para a solução do problema.

5.3.4 Vantagens e Desvantagens das Regulações por Comando e Controle e por Incentivos

Discutiremos nesta seção as vantagens e desvantagens das regulações C&C e RI. Nossa principal referência é BALDWIN, CAVE e LODGE (2012), mas agregaremos nossa visão sobre o tema.

Há quatro desvantagens associadas à regulação C&C. A primeira desvantagem é o maior risco, comparativamente à regulação por incentivos, de que o regulador seja capturado devido à proximidade da relação entre o regulador e a empresa regulada (STIGLER, 1971). Segundo BALDWIN, CAVE e LODGE (2012), essa relação de maior proximidade advém da necessidade de aquisição de informações por parte do regulador (é necessário ter ampla informação sobre a indústria para poder criar normas regulatórias). O fato de que as informações de que o regulador necessita estão nas mãos das empresas reguladas confere à indústria uma vantagem nessa relação. Nesse contexto, o regulador precisa buscar detalhes sobre a forma como a empresa opera e o contexto em que se dá essa operação, o que exige adaptação das obrigações impostas e inevitavelmente aumenta o contato entre regulador e regulado. Isso não significa que a regulação

por incentivos não abre espaço para captura, mas apenas que, nas modalidades citadas de enfoque econômico e, portanto, ressalvada a abordagem jurídica da regulação responsiva, ao evitar tanta interação e abrir menos espaço para o tratamento de casos específicos, ela mitiga esse risco.

A segunda desvantagem da regulação C&C é a propensão a criar regras inflexíveis e complexas, levando a um excesso de regulação que pode ter impactos significativos na empresa. Regras muito detalhadas podem também virar barreiras à entrada, inibindo a competição. BARDACH e KAGAN (1982) discutem vários motivos que levam o regulador a um excesso de regulação. O primeiro é o elevado grau de dificuldade de criar regras que não sejam nem específicas demais nem abrangentes demais. O segundo motivo é que os reguladores, por razões políticas, tendem a responder a eventos pontuais e extremos com regras e soluções muito abrangentes. O terceiro é a pressão advinda de diferentes grupos, que agem em benefício próprio e têm demandas diferentes. O quarto motivo está no desejo do regulador de solucionar o problema rapidamente, enquanto ele ainda é foco da opinião pública. A questão é que nem sempre a opinião pública está preocupada com os principais aspectos do problema, o que faz com que a regulação tenha que cobrir uma gama de fatores.

A terceira desvantagem é a dificuldade e o alto custo de fazer com que os regulamentos sejam cumpridos. Além disso, as regras utilizadas na regulação C&C tanto podem ter um escopo muito amplo, restringindo atividades que não deveriam ser restritas, quanto muito estreito, falhando em controlar condutas que deveriam ser controladas. Como resultado, as empresas tentam utilizar esquemas criativos para esquivar-se do cumprimento das obrigações sem quebrar a lei. Entretanto, algumas vezes as empresas acabam não cumprindo o regulamento, levando a uma judicialização que aumenta ainda mais o custo desse tipo de regulação.

A última, e talvez maior, desvantagem da regulação por C&C é a incerteza que envolve a decisão do regulador, dado o cenário de grande assimetria de informação em que ela é tomada. O regulador não consegue medir precisamente

os efeitos da obrigação imposta ao regulado e não sabe qual será a sua reação. Similarmente, o nível de dificuldade para o regulado cumprir a obrigação pode variar bastante. Suponha, por exemplo, que o regulador imponha uma obrigação de aumentar o nível de qualidade do serviço. Se for fácil para a empresa cumpri-la, o regulador terá perdido a oportunidade de gerar um nível de qualidade superior, e o consumidor terá que conviver com uma qualidade inferior à possível. Se a empresa tiver muita dificuldade e não conseguir cumprir a obrigação, poderá tentar questioná-la na justiça sob a alegação de que a obrigação é desproporcional ou algo do gênero. A menos que o regulador conheça com precisão os custos e benefícios associados a variações de qualidade, não é improvável que ele cometa erros, e até mesmo que não saiba que erros está cometendo. Além disso, as obrigações estabelecidas pelo regulador baseadas em padrões atuais podem não ser mais apropriadas no futuro próximo, em virtude de mudanças tecnológicas, econômicas ou institucionais.

A maior vantagem da regulação por C&C é que, como ela está sustentada na força da lei, normas e regulamentos podem ser usados para definir padrões e obrigações de efeito imediato. Além disso, eles podem ser usados para proibir atividades que causam danos claros para a sociedade. A terceira vantagem é que esse tipo de atuação do regulador tende a ser visto pela opinião pública como prova de que ele está usando a lei em benefício da sociedade, seja através da eliminação de certos comportamentos ou práticas, a proibição da participação de certos atores, ou a criação de penalidades incidentes sobre atividades que estão em desacordo com a regulação.

Concluída a explanação das vantagens e desvantagens do sistema C&C, passamos à análise das vantagens e desvantagens da regulação por incentivos.

Uma vez estabelecido um regime de regulação por incentivos, basta ao regulador aplicá-lo. Os ganhos e perdas resultantes ocorrem mecanicamente, o que torna o sistema menos discricionário. Não há nessa abordagem muito espaço para avaliar a conduta do regulado ou as razões para ele não ter alcançado o objetivo. A empresa assume o risco de ser responsabilizada pelos insucessos,

mesmo que o objetivo não tenha sido atingido por fatores alheios à sua vontade. Sendo assim, o regulador não está mais tão envolvido em negociações, trocas de informações ou avaliações das condutas das empresas reguladas, o que diminui a chance de ser por elas capturado. Outra vantagem desta regulação é a liberdade concedida à empresa para escolher suas ações, o que dá mais flexibilidade às decisões empresariais. Por outro lado, como mencionamos acima, o risco recai integralmente sobre a empresa.

A RI também possui custos menores de administração (comparada com a C&C), coleta de informações e de execução da regulação. Por fim, a RI traz embutidos incentivos para que as empresas forneçam serviços em níveis acima dos padrões mínimos. Isso decorre, em geral, do fato de que os padrões estabelecidos pelo regulador devem ser factíveis para as empresas, o que faz com que muitas vezes eles tenham como base as empresas de pior desempenho no mercado.

A regulação por incentivos também possui algumas desvantagens. Primeiramente, os mecanismos criados para solucionar os problemas identificados podem ser bastante complexos, tornando o seu monitoramento bastante custoso e impondo custos elevados às empresas reguladas. Nesse sentido, ela se aproximaria da regulação C&C.

Em segundo lugar, a regulação por incentivos assume que os agentes regulados agem racionalmente, do ponto de vista econômico. Porém, na prática muitas ações dos regulados são resultado de um comportamento irracional. Em terceiro lugar, a existência de uma defasagem regulatória, característica de muitos mecanismos de regulação por incentivos, é indesejável em cenários de rápida mudança econômica ou crises periódicas, quando são necessárias ações imediatas.

Outra deficiência do regime de incentivos é a dificuldade do regulador, em alguns casos, de prever os efeitos dos incentivos gerados pelos mecanismos regulatórios. Nesse sentido, criar os incentivos adequados pode ser tão difícil quanto criar regras no ambiente de C&C. O regulador poderia adotar uma

abordagem de tentativa e erro, recalibrando o mecanismo até encontrar o nível ótimo, mas isso não é recomendável em um setor onde a tecnologia muda rapidamente, como o de telecomunicações.

A RI também peca pela inflexibilidade das suas regras, que, como apontamos anteriormente, operam de forma mecânica. Embora o mecanismo possa trazer embutida certa flexibilidade, as empresas reguladas têm que satisfazer as restrições e os limites impostos por ele. É possível que a RI seja aplicada de forma mais flexível, abrindo a possibilidade de isenção das regras em determinados casos ou de tratamento diferenciado de empresas. Nesse caso, no entanto, a vantagem da menor discricionariedade por parte do regulador perde força, e aumentam os riscos de captura.

Por fim, vale mencionar que, no caso de uma transição do regime C&C para a RI, é possível que o público interprete a falta de controle rigoroso do comportamento da empresa regulada como uma licença a ela concedida pelo regulador para praticar atividades prejudiciais. Nesta visão, a regulação RI seria criticada pela sociedade por premiar comportamentos que deveriam ser obrigatórios. Como a opinião pública tem dificuldade para entender os incentivos, passa a haver uma crença no enfraquecimento da prestação de contas. Além disso, os efeitos distributivos dos incentivos podem ser questionados.

Há várias diferenças importantes entre as regulações RCS e RPC. Começemos por aquelas que se referem a preços e custos. Em primeiro lugar, a RPC confere às empresas mais liberdade para definir seus preços do que a RCS, pois permite que elas façam modificações nos preços dos diversos serviços que prestam, desde que sua média não ultrapasse o teto de preços estabelecido pelo regulador. Já no regime de RCS, as empresas têm que cobrar exatamente o preço regulado. Em segundo lugar, sob a RPC o valor do fator X, que determina a queda real anual do teto de preços, fica fixo durante o período entre revisões tarifárias, o que permite às empresas aumentar o retorno sobre o seu capital por intermédio de reduções de seus custos operacionais. Na RCS isso não ocorre, pois qualquer mudança na taxa de retorno da empresa (para cima ou para baixo) serve de

gatilho para uma nova revisão tarifária, ao final da qual os preços da empresa estarão realinhados à taxa de retorno regulada original.

A RCS pode estimular o investimento na indústria ao conferir às empresas uma taxa de retorno razoável e segura, mas tende a desestimular as empresas a reduzir diretamente ou buscar inovações que tenham o potencial de reduzir os seus custos, já que isso levaria imediatamente a um realinhamento de preços. A RPC, por outro lado, promove ambas as atividades ao quebrar o elo entre custos realizados e preços cobrados.

Quanto à RCL, ela pode ser vista como uma forma de regulação intermediária entre a RPC e a RCS. Como tal, a RCL cria incentivos também intermediários entre a RPC e a RCS à inovação e à redução de custos.

Outro fator importante a considerar na comparação entre esses tipos de regulação é a qualidade do serviço prestado. Na RCS, é do interesse das empresas oferecer um serviço de boa qualidade, já que ela será prontamente reembolsada pelos custos associados. É possível que esse rápido reembolso dos custos seja um incentivo para que a empresa busque um nível de qualidade acima do que seria considerado socialmente ótimo.

No caso da RPC, a empresa não é reembolsada automaticamente pelos custos incorridos para aumentar a qualidade, já que a revisão tarifária ocorre em intervalos fixos, geralmente de 4 ou 5 anos. Durante esse período, a tarifa da empresa fica fixa em termos reais. Na verdade, se o fator X for positivo, ela cai ao longo do tempo. Como discutido anteriormente, a empresa tem incentivo a reduzir os seus custos, o que geralmente é incompatível com aumento de qualidade. O resultado dessa dinâmica é uma qualidade do serviço inferior à desejável. Por essa razão, planos de price cap tipicamente vêm acompanhados de padrões de qualidade para as empresas e penalidades financeiras pelo seu não cumprimento.

É mais difícil determinar o impacto da RCL sobre o nível de qualidade. Aumentos de custos associados a uma maior qualidade reduzirão os lucros da empresa, tudo o mais constante. Isso pode ser do interesse da empresa ou não, dependendo do nível de compartilhamento de lucros com os consumidores em que

ela se encontra. Além disso, é preciso levar em consideração o possível aumento de receita associado a uma qualidade mais alta, o que também tem impacto sobre o compartilhamento de lucros.

5.4 Regulação Responsiva e Congêneres

Neste tópico, abordaremos os principais conceitos e elementos da teoria da regulação responsiva e da pirâmide de *compliance*. Também discutiremos outros tipos de regulação que surgiram em seguida – seja como complemento ou crítica à regulação responsiva, os quais têm sido adotados por entes reguladores mundo afora para aprimorar os mecanismos de regulação responsiva, a saber: regulação inteligente, regulação baseada no risco, regulação centrada no problema e regulação realmente responsiva.

5.4.1 Regulação Responsiva

Em seu livro *To Punish or Persuade*, BRAITHWAITE (1985) fez um estudo empírico aprofundado do setor de minas de carvão e mineração australiano nos anos 1960, onde ocorria um alto número de acidentes. O estudo investigou estratégias punitivas e estratégias de persuasão, como educação e ensino de técnicas de segurança do trabalho, como possíveis soluções para esse problema. Em particular, foram estimados os impactos sobre a produtividade do setor e a quantidade de vidas salvas da adoção da estratégia de *law enforcement* (BRAITHWAITE, 1985).

Durante a década de 1980, houve a desregulação de vários setores da economia no mundo ocidental, incluindo meio ambiente, saúde e segurança no trabalho, instituições financeiras, defesa nacional, infraestrutura, arrecadação de impostos e segurança alimentar. Essa tendência continuou nos anos 1990, com uma onda de privatizações e a introdução de regulação econômica em vários

setores, o que gerou questionamentos sobre a eficácia e necessidade desse tipo de regulação.

Anteriormente ao mencionado trabalho, BRAITHWAITE (1982) já criticava o uso excessivo de *soluções economicistas*, como mecanismos de incentivos ou desincentivos, para corrigir o comportamento dos agentes que praticam infrações, embora reconhecesse que elas são, pelo menos parcialmente, resultado das estruturas normativas ou mesmo punitivas existentes no arcabouço regulatório. O autor dá como exemplo a imposição de impostos sobre uma empresa poluidora (baseados na quantidade e/ou qualidade do poluente emitido) como tentativa de fazê-la internalizar o dano social causado, evitando, dessa maneira, a judicialização do processo – o que geralmente tem custo alto (BRAITHWAITE, 1982).

O debate evoluiu para a discussão de uma possível alternativa aos dois modelos extremos, livre mercado e regulação governamental, que fosse capaz de aumentar o bem-estar dos cidadãos e os resultados econômico/financeiros das empresas (AYRES e BRAITHWAITE, 1992). O resultado foi o surgimento do conceito de regulação responsiva, segundo o qual a melhor estratégia depende do contexto, da cultura regulatória e da história do setor ou país. Esse tipo de regulação não é um programa pré-estabelecido ou um conjunto de prescrições sobre a melhor forma de regular um setor. Uma atitude responsiva gera políticas diferentes que transcendem a divisão entre soluções de regulação e desregulação. Para o regulador responsivo, não existem soluções regulatórias ótimas, apenas aquelas que funcionam melhor do que outras em um determinado momento da história (AYRES e BRAITHWAITE, 1992). Em suma, a abordagem responsiva apresenta um caráter mais circunstancial, dependente do perfil das instituições, dos entes regulados, dos usuários etc.

Nesse contexto, para adotar a chamada regulação responsiva o ente regulador deve dispor de uma vasta gama de instrumentos regulatórios, que priorizem inicialmente a persuasão moral dos entes regulados às sanções, as quais

em princípio devem ficar em segundo plano. Alguns dos princípios básicos dessa abordagem são os seguintes (AYRES e BRAITHWAITE, 1992):

1. As empresas devem ser agrupadas por indústria, e cada empresa deve ser desagregada em subunidades corporativas. Essas subunidades, por sua vez, devem ser desmembradas em atores corporativos, e estes em indivíduos. A agência reguladora deve atuar em cada um desses níveis de agregação¹²¹;

2. Algumas empresas reguladas só cumprirão a lei se for economicamente racional fazê-lo, mas a maior parte o fará, na maioria das vezes, simplesmente porque é a lei. As empresas têm comportamentos distintos, e às vezes contraditórios, em relação à racionalidade econômica, ao cumprimento da lei e à responsabilidade empresarial;

3. Uma estratégia totalmente baseada na persuasão e na autorregulação é apropriada quando os atores são motivados pela racionalidade econômica;

4. Uma estratégia baseada principalmente na punição pode não ser eficaz para os atores motivados por um senso de responsabilidade e de cumprimento da lei, além de ser demasiadamente dispendiosa (custo regulatório), na medida em que cria para esses atores os mesmos controles e requisitos regulatórios necessários àqueles atores mais dispostos a testar os limites da lei (vide tópicos seguintes);

5. A punição é cara e a persuasão é barata. Uma estratégia baseada principalmente na punição desperdiça recursos em litígios que seriam mais bem gastos em monitoramento e persuasão;

6. Uma estratégia baseada principalmente na punição promove uma cultura empresarial de resistência à regulação, o que pode levar a medidas judiciais e de contra-ataque por parte dos regulados. Isso pode gerar um “jogo de gato e rato regulatório” em que as empresas desafiam o espírito da lei e procuram

¹²¹ Cabe lembrar que, na abordagem regulatória tradicional, o ente regulador costuma atuar apenas sobre o nível individual da empresa ou, nos termos usados no corpo do texto, somente nos indivíduos. Tal abordagem constituiu-se, então, uma das fontes de críticas dos adeptos da regulação responsiva.

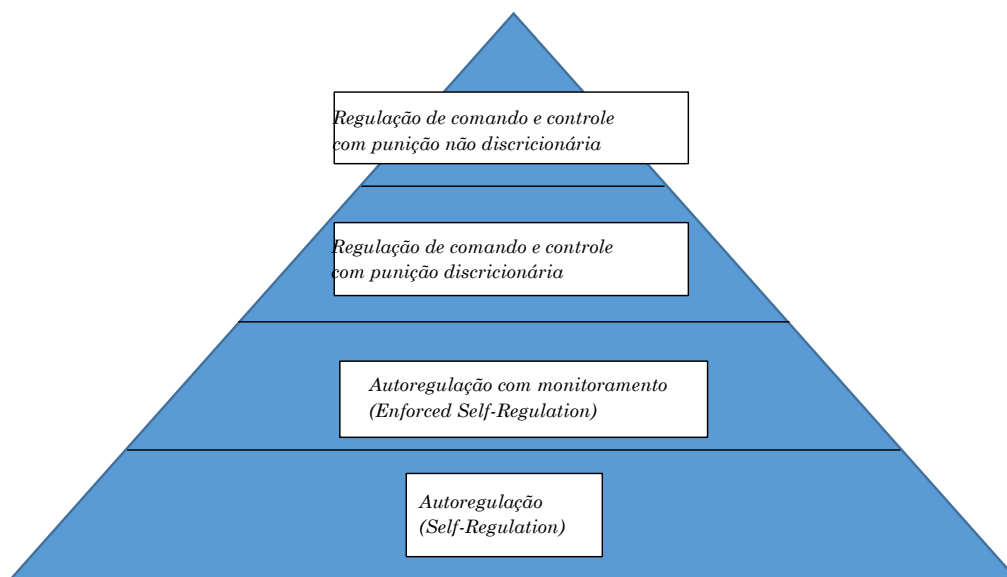
explorar brechas, enquanto o estado cria regras cada vez mais específicas para fechar essas brechas (AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

O benefício da abordagem responsiva é que ela é menos intrusiva e centralizadora, procurando fazer com que o regulado internalize algumas funções regulatórias em sua governança interna ou delegando-as a grupos de interesse ou empresas concorrentes não-reguladas. Em suma, a agência reguladora passa a ter um comportamento menos opressor e passa a facilitar a auto-regulação, mas sem abrir mão da sua responsabilidade de corrigir falhas de mercado (AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

Um dos instrumentos mais poderosos que o regulador pode criar em um sistema de regulação responsiva é a pirâmide de *compliance*. Essa pirâmide consiste de uma série de ações distribuídas em vários degraus, começando com a persuasão via medidas educativas na sua base, passando por advertências e penalidades civis, e chegando até penalidades criminais, suspensões de licenças ou mesmo revogações de licenças no seu topo. A atuação do regulador inicia-se na base e segue subindo os degraus da pirâmide conforme a necessidade, como ilustra a figura abaixo (AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

A pirâmide pode ser desenhada pelo regulador para ser aplicada ao nível da firma ou da indústria ou setor. A figura abaixo mostra uma possível pirâmide de *compliance* para a indústria.

Figura 2 – Pirâmide de Compliance - Indústria

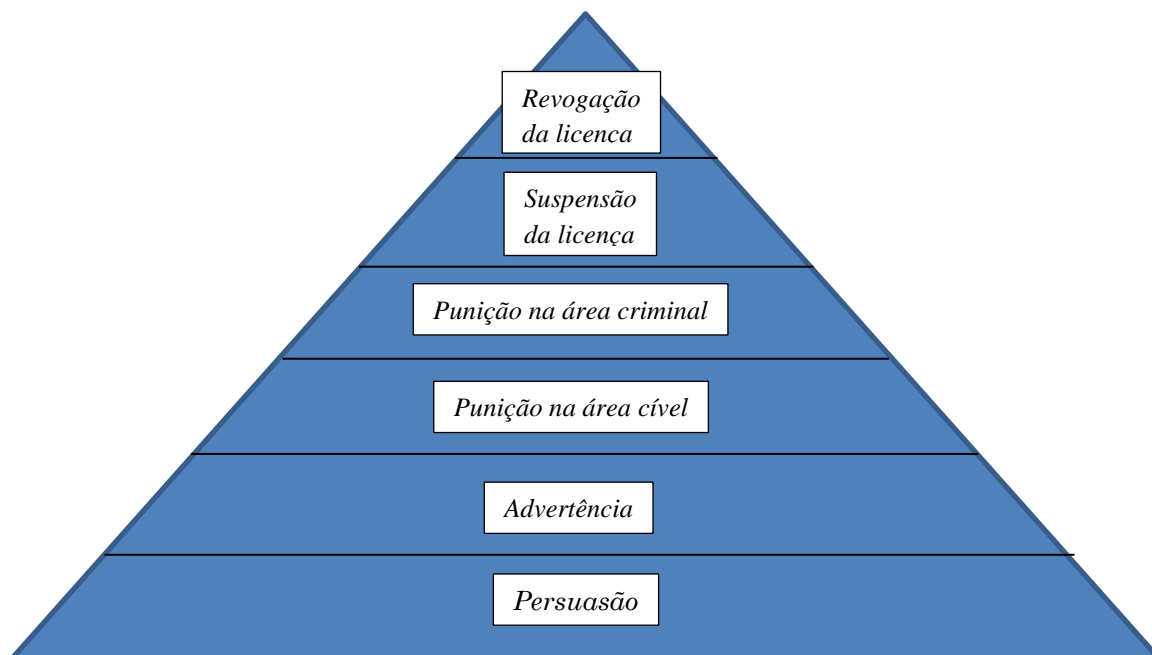


Fonte: AYRES e BRAITHWAITE (1992).

A estratégia de autorregulação da indústria que aparece na base da pirâmide acima é menos onerosa tanto do ponto de vista dos contribuintes quanto do setor regulado. A responsabilidade de alcançar os objetivos regulatórios passa para a indústria, que, assim, pode se desincumbir de ônus regulatório e atuar com maior eficiência. Caso a autorregulação leve, todavia, a resultados abaixo do ideal do ponto de vista social, o regulador deve comunicar a sua disposição de escalar a pirâmide e intervir no setor (AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

A figura abaixo ilustra uma possível pirâmide de *compliance* a ser aplicada individualmente a uma firma.

Figura 3 – Pirâmide de Compliance - Firma



Fonte: AYRES e BRAITHWAITE (1992).

Caso seus objetivos não sejam atingidos com os instrumentos de persuasão e as medidas educativas da base da pirâmide, o regulador pode recorrer a advertências e, em seguida, a medidas cada vez mais identificadas com a abordagem de comando e controle tradicional, que inclui penalidades civis e criminais e, no topo, a revogação ou suspensão da licença da empresa.

O regulador deve seguir algumas recomendações durante a montagem da pirâmide (BRAITHWAITE, 2011):

- 1) Pensar no contexto, não impor uma teoria pré-concebida;
- 2) Escutar ativamente e com empatia, minimizar resistências, alimentar a esperança e o otimismo. Estruturar o diálogo, dando voz aos *stakeholders*, procurar o consenso e celebrar um compromisso com os outros atores, ajudando-os a encontrar motivação para melhorar. Comunicar a disposição de persistir até que o problema seja corrigido;
- 3) Procurar cooptar aqueles que resistem em tomar as medidas apropriadas, transmitindo a ideia de que a sua resistência é uma oportunidade para aprender como melhorar o desenho regulatório;

- 4) Elogiar aqueles que se comprometem a cooperar, apoiam a inovação, almejam a melhoria contínua e atuam como líderes;
- 5) Sinalizar a preferência pela resolução de problemas por meio da oferta de apoio e de medidas educativas;
- 6) Sinalizar, sem ameaçar, a possibilidade de aplicar uma série de sanções, incluindo sanções finais severas que só seriam usadas como último recurso;
- 7) Envolver parceiros e aproveitar a ampliação das redes de apoio regulatório à medida que escala a pirâmide;
- 8) Ser ativamente responsável em tornar os resultados melhores no futuro e, caso falhe, ser passivamente responsável por ações passadas; e
- 9) Avaliar os resultados e a que custo eles são alcançados e compartilhar as lições aprendidas.

Além das recomendações acima, a construção da pirâmide deve levar em conta o contexto e as circunstâncias em que a regulação ocorre, bem como o comportamento e a cultura dos regulados.

Para desenhar uma boa pirâmide de *compliance*, o regulador deve conhecer muito bem os regulados e como funciona o setor. Por outro lado, a pirâmide só será eficaz se os regulados conhecerem bem os objetivos do regulador, a legislação e, em especial, as possíveis sanções e punições.

Apesar de haver na literatura muitos artigos de Braithwaite e seguidores defendendo e procurando referendar a teoria da regulação responsiva, há também muitas críticas – BALDWIN e BLACK (2008) comentam vários artigos nessa linha.

Para alguns críticos, a escalada ou “desescalada” da pirâmide, sob o ponto de vista conceitual, podem não ser apropriadas em alguns setores específicos. Por exemplo, se não há concorrência entre empresas do setor, a escalada da pirâmide já está comprometida, sendo necessário sinalizar punições logo no início. Em alguns setores pode não haver uma relação binária regulador-regulado, como quando existem vários reguladores ou o regime regulatório é altamente complexo,

exigindo que as atividades de inspeção e *enforcement* sejam delegadas para diferentes reguladores. Vários outros fatores podem afetar a montagem da pirâmide de *compliance*, como recursos disponíveis para a agência, tamanho do setor, tipos de padrões impostos aos regulados, custos de *compliance*, assistência financeira disponível para incentivar o *compliance* e a estrutura das penalidades. Caso o regulador não tenha as ferramentas ou os recursos necessários para implementar as estratégias mais punitivas dos níveis mais elevados da pirâmide, a sua reputação poderá ser prejudicada, colocando em risco a eficácia da pirâmide. Pelo lado político, a agência reguladora pode temer as consequências políticas da progressão pirâmide acima ou não ter o apoio judicial, público ou político para tal escalada, levando-a a relutar em implementar a pirâmide (GUNNINGHAM e GRABOSKY, 1998), (MENDELOFF, 1993), (JOHNSTONE, 1999), (SCHOLZ, 1993), (BALDWIN e BLACK, 2008).

Sob o ponto de vista legal, as críticas à teoria da regulação responsiva recaem sobre a exigência de disponibilidade de uma ampla gama de sanções críveis e a possibilidade de os legisladores não fornecerem ao regulador as ferramentas necessárias para aplicar os degraus mais altos da pirâmide. Muitas vezes não há sintonia entre as punições sancionadas pelo regulador e as efetivamente impostas pelos tribunais, o que diminui o poder de dissuasão da pirâmide. As sanções do topo da pirâmide podem não ser críveis por questões políticas ou mesmo concorrenciais (GUNNINGHAM e GRABOSKY, 1998), (MENDELOFF, 1993), (JOHNSTONE, 1999), (SCHOLZ, 1993), (BALDWIN e BLACK, 2008).

Os defensores da teoria da regulação responsiva dizem que a solução para os problemas apontados pelos críticos é a criação de regras e diretrizes que limitem, estruturem e comprovem estratégias responsivas. Todavia, isso pode levar à criação de controles burocráticos dispendiosos, impor regimes propensos à “captura regulatória” e levar a um alto nível de discricionariedade. Outra solução é estabelecer um sistema tripartite, no qual os Grupos de Interesse Público (*Public Interest Groups – PIGs*) são partes legalmente habilitadas no processo

regulatório, podendo atuar como representantes dos reguladores e funcionar como contrapeso às pressões de outras partes interessadas (BRAITHWAITE, 2011). Para os críticos da regulação responsiva, esses PIGs podem tornar-se “reguladores-sombra.”

Diante das críticas, Braithwaite expandiu a noção de regulação responsiva do seu contexto original de *enforcement* para um ideal regulatório e democrático mais abrangente, incorporando noções de democracia deliberativa e justiça restaurativa. Como ele mesmo diz: “Regulação Responsiva é uma teoria eternamente em construção” (BRAITHWAITE, 2006).

5.4.2 Regulação Inteligente (*Smart Regulation*)

A Regulação Inteligente é uma evolução da regulação responsiva que abrange formas flexíveis, imaginativas e inovadoras de controle social de regulados, reguladores e terceiros, envolvendo autorregulação e correção, considerando interesses comerciais e organizações não governamentais (ONGs) e visando a eficácia e eficiência dos instrumentos regulatórios (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 2017).

A regulação inteligente parte do princípio de que há uma pluralidade de formas regulatórias, com vários atores influenciando, de várias formas, o comportamento de grupos regulados. Um *smart regulator* deve concentrar a atenção na compreensão dessas influências e interações da maneira mais ampla possível, incluindo as seguintes: organizações internacionais; parceiros comerciais e a cadeia de abastecimento; instituições comerciais e mercados financeiros; pressão dos pares e autorregulação por meio de associações de empresas do setor; sistemas internos de gestão e a cultura empresarial; e a sociedade civil em suas diversas formas (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 2017).

As ideias de regulação inteligente encontraram terreno fértil inicialmente no setor de meio ambiente, onde nem a regulação de comando e controle nem um ambiente de mercado livre forneciam respostas satisfatórias para os problemas ambientais, cada vez mais complexos e sérios. Essa situação permitiu o

aparecimento de outros atores, como ONGs e empresas com preocupações ambientais, que começaram a preencher o “espaço regulatório” anteriormente ocupado pelo Estado. A regulação inteligente surgiu com a proposta de utilizar um leque mais amplo de ferramentas, incluindo instrumentos econômicos, autorregulação e estratégias baseadas na informação (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 2017).

A ideia era desenhar uma estrutura regulatória inteligente que pudesse preencher a lacuna deixada pelo estado. As estratégias e técnicas dessa nova estrutura estavam baseadas em alguns princípios (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 2017):

- i) A preferência por múltiplos instrumentos complementares ao invés de um instrumento único, restringindo a sua utilização para atingir o resultado desejado;
- ii) A virtude da parcimônia: medidas menos intervencionistas devem ser priorizadas inicialmente;
- iii) Os benefícios de uma pirâmide de instrumentos tripartite (governo, empresas e terceiros) na construção da resposta regulatória;
- iv) Capacitação de terceiros (ONGs e empresas) para atuarem como reguladores substitutos, o que leva a melhores resultados a um custo menor e libera recursos regulatórios escassos; e
- v) Maximização de oportunidades que beneficiam ambos os lados, incentivando as empresas a buscar um nível de conformidade que ultrapasse os requisitos legais existentes.

Os dois primeiros princípios têm forte semelhança com a regulação responsiva. Já o terceiro princípio, uma das maiores contribuições da regulação inteligente, introduz a ideia da pirâmide tripartite, com a adição de terceiros como agentes ativos no processo regulatório. Comparada à regulação responsiva, onde o regulador aumenta ou diminui sua intervenção como resposta à reação do regulado, a regulação inteligente propõe uma pirâmide de três faces, que representam o regulador (governo), a autorregulação e as ações de terceiros. Cada

face possui seus próprios instrumentos, e é possível escalar a pirâmide em todas as direções, ou seja, usar várias categorias de instrumentos (por exemplo, mudar de controle estatal a controle corporativo ou de uma associação do setor) e instrumentos diferentes dentro de cada categoria.

Nesse sentido, a regulação inteligente permite combinações criativas de instrumentos de fiscalização e de influência sobre os atores envolvidos, possibilitando a seleção de meios de controle apropriados para cada contexto, ou seja, que sejam mais fáceis de aplicar, menos caros e/ou mais eficazes do que os controles estatais (BALDWIN e BLACK, 2008).

Por outro lado, a regulação inteligente esbarra em muitas das dificuldades que também afligem a regulação responsiva. Além disso, a criação de redes regulatórias em três sistemas diferentes, ou faces da pirâmide, gera novas preocupações, como as complementaridades e incompatibilidades inerentes aos diversos instrumentos regulatórios (BALDWIN e BLACK, 2008).

5.4.3 Regulação Baseada no Risco (Risk-Based Regulation)

Em março de 2005, um relatório chamado *Hampton Report* recomendou que todas as agências reguladoras do Reino Unido adotassem uma abordagem baseada no risco (HAMPTON, 2005). De acordo com essa abordagem, metas de inspeção e fiscalização deveriam basear-se em uma avaliação dos riscos que pessoas ou empresas reguladas representam para os objetivos do regulador. Os principais componentes da abordagem são as avaliações do risco de não conformidade e cálculos sobre o impacto que o não cumprimento teria sobre a capacidade da instituição de atingir seus objetivos. Ela difere das abordagens via pirâmide, enfatizando a análise e segmentação em vez de um processo de escalonamento responsivo. As abordagens baseadas em risco permitem que os recursos sejam direcionados de maneira a priorizar os riscos mais elevados, fornecem uma base para avaliar novos desafios regulatórios e novos riscos e estão focadas principalmente na fiscalização proativa e reativa (BALDWIN e BLACK, 2008).

Na regulação baseada em risco, os reguladores priorizam as atividades regulatórias e a distribuição de recursos de acordo com uma avaliação dos riscos que as empresas reguladas representam para os objetivos do regulador. Considerada inicialmente uma forma de priorizar as inspeções, ela tornou-se um conceito mais holístico, abrangendo decisões políticas estratégicas mais amplas.

Os desafios que os reguladores enfrentam na identificação de riscos incluem:

- Selecionar os indicadores apropriados;
- Reunir informações suficientes com relação a esses indicadores;
- Avaliar as probabilidades (particularmente para eventos de baixa probabilidade e alto impacto);
- Avaliar a capacidade de sistemas e processos de gestão de mitigar riscos; e
- Lidar com incertezas, que, em contraste com os riscos, não podem ser facilmente calculadas (BALDWIN e BLACK, 2016).

As fiscalizações das atividades reguladas podem ser proativas (iniciativa própria da agência reguladora) ou reativas (as que surgem a partir de reclamações ou incidentes relatados ou detectados por cidadãos). Elas são feitas de maneira pontual, o que economiza recursos do orçamento público e melhora a percepção do regulador pelo público.

As principais desvantagens desse tipo de regulação são a aleatoriedade dos motivos para a realização das ações por parte do regulador, a impressão de que a fiscalização não dá necessariamente mais importância aos riscos mais importantes e a baixa prioridade do controle preventivo (BALDWIN e BLACK, 2008).

Abordagens baseadas em risco dão origem a uma série de desafios e dificuldades específicas. Como elas levam a uma concentração de recursos nas prioridades regulatórias, os reguladores precisam ser claros sobre quais riscos não serão priorizados, o que aumenta a sua exposição e tem consequências políticas, legais e práticas (BALDWIN e BLACK, 2008). Podem surgir questionamentos quanto à consistência do tratamento das empresas reguladas, igualdade de

proteção aos consumidores e ao público em geral. Outro problema que surge nesse tipo de regulação é resultado da tendência da agência reguladora de ganhar expertise em alguns tipos de risco e deixar de lado outros riscos. Quando os riscos mais baixos são numerosos e disseminados, a sua negligência pode levar à acumulação de eventos danosos (BALDWIN e BLACK, 2008).

Vale ressaltar também que a atuação do regulador em um sistema de regulação baseada em risco tende a focar a empresa, deixando em segundo plano a visão mais estratégica de como aumentar o cumprimento das normas dentro do setor regulado como um todo. É possível, contudo, que elementos de regulação responsiva estejam presentes na regulação baseada em risco – por exemplo, o regulador pode condicionar as sanções ao nível de risco representado pelo comportamento do regulado (BALDWIN e BLACK, 2008).

Por fim, as análises regulatórias baseadas em risco normalmente levam a um acúmulo de informações, o que pode impor encargos significativos às empresas e diminuir a eficiência do regulador no uso de recursos financeiros e humanos. Há também a possibilidade de que, em um ambiente de escassez de recursos, o regulador redirecione seus esforços para os riscos mais elevados e os problemas “mais graves”, o que pode não ser a melhor opção quando considerado o custo-benefício de outras estratégias (BALDWIN e BLACK, 2008).

5.4.4 Regulação via Solução de Problemas (Problem-Solving Regulation)

A regulação via solução de problemas é uma versão da regulação baseada no risco em que a resolução de problemas está no centro da estratégia regulatória (SPARROW, 2000). Nesse tipo de abordagem, é necessário definir os problemas com precisão, monitorar e medir o desempenho e ajustar a estratégia com base em avaliações de desempenho (SPARROW, 2008). Os diferentes estágios de resolução de problemas estão listados abaixo:

1. Indicar o problema potencial;
2. Definir o problema;

3. Determinar como medir o impacto do problema;
4. Desenvolver soluções ou intervenções;
5. Executar o plano com monitoramento, revisão e ajuste periódicos; e
6. Encerrar o projeto.

SPARROW (2008) propõe direcionar os problemas-chaves e resolvê-los a partir do desenvolvimento de soluções ou intervenções, porém não oferece um menu de opções nem explicação das interações potenciais entre diferentes lógicas regulatórias e diferentes estratégias para lidar com os estágios do processo de solução de problemas. Pode ser útil identificar os desafios que devem ser enfrentados, as opções disponíveis (em termos de ferramentas e estratégias) e o tipo de processo que promoverá a aplicação ideal de ferramentas e estratégias ao longo do tempo (BALDWIN e BLACK, 2008).

5.4.5 Regulação Realmente Responsiva (Really Responsive Regulation)

Uma das críticas aos sistemas piramidais e/ou baseados em risco é que eles não incorporam nenhum mecanismo central que avalie a necessidade de mudança sistêmica e estratégica.

A pirâmide sinaliza para as indústrias que vai escalar estratégias de autorregulação para regimes de comando e controle decididos fora do sistema, porém não explica como tal escalonamento deve ser avaliado e nem como ele deve ser gerenciado em meio a tais mudanças. (BALDWIN e BLACK, 2008)

Reguladores realmente responsivos devem responder não somente ao desempenho do regulado, mas também (BALDWIN e BLACK, 2008):

- às estruturas operacionais e cognitivas das empresas (seus “cenários atitudinais”);
- ao ambiente institucional mais amplo do regime regulatório e sua evolução;
- às diferentes lógicas de ferramentas e estratégias regulatórias; e
- ao desempenho da própria regulação.

A teoria da regulação realmente responsiva sugere que é necessário ir além dos limites da relação entre regulador e regulado e examinar fatores mais amplos, como as interrelações entre as organizações e suas respostas ao ambiente regulatório. Ela enfatiza que esses fatores são uma combinação complexa de respostas racionais e institucionalizadas, nas quais as ações dos agentes são estruturadas por uma combinação de pressões institucionais internas e externas, incluindo busca de lucratividade ou reputação, posição no mercado, congruência de demandas regulatórias externas e objetivos internos, meios pelos quais as normas regulatórias são impostas e a avaliação de se o regime regulatório é justo ou não (BALDWIN e BLACK, 2008).

Uma regulação realmente responsiva, portanto, exige que os reguladores levem em consideração as diversas culturas e formas de entender a realidade que existem dentro das empresas reguladas. Além disso, ela destaca os efeitos das tensões resultantes sobre o processo regulatório (BALDWIN e BLACK, 2008).

O segundo elemento destacado acima refere-se ao fato de que a regulação realmente responsiva deve reconhecer e responder às restrições e oportunidades que surgem nos ambientes institucionais em que os reguladores atuam. Os ambientes institucionais são constituídos por aspectos organizacionais e regulatórios, normativos, cognitivos e de recursos. As ações e decisões dos agentes (tanto reguladores como regulados) são estruturadas pelas normas que regulam sua conduta, pela adequação das suas ações, pela percepção de como o setor opera e pela distribuição de recursos. Vale também destacar o papel da estrutura política e legal em que o regulador está situado. Em suma, a regulação realmente responsiva enfatiza a relevância do contexto institucional do regulado e do regulador na definição das atividades de fiscalização dos reguladores (BALDWIN e BLACK, 2008).

O terceiro elemento fundamental da regulação realmente responsiva é a sua dependência das lógicas das diferentes estratégias e ferramentas regulatórias. Objetivos regulatórios podem ser alcançados por meio de lógicas diferentes (punição ou reabilitação, por exemplo) que envolvem relacionamentos

e modos distintos de conversar com as partes reguladas. Problemas institucionais podem surgir quando diferentes órgãos reguladores desempenham papéis diferentes e não harmônicos dentro de um setor (BALDWIN e BLACK, 2008).

Em quarto lugar, uma regulamentação realmente responsiva deve responder ao desempenho da própria regulação, enfatizando a necessidade de que ela seja avaliada e modificada periodicamente. No contexto da fiscalização regulatória, isso requer que o regulador seja capaz de medir se as ferramentas e estratégias de fiscalização em uso estão alcançando os objetivos desejados.

A sensibilidade ao desempenho da própria regulação depende da capacidade de avaliá-la à luz de seus objetivos e de modificar suas ferramentas e estratégias. Há três abordagens principais para isso: avaliações baseadas em insumos, processos e resultado (BALDWIN e BLACK, 2008).

A avaliação de desempenho baseada em insumos pode ser realizada através da mensuração do número de inspetores e inspeções, recursos dedicados ao controle e outras entradas. A avaliação baseada em processos ou conformidade pode ocorrer por meio da mensuração da aderência aos procedimentos e leis, políticas ou diretrizes. A avaliação baseada em resultados, a menos comum, procura medir até que ponto as metas de um programa específico são alcançadas. Ela também pode ter uma visão de longo prazo, quando busca avaliar o impacto do sistema regulatório nos objetivos gerais da agência (BALDWIN e BLACK, 2008).

A regulação realmente responsiva coloca a avaliação de desempenho no centro da atividade regulatória, incentivando a criação de sistemas e processos contínuos que produzirão dados relevantes (BALDWIN e BLACK, 2008).

Finalmente, para serem realmente responsivas, as estratégias regulatórias devem adaptar-se às mudanças em prioridades, circunstâncias e objetivos regulatórios. Essas mudanças podem ser impulsionadas por fatores internos, como ajustes de política pelo regulador ou mudanças em suas atitudes e preferências, ou impostas ao regulador, como mudanças nas práticas industriais, tecnologia, tipos de atores regulados, políticas governamentais ou legislação. O

conjunto ideal de ferramentas e estratégias regulatórias variará de acordo com o ambiente regulatório. Por exemplo, a criação de impostos ou políticas de estímulo à concorrência podem afetar o modelo regulatório e de fiscalização (BALDWIN e BLACK, 2008).

Entretanto, as abordagens regulatórias propostas a partir da regulação responsiva não dizem muito sobre como um regulador deve lidar com restrições de recursos, pressões institucionais conflitantes, objetivos pouco claros e mudanças no ambiente regulatório. Também não elucidam como estratégias específicas de aplicação podem impactar outros aspectos da atividade regulatória, incluindo a coleta de informações, e como os reguladores podem ou devem avaliar a eficácia de suas estratégias (BALDWIN e BLACK, 2008).

5.4.6 Benchmarking de Regulação Responsiva

Além de amplamente discutidos na literatura, os exemplos e experiências de regulação responsiva abundam mundo afora, além de estarem surgindo com mais força recentemente em órgãos reguladores brasileiros. Nesta seção revisaremos brevemente algumas dessas experiências, começando pelos exemplos domésticos e depois percorrendo algumas experiências internacionais. Como ficará claro ao longo do texto, os reguladores australianos destacam-se na implementação de medidas responsivas em diversos setores.

5.4.6.1 Agências Reguladoras Federais Brasileiras

O modelo de agências reguladoras independentes é relativamente recente no Brasil, tendo sua implementação se iniciado na segunda metade da década de 1990, no bojo dos processos de privatizações dos serviços de telecomunicações e energia elétrica. Desde então as agências têm-se desenvolvido de forma relativamente independente, sendo tímidos os processos de coordenação entre agências.

Nesse contexto, o modelo de fiscalização responsiva tem gradualmente ganhado espaço nas agências reguladoras brasileiras, as quais acabaram decidindo por implementá-lo ao constatarem que sua fiscalização, baseada no modelo tradicional de comando e controle, não se mostrava efetiva no sentido de atingir os objetivos regulatórios.

Pioneira doméstica no desenvolvimento do tema, a Aneel chegou a essa constatação em 2014 e implementou o novo modelo em 2016. Considerando o tempo já decorrido desde o início da implementação, a Agência já possui alguns indicadores de performance que indicam o melhor desempenho do modelo de fiscalização responsiva em relação à estratégia anterior de comando e controle. Além disso, também se verifica uma consistente redução – de ordem superior a 90% – da quantidade de autos de infração lavrados.

Cabe reiterar que tal conclusão baseia-se em indícios razoáveis de causalidade, tendo em vista que o marco regulatório da Agência não sofreu grandes alterações após a implementação do novo modelo de fiscalização. Ou seja, em alguma medida, essa nova forma de atuar foi importante para a melhoria dos indicadores de desempenho dos agentes regulados.

Outra instituição que também optou por iniciar o desenvolvimento de um modelo de atuação mais responsivo, com início em 2016, foi a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Embora a Agência já tenha implementado a primeira etapa do projeto de regulação responsiva e a pirâmide de *compliance*, o tempo de maturação ainda não se mostrou suficiente para a realização de uma avaliação mais consistente dos impactos práticos do novo modelo de fiscalização. Além dessa mudança estruturante, é importante ressaltar alterações recentes em alguns aspectos do ambiente regulatório da aviação civil – como a regulação econômica de aeroportos e as relações de consumo, nas quais a Agência passou a adotar explicitamente mecanismos de regulação responsiva com o objetivo de evitar a ocorrência de distorções geradas pelo excesso de regulamentação.

Em razão do pouco prazo de maturação desse novo modelo, a Anac não dispõe de indicadores dos impactos da regulação responsiva tão robustos quanto

os da Aneel, os quais se limitam aos efeitos sobre o ritmo de lavratura de autos de infração no bojo da fiscalização das relações de consumo (de cerca de 50 para 4 por mês).

Ademais, a própria Agência reconhece a necessidade de intensificação da aplicação desse novo formato, motivo pelo qual está iniciando o segundo estágio de implementação da regulação responsiva, por meio de cooperação com a academia.

Por sua vez, a ANTT encontra-se em meio a um projeto de implementação de um novo modelo de atuação responsiva, sem ser possível, ainda, fazer avaliações de impactos práticos. Nota-se que a iniciativa da ANTT, considerando as experiências de outras agências e os guias de boas práticas regulatórias da OCDE, possui um escopo muito mais abrangente, que deverá envolver não apenas mudanças na forma de fiscalizar, mas também na maneira de regular o setor.

Por fim, é interessante comparar o nível de atuação sancionatória de cada agência. A tabela a seguir, elaborada com base em dados apresentados pelas agências ao TCU no âmbito dos processos de prestação de contas anuais, apresenta a realidade de cada órgão regulador no que se refere à aplicação de multas aos regulados, incluindo a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel.

Tabela 6 – Aplicação e arrecadação de multas por ano – Aneel, Anac e ANTT

Agência	Quantidade		Valor (R\$ milhões)		Percentual de arrecadação (valor)	
	2018	2019	2018	2019	2018	2019
Aneel	114	78	198,3	258,9	40,7%	51,4%
Anatel	2.323	1.384	2.290,8	568,8	1,55%	7,04%
Anac	3.956	2.875	343,2	161,1	9,5%	13,8%
ANTT	273.540	305.137	443,5	320,6	14,4%	11,7%

Fonte: Autores, com base nos Relatórios de Gestão das Agências referentes ao ano de 2019.

Uma análise superficial revela que a atividade sancionatória da Aneel, cuja atuação responsiva aparentemente apresenta-se mais madura do que as demais, é bem diferente da das demais agências: quantidade muito menor de multas aplicadas, com um valor de multa médio muito superior e maior percentual de arrecadação. É importante enfatizar, contudo, que essa análise de desempenho não pode ser realizada isoladamente, devendo ter em vista diversas outras características da atividade regulatória de cada órgão regulador.

Em geral, pode-se concluir que as previsões teóricas acerca da regulação responsiva não têm sido refutadas pelas informações já disponíveis. Ou seja, parece razoável inferir que, quanto mais focado estiver o órgão regulador na atuação responsiva e menos na abordagem de comando e controle, mais clara será a sua capacidade de diferenciar sua atuação de forma a priorizar os esforços de medidas sancionatórias para aqueles problemas que, de fato, não foram resolvidos por meio das medidas de *compliance* mais brandas.

5.4.6.2 Setor de Administração Tributária

O ambiente regulatório da tributação apresenta uma série de desafios específicos. Entre eles, merece destaque a dualidade na conduta do agente regulador. No caso da tributação, o regulador é responsável por monitorar e disciplinar a conduta de seus regulados – os contribuintes – e também a autoridade responsável por extrair dinheiro deles.

Uma característica comum a setores regulados é a existência de assimetria de informação. Na relação entre as administrações fiscais e os contribuintes, no entanto, a assimetria de poder é mais pronunciada. A administração tributária deve ter estratégias e estruturas para garantir que o não cumprimento da legislação tributária seja mantido a um nível mínimo.

Com o intuito de minimizar as perdas causadas pelos casos de não *compliance*, o setor de administração tributária (*tax compliance*) vem adotando, ao longo das últimas décadas, uma série de políticas de regulação responsiva, e muitos de seus projetos são considerados pioneiros pela literatura especializada.

Destacam-se os programas pioneiros desenvolvidos em países como Austrália, Dinamarca, Irlanda, Holanda, Reino Unido e Estados Unidos. Os parágrafos a seguir discorrerão brevemente sobre o primeiro e o último desses países.

A entidade responsável pela fiscalização tributária na Austrália é a Australian Taxation Office (ATO), instituição apontada como a pioneira na introdução de modelos de regulação responsiva, de auto-regulação e conformidade voluntária. Além de investir bastante na gestão de risco (*risk based regulation*), olhando tanto a materialidade quanto a probabilidade de ocorrência de um evento, o regulador australiano trabalha com quatro estratégias possíveis: monitoramento contínuo, monitoramento periódico, revisão contínua e revisão periódica. Eventos com consequências mais altas (significativas) podem ser tratados por intermédio de um monitoramento contínuo ou de uma revisão contínua. Uma revisão contínua é extremamente dispendiosa, uma vez que é intensiva em tempo de trabalho. Deve ser utilizada, portanto, naqueles casos que ocorrem com maior probabilidade. Consequências altas, mas com baixa probabilidade, podem ser tratadas apenas com um monitoramento periódico, sem a necessidade de uma revisão contínua. Para eventos com chances mais baixas de ocorrência e consequências menores não há necessidade de monitoramento ou revisão.

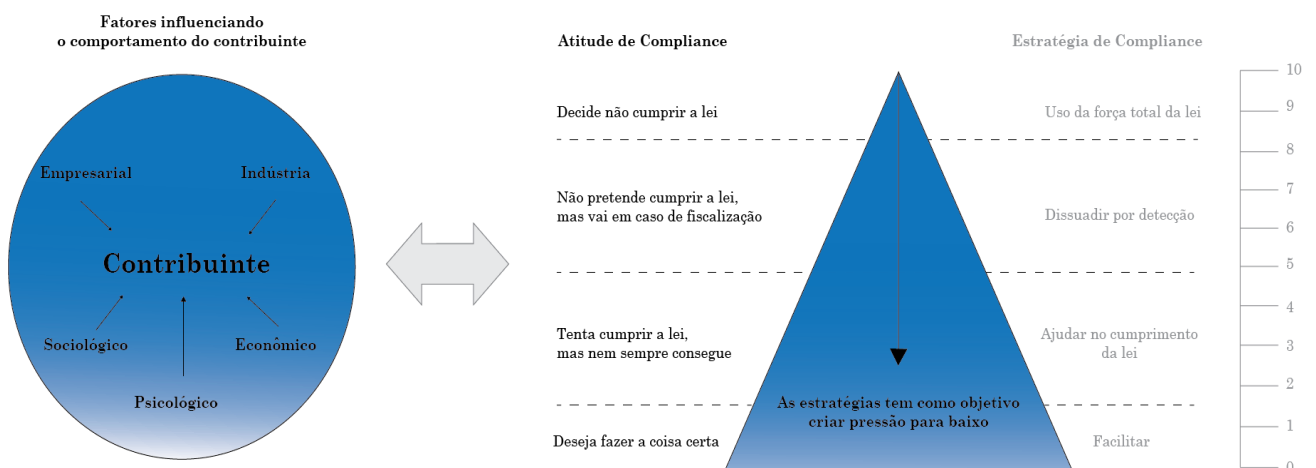
Já nos EUA, a entidade responsável pela regulação do setor de administração tributária é o *Internal Revenue Service* (IRS). A principal iniciativa de regulação responsiva neste setor nos Estados Unidos, nos últimos anos, foi um projeto-piloto que ficou conhecido como US CAP (*Compliance Assurance Process*). Iniciado em dezembro de 2005 na divisão de negócios de grande e médio porte, em que os ativos superavam o valor de U\$ 10 milhões à época, este projeto durou seis anos, após o qual tornou-se uma atividade permanente da instituição, com efeitos a partir de março de 2011. As inscrições para o CAP devem ser feitas anualmente. O IRS e os contribuintes trabalham juntos durante esse estágio para identificar e revisar transações e questões materiais. Ao final do CAP anual, após a pré-apresentação da declaração de imposto, o IRS emite para o contribuinte um

documento denominado carta de aceitação, que pode ser total ou parcial. Após a conclusão de dois ciclos completos e bem-sucedidos do CAP, o contribuinte pode solicitar a transferência para a chamada “fase de manutenção”, na qual as empresas podem inscrever-se anualmente.

Por fim, cabe ressaltar que Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) preconiza uma proposta de regulação responsiva para a administração tributária que apresenta diversas semelhanças com outras estruturas e modelos de organizações internacionais relativos a controles internos amplamente utilizados nos setores público e privado, como os do *Committee of Sponsoring of the Treadway Commission* – COSO. A proposta de regulação da OCDE pode ser dividida em quatro grandes eixos: definição do contexto; identificação de riscos; análise do comportamento dos agentes e definição de estratégias; e, por fim, implementação das estratégias e avaliação dos resultados.

A estrutura da pirâmide de *compliance* proposta pela OCDE, apresentada abaixo, é bastante semelhante à proposta originalmente pela Australian Taxation Office (ATO).

Figura 4 – Pirâmide de Compliance proposta pela OCDE



A pirâmide tem uma base larga com o intuito de incentivar o diálogo e a cooperação entre os agentes. A ampla gama de ações do regulador ao longo de todo

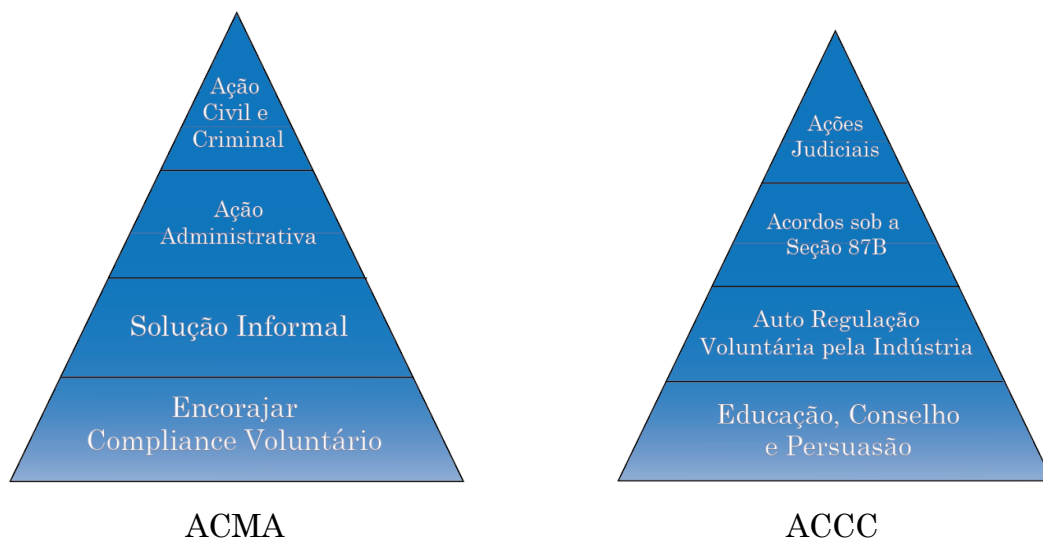
o processo de fiscalização é crucial para o escalonamento das sanções de acordo com o tipo do agente.

5.4.6.3 Setor de Telecomunicações no Mundo

No setor de telecomunicações, em âmbito internacional, revisaremos as pirâmides de *compliance* das autoridades australiana, britânica, canadense e peruana.

Na Austrália, há dois reguladores com competências na área de telecomunicações: a *Australian Communications and Media Authority* (ACMA) e a *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC). Enquanto o primeiro tem jurisdição sobre a área de defesa da concorrência e do consumidor, o segundo atua na regulação técnica do setor de telecomunicações, respondendo pelas licenças e autorizações. Ambos possuem pirâmides de *compliance* cujas medidas da base funcionam como mecanismos de persuasão e as do topo, de dissuasão.

Figura 5 – Pirâmides de Compliance - Austrália



No Reino Unido, a atuação da agência reguladora do setor de telecomunicações, a Ofcom, varia de nenhuma regulação até a intervenção completa, passando pela autorregulação pela indústria e a correção.

pirâmide de compliance da Ofcom, abaixo ilustrada, é baseada nos instrumentos regulatórios que lhe faculta o *Communications Act*, seções 94 a 96, partindo de *warning letters*, passando pela *enforcement notification* (comunicado de execução, em tradução livre) e chegando, caso as irregularidades não sejam sanadas, à aplicação de multas.

Figura 6 – Pirâmide de Compliance – Reino Unido



No Canadá, a partir da aprovação de um novo marco regulatório de telecomunicações em 2015, a CRTC (*Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*), órgão regulador do setor de telecomunicações, passou a dispor da capacidade de cobrar multas, chamadas AMP (*Administrative Monetary Penalties*). No entanto, assim como nos países anteriormente mencionados, a CRTC possui outras medidas de *compliance*, graduadas de acordo com a gravidade da infração, o histórico da empresa regulada e sua disposição em atender os requerimentos de correção prévios emitidos pela autoridade. O sistema regulatório da CRTC pode ser representado por meio da pirâmide de *compliance* abaixo:

Figura 7 – Pirâmide de Compliance - Canadá



Por fim, o novo marco regulatório das telecomunicações do Peru, aprovado em 2015, promoveu, entre outras coisas, uma renovação do papel da agência reguladora do setor, o *Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones* (OSIPTEL). Os mecanismos de que o OSIPTEL passou a dispor podem ser divididos em três categorias: medidas de natureza preventiva, medidas de natureza corretiva e medidas de natureza repressiva, havendo múltiplas opções dentro de cada categoria. A Pirâmide de Compliance para o caso do setor de telecomunicações peruano é apresentada na figura abaixo:

Figura 8 – Pirâmide de Compliance - Peru

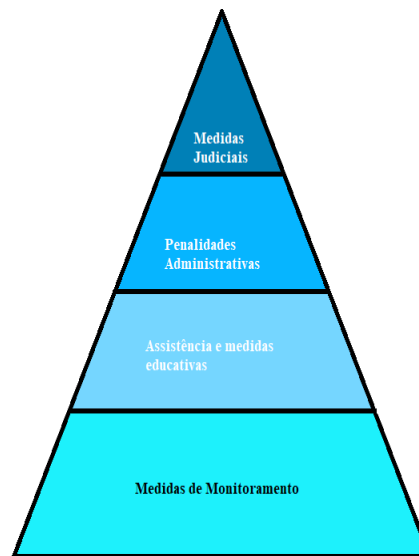


5.4.6.4 Austrália: Um Exemplo em Regulação Responsiva

A seguir apresentamos pirâmides de compliance utilizadas em alguns outros setores econômicos. Todas os exemplos referem-se a pirâmides que foram adotadas pelo regulador do setor na Austrália, o que demonstra como aquele país está mais avançado na implementação da regulação responsiva.

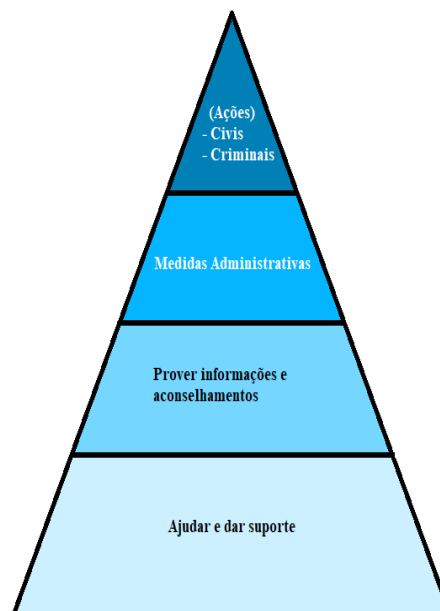
- Setor de Meio Ambiente na Austrália – Departamento do Meio Ambiente:

Figura 9 – Pirâmide de Compliance – Meio Ambiente



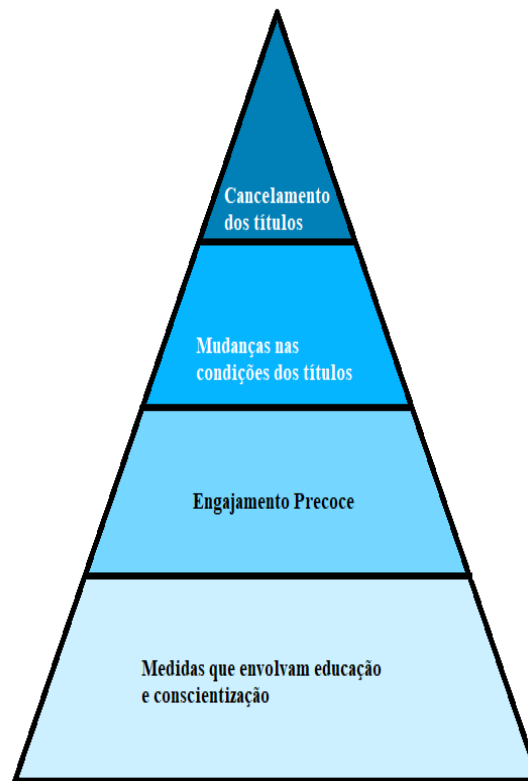
- Setor de energia renovável (limpa) na Austrália – *Clean Energy Regulator* (CER):

Figura 10 – Pirâmide de Compliance – Energia Renovável



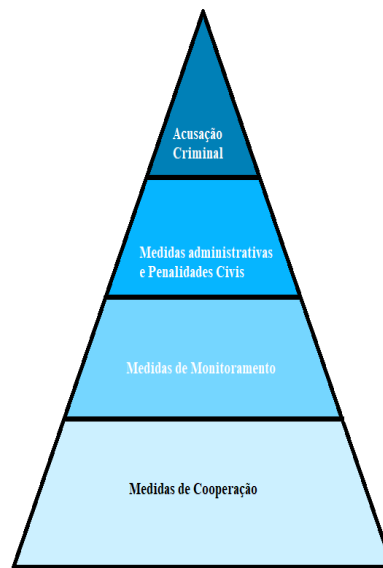
- Setor de Petróleo na Austrália – *National Offshore Petroleum Titles Administration* (NOPTA):

Figura 11 – Pirâmide de Compliance - Petróleo



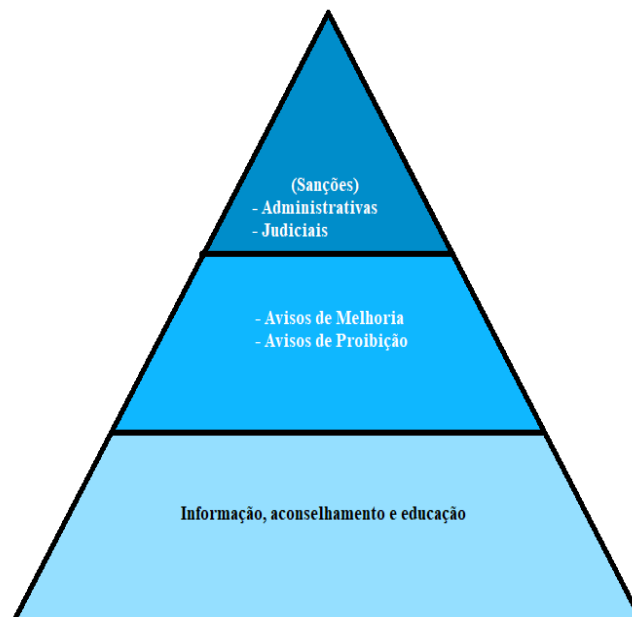
- Setor de Segurança Marítima na Austrália – *Australian Maritime Safety Authority (AMSA)*:

Figura 12 – Pirâmide de Compliance – Segurança Marítima



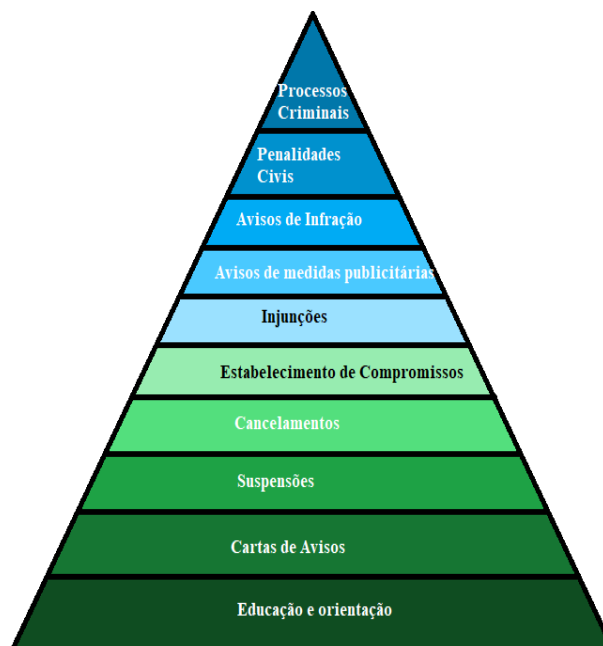
- Setor de segurança e saúde no trabalho na Austrália – Safe Work Australia:

Figura 13 – Pirâmide de Compliance – Segurança e Saúde



- Setor de produtos terapêuticos na Austrália: *Therapeutic Goods Administration* – TGA:

Figura 14 – Pirâmide de Compliance – Produtos Terapêuticos



5.5 Universalização do acesso

Na segunda seção deste capítulo, apresentamos diversos argumentos econômicos que justificam a intervenção do regulador para resolver problemas nas áreas de expansão do acesso e qualidade do serviço. Na seção seguinte, estudamos os principais regimes regulatórios utilizados ao redor do mundo e os mecanismos que disponibilizam ao regulador para efetuar essa intervenção. O próximo passo é entender como esses mecanismos são de fato implementados, o que faremos nesta seção. O nosso foco será na universalização do serviço, que engloba o problema da expansão do acesso.

5.5.1 O Conceito de Universalização

O conceito de universalização é aplicável a qualquer serviço considerado crítico ou essencial. Políticas públicas que têm por objetivo promover a

universalização em determinado segmento da sociedade são comuns em diversos setores, incluindo telecomunicações, educação, saúde e energia elétrica.

No caso do setor de telecomunicações, há a preocupação de assegurar que as tecnologias de informação e comunicação (TICs) atinjam o maior número possível de pessoas com um preço considerado acessível (ITU, 2013). Para implementar essas políticas, é necessário que se estabeleça um conjunto de políticas e estratégias envolvendo o governo, as empresas e os consumidores.

Até recentemente, políticas de universalização eram geralmente divididas em dois tipos: acesso e serviço. A universalização do acesso refere-se à existência de um meio de acesso a um determinado serviço em um local público. No caso de telefonia, o acesso pode ser disponibilizado por meio de telefones públicos, enquanto ciber cafés e lan houses possibilitam o acesso à internet.

A universalização do serviço, por outro lado, requer que os indivíduos tenham acesso ao serviço de forma privada, seja na sua residência ou em um dispositivo de uso pessoal. Por exemplo, a universalização do serviço de telefonia fixa está associada à conexão das residências dos usuários à rede de telefonia fixa, enquanto a universalização da telefonia móvel exige que as pessoas possam acessar a rede móvel a partir dos seus aparelhos celulares.

Em um contexto de rápidas mudanças tecnológicas, as políticas de universalização estão em contínua reformulação, e países em diferentes estágios de desenvolvimento definem universalização de formas distintas. Nos países mais desenvolvidos, ela geralmente inclui a banda larga, *next-generation networks* (NGN)¹²² e até mesmo radiodifusão, resultado da convergência de plataformas (por exemplo, operadoras de TV por assinatura também oferecem serviços de telefonia e internet). Em países em desenvolvimento, ainda é comum que a universalização do serviço de telefonia seja uma das metas a serem atingidas.

¹²² As chamadas *next-generation networks* (NGNs) são redes que se baseiam em pacotes, cujas funções relacionadas a serviços são independentes das tecnologias subjacentes relacionadas ao transporte. Podem prover serviços de telecomunicação, além de usar múltiplas tecnologias de transporte de banda larga (BLACKMAN e SRIVASTAVA, 2011).

Como em muitos países as políticas de universalização do serviço e do acesso se misturam, faz mais sentido usar o termo genérico universalização do acesso e do serviço – UAS (ITU AND INFODEV, 2019), prática que seguiremos ao longo deste texto.

5.5.2 Pilares da Discussão da Universalização

A UAS no setor de telecomunicações está baseada em três pilares¹²³ (BLACKMAN e SRIVASTAVA, 2011), quais sejam:

- **Disponibilidade:** o serviço deve estar disponível em todas as regiões habitadas de um país por meio de dispositivos individuais, públicos, compartilhados ou comunitários;
- **Acessibilidade:** todos os cidadãos têm a possibilidade de utilizar o serviço, independentemente de localização, gênero, deficiências ou outras características pessoais; e,
- **Modicidade:** o serviço é economicamente acessível a todos os cidadãos.

Estes pilares estiveram historicamente presentes na universalização do acesso e do serviço no segmento de telefonia, e continuam sendo relevantes na de serviços de internet banda larga e radiodifusão.

5.5.3 Necessidade de Intervenção

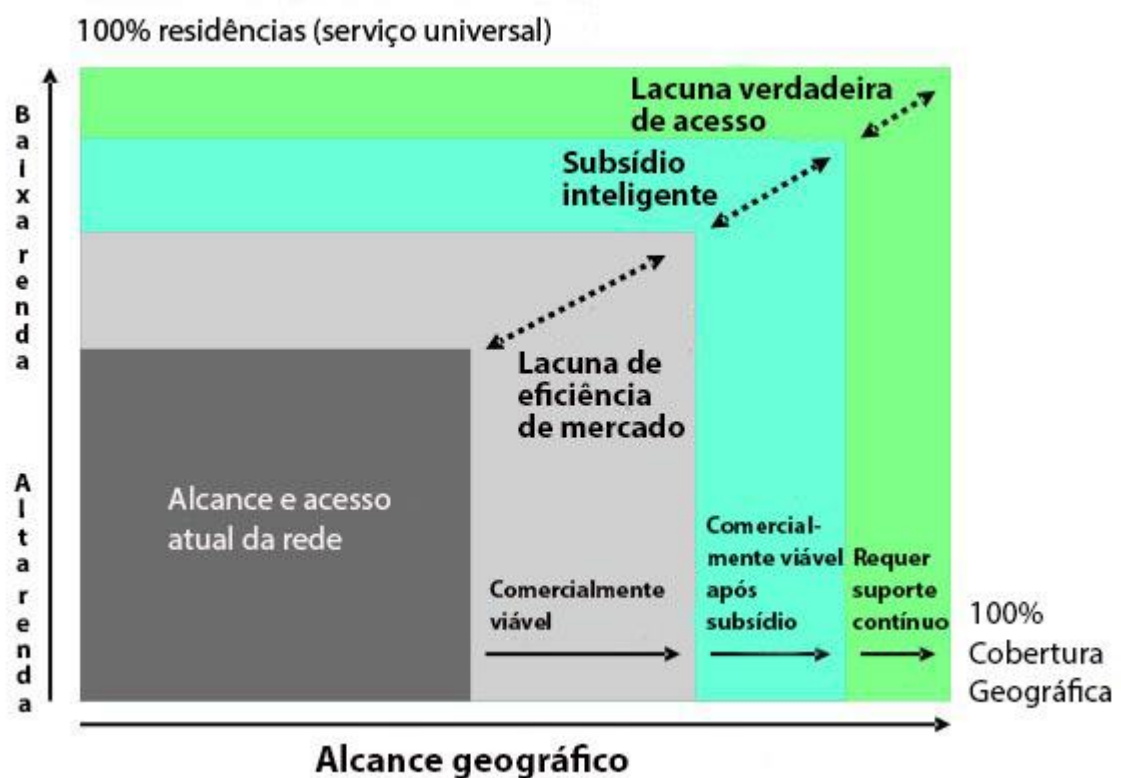
Os principais fatores que dificultam a universalização do acesso e do serviço são a baixa renda e o alto custo de prestar o serviço em certas áreas. A iniciativa privada pode não ser capaz de atender regiões ou segmentos em que o custo de

¹²³ Em uma tradução livre (*Availability, Accessibility e Affordability*).

instalação de uma rede seja muito alto ou a capacidade de pagamento dos potenciais usuários seja muito baixa. Em muitas situações, há a combinação dos dois problemas. Nesses casos, existe uma justificativa para a intervenção governamental.

BLACKMAN e SRIVASTAVA (2011) classificam as lacunas de acesso em três zonas distintas, conforme pode ser visto na figura abaixo. Para cada uma das zonas, há políticas e estratégias distintas para promover a UAS.

Figura 15 – Distinções dentro das lacunas de acesso a serviços



Fonte: BLACKMAN e SRIVASTAVA (2011).

A lacuna de eficiência do mercado (*market efficiency gap*) existe quando as empresas que operam no mercado são capazes de fornecer o serviço sem a necessidade de subsídios, desde que exista uma regulação apropriada. Governos lidam com essa lacuna por intermédio da realização de reformas setoriais que promovam um ambiente regulatório, fiscal, de negócios e de investimentos

favorável à prestação do serviço pela iniciativa privada. Embora a definição teórica seja clara, muitas vezes é difícil identificar a fronteira da lacuna de eficiência de mercado e como cruzá-la.

A segunda lacuna identificada na figura acima corresponde à zona de subsídio inteligente, tipicamente associada a regiões rurais, de alto custo de acesso, e a populações mais pobres. Nessa zona, a existência de um mercado, ainda que eficiente, não seria capaz de promover a prestação do serviço em níveis adequados. Neste caso, é necessário a concessão de um “subsídio inteligente” às empresas; ou seja, um auxílio monetário inicial que não acarrete distorções de mercado e incentive a minimização de custos e o crescimento do mercado. Esse tipo de subsídio é geralmente concedido de uma única vez e procura viabilizar projetos ou serviços nos quais os investidores relutariam em investir na sua ausência. O objetivo é fazer com que a prestação do serviço se torne economicamente viável no longo prazo. Geralmente, utiliza-se um Fundo de Universalização do Acesso e Serviço (UASF, na sigla em inglês) para este tipo de intervenção, tema que será abordado em mais detalhes à frente.

O terceiro e último empecilho é denominado lacuna verdadeira de acesso (*true access gap*). Ela é composta dos conjuntos de consumidores comercialmente inviáveis, no sentido de que subsídios inteligentes não são suficientes, sendo necessário um aporte recorrente de recursos para viabilizar a oferta do serviço. Para que a universalização do acesso e do serviço alcance este grupo, é necessário que as empresas recebam um suporte contínuo, seja por meio de subsídios operacionais ou subsídios ao usuário final. A universalização dessas áreas, bem como a escolha entre usar ou não um UASF para este fim, é uma decisão de governo. Contudo, até mesmo esse tipo de lacuna de acesso pode ser preenchida, em alguns casos, através de mecanismos comerciais.

Mesmo em regiões onde os objetivos de universalização do acesso e do serviço estão sendo atingidos, um monitoramento constante é necessário. Com as constantes mudanças na tecnologia e nos serviços, o escopo da universalização e as políticas a ela relacionadas devem ser monitoradas e atualizadas.

A participação conjunta de governo, agências reguladoras, empresas e consumidores é outra característica das políticas de UAS. Com o avanço da tecnologia, novas tendências de consumo e arranjos institucionais, é importante que as políticas de UAS estejam em sintonia com o mercado. Essa integração pode ser realizada por intermédio de consultas públicas, contribuições dos participantes do mercado à elaboração dos objetivos da UAS, mudanças de política em sintonia com as mudanças tecnológicas e a incorporação de mecanismos competitivos na distribuição de subsídios.

5.5.4 Escopo e Critério

Formuladores de políticas públicas e reguladores precisam estabelecer o escopo e os critérios para a universalização do serviço de forma objetiva. Tipicamente, os grupos que serão alcançados pelo serviço e os critérios específicos devem ser estabelecidos de acordo com a tecnologia.

Naturalmente, à medida que as tecnologias evoluem, o escopo e os critérios da política pública são revistos. É assim que ocorre na União Europeia, cuja Diretiva Serviço Universal (PARLAMENTO EUROPEU, 2002) estabelece uma revisão a cada três anos do escopo de universalização do serviço. Para ser incluído no escopo da UAS, um serviço deve satisfazer dois testes:

1. Considerando o desenvolvimento social e econômico, o serviço se tornou essencial para a inclusão social?
2. As forças de mercado são incapazes de fornecer este serviço?

Os testes, portanto, refletem as mudanças pelas quais passa a sociedade em meio às transformações tecnológicas. A necessidade crescente do uso de tecnologias da informação e comunicação em diversos serviços ressalta a importância dos testes e de suas revisões periódicas. Também as mudanças de estrutura de mercado, que podem afetar o grau de intervenção governamental necessário para a provisão dos serviços, justificam essa atualização.

Um exemplo desse dinamismo são as *Next-Generation Networks* (NGN), que fazem parte do escopo de muitas políticas de universalização, especialmente em países desenvolvidos. Embora muitas vezes as redes NGN resultem de melhorias nas redes existentes de cobre ou coaxiais (COMISSÃO EUROPEIA, 2010a), elas representam um avanço significativo no desenvolvimento do serviço de banda larga. Elas possibilitam a adesão à banda larga rápida/muito rápida, o que gera mais crescimento e desenvolvimento econômicos e tem um impacto social significativo. Diversos países estão trabalhando para a implantação desta tecnologia, especialmente em zonas rurais ou menos favorecidas. As NGN estão sendo implementadas em larga escala em vários países, sobretudo nos troncos de transmissão e comutação, mas também nas redes de acesso (ANACOM, 2011).

O critério de universalização também está em rápida evolução, particularmente no caso de internet banda larga. As metas de universalização da internet de banda larga da União Europeia, por exemplo, são de uma conexão de pelo menos 30 Mbps para todos os cidadãos e de uma conexão de pelo menos 100 Mbps para 50% ou mais de seus cidadãos (COMISSÃO EUROPEIA, 2010b). Já nos Estados Unidos, o critério utilizado é de um padrão mínimo de 10/1 (download/upload) Mbps (FCC, 2019a).

Além da internet banda larga e dos serviços de telefonia, os serviços de radiodifusão têm sido incluídos no escopo da UAS. Uma das justificativas para isso é o aumento de ofertas de pacotes triplos, de tal sorte que TV por assinatura, internet banda larga e telefonia são ofertadas em conjunto. Além disso, há uma convergência de tecnologias, como no caso de TVs, *set-top boxes* e consoles de jogos eletrônicos com acesso à internet. O conteúdo de televisão e rádio é cada vez mais acessado via internet através de computadores, *smartphones*, *tablets* e outros dispositivos. Com essas novas tendências, muitos países vêm a necessidade de garantir o fácil acesso aos conteúdos de interesse público em todos os dispositivos (REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 2014).

5.6 Mecanismos para Expansão do Acesso

Antes do período de liberalização das telecomunicações, havia, de modo geral, apenas um operador de redes por área ou país, muitas vezes de propriedade do governo. Tal operador era responsável pelo cumprimento das obrigações sociais definidas pelo governo. Perdas em certos setores e segmentos eram compensadas por subsídios cruzados internos, o que não gerava conflitos porque havia a percepção de que tanto o interesse social quanto os dos clientes da empresa eram atingidos (ITU AND INFODEV, 2019). A empresa monopolista era, portanto, a responsável pela universalização do serviço.

Com a liberalização do setor e a entrada de novas empresas no mercado para concorrer com o monopolista, a universalização do acesso e serviço precisou recorrer a novos mecanismos para estimular os agentes do mercado a agir nessa direção.

5.6.1 Implementação de Políticas de Universalização

Diversos mecanismos de UAS podem ser usados, de forma individual ou combinada, para promover a universalização em um mercado aberto.

5.6.1.1 Universalização obrigatória

Uma prática muito difundida é a imposição de obrigações normativas de universalização do serviço (*Universal Service Obligation* – USO, na sigla em inglês). A empresa responsável por cumprir tais obrigações é chamada de provedora da universalização do serviço (*Universal Service Provider* – USP, em inglês).

Escolher a empresa antes monopolista como única USP pode não ser a melhor alternativa sob o aspecto da criação de condições equitativas de concorrência. No entanto, muitas vezes as empresas entrantes não são capazes de cumprir as USOs, de forma que a empresa incumbente (ou seja, aquela

anteriormente monopolista) acaba tornando-se a responsável pelo cumprimento dessas obrigações.

Por essa razão, diversos países criaram procedimentos administrativos e não-competitivos logo após a liberalização do mercado para possibilitar que uma empresa do setor, no caso, telefonia fixa, fosse capaz de garantir a USO. Em geral, essa empresa era aquela que detinha quase a totalidade da cobertura de linha fixa (BLACKMAN e SRIVASTAVA, 2011).

A praxe era instituir um procedimento administrativo para financiar a universalização nos segmentos economicamente e comercialmente inviáveis. O procedimento compensaria o operador pelos custos líquidos evitáveis, ou seja, aqueles custos já descontados dos benefícios recebidos pela empresa no cumprimento da obrigação. Tais benefícios podem ser, por exemplo, as receitas recebidas dos usuários ou os benefícios intangíveis (forte presença da empresa, fortalecimento da marca, entre outros). Os custos são evitáveis no sentido de que não ocorreriam se a empresa não fosse responsável pelo USO.

Calcular tais custos e benefícios é uma tarefa difícil, pois inclui elementos e atribuições de custos de difícil estimação. Geralmente, são elaborados modelos de custos, que se baseiam em dados operacionais fornecidos pelas empresas.

5.6.1.2 Subsídios governamentais

O governo pode subsidiar projetos voltados à universalização do acesso e do serviço a fundo perdido ou, ainda, com juros subsidiados. Normalmente, são utilizados para este fim bancos de fomento e/ou fundos setoriais para universalização do acesso e serviço (Universal Access and Service Fund - UASF, em inglês). Esses fundos surgiram nos anos 1990, na América Latina, para dar assistência financeira a projetos de universalização, e eram financiados com recursos do governo e/ou parte das receitas das operadoras.

No Chile, por exemplo, a expansão do acesso sempre esteve fortemente apoiada em um fundo do tipo UASF, chamado de “Fondo De Desarrollo De Las Telecomunicaciones – FDT.” Inicialmente, os recursos do fundo eram distribuídos

por intermédio de leilões reversos, pautados na menor demanda por subsídios. Havia um mecanismo que permitia aos potenciais novos entrantes concorrerem com a antiga monopolista pelas licenças de universalização do acesso. O foco da política de universalização eram as redes fixas de telefones públicos, usando as tecnologias de acesso sem fio ou satélite (VSAT), em áreas cujo serviço de telefonia móvel não estava presente (BLACKMAN e SRIVASTAVA, 2011).

5.6.1.3 Subsídios cruzados

Subsídios cruzados são aqueles que transferem recursos de áreas onde o retorno é maior para aquelas onde o retorno é menor. Tipicamente, permite-se que a operadora cobre um valor mais alto do que o requerido para financiar a sua operação em um determinado segmento para compensar as perdas de praticar um preço inferior ao necessário em outro. Essa é uma prática presente em outros setores, como o de aeroportos, onde aqueles mais movimentados e lucrativos subsidiam o investimento em aeroportos mais remotos e, pelo menos inicialmente, não rentáveis (FORSYTH, 2007).

No setor de telecomunicações, os subsídios cruzados já foram muito utilizados na telefonia fixa, com ligações internacionais subsidiando o acesso ou o serviço de chamadas locais. Também são encontrados subsídios entre os segmentos comercial e residencial, categorias de baixo uso e alto uso e entre regiões urbanas e rurais (PARSONS, 1998).

5.6.1.4 Reformas de mercado

A mudança da estrutura de mercados de telecomunicações, através da abertura do setor, permitindo a entrada de novas empresas, é apontada por BLACKMAN e SRIVASTAVA (2011) como uma das políticas mais importantes para a universalização do acesso e do serviço.

A liberalização do setor, a criação de um ambiente regulatório estável e o rápido crescimento do número de usuários são fatores importantes nesse processo.

Destarte, o aumento da eficiência e a ampliação do serviço permitem que a chamada lacuna de mercado seja fechada. Agências reguladoras utilizam mecanismos como o estabelecimento de regras de interconexão e alocação de espectro e outras políticas neutras em relação à tecnologia para atingir um maior facilitar o cumprimento de metas de universalização.

Vários mecanismos podem ser utilizados para aumentar a competição e ampliar o serviço. NARDOTTO, VALLETTI e VERBOVEN (2015), por exemplo, analisam os efeitos de uma política adotada no Reino Unido que permitiu que empresas entrantes do setor de telecomunicações acessassem as redes locais de banda larga da empresa com poder de mercado significativo. Conhecida como *local loop unbundling*, essa política promoveu a expansão do serviço de banda larga nos anos iniciais de sua implementação. Além disso, a qualidade do serviço das empresas entrantes melhorou de forma contínua.

5.6.1.5 Desoneração fiscal

A desoneração fiscal pode servir como incentivo para que empresas aceitem a responsabilidade de conduzir projetos de universalização. Alguns projetos de UAS se utilizam de modelos “*pay or play*”, em que ou a operadora realiza o projeto ou paga uma determinada quantia para o fundo de universalização. Muitas vezes, a operadora precisa submeter um projeto ao governo ou à agência reguladora antes de ser escolhida (ITU, 2013). Além da cobertura de seus custos associados a projetos de UAS pela desoneração, a empresa é beneficiada pela oportunidade de melhorar a própria imagem e a percepção da marca pelos consumidores, já que atingirá mais regiões e clientes.

A Coreia do Sul é um dos países que utiliza incentivos fiscais em seus programas de UAS. Nas décadas de 1990 e 2000, o governo coreano utilizou desonerações, em conjunto com empréstimos subsidiados, para estimular o investimento privado em banda larga. Iniciativa semelhante foi feita no Sri Lanka com o objetivo de instalar serviços de banda larga de alta velocidade em áreas de difícil acesso (ZABALLOS e FODITSCH, 2014).

5.6.1.6 Planos nacionais

Os planos nacionais são iniciativas coordenadas pelo governo e por múltiplas instituições e agentes do mercado com o objetivo comum de universalização do serviço, o que exige articulação política. O plano deve incluir os objetivos dos fundos de universalização, caso sejam utilizados, e um detalhamento de como os recursos serão alocados de modo a atingir os objetivos. Também é essencial que os *stakeholders* sejam consultados e que as funções dos diversos agentes envolvidos sejam bem delimitadas (ITU, 2013).

No Chile, por exemplo, o governo estabeleceu uma política de subsídio governamental para investimentos em redes de banda larga de forma a promover o acesso aos serviços de banda larga e aumentar a alfabetização digital da população. Há três eixos de atuação: o programa Banda Larga para Todos, que procura aumentar os níveis de penetração da banda larga; o aumento da competição no mercado através de uma nova regulação; e a reformulação das instituições do setor de telecomunicações (UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ, 2013).

5.6.1.7 Soluções descentralizadas e iniciativas não-governamentais

Ainda que a participação do governo, da agência reguladora e das operadoras seja essencial para a ampliação do acesso e do serviço, o uso de soluções descentralizadas serve de suporte à universalização. Um papel importante é cumprido por organizações não-governamentais e comunidades locais.

Iniciativas como acesso à internet pública, pontos de conexão em áreas remotas, *cyber cafés*, conectividade em escolas, redes comunitárias e cooperativas rurais são exemplos desse tipo de solução. Para BLACKMAN e SRIVASTAVA (2011), essas soluções tendem a ser bem-sucedidas sob as seguintes condições: há uma rede de telecentros trabalhando conjuntamente; há um modelo de

financiamento que assegura continuidade; os serviços se adequam à demanda local; e há boas práticas administrativas.

O envolvimento das comunidades locais nos projetos de UAS é importante pelo papel essencial dos líderes locais de adequar as tecnologias de informação e comunicação às necessidades locais. Além disso, há tecnologias (como VoIP e WiFi) que podem ser utilizadas em pequena escala sem um nível de complexidade tecnológica muito alto.

5.6.1.8 Investimento público direto

O governo também pode implantar estruturas de comunicação diretamente, ou seja, sem a necessidade da participação de empresas privadas. Geralmente, isso é feito por intermédio de uma empresa estatal. Outra possibilidade, surgida a partir da abertura do setor de telecomunicações ao capital privado, é a criação de Parcerias Público-Privadas, onde os investimentos são feitos em conjunto pelo governo e por empresas privadas.

Um exemplo atual dessa abordagem é a National Broadband Network Company (NBN), uma companhia de capital 100% estatal criada pelo governo australiano com o objetivo de estabelecer e operar uma rede nacional de internet banda larga de alta velocidade. É papel da NBN ser o provedor único do mercado atacadista de internet banda larga e oferecer livre acesso para os operadores varejistas, que firmam contratos com a estatal para comercializar serviços de internet ao consumidor final. Nesse contexto, a NBN cumpre o papel de universalizar o serviço de internet banda larga, sendo a responsável pela conexão física dos consumidores.

5.6.1.9 Acessos abertos, compartilhados e os *backbones* de comunicação

Há uma tendência recente de construir e melhorar o acesso a redes *backbone*, bem como promover o compartilhamento dessa infraestrutura (ITU

AND INFODEV, 2019). Um dos modelos de compartilhamento utilizados é a abertura das redes das operadoras dominantes para empresas que fornecem serviços varejistas. Isso significa que a empresa incumbente é obrigada a permitir, de forma não-discriminatória, que sua infraestrutura seja utilizada pelas novas empresas entrantes. A agência reguladora pode, por exemplo, determinar que o acesso seja permitido e estabelecer os seus preços (geralmente baseados em custos, como nos modelos de custo incremental de longo prazo – LRIC).

Outra possibilidade é a separação operacional, segundo a qual a parte atacadista da operadora deve tratar sua parte varejista como outro cliente qualquer, utilizando os mesmos sistemas e processos para o acesso à infraestrutura. Já na abordagem da separação estrutural, as partes atacadista e varejista de uma operadora se tornam empresas independentes. Qualquer que seja o modelo utilizado, assegurar que haja um acesso aberto e indiscriminado às redes é um passo importante em direção ao aumento da concorrência e ao aumento dos investimentos, o que promove a expansão das redes *backbone*.

Outro mecanismo para o aumento do investimento em infraestrutura é o consórcio de operadoras. Operadoras concorrentes podem trabalhar em conjunto na construção de um *backbone* ou outra iniciativa de interesse comum. Embora seja constituído de forma privada, o consórcio pode ter o governo como importante parceiro. Um ponto negativo desse mecanismo é que, caso o acesso à infraestrutura seja permitido apenas às empresas do consórcio, há o risco de diminuição da concorrência.

5.6.2 Aspectos Concorrenciais e Eficiência na Prestação do Serviço

Quando a empresa prestadora de serviços é um monopolista, como nos setores de distribuição de energia, água e gás, é natural que essa empresa se torne uma USP. Sendo a empresa estatal, mecanismos como o subsídio cruzado podem ser utilizados para financiar a universalização. No caso de uma empresa privada monopolista, o ambiente regulatório deve estabelecer como ela atingirá os objetivos da universalização e como será realizado o financiamento.

No caso de mercados competitivos, como o de internet banda larga, a promoção da universalização é um processo mais complexo. O uso de subsídios governamentais em contextos de tecnologias concorrentes pode não ser neutro em termos tecnológicos, causando distorções de mercado. Também pode ser mais difícil tornar transparente a utilização dos recursos e aferir a sua alocação e eficácia.

Sendo assim, é importante que o processo de escolha da USP seja caracterizado por transparência de critérios e formas de financiamento, e que o projeto de universalização esteja alinhado como o interesse público e tenha um tempo de duração apropriado à sua implementação.

O princípio da neutralidade tecnológica também deve ser perseguido. Em um ambiente de rápida transformação tecnológica e de criação de novos serviços, não há como o governo, as agências reguladoras ou as empresas preverem perfeitamente quais tecnologias terão mais sucesso e quais serão seus impactos. A neutralidade tecnológica, por consequência, é essencial para que seja possível o desenvolvimento de tecnologias alternativas para a provisão dos serviços de telecomunicações, respeitando-se os padrões internacionais. Um setor, em particular, que se beneficia desse princípio é o de banda larga, dado o enorme crescimento da demanda global por esse serviço ao longo dos últimos anos (ITU, 2013).

Uma possibilidade é o estabelecimento de um modelo regulatório de atribuição de custos para a prestação do serviço. Nesse caso, a USP recebe um subsídio (*access deficit charges*) para fechar a lacuna correspondente à zona de subsídio inteligente discutida anteriormente. A modelagem dos custos eficientes requer um grande volume de informações de mercado, como já discutimos na subseção sobre universalização obrigatória. Esse processo é de alta complexidade e tem como ponto negativo a forte assimetria de informação entre regulador e regulado.

Outra forma de escolher uma USP é utilizar leilões ou concursos públicos. Por exemplo, pode-se requerer que as empresas candidatas participem de um

leilão reverso em que o vencedor é o licitante com menor demanda por subsídios. O subsídio máximo pode ser definido a partir de um modelo simples que assegure que o valor do projeto de universalização não fique elevado demais, enquanto a eficiência econômica seria resultado da dinâmica competitiva do mercado (BLACKMAN e SRIVASTAVA, 2011).

A utilização do leilão reverso tem como objetivo, portanto, buscar a alternativa de menor custo e promover a eficiência do setor. É preciso ressaltar, contudo, que a escolha do menor subsídio deve ser precedida de um processo em que as provedoras participantes demonstram a satisfação de requerimentos operacionais, corporativos e financeiros. Isso assegura que o projeto vencedor será executado e que o serviço será oferecido com a qualidade necessária.

Nos Estados Unidos, um dos mecanismos para a universalização dos serviços de banda larga móvel e voz é a iniciativa *Mobility Fund* (MF), criada pela *Federal Communications Commission* (FCC), órgão regulador dos serviços de comunicação do país. A Fase I da MF, já ocorrida, utilizou um modelo de leilão reverso em que foram identificadas áreas onde o investimento pudesse trazer maiores resultados em termos de melhorias da cobertura móvel. O processo foi baseado nos princípios de transparência, simplicidade, rapidez e eficácia. A Fase II da MF seguiu processo parecido, buscando ampliar a área de cobertura do serviço 4G LTE (FCC, 2019b).

O uso de concursos públicos também é comum. No Chile, a universalização é feita com recursos do chamado Fundo de Desenvolvimento das Telecomunicações (FDT), que é financiado pelo Tesouro Nacional Chileno. O FDT analisa pedidos de novos projetos (provenientes de prefeituras, associações e concessionárias, dentre outros), o que leva à elaboração de propostas e editais para aqueles que forem escolhidos. Os concursos públicos precisam atender critérios de eficiência, impessoalidade e transparência, sendo escolhidos projetos com menor demanda por subsídios dentre aqueles que satisfazem os requisitos básicos. Em caso de empate, é escolhida a proposta com maior prazo de

desembolso e menor tempo de entrega (SUBSECRETARIA DE TELECOMUNICACIONES, 2001).

No Reino Unido, há uma obrigação de serviço universal de banda larga, aprovada pelo Parlamento, cujos objetivos são garantir a eficiência e um serviço com qualidade e velocidade apropriadas. Os consumidores têm o direito de solicitar uma conexão de banda larga razoável e acessível (de acordo com certos critérios). Para poderem apresentar propostas, as empresas devem satisfazer critérios tecnológicos, financeiros e de cobertura do serviço. Em uma segunda fase, são avaliadas características como capacidade, eficiência e qualidade. As operadoras escolhidas devem cumprir obrigações pré-determinadas, cobrando dos consumidores preços compatíveis com os cobrados dos demais clientes. Os valores repassados às operadoras são calculados através da análise de custos e benefícios (OFCOM, 2019b).

5.6.3 Financiamento

A parcela subsidiada dos custos de universalização geralmente é suprida por um fundo setorial, o UASF (conforme discutido brevemente na subseção sobre subsídios governamentais). Esses fundos centralizados são mantidos por recursos de diversas fontes, dentre as quais se destacam: aportes diretos do governo; encargos setoriais cobrados como uma porcentagem da receita dos operadores de mercado; fontes regulatórias como multas, taxas, leilões de espectro de frequências e competições por licenças; e, contribuições financeiras de organismos internacionais. Eles contam com unidades administrativas criadas para administrar, planejar e gerir os programas de UAS. Geralmente, essas unidades estão ligadas à agência reguladora ou são entidades autônomas regidas pelos princípios de transparência, responsabilidade e eficiência.

A maioria desses fundos foi criada em um contexto de liberalização do setor em mercados emergentes para servir de apoio financeiro, constituindo uma maneira competitiva de repassar recursos para que o setor privado promova a

UAS. Dentre os usos dos fundos, como apontam BLACKMAN e SRIVASTAVA (2011), estão:

- Apoio a usuários estratégicos, como clínicas hospitalares e escolas, no acesso à internet;
- Apoio a projetos de tecnologia da informação e comunicação de organizações de desenvolvimento e comerciais que promovam conteúdo local e estimulem o uso de internet;
- Ampliação das coberturas regionais e rurais de serviços de internet e telefonia; e,
- Apoio a atividades relacionadas a redes regionais e desenvolvimento de serviços, tais como criação de *Internet Exchange Points* (IXPs) e *Internet points of presence* (POPs).

O UASF é um meio transparente de alocar subsídios que permite ampliar os serviços incluídos nas políticas de universalização. Além disso, ele satisfaz os princípios de equidade, já que todas as operadoras repassam recursos ao fundo proporcionalmente às suas receitas, e neutralidade tecnológica, pois permite que todas as empresas interessadas tenham chance de vencer a competição pelo subsídio, não havendo preferência por qualquer tecnologia.

ITU e INFODEV, 2019 dividem os UASFs em duas gerações. A primeira geração surgiu na América Latina nos anos 1990 e utilizava-se do mecanismo de leilões reversos. À época, os fundos eram utilizados para promover o acesso a áreas remotas, com serviços inexistentes ou de baixa qualidade, e focavam telefones públicos de rede fixa baseados em tecnologias sem fio ou via satélite. Além disso, cumpriram o papel de possibilitar que empresas entrantes concorressem com a empresa incumbente pelas licenças de UAS.

Já a segunda geração de UASFs iniciou-se na Ásia e na África, contando com a ajuda técnica do Banco Mundial e de outros organismos internacionais. Estas iniciativas cobriram um maior número de serviços, como telecentros, *cyber*

cafés, conectividade de escolas, *Internet Points of Presence* (POPs), e até a expansão de linhas móveis de telefonia.

5.6.4 Governança

Para que a UAS seja bem sucedida, é fundamental que os UASFs ou outras formas de financiamento estejam sentados em uma estrutura regulatória flexível o suficiente para não impedir a evolução tecnológica e as mudanças setoriais necessárias (ITU, 2013).

Como mencionamos anteriormente, em muitos casos a agência reguladora tem um departamento específico para a administração dos fundos. Segundo BLACKMAN e SRIVASTAVA (2011), isso ocorre porque há certa independência da agência reguladora em relação ao governo e porque a experiência e o conhecimento técnico acumulados pela agência são essenciais para a administração dos fundos. A boa reputação da agência, tanto em relação à sua autonomia quanto à confiança da indústria, aumenta as chances de sucesso no gerenciamento dos recursos dos fundos.

Seja a agência reguladora ou outro órgão o responsável pelo gerenciamento dos fundos e/ou de outras formas de financiamento, o sucesso e a integridade no uso dos recursos requerem que os seguintes princípios e práticas sejam respeitados: transparência, responsabilidade (*accountability*), auditoria independente, publicação de relatórios anuais, baixos custos administrativos e uso eficiente dos fundos. BLACKMAN e SRIVASTAVA (2011) também recomendam uma supervisão efetiva por parte da agência reguladora na forma de um conselho administrativo que aponte direções estratégicas, monitore a utilização dos recursos e aprove projetos e desembolsos.

De qualquer maneira, políticas de universalização do acesso e do serviço devem contar com uma administração de boa qualidade, com regras, objetivos, metas e diretrizes claras. Arranjos institucionais e estruturas de governança bem desenhadas são imprescindíveis.

5.6.5 Iniciativas Internacionais

O desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, bem como a ampliação ao seu acesso, são objetivos apoiados por iniciativas internacionais. Dentre elas, destacam-se a Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação (CMSI), os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs) e os projetos do Banco Mundial no setor.

A Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação ocorreu em dois encontros, o primeiro em Genebra, na Suíça, em 2003, e o segundo no ano de 2005, na cidade de Tunes, na Tunísia. O encontro reuniu líderes mundiais para tratar de vários temas, incluindo a chamada sociedade da informação, a inclusão digital e o desenvolvimento das telecomunicações. A primeira fase da CMSI teve como objetivo avançar em direção ao estabelecimento de uma sociedade da informação inclusiva, mobilizando forças políticas para este objetivo. Na segunda fase, a meta foi colocar em ação o plano estabelecido na fase anterior, negociando acordos de governança de internet e formas de financiamento (ITU, 2019).

Durante a CMSI, o acesso às comunicações foi reconhecido como um direito humano básico. Várias iniciativas visando à conectividade global para todas as comunidades também foram criadas, o que mobilizou diversos agentes de todo o mundo. O comprometimento desses agentes resultou no financiamento de diversos projetos de UAS (ITU AND INFODEV, 2019).

Os oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs), estabelecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU), dizem respeito a aspectos do desenvolvimento humano. O tema da UAS no setor de telecomunicações encontra-se na meta 8.F, que versa sobre como tornar acessíveis os benefícios das novas tecnologias de telecomunicação (MDG TASK FORCE, 2015).

As telecomunicações têm sido vistas, cada vez mais, como complementares aos demais ODMs, podendo contribuir significativamente para a redução da pobreza, por exemplo. As tecnologias de informação e comunicação podem dar

suporte às iniciativas apoiadas pelos ODMs, desde que sejam levados em conta os ambientes técnico, administrativo, econômico e social de cada região.

O potencial das tecnologias de informação e comunicação de aumentar a produtividade, criar empregos e promover o desenvolvimento está em sintonia com a missão do Banco Mundial, que é acabar com a extrema pobreza e promover uma prosperidade compartilhada. Por essa razão, o Banco Mundial desenvolve e apóia diversos projetos e programas na área de telecomunicações com o intuito de ampliar o acesso a essas tecnologias ao redor do mundo, fornecendo suporte técnico e financeiro em conjunto com o setor privado.

5.7 Mecanismos de Compensação

Na seção anterior, nós exploramos diversos instrumentos utilizados por reguladores ao redor do mundo para promover a expansão do acesso. Nesta seção, a nossa atenção se voltará para um mecanismo que, embora também tenha eficácia na expansão do acesso, vem sendo prioritariamente utilizado para incentivar a melhoria da qualidade dos serviços regulados. Esse mecanismo, que vem sendo utilizado em diversos países, com resultados bastante satisfatórios, é a compensação financeira aos consumidores. No Brasil, há algumas atividades reguladas em que esse mecanismo já é adotado, como as telecomunicações. O tipo de instrumento depende das características do setor, e a própria definição de compensação varia de setor para setor¹²⁴.

Apresentaremos os principais desenvolvimentos referentes à adoção desses mecanismos nos setores de telecomunicações do Brasil e do Reino Unido, este último um dos países em que a sua implementação está mais avançada¹²⁵.

¹²⁴ Mais detalhes sobre compensações em outros setores da economia brasileira podem ser consultados em COUTINHO, OLIVEIRA e LUCAS (2020).

¹²⁵ Ver COUTINHO, OLIVEIRA e LUCAS (2020) para detalhes sobre os demais países.

5.7.1 Compensações no Setor de Telecomunicações Brasileiro

Dados recentes disponibilizados pela Anatel sobre acessos aos serviços de telecomunicações mostram que 32,5 milhões de brasileiros têm acesso à banda larga fixa, o que corresponde a uma densidade de 46,5 acessos por cem domicílios residenciais. Já os acessos à telefonia móvel são da ordem de 226,7 milhões de aparelhos, levando a uma densidade de 96,8 acessos por cem habitantes. Há também 33 milhões de acessos à telefonia fixa, correspondendo a uma densidade de 47,4 acessos por cem habitantes (ANATEL, 2020a). Apesar de esses indicadores serem relativamente elevados, é importante ter em mente que o Brasil é um país de 210 milhões de habitantes com grandes diferenças de renda e escolaridade, além de diferenças regionais e entre os setores urbano e rural.

A Anatel está ciente da necessidade de avaliar constantemente a ampliação do acesso e a melhoria da qualidade dos serviços de telecomunicações no Brasil, e desenvolve diversas iniciativas nesse sentido. Por exemplo, ela promove periodicamente pesquisas sobre a satisfação do consumidor quanto à prestação dos serviços de telecomunicações.

Em 2019, houve quase 3 milhões de reclamações sobre serviços de telecomunicações, o que representa um crescimento médio de 1,29% nas reclamações em geral em relação a 2018. Do total de reclamações, 1,24 milhão (42%) foram relacionadas a questões de cobrança. Já reclamações sobre a qualidade ou o funcionamento do serviço representaram 16% do total. As reclamações sobre atendimento, como não conseguir falar com um atendente, receber informações incompletas ou divergentes ou não conseguir registrar reclamações na prestadora, ficaram ao redor de 106 mil, tendo um crescimento tanto em termos absolutos quanto percentuais em relação a 2018, apesar de não figurarem entre as mais comuns (ANATEL, 2020c).

Os resultados das pesquisas de satisfação revelam a necessidade de medidas que protejam os interesses dos consumidores. Embora a legislação do setor já contenha dispositivos relativos à defesa desses interesses, a Anatel vem desenvolvendo várias iniciativas nessa direção.

A Lei Geral de Telecomunicações (LGT), de 1997, já estabelecia alguns direitos do usuário de serviços de telecomunicações, mas não havia menção a compensações financeiras no caso de danos causados ao consumidor pela má qualidade do serviço. As disposições da LGT sobre esse assunto são baseadas no Código de Defesa do Consumidor, levando em conta as especificidades do setor de telecomunicações brasileiro.

Regulamentos posteriores à LGT criados para os vários serviços de telecomunicações, como o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado (2005), o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (2013) e o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal (2007), adicionaram normas sobre a qualidade dos serviços, em especial a interrupção de serviços. Apesar de todos esses regulamentos contemplarem explicitamente o direito do consumidor à reparação por danos causados por problemas de qualidade e definirem alguns parâmetros de qualidade dos serviços, os danos propriamente ditos não estão bem definidos, nem os diretos (tempo de interrupção de wifi ou sinais de rede, por exemplo) nem os indiretos, tais como tempo perdido, trabalhos não realizados e contatos profissionais não feitos pelos consumidores, entre outros.

Em 2015, a Anatel iniciou o processo de construção de um regulamento sobre qualidade dos serviços de telecomunicações com a aprovação do seu Plano Estratégico 2015-2024, onde a promoção da satisfação dos consumidores foi elevada a objetivo estratégico. Esse plano ensejou uma revisão do modelo de gestão da qualidade, resultando em uma proposta de reavaliação do arcabouço normativo afeto à qualidade, em especial a viabilidade de concentrar esforços na produção de um número reduzido de indicadores estratégicos.

Em 2017, foi lançada a Consulta Pública nº 29 com a Proposta de Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (RQUAL). Ela previa a alteração de artigos afetos ao tema da qualidade de vários regulamentos da Anatel. Dentre as principais recomendações da Proposta RQUAL, destacaram-se o estabelecimento de um ciclo semestral de avaliação, criação de uma Entidade Aferidora da Qualidade (EAQ), a ser contratada pelas prestadoras de serviços de

telecomunicações para a aferição da qualidade dos serviços, e a elaboração do Índice de Qualidade do Serviço (IQS) e do Índice de Qualidade Percebida (IQP).

O IQS seria calculado semestralmente, por município e para cada serviço, como a média ponderada de vários indicadores, incluindo reclamações, velocidade e latência. O IQP, por sua vez, seria calculado como a média ponderada de indicadores que refletem as dimensões da Pesquisa de Qualidade Percebida. Além disso, seriam computados alguns indicadores informativos, incluindo tempo médio de instalação e reparo, tempo médio de espera de atendimento e experiência de uso de aplicativos em redes de dados.

A Proposta RQUAL explicitava também as medidas compensatórias que deveriam ser adotadas caso as prestadoras não atingissem os índices de qualidade pré-estabelecidos. Tais medidas levariam em conta a área de abrangência, de acordo com o nível de competição no município e na unidade da federação, e teriam como objetivo o incentivo e a promoção da melhoria contínua da qualidade na prestação dos serviços de telecomunicações.

Após analisar as contribuições à Proposta RQUAL feitas durante a Consulta Pública nº 29, a Anatel fez diversas modificações no regulamento. Algumas das alterações mais importantes foram as seguintes: (i) o papel da EAQ (que passou a chamar-se Entidade de Suporte à Aferição da Qualidade – ESAQ) foi reduzido; (ii) as medidas compensatórias foram retiradas, bem como as fórmulas de cálculo do IQS e do IQP; e (iii) foi criado o Índice de Reclamações do Usuário (IR), que agrega os indicadores de reclamações dos usuários.

Houve ainda uma mudança significativa no posicionamento da Anatel quanto ao processo de sancionamento das empresas, passando de uma abordagem de medidas intrusivas para outra mais reativa. O RQUAL estabelece que a Anatel “poderá, a qualquer tempo, adotar as providências que entender cabíveis para melhoria de desempenho da prestadora.” Esse novo posicionamento alinha-se ao desejo da Anatel de adoção progressiva da regulação responsiva. Isso fica claro no artigo 13, onde se lê que a atuação da Anatel basear-se-á “na regulação

responsiva, com adoção de medidas proporcionais ao risco identificado e à conduta das prestadoras.”

Em 26 de dezembro de 2019, foi publicada a Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019, que aprova o RQUAL. A nova regulamentação determina que prestadoras de serviços de telecomunicações recebam anualmente selos de qualidade nas categorias “A”, “B”, “C”, “D” e “E”, o que deve provocar maior transparência e empoderamento do consumidor. A Anatel poderá adotar medidas específicas para aprimorar os padrões de qualidade e incentivar as prestadoras de serviços a buscar a eficiência, inclusive compensações ao consumidor.

5.7.2 Mecanismos de Compensação Automática no Reino Unido

Apesar dos bem documentados avanços alcançados (OFCOM, 2019b), ainda há muitos desafios a serem enfrentados no setor de telecomunicações britânico. Na telefonia móvel, por exemplo, 83% das residências e escritórios em áreas urbanas têm cobertura 4G completa de todas as quatro operadoras, mas esse percentual cai para 41% nas áreas rurais. Em algumas partes do país, não há cobertura alguma. Na banda larga, apenas 1% das residências e escritórios urbanos não têm serviço com velocidade de pelo menos 10Mbit/s, mas esse número sobe para 12% nas áreas rurais (OFCOM, 2019a).

Já em 2015 a Ofcom lançava um relatório descrevendo a visão que consumidores, cidadãos em geral e empresários das operadoras e demais empresas tinham do setor de telecomunicações. O propósito era delinear políticas para o setor nas áreas de investimento e inovação, concorrência sustentável, impacto sobre consumidores e acesso, bem como ajustes na regulação (OFCOM, 2015a). Já havia também à época uma discussão sobre compensação automática como instrumento de incentivo à qualidade dos serviços de telecomunicações, já que quedas de qualidade, como atrasos na instalação do serviço e na realização de

reparos e quedas frequentes de chamadas, estavam causando danos aos consumidores.

A estratégia da Ofcom focava cinco linhas de ação: (i) Garantia de banda larga universal com velocidade suficiente para atender as necessidades dos consumidores; (ii) Apoio para investimento e inovação em redes de banda larga ultra rápidas; (iii) Melhora na qualidade dos serviços ofertados pelas empresas britânicas do setor de telecomunicações; (iv) Maior sensibilidade das empresas às necessidades dos seus clientes; (v) Possibilidade de redução ou eliminação da regulação em certos segmentos.

Em relação à qualidade dos serviços prestados, a proposta era de publicar relatórios com indicadores de desempenho dos operadores com vistas à eventual implementação de compensação automática por danos para consumidores e pequenas empresas. A publicação desses indicadores deveria também gerar mais concorrência entre as operadoras, beneficiando os consumidores.

Quanto à expansão do acesso à banda larga, a Ofcom e o governo britânico entendiam que a banda larga era um direito de todos os cidadãos e empresas no Reino Unido. A meta inicial era que todos tivessem acesso a serviços de banda larga com velocidade de pelo menos 10Mbit/s, valor que aumentaria conforme a evolução da demanda ao longo do tempo. No segmento móvel, novas obrigações de cobertura do serviço seriam impostas às operadoras que adquirissem novas licenças de uso de espectro.

O passo seguinte na revisão do setor conduzida pela Ofcom foi a solicitação da manifestação de empresas, consumidores, academia e governo. O resultado foi um documento que procurou combinar a visão do regulador e as contribuições desses *stakeholders* (OFCOM, 2015b). Embora os consumidores tenham, em geral, demonstrado satisfação com a qualidade dos serviços recebidos, a Ofcom decidiu propor diversas medidas de incentivo à melhoria da qualidade, como o estabelecimento de padrões mínimos e a publicação de relatórios com indicadores de qualidade que permitissem a comparação entre as operadoras. Além disso, ela propôs a criação de um mecanismo de compensação automática para que

consumidores e pequenas empresas fossem ressarcidos pelos danos causados por falhas na provisão dos serviços (OFCOM, 2016a).

Em resumo, a Ofcom acreditava que, dada a natureza essencial de serviços fixos e móveis de telecomunicação, os consumidores deveriam receber uma compensação automática quando o serviço não fosse prestado com um determinado padrão de qualidade. A Ofcom entendia também que a compensação automática seria uma forma de reduzir os obstáculos que o consumidor teria que enfrentar para fazer valer seus direitos e agiria como um incentivo para os provedores melhorarem a qualidade dos seus serviços (OFCOM, 2016a).

5.7.2.1 O Processo de Desenvolvimento da Compensação Automática no Reino Unido

A revisão dos serviços de telecomunicações conduzida pela Ofcom, descrita na seção anterior, levou a agência a concluir que, apesar dos consumidores já serem protegidos pelo Código do Consumidor Britânico, os mecanismos de reclamação existentes, além de reativos, eram lentos e demandavam muito esforço e tempo dos consumidores. A automatização das compensações asseguraria que os consumidores fossem atendidos mais rápido e facilmente pelos provedores quando eles tivessem direito a ressarcimento como resultado de problemas de qualidade do serviço. Além disso, a Ofcom previa que a compensação automática incentivaria os provedores a melhorar a qualidade dos seus serviços, procurando prevenir problemas e aumentar a agilidade na realização dos reparos necessários.

Pesquisas de satisfação do consumidor conduzidas em domicílios residenciais indicavam que a proporção de consumidores com motivos para reclamar de seus serviços de comunicação vinha aumentando nos últimos anos. A pesquisa *The Consumer Experience 2015*, por exemplo, constatou que as principais reclamações dos usuários de telefonia fixa e de banda larga eram referentes à velocidade da conexão de internet e à interrupção dos serviços (OFCOM, 2016c). Dado este crescimento, a Ofcom concluiu que a compensação

automática deveria começar pelos consumidores residenciais e pelas pequenas e médias empresas, já que estas demandam serviços considerados residenciais. As grandes empresas foram excluídas porque a Ofcom considerava provável que elas já tivessem firmado acordos de compensação abrangentes com os provedores (OFCOM, 2016c).

A Ofcom entendia também que nem todos os problemas de qualidade do serviço, mesmo que importantes para os consumidores, deveriam estar sujeitos à compensação automática, dada a dificuldade de defini-los e mensurá-los objetivamente. Como exemplo, pode-se citar as reclamações por baixa velocidade da internet, pois a solução desse tipo de problema exige investimentos de rede de médio e longo prazos. Neste caso, a mudança de pacote ou mesmo de provedor poderia ser a melhor forma de resolver o problema (OFCOM, 2016c). Em suma, a Ofcom entendia que a compensação automática não deveria substituir formas alternativas de reparação que atendessem melhor o consumidor.

A compensação automática, conforme entendimento da Ofcom, deveria ser financeira, por intermédio de cheque, crédito na conta corrente ou cartão pré-pago, por exemplo, e ocorrer de maneira rápida. Como os consumidores já tinham de lidar com as dificuldades e os custos associados aos problemas de qualidade do serviço, o regulador queria evitar que o processo de receber a compensação lhes causasse mais inconvenientes, o que seria alcançado pela compensação automática. A Ofcom argumentava também que essa agilidade na automatização do processo de pagamento de compensações resultaria em incentivos mais diretos para que os provedores tomassem medidas para se adequar às normas, incluindo a melhoria da qualidade do serviço e ajustes em contratos e peças de marketing para melhor refletir a qualidade real do serviço fornecido (OFCOM, 2016c). Isso era esperado porque a frequência de pagamentos de compensações em relação ao número de problemas ocorridos provavelmente aumentaria, se comparada à situação em que o consumidor precisava fazer uma reclamação para ser ressarcido.

A Ofcom entendia que o valor da compensação não se deveria limitar ao custo contratual do serviço, ou seja, não deveria ser apenas proporcional ao período em que o serviço ficou indisponível para o cliente. Em vez disso, a compensação deveria ser definida em um valor superior, refletindo assim o impacto adverso mais amplo sobre os consumidores (OFCOM, 2016c).

Pelo lado das operadoras, o regulador levou em consideração a possibilidade de aumento de custos para a implementação do mecanismo de compensação automática, bem como as possíveis reduções de custo, como a que resultaria de uma menor estrutura de atendimento ao consumidor. Essa preocupação é pertinente, pois, na busca pela maximização de lucros, as empresas provavelmente tentariam repassar os aumentos de custos operacionais aos consumidores na forma de preços mais altos¹²⁶.

A Ofcom estava preocupada também com o possível impacto negativo da adoção de compensações automáticas sobre a concorrência no setor. Em um ambiente em que os provedores usam tecnologias diferentes e têm políticas distintas de qualidade, ela pode afetar desigualmente as empresas, favorecendo algumas em detrimento de outras (OFCOM, 2016c). No setor de banda larga, por exemplo, o tipo de rede operada pela operadora tem um efeito significativo sobre a quantidade e o conteúdo das reclamações dos consumidores.

Um aspecto importante do desenho de qualquer política de compensações é a identificação das principais reclamações dos consumidores. Na pesquisa de satisfação do consumidor de 2015, a que nos referimos anteriormente, a Ofcom verificou que a interrupção e a perda de qualidade do serviço eram as maiores queixas entre os consumidores de telefonia fixa e de banda larga fixa. Dentre as razões para a queda na qualidade do serviço, destacavam-se velocidades de banda larga fixa mais baixas do que o esperado, quedas de chamadas e lentidão nas redes móveis. Detectou-se também que atrasos ou falhas na transferência de números (portabilidade) vinham tendo impacto significativo sobre os consumidores,

¹²⁶ A capacidade de repasse depende evidentemente do nível de concorrência no mercado, além de outros fatores.

embora os provedores já estivessem sujeitos à época à obrigação de portar números dentro de um dia útil e compensar os consumidores em caso de não cumprimento (o pagamento não era um valor específico ou exigido dentro de um determinado período de tempo) (OFCOM, 2016c).

Reclamações associadas ao acesso à rede, como problemas na instalação ou perda temporária do serviço, também eram comuns (OFCOM, 2016b). Problemas específicos enfrentados pelos consumidores no início do contrato de serviço incluíam dificuldades em obter data e horário convenientes e prazo razoável para a instalação, atrasos ou não realização da instalação agendada.

A Ofcom identificou também problemas comuns depois da instalação do serviço e ao longo da duração do contrato, como perda temporária de serviço, dificuldades em realizar agendamentos de reparos, falta de cumprimento do atendimento agendado e a necessidade de várias visitas dos técnicos quando o problema não era resolvido na primeira visita (OFCOM, 2016b).

Outra constatação importante foi a de que a insatisfação variava de acordo com o local onde o cliente reside: 30% dos consumidores que viviam em zonas rurais estavam insatisfeitos, contra 13% dos que viviam em zonas urbanas (OFCOM, 2016c). A Ofcom também preocupou-se em analisar o tempo que o provedor levaria para resolver os problemas, já que o tempo do consumidor é valioso (OFCOM, 2016b).

É interessante observar que, além do ressarcimento financeiro de valores já pagos pelo consumidor pelo serviço prestado, a Ofcom preocupava-se com os danos sofridos pelo consumidor com as perdas de qualidade, procurando quantificá-los em termos financeiros para propor uma compensação financeira abrangente.

Muitos desses problemas eram relativamente simples de identificar e medir. Em muitos casos, o provedor deveria ser capaz de resolvê-los de maneira rápida e eficiente. Falhas causadas pelo consumidor poderiam ser monitoradas remotamente pelo provedor e resolvidas através do diálogo com o cliente.

No segmento de banda larga, o motivo mais comum das reclamações era a velocidade do serviço, o que revelava uma lacuna entre o que era prometido ao consumidor e o que ele realmente estava recebendo. Existe um Código de Prática de Velocidade de Banda Larga no Reino Unido, pelo qual os provedores voluntariamente comprometem-se a informar aos consumidores a velocidade estimada da linha de acesso e a velocidade real estimada da taxa de transferência que o consumidor pode esperar em circunstâncias normais. Os provedores também se comprometem a permitir que o consumidor cancele seu contrato sem penalidade se a velocidade da linha de acesso estiver abaixo de um nível mínimo garantido e o provedor não resolver o problema (OFCOM, 2016b).

A compensação automática poderia, em princípio, cumprir o papel de incentivar os provedores a informar corretamente os consumidores sobre a velocidade da sua linha de acesso. No entanto, dada a sua característica de instrumento de curto prazo, a compensação automática não seria um remédio apropriado nesse caso, pois velocidades mais altas só podem ser atingidas após atualizações de rede no médio e longo prazos (OFCOM, 2016b).

Já na telefonia móvel, o maior número de reclamações estava relacionado à queda temporária do serviço e à degradação da qualidade. Embora pouco frequentes, problemas de portabilidade de número chamaram a atenção do regulador devido ao potencial de criar dificuldades significativas para os consumidores, incluindo queda de serviço e perda de número. Por outro lado, os provedores já estavam sujeitos à regra de portar números em até um dia útil e de compensar os consumidores quando esse prazo não fosse cumprido. Vale ressaltar que essa compensação não era automática e que não havia período de tempo e valor monetário estipulados (OFCOM, 2016b).

Outro tipo de dano aos consumidores considerado importante pela Ofcom no segmento de telefonia móvel eram as quedas de serviço provocadas por autenticações de SIM, defeitos nas torres de transmissão e outros tipos de interrupções em larga escala. Apesar de considerar que estes problemas complexos resultavam em danos significativos para os consumidores, a Ofcom não

recomendava como solução a compensação automática devido à dificuldade de identificar os consumidores afetados e à necessidade de realização de investimentos de longo prazo na rede do provedor para solucionar o problema (OFCOM, 2016b).

Há outros aspectos importantes que devem ser levados em consideração na formulação de uma política de compensação automática. A Ofcom destacava a identificação de exceções à regra, como eventos de 'força maior', incluindo greves e condições climáticas severas, a criação de um mecanismo de resolução de controvérsias¹²⁷ e a análise do impacto da compensação automática nos contratos com os provedores de serviço (OFCOM, 2016b).

Em relação ao impacto nos contratos, a Ofcom debruçou-se sobre a questão de que algumas vezes os problemas de qualidade são de responsabilidade do fornecedor de quem o provedor compra produtos ou serviços no mercado atacadista atacadista, porém é o provedor quem tem de pagar a compensação ao consumidor. A expectativa da Ofcom era de que provedores e seus fornecedores encontrariam arranjos contratuais, incluindo pagamentos por violações, que garantiriam que a compensação fosse paga pela parte responsável pelo problema (OFCOM, 2016b).

Em março de 2017, a Ofcom lançou uma consulta aos setores envolvidos com a provisão de serviços de telecomunicações sobre propostas para introduzir um esquema de compensação automática para consumidores residenciais dos serviços de telefonia fixa e/ou banda larga. Os problemas de qualidade de serviço considerados foram atrasos nos reparos solicitados após interrupção de serviço de telefonia fixa ou banda larga, atrasos na instalação de serviços de telefonia fixa ou banda larga, não cumprimento de atendimentos agendados em telefone fixa ou banda larga, e atrasos no reparos solicitados após interrupção de serviços móveis. A Ofcom entendia que os danos oriundos desses problemas se prestavam à

¹²⁷ O Mecanismo ADR que mencionamos anteriormente.

compensação automática porque podiam ser definidos objetivamente e mensurados com confiabilidade (OFCOM, 2017b).

No que se refere a pequenas e médias empresas, a consulta visava assegurar acesso a informações melhores sobre a qualidade dos serviços e sobre as compensações financeiras que elas poderiam receber dos seus provedores em razão de problemas de má qualidade dos serviços (OFCOM, 2017b).

Nesta consulta, a Ofcom propôs que os provedores fossem obrigados a implantar um sistema de compensação automática para problemas específicos na qualidade do serviço prestado. Os consumidores teriam o direito de receber do provedor uma quantia pré-definida de remuneração financeira por dia, sem ter que passar por um processo prolongado e difícil de reclamações. A Ofcom entendia que tais compensações gerariam mais de 2,6 milhões de pagamentos de indenizações aos consumidores, totalizando um valor de até 185 milhões de libras por ano. Por outro lado, ela sustentava que os provedores teriam fortes incentivos para melhorar a qualidade dos serviços providos e, com isso, evitar a realização desses pagamentos (OFCOM, 2017b). Com relação aos danos causados ao consumidor pela queda de ligação em telefone fixo e/ou serviço de banda larga, o consumidor deveria ser compensado somente se a queda do serviço não fosse reparada dentro um prazo razoável. A mesma interpretação seria dada para serviços de telefonia móvel.

A Ofcom decidiu não considerar nesta consulta os seguintes problemas, entre outros: velocidade de banda larga fixa, cobranças, atrasos no atendimento de reclamações, violações de dados pessoais e cobertura móvel. Para a Ofcom, era improvável que a compensação automática fosse um instrumento adequado solucionar problemas com a velocidade da banda larga fixa. De acordo com a Ofcom, regras de remuneração fixa também não eram apropriadas para sanar erros de cobrança, ainda que importantes para os consumidores. Da mesma forma, não estava claro que era possível definir e medir de maneira objetiva os atrasos no atendimento de reclamações, o que indicava ser mais adequado fazer uma avaliação caso a caso. Além disso, já existiam regras que exigiam que os

provedores seguissem procedimentos justos e eficazes no tratamento de reclamações e que cumprissem os padrões mínimos estabelecidos. A portabilidade numérica era outra área em que já existia uma regra apropriada. Ela definia que os provedores deveriam realizar a troca do número no prazo de um dia útil e exigia que os provedores compensassem os usuários por atrasos. Em relação às violações de dados pessoais, a legislação britânica de proteção de dados estabelece os regras de segurança das informações. Caso um consumidor sofra danos como resultado da violação da lei pelo provedor, ele tem o direito de reivindicar uma indenização através dos tribunais. Problemas de cobertura móvel e queda de qualidade de serviços móveis também não foram incluídos na proposta porque, apesar de constarem da lista de reclamações mais frequentes, sua solução exige ações de médio e longo prazos (OFCOM, 2017b).

A Ofcom analisou também se a intervenção era proporcional e apropriada para os seus objetivos de política referentes aos consumidores de telefonia fixa residenciais e de banda larga. Para isso, solicitou informações sobre problemas de qualidade aos maiores provedores de serviços de telefonia fixa e de banda larga, incluindo queda de serviço e não realização de instalações e outros atendimentos agendados. Em um relatório preparado especificamente para este propósito, foi estimado que 5.7 milhões de incidentes por ano ocorriam devido à queda de serviço de telefonia fixa e/ou banda larga, 1.3 milhão devido ao atraso na instalação dos serviços de telefonia fixa e/ou banda larga e 200 mil devidos a agendamentos não atendidos (OFCOM, 2016d).

Outra constatação foi que a baixa qualidade dos serviços normalmente traz danos ao consumidor. Dos consumidores que ficaram sem serviço de telefonia fixa e/ou banda larga, 42% disseram que houve um impacto negativo sobre as suas atividades diárias, enquanto 30% disseram que isso lhes causou ansiedade e estresse. Em geral, 66% dos consumidores de banda larga disseram que seria possível realizar as suas atividades normais mesmo sem o serviço, enquanto outros 23% disseram que só conseguiriam fazê-lo por um tempo limitado (OFCOM, 2016d).

As categorias de danos identificadas pela Ofcom foram as seguintes:

- ***Corte de um serviço de telecomunicação:*** Quando não há um serviço alternativo disponível, os consumidores são prejudicados porque ficam incapacitados de usar o serviço contratado da maneira que esperavam. Atrasos na prestação ou restauração do serviço prolongarão esse dano.
- ***Tempo desperdiçado ou prejudicado:*** A visita de um técnico para instalar ou reparar o serviço exige a presença do consumidor em casa. Se o atendimento agendado não for realizado ou tiver de ser remarcado, é provável que o consumidor tenha perdido tempo;
- ***Interrupção no planejamento de atividades do consumidor:*** Interrupções nos serviços podem levar à necessidade de reorganização das atividades dos consumidores, afetando atividades diárias importantes;
- ***Tempo e esforço gastos para corrigir a falha:*** Correções de falhas nos serviços geralmente consomem tempo e esforço do consumidor, seja quando ele está testando dispositivos, seja quando está relatando o problema ao provedor e acompanhando sua resposta.
- ***Estresse e ansiedade:*** Aborrecimento, frustração e ansiedade são sentimentos comuns do consumidor quando o serviço que ele recebe não atende os padrões de qualidade esperados, principalmente quando algumas de suas atividades importantes são interrompidas ou quando a resolução do problema demanda muito tempo (OFCOM, 2016d).

5.7.2.2 A Metodologia Ofcom para Estimativa dos Danos

A Ofcom baseou-se em uma série de evidências, incluindo pesquisas com amostras de consumidores, para quantificar os danos causados aos consumidores. Devido ao tamanho reduzido dessas amostras, porém, foi necessário

complementar as estimativas de alguns danos com outras fontes de evidências, incluindo os níveis atuais de compensação, referências setoriais e internacionais (OFCOM, 2016d).

Os valores iniciais das compensações automáticas foram estabelecidos pela Ofcom nos seguintes patamares: 10 libras esterlinas por dia para quedas de serviço, 6 libras esterlinas por dia para os atrasos em instalações de serviço e 30 libras esterlinas para atendimentos agendados não realizados, por incidente (OFCOM, 2016d).

Na quantificação dos danos causados a consumidores, a Ofcom levou em consideração que é preciso identificar os serviços que foram afetados pelo problema de qualidade. Por exemplo, quando ocorre uma queda de linha no serviço de telefonia fixa, isso normalmente afeta também a disponibilidade de qualquer serviço de banda larga associado. Entretanto, o contrário pode não ser verdade. Os serviços de banda larga podem ser afetados sem que o serviço de telefonia fixa subjacente seja afetado. Da mesma maneira, atrasos nos reparos de serviços de telefonia fixa podem influenciar a disponibilidade dos serviços de banda larga associados, mas, novamente, o inverso não é necessariamente verdadeiro. Em suma, a Ofcom reconheceu que o tipo de dano incorrido pelo consumidor pode diferir de acordo com os serviços afetados (OFCOM, 2016d).

Como a proposta da Ofcom era que a compensação fosse feita em um único pagamento, por motivos de praticidade, a fórmula utilizada para o seu cálculo foi uma média ponderada dos danos para cada tipo de incidente, sendo cada tipo ponderado pela frequência de ocorrências. Foram levados em conta os danos causados pela perda simultânea de serviço de voz e banda larga, apenas pela perda da banda larga e apenas pela perda do serviço de voz, nas seguintes proporções: 42%, 50% e 80%, respectivamente (essas porcentagens são provenientes da pesquisa de satisfação do consumidor mencionada acima) (OFCOM, 2016d).

O valor da compensação a ser recebida pelo consumidor depende da existência e do custo de serviços alternativos ao serviço de telecomunicações

contratado. Por exemplo, um consumidor que assina serviço móvel com pacote de minutos e dados suficientes tem a possibilidade de usar seu smartphone para fazer ligações ou navegar pela internet enquanto seu serviço de telefonia fixa e/ou banda larga está indisponível devido a uma falha ou atraso na instalação. Já consumidores que não têm esta opção podem ter de incorrer custos financeiros, como os associados ao uso de cybercafés e cartões pré-pagos de banda larga móvel ou à compra de pacotes adicionais de voz e/ou dados móveis (OFCOM, 2016d). Esses exemplos servem para mostrar que o dano causado pela indisponibilidade do serviço pode não ser igual ao valor total do uso desse serviço.

O tempo desperdiçado pelos consumidores quando há falhas na provisão do serviço também representa um dano a ser estimado. Os consumidores perdem tempo durante as visitas dos técnicos da empresa e também quando precisam reagendar uma visita.

A Ofcom procurou estimar os danos referentes a cada tipo de falha com base em pesquisas de satisfação, valores efetivamente praticados dos pagamentos de compensações e benchmarks externos. Descrevemos a metodologia estabelecida com base nas respostas dadas pelos consumidores em pesquisas de satisfação, que pode ser dividida em três categorias: estimativas diretas, disposição a pagar e soma de componentes.

a) Estimativas Diretas

As estimativas diretas são aquelas obtidas a partir dos valores das compensações que os consumidores consideravam razoáveis para cada tipo de falha do serviço, conforme a tabela abaixo:

Tabela 7 – Nível Razoável de Compensação

Queda de Serviço (£/dia)	Nível Razoável de Compensação	
	Média	Intervalo de Confiança
	10.43	5.55 15.31

Agendamento não cumprido (£/incidente)	52.00	47.25	56.75
---	-------	-------	-------

Fonte: Quadro A4.2 - Reasonable level of compensation de (OFCOM, 2016d)

A amostra utilizada para estimar o valor da compensação por interrupção do serviço continha apenas indivíduos que haviam experimentado esse problema (independentemente de terem ou não recebido remuneração). Já no caso de não cumprimento de visitas agendadas, a Ofcom receava que o tamanho da amostra seria muito pequeno se incluísse apenas os usuários que tivessem sofrido com esse tipo de problema. Por essa razão, ela decidiu ampliar a amostra com a inclusão de uma pergunta sobre um agendamento hipotético que todos os entrevistados poderiam responder. A pesquisa não incluiu perguntas específicas sobre compensação por atraso na instalação do serviço.

b) Disposição a Pagar

A pesquisa Ofcom também continha perguntas sobre a disposição a pagar dos consumidores por reparos mais rápidos. Conceitualmente, estimativas de disposição a pagar correspondem aos danos sofridos pelos consumidores, pois espera-se que a quantia que os consumidores estão dispostos a pagar seja no máximo igual ao nível de dano que sofrem. Após serem informados de que o tempo médio de reparo era de 2 dias (a partir do momento em que a falha é relatada), os entrevistados foram questionados sobre quanto estariam dispostos a pagar para que o reparo fosse realizado um dia antes do prazo ou no mesmo dia. As respostas levaram ao quadro abaixo:

Tabela 8 – Disposição a pagar por reparos mais rápidos

	Um dia para o reparo	Reparo no mesmo dia
Não disposto a pagar mais	56%	52%

5 libras	18%	19%
10 libras	7%	6%
15 libras	19%	23%
Média geral	£4.45	£5.00

Fonte: Figure A4.3: Willingness to pay for faster repairs em (OFCOM, 2016d).

A Ofcom também perguntou aos consumidores sobre sua disposição a pagar para que a instalação do serviço ocorresse mais rapidamente. Os 1898 entrevistados foram informados primeiramente de que um agendamento geralmente está disponível em 12 dias e custa £40. Eles foram, então, questionados se pagariam mais (de 5 a 15 libras) para receber um atendimento mais rápido (2 ou 4 dias mais rápido). A figura abaixo mostra os resultados.

Tabela 9 – Disposição a pagar por instalações mais rápidas

	Dois dias mais rápido	Quatro dias mais rápido
Não disposto a pagar mais	64%	56%
5 libras	16%	18%
10 libras	7%	7%
15 libras	13%	19%
Média geral	£3.45	£4.45
Valor diário equivalente	£1.73	£1.11

Fonte: Figure A4.4: Willingness to pay for faster provisions em (OFCOM, 2016d)

Com base nesses resultados, a Ofcom calculou a disposição média de pagamento de todos os entrevistados, que ficou entre 3 e 4 libras esterlinas, equivalente a uma taxa diária de 1 a 2 libras.

c) Soma de componentes

Outra forma de estimar danos utilizada pela Ofcom começa pela medição de cada um dos componentes relevantes do dano, que são então combinados de forma a determinar o efeito líquido. Na prática, esse método envolve fazer

perguntas separadas aos consumidores sobre os diferentes aspectos do dano. Alguns desses fatores são passíveis de quantificação e outros não, como estresse e ansiedade.

Discutiremos primeiramente a aplicação desse método ao dano causado por indisponibilidade do serviço. Esse dano é igual à perda de bem-estar do consumidor, que pode ser calculado como a soma do preço pago com o “excedente do consumidor”¹²⁸. Dada a complexidade de calcular esse valor (é preciso estimar a curva de demanda pelo serviço, o que só pode ser feito se os dados necessários estiverem disponíveis), a Ofcom decidiu medir esse dano com base em três componentes. O primeiro é o preço médio pago pelo serviço de comunicação que ficou indisponível, o que subestima o valor do serviço para o consumidor, já que não inclui o excedente do consumidor. O segundo é a soma dos custos diretos de uso de um serviço alternativo ao que ficou indisponível, custos estes que de outra forma não teriam sido incorridos. O terceiro componente é o tempo perdido pelo consumidor tentando resolver o problema. A Ofcom propôs mensurar o valor desse tempo pelo valor do lazer, argumentando que é plausível supor que o consumidor usaria esse tempo em atividades de lazer. A Ofcom usou a estimativa do Departamento de Transportes britânico de £5,51 por hora aos preços de 2017.

As estimativas resultantes desse método estão na tabela abaixo:

Tabela 10 – Soma de Componentes – Queda de Serviço (£/dia)

	Média	Intervalo de Confiança 95%	
1. Preço	1.24	1.24	1.24
2. Custo Financeiro Direto	15.43	3.67	22.31
3. Valor do tempo gasto para restabelecer o serviço	3.78	1.16	5.31
Dano Estimado 1 (1 +3)	5.02	2.40	6.55
Dano Estimado 2 (2 + 3)	19.21	4.83	27.63

¹²⁸ O excedente do consumidor é definido na teoria econômica como a diferença entre o valor que o consumidor está disposto a pagar pelo bem ou serviço (disposição a pagar) e o preço que ele efetivamente paga.

Fonte: Figure A4.5 - Summary of component based estimates - Loss of service em (OFCOM, 2016d).

O método da soma de componentes também foi utilizado para estimar o dano causado pela não realização de visitas agendadas. Este dano ocorre porque o consumidor perde tempo tanto ao esperar pela visita quanto ao contatar o provedor para reagendá-la. Da mesma forma que no caso da queda de serviço, a Ofcom propôs avaliar esse tempo pelo valor do lazer. A tabela abaixo mostra as estimativas dos danos.

Tabela 11 – Soma de Componentes - Agendamento Perdido (£/dia)

	Média	Intervalo de Confiança 95%	
Dano pela espera (£)	25.90	20.45	31.34
Dano pelo tempo gasto para reagendamento (£)	5.51	3.50	7.52
Dano Estimado	31.41	23.95	38.86
Cross-check: Dano estimado assumindo espaço de tempo de espera de 4h	27.55	-	-

Fonte: Figure A4.6 - Summary of component based estimates - Missed appointments em (OFCOM, 2016d).

As estimativas obtidas a partir das pesquisas de satisfação apresentam elevado grau de incerteza, como pode ser visto pelos intervalos de confiança. Isso pode ser resultado do tamanho limitado da amostra para algumas perguntas, da presença de outliers ou de viés de preferência declarada. Por essa razão, a Ofcom examinou também outras fontes de evidência, incluindo os níveis de compensação praticados no momento e referências setoriais e internacionais. A tabela abaixo apresenta os resultados:

Tabela 12 – Resumo de benchmarks

Compensações Outros Setores e Países	Conserto		
	Queda de Serviço (£/dia)	Instalação (£/dia)	Agendamento não cumprido (£/incidência)
Compensação Corrente (entre todos com problema)	0.56	0.30	3.35
Compensação Corrente (entre aqueles que receberam compensação)	3.69	2.39	24.28
Eletricidade	70.00	-	30.00
Eletricidade (% aplicado para gastos comuns)	56.36	-	
Gás	30.00	-	-
Gás (% aplicado para gastos comuns)	22.48	-	-
Água	10.00	-	20.00
Água (% aplicado para gastos comuns)	11.43	-	-
Espanha	3.12	-	-
França	18.86	-	-
Itália	4.40	-	-
Holanda	1.24	-	-

Fonte: Figure A4.7 - Summary of Other (non survey) Benchmarks em (OFCOM, 2016d).

Apresentamos a seguir os valores finais das compensações por danos que foram obtidos pela Ofcom após avaliação dos resultados dos métodos descritos acima.

Danos por interrupção de serviço

A Ofcom optou por dar um maior peso ao nível de compensação que os consumidores disseram julgar razoável na pesquisa de satisfação, visto que estes tiveram uma experiência direta com problemas de qualidade de serviço. A

estimativa central é de cerca de £10 por dia para interrupção de serviço. A metodologia de disposição a pagar levou a valores menores, mas é importante ter em mente que ela leva em conta as respostas de consumidores que podem não ter sofrido uma interrupção de serviço. Um valor de £10 por dia também está dentro do intervalo obtido na abordagem de soma de componentes (OFCOM, 2016d).

A Ofcom verificou que os consumidores de fato afetados por esse problema estavam recebendo, em média, cerca de £4 por dia das operadoras, o que sugere que os provedores britânicos estavam sub-compensando os consumidores pelos danos sofridos. A análise dos parâmetros setoriais revelou que as compensações ficavam em £30 e £70 por dia nos setores de gás e eletricidade, respectivamente, e £10 por dia no setor de água. A Ofcom argumentou que esses valores eram justificadamente mais altos porque quedas de serviços de energia e água eram mais prejudiciais do que quedas de serviços de comunicação (OFCOM, 2016d). A Ofcom analisou também evidências do nível de compensação concedido pela interrupção de serviços em telecomunicações em outros países da União Europeia. Como várias dessas políticas baseavam-se em reembolsos dos valores pagos, a Ofcom atribuiu peso limitado a essas estimativas.

Por fim, levando em conta as incertezas associadas às estimativas de danos ao consumidor e os pontos elencados acima, a Ofcom entendeu que £10 seria uma estimativa razoável da taxa diária de dano (OFCOM, 2016d).

Danos por instalação atrasada

Conforme discutido acima, há relativamente poucas evidências diretas dos danos causados pelo atraso na instalação de um serviço de telecomunicações. A Ofcom decidiu então basear a sua análise na hipótese de que o atraso na instalação de um serviço corresponde a uma interrupção desse serviço, de forma que os consumidores são efetivamente prejudicados no mesmo nível que seriam caso a interrupção de serviço ocorresse sob outras circunstâncias. A Ofcom argumentou que o dano médio resultante do atraso na instalação de um serviço era igual ao dano causado pela interrupção desse serviço multiplicado pela

proporção dos incidentes de atraso na instalação no total de incidentes de interrupção do serviço (OFCOM, 2016d).

A pesquisa de satisfação da Ofcom perguntou aos entrevistados que haviam sofrido com atrasos na instalação sobre sua situação naquele momento. 33% deles estavam esperando ter o serviço disponível em uma determinada data, mas não foram atendidos. Além disso, foram computados como parte do grupo de consumidores afetados aqueles que alteraram e/ou atualizaram o serviço com o seu provedor mas tiveram uma interrupção temporária do serviço, que somaram 12%, e aqueles que trocaram de provedor e sofreram uma interrupção temporária de serviço, que totalizaram 21% (OFCOM, 2016d). A proporção total de consumidores que tiveram o serviço interrompido devido a atrasos na sua instalação e as estimativas de dano podem ser vistas no quadro abaixo:

Tabela 13 – Estimativa de atraso na instalação

	Média	Intervalo de Confiança 95%	
Proporção de atrasos na instalação que levam a uma interrupção de serviço	66%	57%	75%
Estimativa de Dano (£)	6.60	5.68	7.52

Fonte: Figure A4.9 - Delayed provisioning estimate em (OFCOM, 2016d).

A Ofcom comparou o intervalo de £5.68 a £7.52 para a estimativa de dano com as poucas evidências diretas existentes sobre os danos causados por atrasos na instalação. A compensação efetivamente recebida pelos consumidores que sofreram com esses atrasos foi, em média, de pouco mais de 2 libras por dia, o que está bem abaixo daquele intervalo. Apesar de considerar difícil a comparação com a prática observada em outros setores de serviços públicos britânicos, a Ofcom também levou essas evidências em consideração. Ao final, a Ofcom propôs usar o

valor de £6 por dia para esse tipo de dano, abaixo da estimativa pontual de £6,60 por dia (OFCOM, 2016d).

Danos por Agendamentos não cumpridos

Os intervalos de estimativas obtidos com base na pesquisa de satisfação da Ofcom para o dano causado por agendamentos que não foram cumpridos pelo provedor foram de £47 a £57, com base no método de estimativa direta (estimativa pontual de £ 52), e de £24 a £39, com base no método de soma de componentes (estimativa pontual de £31), por incidente. A Ofcom foi cautelosa ao usar essas estimativas devido a problemas com as amostras. O segundo intervalo, por exemplo, foi obtido a partir de uma amostra relativamente pequena de entrevistados e sujeita a problemas causados pela presença de *outliers*. Por essa razão, ela deu um peso relativamente mais alto a outras evidências do que deu nos casos de danos causados por outros problemas de qualidade. Uma dessas evidências foi o valor das compensações efetivamente pagas pelas operadoras aos consumidores, que estava ao redor de £24. Além disso, ela levou em conta os benchmarks de outros setores, sob o argumento de que o dano resultante de um agendamento não cumprido nesses setores é semelhante ao que ocorre no setor de comunicações, já que o dano deriva da perda de tempo do consumidor. Nos setores de eletricidade e água, os valores das compensações eram de £30 e £20, respectivamente. Dado o conjunto de evidências, a Ofcom julgou que uma estimativa pontual razoável de dano por agendamento não cumprido seria de £30 (OFCOM, 2016d).

A Ofcom estava consciente da necessidade de avaliar se de fato era preciso intervir no mercado e instituir uma política de compensações automáticas. Poderia ser o caso, por exemplo, de que a compensação paga na prática pelos provedores aos consumidores, seguindo a regulação existente, já fosse adequada. As evidências disponíveis pela Ofcom, no entanto, sugeriam que esse não era o caso para os consumidores residenciais de serviços de telefonia fixa e banda larga. Em primeiro lugar, as políticas de compensação publicadas pelos maiores

provedores de telefonia fixa e banda larga do Reino Unido revelavam que o pagamento era geralmente reativo, ou seja, exigia que o consumidor solicitasse o ressarcimento ou compensação. Além disso, a pesquisa de satisfação revelou que a maioria dos consumidores não solicitava compensação por baixa qualidade do serviço. Ao analisar informações fornecidas pelos provedores sobre pagamentos voluntários efetuados aos clientes que sofreram com problemas de qualidade, a Ofcom constatou que apenas uma minoria dos consumidores recebia compensação financeira (OFCOM, 2016d).

Em segundo lugar, o valor da compensação não era apropriado. Algumas operadoras informaram à Ofcom que a compensação geralmente era proporcional ao preço do pacote mensal, o que, de acordo com avaliação do regulador, provavelmente ficava abaixo do valor monetário dos danos efetivamente sofridos, dada a existência de danos intangíveis. Isso foi confirmado pela pesquisa de satisfação da Ofcom, que registrou vários casos de consumidores que descreveram a remuneração proporcional como “irrisória, principalmente se eles tivessem que fazer um esforço significativo para recebê-la” (OFCOM, 2016d).

A Ofcom solicitou também aos fornecedores informações sobre o valor da compensação paga por problemas específicos de qualidade de serviço, constatando que em apenas poucos casos os provedores pagavam compensações com valores médios superiores aos valores proporcionais. Na maioria das vezes, o valor dessa compensação estava abaixo da estimativa de danos ao consumidor. Com isso, a Ofcom entendeu ser improvável que a compensação média oferecida fosse suficiente para ressarcir o consumidor pelo dano ocasionado pela falha na provisão do serviço (OFCOM, 2016d).

Outro cenário em que não haveria necessidade de compensações automáticas era o de um mercado suficientemente competitivo. Alguns provedores argumentaram que o nível de concorrência no mercado de varejo de serviços de telecomunicações era alto o suficiente para garantir uma qualidade de serviço adequada, o que por si só garantiria a proteção dos interesses dos consumidores. A Ofcom não concordou com essa avaliação, pois entendia que o mercado não

estava operando de maneira eficiente e que os consumidores não estavam bem informados sobre os serviços que estavam adquirindo (OFCOM, 2017b).

No mercado residencial de telefonia fixa e banda larga, em particular, a Ofcom avaliava que o impacto financeiro que os provedores sofreriam caso não oferecessem serviços com a qualidade desejada pelos consumidores (por exemplo, devido a uma possível queda no número de clientes) era pequeno. Sendo assim, não haveria incentivo econômico para os provedores atenderem as expectativas de qualidade dos consumidores (OFCOM, 2017b).

A Ofcom identificou algumas características do setor de telecomunicações responsáveis por essa situação: assimetria de informação, viés comportamental dos agentes e dificuldade de troca de provedor (OFCOM, 2017a).

A assimetria de informação surge quando um lado do mercado, no caso os provedores, possuem mais informações do que o outro, os consumidores. Conceitualmente, os consumidores usufruem dos benefícios da concorrência quando têm uma ampla gama de opções e acesso à informação. No entanto, de acordo com a Ofcom, é provável que os consumidores não consigam aferir com precisão a qualidade do serviço que estão recebendo e não tenham pleno conhecimento das políticas de compensação oferecidas pelos provedores. Por outro lado, os provedores possuem todas essas informações, pois são eles que determinam a qualidade do serviço que prestam e as políticas de compensação. Os consumidores dependem de suas próprias experiências passadas ou das de amigos e parentes, que podem não refletir exatamente a realidade do mercado. Sendo assim, a capacidade dos consumidores de acessar e avaliar informações sobre a qualidade de serviço de maneira apropriada é restrita (OFCOM, 2017a). A Ofcom constatou também que as políticas de prestação de informações sobre a qualidade dos serviços das empresas não eram apropriadas.

A Ofcom argumentou também que a assimetria de informações provavelmente tinha aumentado nos últimos tempos em virtude da expansão das ofertas de pacotes de serviços de telecomunicações, tais como dual-play (telefone fixo e banda larga vendidos juntos) e triple-play (dual-play mais TV). Uma

evidência disso era que as operadoras estavam reduzindo os preços dos serviços de banda larga em relação aos de aluguel de linhas telefônicas, esperando com isso aumentar suas vendas.

O impacto de vieses comportamentais nas decisões dos consumidores também foi objeto de estudo por parte da Ofcom. As principais contribuições nessa área vêm da economia comportamental, uma área relativamente nova das Ciências Econômicas que combina ideias vindas da psicologia com modelos econômicos tradicionais. Diversos tipos de viés no comportamento do consumidor podem reduzir a sua capacidade de negociar preços, qualidade e outras características do serviço. No caso de serviços de telecomunicações, esses vieses podem levar os consumidores a subestimar o valor da qualidade do serviço e distorcer a sua avaliação das ofertas disponíveis e decisões de compra. Por exemplo, nesta literatura há o conceito de “viés de atualidade”, mais conhecido como miopia, que leva os consumidores a se concentrarem nos benefícios imediatos de uma escolha (descontos, por exemplo) e não prestarem atenção aos custos e consequências a longo prazo (qualidade futura do serviço e os possíveis danos de atrasos na instalação do serviços ou uma queda de serviço). A pesquisa de satisfação da Ofcom detectou que as decisões dos consumidores de serviços de telefonia fixa e banda larga entrevistados era fortemente influenciada pelo preço, enquanto outros fatores (confiabilidade ou qualidade do serviço) eram pouco importantes (OFCOM, 2016a). Para o regulador, isso era evidência da distorção provocada pelo viés nas decisões dos consumidores.

Outro viés indentificado pela Ofcom foi o de “excesso de confiança”, que leva os consumidores a desconsiderar alguns custos e cobranças relevantes, tais como custos com interrupções e/ou reparos dos serviços (OFCOM, 2016a). Isso ficou claro na pesquisa de satisfação, que revelou que os consumidores alegavam ser capazes de ficar cerca de 45 dias em média sem serviço de telefonia fixa e 6 dias sem serviço de internet, enquanto aqueles que haviam experimentado uma queda de serviço se tornavam cada vez mais insatisfeitos à medida que aumentava o tempo entre as datas da reclamação e do conserto do serviço. O nível de

insatisfação aumentava significativamente se os consumidores tivessem que esperar mais de três dias pela restauração de seus serviços. Essas ambiguidades nas respostas podem refletir a desconexão entre as expectativas dos consumidores quanto a ficar sem serviço e a experiência real de estar sem eles. Em conclusão, a Ofcom entendeu que essa desconexão aparente poderia distorcer a tomada de decisão do consumidor na hora da compra do serviço, que não refletiria o verdadeiro valor que ele atribuiu à qualidade do serviço (OFCOM, 2016d).

O último fator que poderia reduzir o incentivo econômico para que os provedores atendessem as expectativas de qualidade dos consumidores identificado pela Ofcom foi a dificuldade de troca de provedor.

Conceitualmente, um consumidor racional levaria em conta os benefícios e custos presentes e futuros de trocar de provedor. Quanto maiores as dificuldades, menores seriam os benefícios líquidos da troca e, portanto, menor a probabilidade de troca. Isso se aplica à qualidade do serviço. Se observasse uma queda na qualidade do serviço, o consumidor passaria a considerar a possibilidade de mudar de provedor, se uma alternativa melhor estivesse disponível. Como resultado, os provedores, antevendo a possibilidade de perder clientes e lucros, entregariam serviços de melhor qualidade.

Os danos potenciais aos provedores são menores quando existem barreiras e custos associados à troca de provedor pelo consumidor, o que aumenta a chance de as empresas não precisarem oferecer serviços de boa qualidade. Contratos mais longos, crescimento das ofertas de pacotes de serviços e maior foco dos provedores em atividades de retenção de clientes via contratos e programas de fidelidade aumentam essas barreiras (OFCOM, 2016d). As pesquisas de satisfação confirmaram essa tendência, mostrando que consumidores que sofriam com quedas de serviço em geral não demonstravam muita preocupação com as suas consequências financeiras e resistiam em mudar de operadora.

A última etapa do processo antes da definição final dos valores das compensações aos consumidores foi uma segunda rodada de consultas à indústria. Após levar em consideração as sugestões das empresas, a Ofcom estabeleceu os

valores das compensações automáticas aos consumidores em £8 por dia por queda de serviço, £5 por dia por atraso de instalação e £25 por incidente no caso de agendamentos não cumpridos. A adoção dessas compensações automáticas, segundo cálculos da Ofcom, cobriria nove em cada dez clientes de telefonia fixa e banda larga e geraria benefícios da ordem de aproximadamente £126 milhões por ano aos consumidores, valor muito superior aos £16 milhões que eles recebiam antes (o número de consumidores atingidos também era muito menor) (OFCOM, 2017b).

Os valores finais das compensações automáticas estão na tabela abaixo, onde se observa que a Ofcom acatou parcialmente as propostas de valores da indústria.

Tabela 14 – Compensações Automáticas no Reino Unido

Situação	Proposta Indústria telecom britânica	Ofcom	
		Proposta dos Estudos	Decisão Final
Interrupção de Serviço	£7	£10	£8
Atraso na Instalação	£4	£6	£5
Perda de Agendamento	£20	£30	£25

Fonte: construção própria.

5.7.3 Compensações na Ciência Econômica

Não se encontram nem na teoria microeconômica do consumidor nem na teoria da firma modelos específicos que contemplem os danos ou prejuízos causados ao consumidor por problemas de assimetria de informação como os que discutimos anteriormente. Por outro lado, existe um ferramental de métodos para calcular o bem-estar social e de estudos sobre como ele é afetado quando as condições de um mercado em concorrência perfeita não são satisfeitas, incluindo

os efeitos sobre consumidores e empresas. Na prática não existem mercados que satisfaçam todas essas condições estritamente. No entanto, a concorrência perfeita cumpre o papel de paradigma em relação ao qual outros tipos de mercado (imperfeitos) são comparados.

Uma forma de imperfeição é a existência de informação assimétrica, o que, como discutimos anteriormente, pode levar à queda na qualidade dos serviços de telecomunicações. O primeiro propósito desta seção é realizar uma análise do impacto de problemas de qualidade sobre o bem-estar do consumidor com base em uma adaptação dos métodos já consagrados na teoria microeconômica.

Além da teoria microeconômica tradicional, utilizaremos também a teoria dos jogos, um instrumental que se aplica a mercados de concorrência imperfeita, para estudar a relação entre a empresa regulada e a agência reguladora. A intenção é identificar as condições sob as quais a agência reguladora prefere instituir um mecanismo de compensações automáticas ao invés de um sistema de sanções que pode levar à judicialização do processo.

5.7.3.1 Compensações ao Consumidor sob a Ótica da Teoria Microeconômica

Começaremos a nossa apresentação sobre compensações ao consumidor com uma discussão da situação tradicionalmente analisada na teoria do consumidor, qual seja a de uma mudança de preço. O modelo de maximização de utilidade específica que o consumidor escolhe a cesta de bens que maximiza a sua utilidade (satisfação) sujeito à sua restrição orçamentária (gastos devem ser menores ou iguais à renda), considerando os preços dos bens como dados. A solução desse problema são as quantidades de cada bem ou serviço que o consumidor deseja adquirir, chamadas de demandas marshallianas. Quando as demandas marshallianas são inseridas na função de utilidade do consumidor, obtém-se a sua função de utilidade indireta, que indica como o seu nível de satisfação depende dos preços dos bens e serviços e da sua renda.

O comportamento do consumidor também pode ser modelado pelo lado da minimização do dispêndio necessário para atingir um determinado nível de utilidade, dados os preços praticados na economia e a função de utilidade. Esse é o chamado problema dual do consumidor, ou de minimização do dispêndio. A solução desse problema são as demandas hicksianas, também chamadas de demandas compensadas. Quando as demandas hicksianas são inseridas na função objetivo do consumidor, ou seja, seu gasto total, obtém-se a sua função de dispêndio, que indica como o seu dispêndio depende dos preços dos bens e serviços e do nível de utilidade pré-fixado.

A demanda hicksiana também é chamada de demanda compensada, pois ela reflete a compensação de renda que o consumidor deve receber após uma mudança de preços relativos para deixá-lo com a mesma utilidade anterior. Por exemplo, suponha que a cesta desse consumidor contenha internet banda larga fixa (*blf*) e demais bens e serviços (*blm*). No caso de uma mudança no preço do serviço *blf*, a função dispêndio medirá a variação no dispêndio do consumidor com todos os bens e serviços necessária para que ele mantenha o mesmo nível de satisfação de antes da mudança de preço.

Dois instrumentos muito úteis para medir os impactos de mudanças de preços no bem-estar do consumidor são os conceitos de variação compensada (VC) e variação equivalente (VE). Tanto a VC quanto a VE são calculadas levando em conta o consumo ótimo aos preços iniciais e o consumo ótimo aos novos preços.

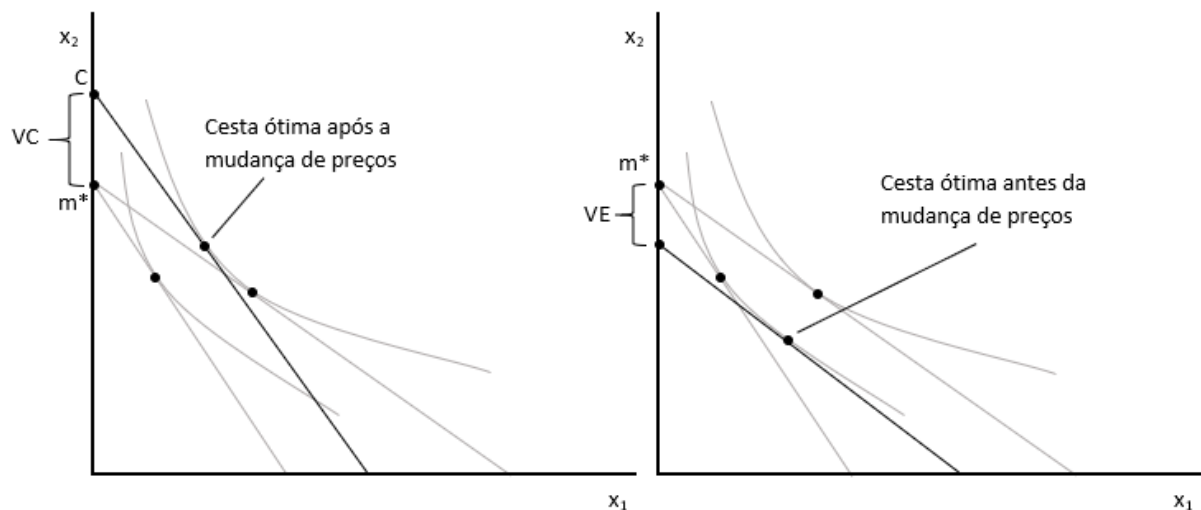
No caso do aumento no preço de um dos bens, a VE é igual à queda de renda, aos preços relativos originais, que o consumidor deveria sofrer para passar da curva de indiferença¹²⁹ em que está localizado o ponto de consumo ótimo original para a curva de indiferença em que está localizado o novo ponto de consumo ótimo. Isso corresponde a deslocar a reta orçamentária original (aquela com inclinação igual à razão de preços original) para baixo de forma paralela até o ponto em que ela é tangente à nova curva de indiferença.

¹²⁹ A curva de indiferença representa todas as cestas de consumo que proporcionam a mesma utilidade (satisfação) ao consumidor.

A VC de um aumento no preço de um dos bens é igual à renda adicional, aos novos preços relativos, que o consumidor deve receber para voltar da curva de indiferença em que está localizado o novo ponto de consumo ótimo para a curva de indiferença em que está localizado o ponto de consumo ótimo original. Isso corresponde a deslocar a nova reta orçamentária (aquela com inclinação igual à nova razão de preços) para cima de forma paralela até o ponto em que ela é tangente à curva de indiferença original.

Os gráficos da figura abaixo ilustram esses dois conceitos.

Figura 16 – Variação Compensada e Equivalente quando há mudança de preços



Fonte: Adaptado de VARIAN (2010).

5.7.3.2 Modelo Microeconômico de Diferenciação por Qualidade

Como vimos acima, os métodos tradicionais da teoria microeconômica não foram desenhados especificamente para analisar variações de qualidade e seus impactos sobre os consumidores. No entanto, eles podem ser adaptados para tal fim, o que faremos nesta seção.

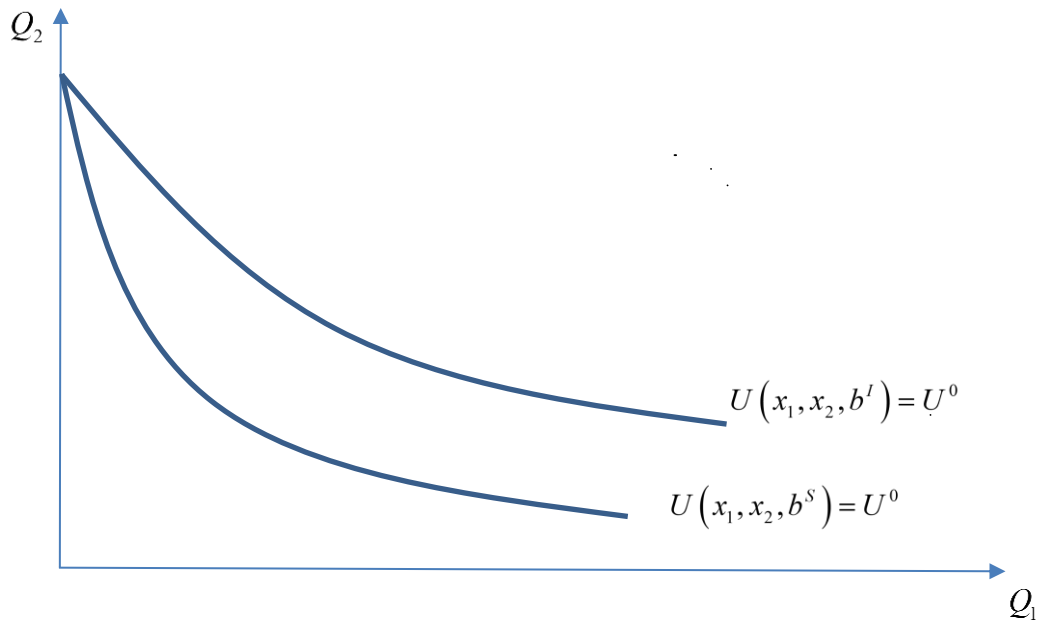
A primeira modificação que deve ser feita no modelo tradicional é acrescentar à função de utilidade do consumidor uma variável que represente a qualidade do bem ou serviço. Isso significa que, além das quantidades consumidas dos bens e serviços que fazem parte da sua cesta de consumo, o nível de satisfação do consumidor também depende da qualidade desses bens e serviços (BOCKSTAEL e MCCONNELL, 1991). A solução do problema de maximização da utilidade do consumidor serão as demandas marshallianas, que agora serão afetadas pelas medidas de qualidade dos bens e serviços, além de seus preços e da renda do consumidor.

De maneira semelhante, as demandas hicksianas, que são a solução do problema dual do consumidor de minimizar o seu dispêndio, serão afetadas pelas qualidades dos bens e serviços, além dos seus preços e do nível de utilidade a ser atingido.

A análise que faremos a seguir considera o caso mais simples de apenas dois bens, o que permite a visualização em duas dimensões (uma discussão mais técnica sobre a teoria microeconômica das compensações pode ser encontrada no Apêndice). Na figura abaixo, o consumidor escolhe as quantidades a serem consumidas do bem 1 (Q_1) e do bem 2 (Q_2). O bem 2 é um bem numérico. A curva de indiferença $U(x_1, x_2, b^s) = U^0$ contém todas as cestas de consumo em que o consumidor obtém uma utilidade igual a U^0 quando o bem 1 tem uma qualidade superior, dada por b^s . A curva de indiferença $U(x_1, x_2, b^l) = U^0$ contém todas as cestas de consumo em que o consumidor obtém uma utilidade igual a U^0 quando o bem 1 tem uma qualidade inferior, dada por b^l . Observe que, se fixarmos o consumo do bem 2 em um determinado nível, o consumo do bem 1 será maior na curva de indiferença $U(x_1, x_2, b^l)$ do que na curva $U(x_1, x_2, b^s)$. Isso ocorre porque, para manter o mesmo nível de utilidade, o consumidor precisa consumir mais do bem 1 do que consumia antes da queda de qualidade. No caso de um serviço de voz, por exemplo, podemos pensar na queda de qualidade como o aumento na frequência de quedas de chamada. Para compensar, o consumidor terá que fazer

mais chamadas, o que significa aumentar a quantidade usada do serviço. No caso de banda larga, a queda de qualidade pode estar associada a uma diminuição na velocidade de download do serviço. Nesse caso, o consumidor terá que ficar mais tempo online para fazer download de vídeos, acessar os seus sites preferidos etc.

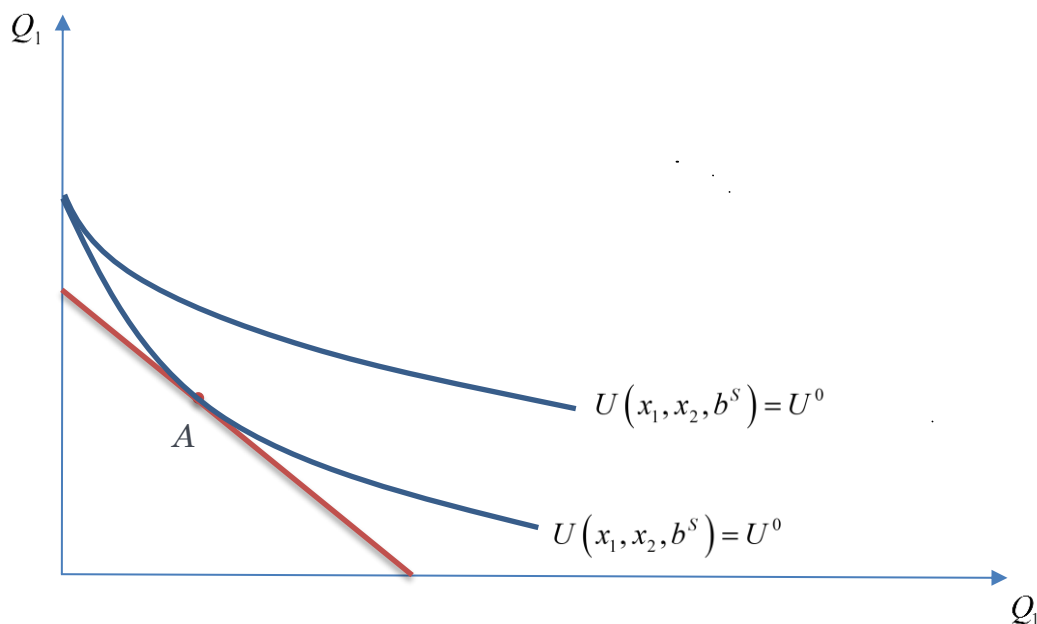
Figura 17 – Curvas de indiferença para mudança de qualidade



Fonte: Elaboração própria.

O próximo passo é adicionar uma reta orçamentária para encontrar o consumo ótimo na situação original, ou seja, antes da queda na qualidade do serviço. Podemos observar na figura abaixo que o consumo ótimo é dado pelo ponto A.

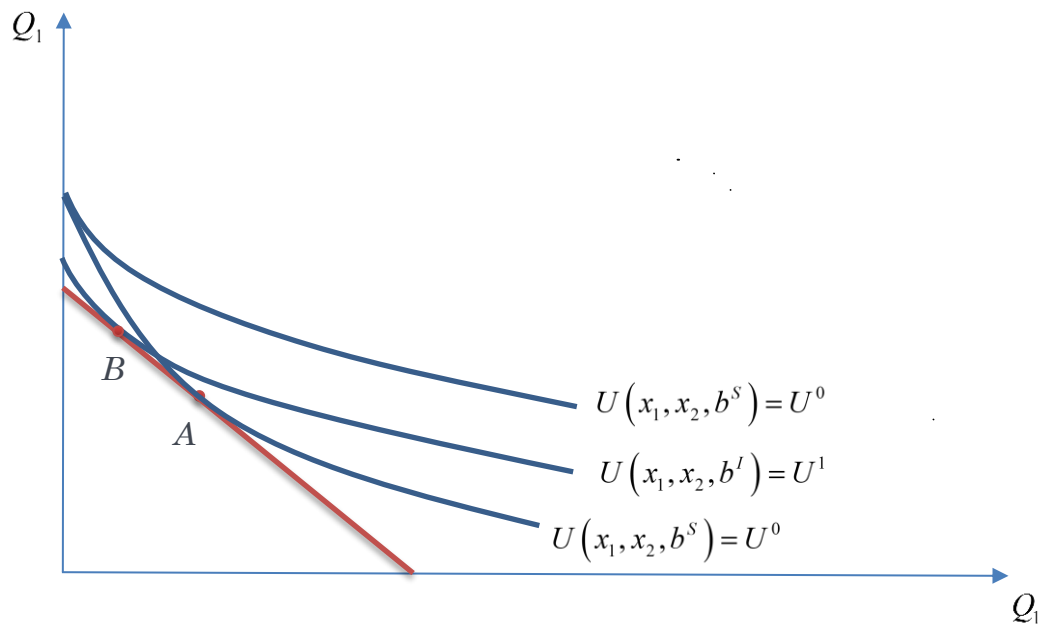
Figura 18 – Consumo ótimo antes da mudança de qualidade



Fonte: Elaboração própria.

Resta agora determinar a cesta de consumo ótimo após a qualidade do bem ter caído de b^s para b^l . Observe que não houve mudança nos preços nem na renda do consumidor. Portanto, a reta orçamentária continua a mesma. Observe também que o consumidor não mais conseguirá atingir o nível de utilidade U^0 . O seu novo nível de utilidade será dado pela curva de indiferença pertencente à família de curvas de indiferença $U(x_1, x_2, b^l)$ que seja tangente à reta orçamentária. Essa curva de indiferença tem um nível de utilidade $U^1 < U^0$, e o novo ponto de consumo ótimo é B , como mostrado na figura abaixo. Podemos observar que o consumidor passa a consumir menos do bem 1 e mais do bem 2.

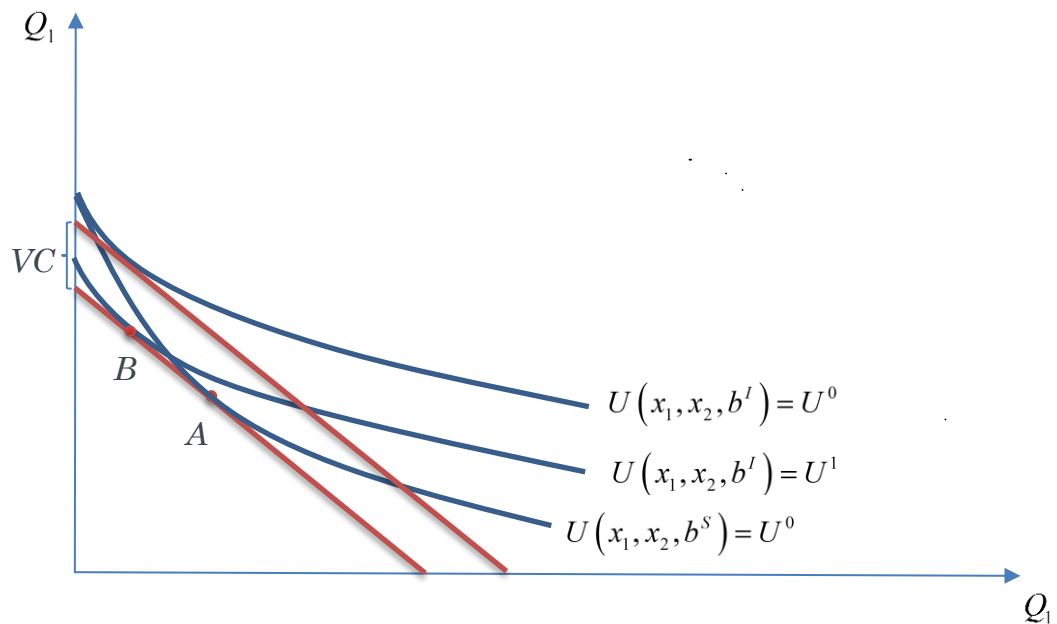
Figura 19 – Consumo ótimo após a mudança de qualidade



Fonte: Elaboração própria.

Queremos agora calcular a variação compensada dessa queda de qualidade. Da mesma forma que no caso de uma mudança de preço, o objetivo é fazer com que o consumidor volte ao seu nível de utilidade original por intermédio de uma transferência de renda. A próxima figura mostra como isso pode ser feito por meio de um deslocamento da reta orçamentária para cima. A variação compensada (VC) é igual à distância entre os interceptos verticais das duas retas orçamentárias.

Figura 20 – Variação compensada de uma mudança de qualidade

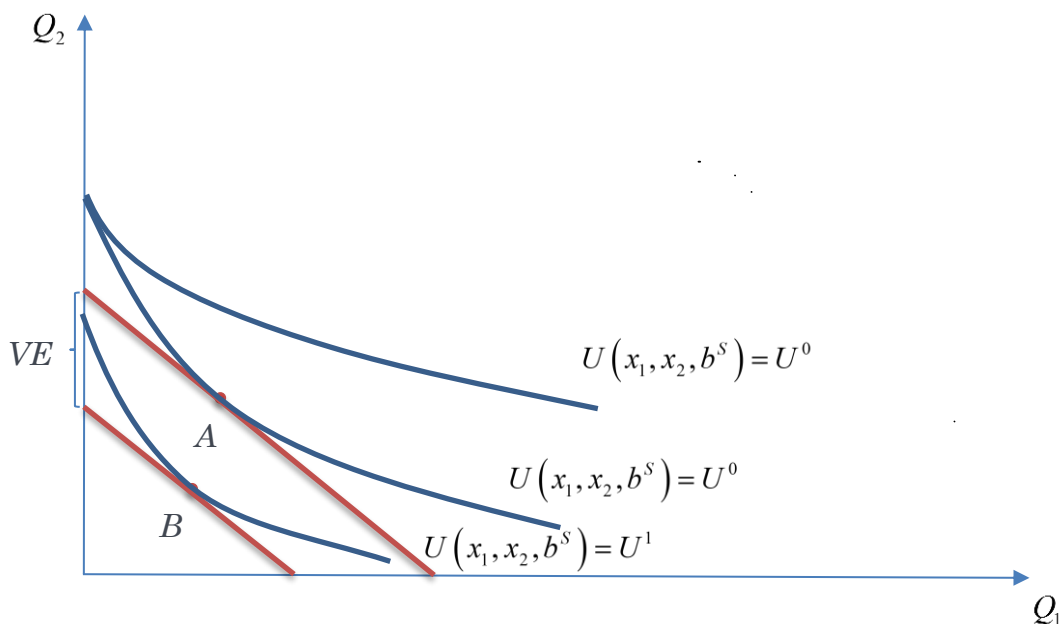


Fonte: Elaboração própria.

Observe a analogia com o caso de mudança de preço. As curvas de indiferença consideradas na figura acima são aquelas para as quais o nível de qualidade é b^l , ou seja, o novo nível de qualidade, o que é similar a considerar a nova razão de preços no cálculo da variação compensada para uma mudança de preço.

Passemos agora à variação equivalente. O objetivo é calcular a queda de renda que o consumidor precisa sofrer para que a sua utilidade diminua de U^0 para U^1 . A figura abaixo ilustra o procedimento. Observe novamente a analogia com o caso da mudança de preço. Agora as curvas de indiferença consideradas são as que correspondem à qualidade original, da mesma forma que a variação equivalente da mudança de preço é calculada à razão de preços original.

Figura 21 – Variação equivalente de uma mudança de qualidade



Fonte: Elaboração própria.

A variação equivalente (VE) é igual à distância entre os interceptos verticais das retas orçamentárias tangentes às curvas de indiferença $U(x_1, x_2, b^s) = U^0$ e $U(x_1, x_2, b^s) = U^1$.

A interpretação das medidas de variação compensada e variação equivalente é a seguinte:

- Variação compensada: O consumidor sofre uma perda de utilidade devido à queda na qualidade do serviço. No momento pós-mudança, ou seja, após a qualidade do serviço já ter caído, quanto dinheiro ele teria que receber para ter o mesmo nível de utilidade/satisfação de antes da mudança?
- Variação equivalente: Ainda não houve a queda na qualidade do serviço. Nesse momento pré-mudança, quanto dinheiro o consumidor precisaria perder para ter o mesmo nível de utilidade/satisfação pós-mudança, ou seja, caso a queda de qualidade tivesse ocorrido?

A análise que acabamos de realizar, embora bastante técnica, tem grande potencial de aplicação na medição dos níveis adequados de compensação ao consumidor por danos causados por problemas de qualidade nos serviços de telecomunicações. O método de avaliação contingente, por exemplo, pode ser utilizado para calcular tanto a VC quanto a VE. Esse método baseia-se na aplicação de questionários em que os consumidores são perguntados sobre as suas preferências em relação a um determinado bem. No caso da queda de qualidade de um serviço de telecomunicações, a VE seria medida pela disposição a pagar do consumidor para evitar a diminuição de utilidade associada à queda da qualidade, enquanto a VC seria medida pela disposição a receber do consumidor para aceitar o nível de utilidade menor associado à qualidade mais baixa (AHLHEIM e BUCHHOLZ, 2000).

O regulador do Reino Unido, Ofcom, utilizou o método de avaliação contingente para obter estimativas das compensações automáticas que as operadoras deveriam pagar aos consumidores quando fossem verificados determinados tipos de falha na provisão dos serviços de telecomunicações.

Uma das vantagens de usar o método de avaliação contingente nos moldes do que foi feito no Reino Unido é que ele produz um intervalo de estimativas que leva em consideração a possibilidade de os consumidores não revelarem suas verdadeiras disposições a pagar e a receber. Como, em geral, as pessoas tendem a subestimar a sua disposição a pagar e a superestimar a sua disposição a receber, a compensação automática (CA) adequada deve satisfazer as desigualdades $CA \geq VE$ e $CA \leq VC$.

5.7.3.3 Comportamento Estratégico das Firms e da Agência Reguladora

Utilizaremos um jogo sequencial para estudar a interação entre a agência reguladora e a empresa regulada quando a agência precisa escolher um

mecanismo que promova a prestação de serviços de telecomunicações de qualidade.

A firma regulada tem como objetivo maximizar o seu lucro, enquanto a agência reguladora quer maximizar o bem-estar do consumidor¹³⁰. O jogo começa com a decisão do regulador, que pode escolher entre instituir ou não um mecanismo de compensação automática ao consumidor, pelo qual a firma regulada é obrigada a ressarcir o consumidor por danos causados por quedas de qualidade. Isso pode ser realizado, na prática, pela criação de um regulamento estabelecendo padrões mínimos de qualidade dos serviços, bem como as infrações e as respectivas compensações financeiras pelo não atingimento desses níveis mínimos. Após tomar conhecimento da decisão do regulador, a firma regulada decide se realiza ou não os investimentos necessários para alcançar os níveis mínimos de qualidade exigidos.

O lucro da firma regulada depende tanto da sua ação quanto da ação do regulador. Se a firma não realizar investimentos e não tiver que pagar compensações aos consumidores, seu lucro será L . Se ela tiver que pagar compensações, seu lucro será $L - C$, onde C é o valor das compensações. A terceira possibilidade é que seu lucro seja igual a $L - I$, o que ocorre se a firma realizar investimentos de valor I para prestar o serviço com a qualidade exigida pelo regulador.

A recompensa recebida pela agência reguladora é dada pelo bem-estar do consumidor, como mencionamos acima. A ordem das preferências dos consumidores, e, por extensão, da agência reguladora, é dada por:

Qualidade superior > **Qualidade inferior com compensação** > **Qualidade inferior sem compensação**

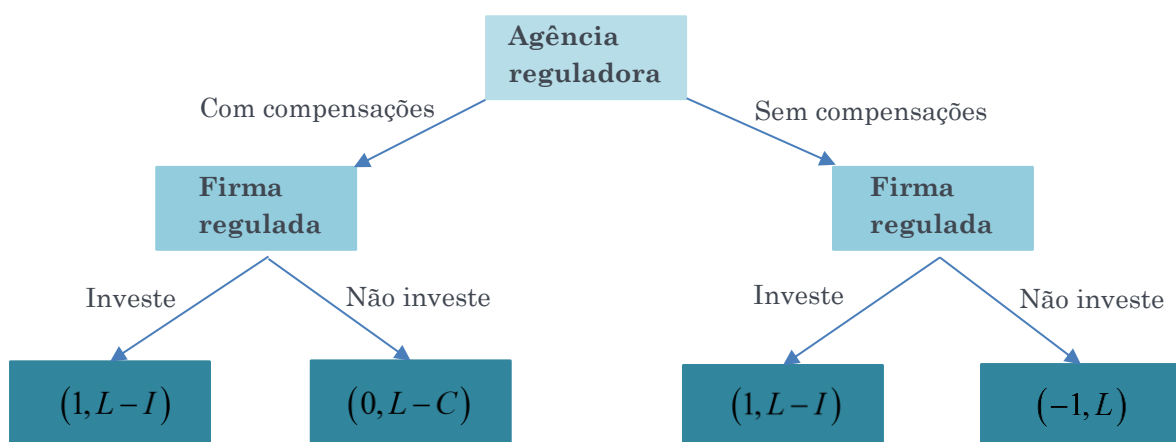
Isso significa que o consumidor prefere receber um serviço de qualidade superior (ou seja, que atende o padrão mínimo de qualidade) a ser compensado por um serviço de qualidade inferior (ou seja, que não atende o padrão mínimo de

¹³⁰ O regulador também deve zelar pelo equilíbrio econômico-financeiro da empresa, mas não incorporaremos essa restrição à nossa análise.

qualidade), e que prefere este último a receber um serviço de qualidade inferior e não ser compensado. Essa ordem de preferências será representada no jogo pelos números 1, 0 e -1 , respectivamente.

O jogo sequencial que acabamos de descrever, que podemos chamar de “jogo de qualidade”, está representado abaixo na forma extensiva, também conhecida como árvore do jogo:

Figura 22 – Jogo de qualidade entre a agência reguladora e a firma regulada

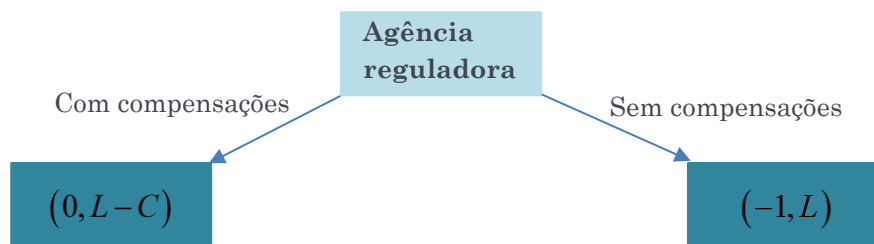


Fonte: Elaboração própria.

O equilíbrio de Nash do jogo pode ser encontrado pelo método de indução reversa (GIBBONS, 1992). Primeiramente, determinamos as escolhas da empresa regulada, que age por último. No nó de decisão da esquerda, que corresponde à situação em que a agência reguladora escolheu instituir um mecanismo de compensações, a empresa regulada obterá um lucro igual a $L - I$ se investir, e $L - C$ se não investir, preferindo o maior valor entre eles. Portanto, ela investirá se $C > I$. No nó da direita, a empresa regulada obterá um lucro igual a $L - I$ se investir, e L se não investir. Evidentemente, ela preferirá não investir.

Consideremos primeiramente a situação em que $C < I$. Nesse caso a empresa decidirá não investir se tiver que tomar uma decisão no seu nó da esquerda, e o jogo pode ser reduzido à seguinte árvore abaixo:

Figura 23 – Solução do jogo usando indução reversa quando $C < I$

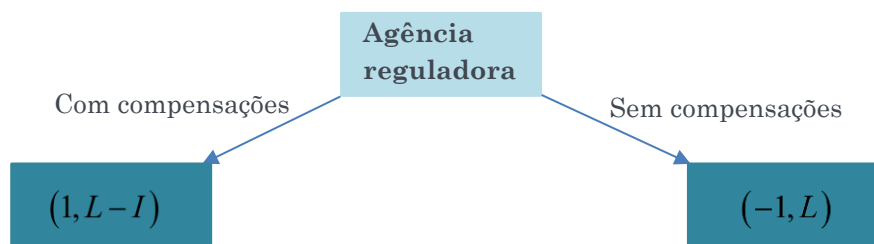


Fonte: Elaboração própria.

A escolha ótima da agência reguladora é, evidentemente, instituir um mecanismo com compensações. Portanto, no equilíbrio de Nash do jogo sob a condição $C < I$, a agência reguladora cria um mecanismo de compensações e a empresa regulada não faz investimentos.

Consideremos agora o caso em que $C > I$. O jogo reduzido é apresentado abaixo. Observe que agora a firma regulada decide investir quando se encontra no nó da esquerda.

Figura 24 – Solução do jogo usando indução reversa quando $C > I$



Fonte: Elaboração própria.

A estratégia da agência reguladora no equilíbrio de Nash continua a mesma, ou seja, criar o mecanismo de compensações, mas a empresa agora prefere investir para atingir o padrão de qualidade.

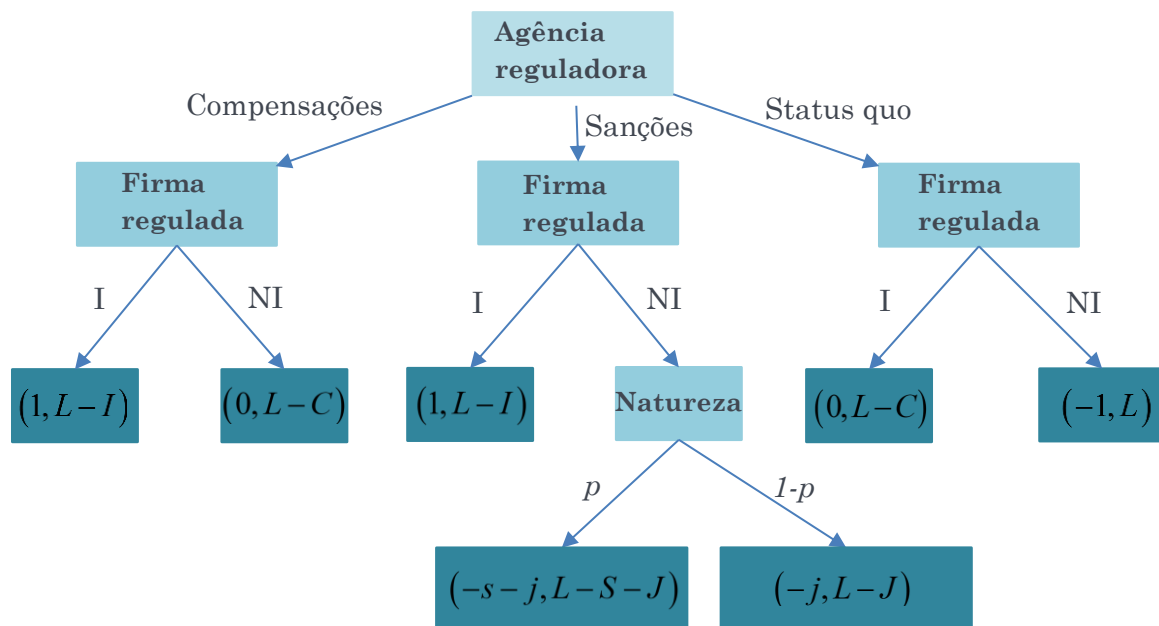
Embora no âmbito do nosso jogo simplificado a agência reguladora não tenha que tomar uma decisão sobre o valor das compensações C , podemos pensar

nos seguintes termos: A agência reguladora pode escolher o jogo que ela quer jogar, ou seja, ela pode fixar o valor das compensações em um nível alto o suficiente para que $C > I$ e jogar o jogo cuja solução é apresentada na figura acima, ou usar um valor mais baixo tal que $C < I$ e jogar o jogo cuja solução é apresentada na Figura 23 – Solução do jogo usando indução reversa quando . No primeiro caso, o valor da sua recompensa é 1, enquanto no segundo, esse valor é 0. Isso significa que a agência reguladora procurará estabelecer o valor das compensações em um nível alto o suficiente para que a empresa prefira investir em um serviço de mais alta qualidade.

Uma modificação interessante do jogo entre o regulador e a firma regulada amplia o conjunto de opções disponíveis para o regulador. Esse modelo mais complexo, em que o regulador pode escolher entre o status quo, um sistema de sanções tradicional e um mecanismo de compensações ao consumidor é apresentado a seguir.

No novo jogo entre a agência reguladora e a firma regulada, há duas alterações em relação ao jogo apresentado anteriormente. A agência reguladora tem agora três opções: Manter o status quo, ou seja, não tomar nenhuma providência para melhorar a qualidade dos serviços de telecomunicações, instituir um sistema tradicional de sanções às empresas, que pode levar à judicialização do processo, ou criar um sistema de compensações automáticas aos consumidores por danos causados por problemas de qualidade. As opções disponíveis para a empresa regulada continuam as mesmas, ou seja, investir ou não investir, mas se o regulador decidir instituir um sistema de sanções e a empresa não investir, o jogo continuará com a judicialização do processo. A empresa incorrerá os custos legais de recorrer ao sistema judiciário e poderá vencer o processo ou não, o que introduz incerteza na sua decisão. A árvore desse novo jogo está na figura abaixo:

Figura 25 – Novo jogo de qualidade entre a agência reguladora e a firma regulada



Fonte: Elaboração própria.

I = Investe, NI = Não investe

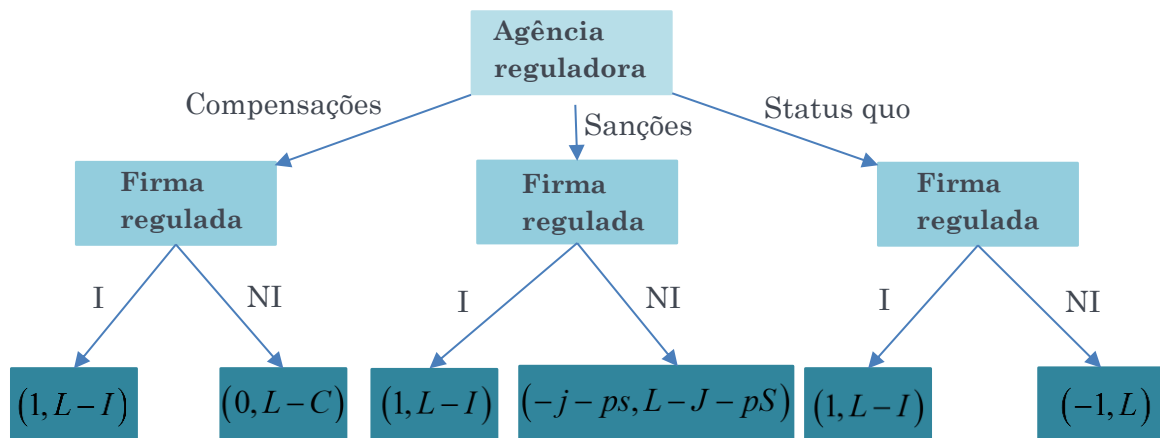
Observe que a sequência de decisões em que o regulador institui um sistema de sanções e a empresa não investe deságua em um nóculo que representa a natureza. É padrão em teoria dos jogos tratar um evento estocástico como um movimento da natureza.

Caso o resultado do processo judicial seja desfavorável à empresa, o que acontece com probabilidade p , o lucro da empresa será $L-S-J$, onde S é o valor das sanções impostas à empresa e J é o pagamento de advogados e outras despesas legais. Já a recompensa para o regulador será igual ao bem-estar do consumidor, $-1 < -s < 0$, menos os gastos da agência durante o processo judicial, que representamos por j . Fazemos a hipótese de que $-s-j > -1$, ou seja, a recompensa da agência quando a sanção à empresa é mantida pela justiça é maior do que a sua recompensa quando a empresa não presta um serviço de qualidade e não é penalizada por isso.

Caso o resultado do processo judicial seja favorável à empresa, o que acontece com probabilidade $1-p$, o lucro da empresa será $L-J$, e a recompensa do regulador será $-j$.

Passamos agora à solução do jogo por indução reversa. O lucro esperado da empresa se ela decidir não investir quando o regulador optar por sanções é $p(L-S-J)+(1-p)(L-J)=L-J-pS$, o que reduz o jogo à árvore abaixo. Observe que a recompensa esperada do regulador nesse caso é $p(-s-j)+(1-p)(-j)=-j-ps$.

Figura 26 – Solução do novo jogo usando indução reversa – Parte 1

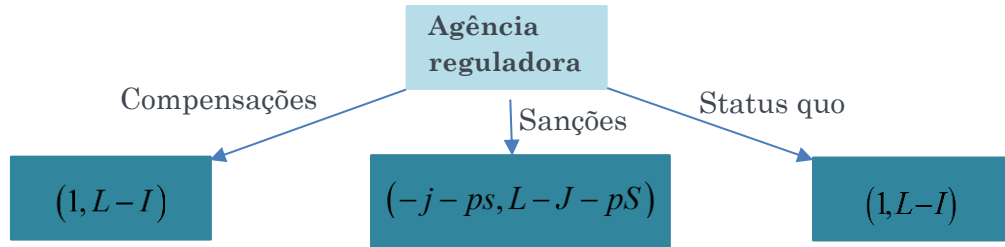


Fonte: Elaboração própria.

Há quatro situações a considerar, dados pelas seguintes combinações: (a) $L-J-pS > L-I$ e $C > I$, (b) $L-J-pS > L-I$ e $C < I$, (c) $L-J-pS < L-I$ e $C > I$ e (d) $L-J-pS < L-I$ e $C < I$. Apresentaremos a solução do jogo apenas para os casos (a) e (d), que trazem os resultados mais interessantes.

Se $L-J-pS > L-I$, ou seja, $J+pS < I$, a firma decidirá não investir quando se encontrar no seu nó do meio. Isso ocorre quando a soma dos seus custos legais com o valor esperado da multa (sanção) é menor do que o custo dos investimentos para prestar um serviço de qualidade. Nesse caso, e sob a hipótese de que $C > I$, o jogo reduz-se à árvore abaixo:

Figura 27 – Solução do novo jogo usando indução reversa – Parte 2, quando $J + pS < I$ e $C > I$.

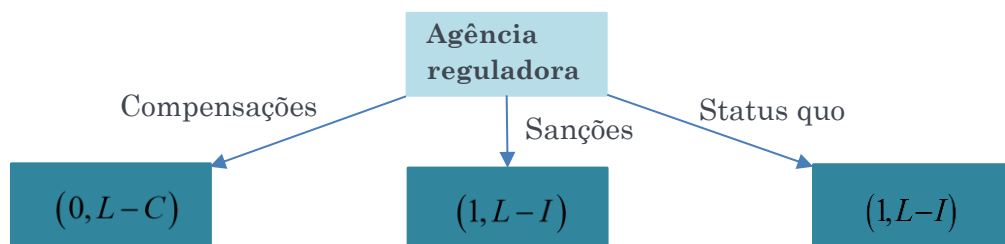


Fonte: Elaboração própria.

Com base no jogo reduzido acima, concluímos que a agência reguladora escolherá o sistema de compensações, já que isso lhe proporciona a recompensa mais alta possível.

Consideremos agora a situação em que $J + pS > I$. Sob a hipótese de que $C < I$, o jogo reduzido passa a ser o apresentado na figura abaixo:

Figura 28 – Solução do novo jogo usando indução reversa – Parte 2, quando $J + pS > I$ e $C < I$.



Fonte: Elaboração própria.

A melhor escolha para o regulador é o sistema de sanções. Isso ocorre sob duas condições: o valor das compensações que a empresa teria que pagar aos consumidores é menor do que o seu custo de realizar os investimentos necessários para atender os padrões de qualidade, e este custo, por sua vez, é menor do que a

soma do valor esperado da multa com os gastos da empresa com o processo judicial.

5.7.4 Construção de um “Modelo-Exemplo”

Elaboraremos um modelo que pode servir de referência para a Anatel elaborar diretrizes para implementação de mecanismos de compensação automática. O objetivo é contribuir com o processo de aprimoramento contínuo da regulação da qualidade dos serviços de telecomunicações no Brasil, cuja adição mais recente é o Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações – RQUAL.

De acordo com o RQUAL, a interrupção é definida como a “paralisação do serviço de telecomunicações decorrente de qualquer falha na rede da prestadora que impeça a fruição do serviço, **excluindo-se os casos de falha individual do acesso de usuário**” (grifo nosso). Como fica claro no artigo 32, todos os usuários afetados por um mesmo evento de interrupção têm direito a ressarcimento:

“As prestadoras deverão prover automaticamente o ressarcimento aos usuários prejudicados por interrupções dos serviços até o segundo mês subsequente ao evento, respeitando o ciclo de faturamento, de forma proporcional ao tempo interrompido e ao valor correspondente ao plano de serviço contratado pelo usuário, conforme disposto no Manual Operacional.

§ 1º Para fins do ressarcimento previsto no caput, serão desconsideradas as Interrupções programadas realizadas dentro do período entre 0 h (zero hora) e 6 h (seis horas) para a planta interna e entre 6 h (seis horas) e 12 h (doze horas) para a rede externa.

§ 2º Caso não atendido o prazo estabelecido no caput, configura-se cobrança indevida e a prestadora deverá efetuar a devolução dos valores em dobro ao usuário.”

Essa abordagem agregada está presente também na metodologia de aferição da qualidade dos serviços prestados definida no RQUAL. Ela baseia-se em métricas que são calculadas por serviço, no município, na Unidade da Federação e/ou no país como um todo¹³¹. São três índices, o Índice de Qualidade do Serviço (IQS), o Índice de Reclamações do Usuário (IR) e o Índice de Qualidade Percebida (IQP), alguns indicadores informativos e um Selo de Qualidade, que classifica as empresas a partir de uma composição desses índices.

Outro regulamento que dispõe sobre os direitos dos consumidores é o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC, aprovado pela Resolução nº 632, de 7 de março de 2014 (ANATEL, 2014). Em seu Art. 3º, o RGC lista os direitos dos consumidores, que incluem o direito à reparação pelos danos causados pela violação dos seus direitos e a não ter cobrado qualquer valor alheio à prestação do serviço de telecomunicações sem autorização prévia e expressa (ANATEL, 2014).

Destacamos os direitos acima por duas razões. Em primeiro lugar, eles se referem a situações em que o prejuízo ao consumidor decorre de um evento que o afeta particularmente, ao contrário dos eventos de efeito coletivo de que trata o RQUAL. Em segundo lugar, o ressarcimento por cobrança indevida é o único tipo de compensação de que o RGC trata explicitamente. Em seu Art. 85, ele estabelece que o consumidor que efetuar pagamento de quantia cobrada indevidamente tem direito à devolução de um valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros. Esse ressarcimento deve ser feito por meio de abatimento no documento de cobrança seguinte, créditos ou pagamento via sistema bancário, a critério do consumidor. Há também a determinação, no Art. 88, de que os documentos de cobrança pagos em duplicidade tenham os seus valores devolvidos por meio de abatimentos no documento de cobrança seguinte à

¹³¹ De acordo com o parágrafo único do Art. 1º do Anexo I do RQUAL: “Em caso de viabilidade, os indicadores poderão ser aferidos em granularidade inferior a municipal para os municípios com população superior a 2 milhões de habitantes segundo estimativas do IBGE.”

identificação do fato, sendo ressalvado o direito do consumidor de exigir o pagamento via sistema bancário (ANATEL, 2014).

Concluimos, portanto, que, à exceção das disposições do RGC discutidas acima, a Anatel tem privilegiado a avaliação agregada do desempenho das operadoras e dos danos aos consumidores. Esse é certamente um enfoque importante e apropriado para o atual estágio do setor de telecomunicações no Brasil, mas é preciso estar atento à evolução e às tendências da regulação de qualidade em outros países.

Há vários reguladores que já criaram metodologias de compensação dos consumidores por danos individuais causados por problemas de qualidade. Dentre esses, a Ofcom do Reino Unido é a que está em um estágio mais avançado, tendo desenhado e implementado pesquisas de satisfação do consumidor e usado técnicas estatísticas para calcular, a partir dos dados obtidos nessas pesquisas, as compensações apropriadas.

Os problemas de qualidade de serviço considerados pela Ofcom foram os seguintes: atrasos nos reparos solicitados após interrupção do serviço, atrasos na instalação de serviços e não cumprimento de atendimentos agendados. A Ofcom entendia que os danos oriundos desses problemas se prestavam à compensação automática porque podiam ser definidos objetivamente e mensurados com confiança. Os valores das compensações automáticas por danos foram estabelecidos em 10 libras esterlinas por dia para quedas de serviço, 6 libras esterlinas por dia para atrasos em instalações de serviço e 30 libras esterlinas por incidente de atendimento agendado não realizado.

Um dos métodos utilizados pela Ofcom para chegar ao valores acima é o da avaliação contingente. Esse método é apropriado quando não existe um mercado onde o atributo que se quer mensurar é negociado, como no caso da interrupção de serviço ou do atraso na instalação de um serviço. Esse método é baseado em pesquisas que perguntam às pessoas entrevistadas qual o valor que estariam dispostas a pagar para evitar uma determinada situação, como uma queda da

qualidade do serviço, ou o valor que estariam dispostas a receber como compensação por aceitar serem expostas a essa situação.

À luz da experiência mundial que descrevemos neste relatório, acreditamos que a Anatel deva começar a preparar-se para a futura implementação de mecanismos de compensação automática aos consumidores por danos causados por problemas de qualidade na prestação dos serviços. Contudo, a compensação automática não é uma solução apropriada em todos os casos, como quando há dificuldade de identificar os consumidores afetados ou a necessidade de realização de investimentos de longo prazo na rede do provedor para solucionar o problema. Essa pode ser uma das razões pelas quais a Anatel ainda não enveredou por esse caminho. Também é preciso levar em consideração possíveis exceções à regra, como eventos de 'força maior', incluindo greves e condições climáticas severas, e o impacto da compensação automática sobre a concorrência no setor.

Apresentamos a seguir um exemplo em que os problemas descritos acima não estão presentes e que pode servir de modelo de implementação de um mecanismo de compensação automática para a Anatel. A tabela abaixo lista os seus principais aspectos.

Tabela 15 – Modelo-exemplo

Quesito	Resposta
Tipo de problema	Atraso na instalação de acesso de banda larga fixa
Usuários atingidos	Consumidores residenciais que contrataram serviço de banda larga fixa
Coleta de dados	Pesquisa de satisfação dos consumidores
Tipo de compensação	Compensação automática
Metodologia	Estimativa dos danos causados ao consumidor com base no método de avaliação contingente

Fonte: Elaboração própria

O primeiro passo no desenho de um mecanismo de compensação automática aos consumidores residenciais de banda larga fixa que sofrerem atrasos na instalação do acesso é a elaboração das perguntas a serem incluídas na Pesquisa de Satisfação e Qualidade Percebida da Anatel. Essas perguntas devem elicitar a disposição a pagar e a disposição a receber dos consumidores por atrasos na instalação.

De acordo com o método da avaliação contingente, pelo menos dois cenários devem ser apresentados aos entrevistados. No caso da instalação de um serviço, o primeiro cenário poderia descrever a situação atual, ou seja, o tempo médio de instalação daquele tipo de serviço, e o segundo cenário, um prazo de instalação menor. Outros cenários poderiam ser adicionados, dependendo dos objetivos da pesquisa.

Uma possível maneira de estruturar a pergunta de forma que ela inclua os dois cenários é a seguinte:

Pergunta: O tempo médio de instalação de um acesso de banda larga fixa no seu município é de X dias (a partir do momento em que a instalação é agendada). Quanto você estaria disposto a pagar para que a instalação fosse realizada Y dias antes do prazo?

Na pergunta acima, o consumidor precisa pensar em quanto ele pagaria por um benefício, no caso, a instalação em um prazo mais rápido. Outra opção é perguntar quanto ele estaria disposto a pagar para evitar um malefício, como na pergunta abaixo:

Pergunta: O tempo médio de instalação de um acesso de banda larga fixa no seu município é de X dias (a partir do momento em que a instalação é agendada). Quanto você estaria disposto a pagar para evitar que a instalação fosse realizada Y dias após o prazo?

Perguntas semelhantes poderiam ser utilizadas para elicitar a disposição a receber do consumidor para não ter um benefício ou aceitar um malefício.

Pergunta: O tempo médio de instalação de um acesso de banda larga fixa no seu município é de X dias (a partir do momento em que a instalação é agendada). Suponha que seja possível que a instalação ocorra Y dias antes do prazo. Quanto dinheiro você precisaria receber como compensação para não ter esse benefício?

Pergunta: O tempo médio de instalação de um acesso de banda larga fixa no seu município é de X dias (a partir do momento em que a instalação é agendada). Quanto dinheiro você precisaria receber para aceitar que a instalação fosse realizada Y dias após o prazo?

Como mencionamos anteriormente, é importante medir tanto a disposição a pagar (DP) quanto a disposição a receber (DR). As pessoas tendem a subestimar a sua disposição a pagar e a superestimar a sua disposição a receber, o que significa que a compensação automática (CA) deve satisfazer as desigualdades $CA \geq DP$ e $CA \leq DR$. Isso nos permite criar um intervalo de valores para a compensação automática.

É importante também ressaltar que a Pesquisa de Satisfação e Qualidade Percebida da Anatel já inclui perguntas sobre instalações de acessos, como consta do glossário para o segmento de banda larga fixa¹³². São elas:

- F1: Descreve se o usuário solicitou instalação de internet fixa em seu endereço atual nos 6 meses anteriores à pesquisa.
- F2_1: Notas atribuídas ao tempo de espera entre a solicitação de instalação e a visita do técnico.
- F2_2: Cumprimento do prazo acordado para instalação.
- F2_3: Qualidade da instalação do serviço.

Como podemos perceber, as perguntas que constam da pesquisa atual não são apropriadas para medir a disposição a pagar ou a disposição a receber do consumidor. Sendo assim, seria necessária a adição de novas perguntas à

¹³² Esse glossário está disponível na página <https://www.anatel.gov.br/consumidor/pesquisa-de-satisfacao-e-qualidade>.

Pesquisa de Satisfação e Qualidade Percebida, bem como uma revisão da metodologia de amostragem para determinar se há necessidade de modificar alguns parâmetros.

Uma vez contabilizadas as respostas dos consumidores entrevistados, seria realizada uma análise de inferência estatística para determinar a significância e a precisão das estimativas. A etapa final envolveria a definição do valor da compensação automática com base nessas estimativas e possivelmente outros métodos e fontes de informações, a critério da Anatel.

É importante enfatizar que a utilização de um mecanismo de compensações automáticas tem a vantagem de aumentar o incentivo para que a operadora cumpra as suas obrigações e aumente a qualidade do serviço prestado, o que está alinhado aos objetivos da regulação responsiva.

De acordo com a teoria da regulação responsiva, a sanção é parte do processo apenas como uma ameaça de escalonamento punitivo, cujo objetivo é dissuadir o regulado de adotar posturas que acarretem a aplicação da punição. Ela parte do pressuposto de que a sanção não orienta a conduta da grande maioria dos regulados, e tem por finalidade manter o maior número possível deles na base da pirâmide de *compliance* (COUTINHO, OLIVEIRA e FERREIRA, 2019). Nesse sentido, a compensação automática é mais eficaz do que compensações que exigem que o consumidor tome a iniciativa de defender seus direitos. Em outras palavras, a compensação automática tem efeito dissuasório mais forte, já que aumenta a probabilidade de a operadora ser sancionada por falhas na prestação do serviço.

5.8 Regulação Responsiva à Luz da Teoria Econômica e Uma Proposta de Pirâmide de Compliance

A presente seção tem por objetivo apresentar uma abordagem teórica para o tema regulação responsiva sob a perspectiva da Ciência Econômica, incluindo um modelo de teoria dos jogos representando a relação entre regulador e regulado.

Faremos inicialmente uma exposição sucinta da Teoria Econômica aplicável à Regulação Responsiva, demonstrando como os princípios desse tipo de regulação podem ser explicados por elementos teóricos dos campos da Economia do Crime e da Violência, Economia Comportamental e Teoria dos Jogos.

Em seguida, apresentaremos um jogo entre regulador e regulado em que o primeiro pode adotar princípios de regulação responsiva para induzir o segundo ao *compliance*. Por fim, utilizaremos esse jogo para embasar nossa proposta de Pirâmide de Compliance, que pode ser pensada como elemento de um modelo de atuação responsiva com potencial para ser adotado por entes reguladores brasileiros, incluindo a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel.

5.8.1 Regulação Responsiva à Luz da Teoria Econômica

Conforme vimos no tópico anterior, a regulação responsiva surge do debate entre os defensores de uma regulação estatal forte e aqueles que preferem a desregulação. Seu princípio é de que a punição deixe de ser a principal ferramenta para obter a conformidade dos regulados. Ela cria formas de persuasão, diminuindo a rigidez na aplicação de sanções e incentivando as firmas a buscar os objetivos regulatórios (AYRES e BRAITHWAITE, 1992). É possível encontrar na Economia alguns modelos que tratam do comportamento de agentes na presença de mecanismos de persuasão e punição.

A teoria da Economia do Crime e da Violência, que se tornou mais conhecida a partir de BECKER (1968), baseia-se nos modelos neoclássicos para analisar o comportamento racional de indivíduos (e firmas) que cometem crimes ou infringem regras. Com o avanço da chamada Economia Comportamental, aumentou o entendimento de como esses agentes reagem a mecanismos de persuasão, o que levou à criação de novas ferramentas de *compliance*, especialmente na área de execução fiscal.

Outra ferramenta muito utilizada na análise da relação entre regulador e regulado é a Teoria dos Jogos, que modela essa relação do ponto de vista da interação estratégica.

Faremos a seguir uma breve apresentação dessas teorias econômicas e construiremos um jogo representando o comportamento de regulador e regulado em um ambiente de pirâmide de *compliance*.

5.8.1.1 A Economia do Crime e da Violência

A Economia tem um importante papel na análise das ações dos indivíduos e organizações frente às suas obrigações legais. Embora tais relações tenham diversos componentes não observáveis, a análise econômica utiliza modelos que podem ajudar na criação de estratégias melhores no âmbito de políticas de *compliance* (LEVINER, 2009).

Os chamados modelos neoclássicos de análise da conformidade com a lei são baseados nos trabalhos clássicos do utilitarismo, concebidos ainda no século XVIII como forma de modelar o comportamento humano. Através do conceito de utilidade, que pode ser definido como uma medida de bem-estar, os chamados utilitaristas argumentavam que as pessoas agem de modo a maximizar a sua utilidade esperada. O conceito é utilizado na Economia, onde o objetivo dos indivíduos é maximizar sua utilidade levando em consideração as suas preferências e restrições de renda.

Esses conceitos foram utilizados por BECKER (1968), que se contrapôs à ideia de que o comportamento criminoso ocorreria devido a problemas psicológicos, características genéticas ou falta de normas sociais, argumentando que tal comportamento seria racional. A decisão de cometer um crime ocorreria caso a utilidade esperada fosse maior do que a resultante de outras atividades, levando em conta tempo e esforço BECKER (1968). Vale ressaltar que a percepção dos custos e benefícios da atividade criminal pode ser diferente para aqueles que decidem não agir em conformidade com a lei. Becker argumentou que tais agentes teriam, na margem, uma preferência pelo risco.

A abordagem de Becker abre a porta para a possibilidade de dissuasão. Considerando que os indivíduos decidem suas ações de modo racional, uma maior conformidade pode ser alcançada caso a utilidade esperada do crime (ou outro comportamento ilícito) seja menor do que a utilidade esperada de atividades que não sejam criminosas (lícitas). Do ponto de vista das políticas públicas, dois tipos de ação poderiam diminuir atividades criminosas: o aumento da probabilidade de detecção de crimes e da punição aos criminosos. O equilíbrio ótimo entre essas duas medidas poderia diminuir as potenciais atividades criminosas, fazendo da conformidade a melhor escolha racional BECKER (1968).

O trabalho de Becker exerceu influência em diversos estudos relacionados a crimes e conformidade. Uma dessas áreas foi a de conformidade fiscal. Usando a teoria moderna de risco, ALLINGHAM e SANDMO (1972) modelaram os comportamentos de pagadores de impostos como maximizadores de utilidade. Neste caso, os indivíduos alocariam seus recursos em diversas atividades, legalmente declaradas ou não. Resultados semelhantes aos de BECKER (1968) foram encontrados no caso de evasão fiscal: quanto maior a taxa de penalidade e quanto maior a probabilidade de detecção, menor será o nível de evasão. Do ponto de vista do governo, dadas as suas restrições de monitoramento, uma menor probabilidade de detecção de evasão fiscal pode ser compensada por uma maior penalização (ALLINGHAM e SANDMO, 1972).

Entretanto, embora a teoria econômica auxilie bastante na compreensão do comportamento de indivíduos e firmas, a análise empírica pode mostrar algumas de suas limitações. Em alguns casos, pode haver desvios do chamado comportamento racional preconizado pelos modelos neoclássicos ou, ainda, uma maior complexidade nos determinantes dos comportamentos. No caso de evasão fiscal, por exemplo, diversos estudos empíricos seguiram-se à contribuição de ALLINGHAM e SANDMO (1972). Por exemplo, mostra-se que o nível de severidade das punições não tem o mesmo efeito que o aumento da probabilidade de que a não conformidade seja descoberta (KAHAN, 1997). Além disso, punições

raras e extremas têm consequências negativas, tais como uma menor aplicação das regras (KAHAN, 2000) ou uma maior severidade dos crimes (COWELL, 2004).

Ademais, as prescrições teóricas relativas aos efeitos da probabilidade e dos valores da punição sobre o comportamento dos agentes regulados acabam, na prática, remetendo à estratégia de regulação tradicional de comando e controle. Afinal, de acordo com essa perspectiva neoclássica, para induzir o comportamento de compliance dos entes regulados o órgão regulador deve estabelecer altos valores de punição e desenvolver processos de fiscalização complexos e repletos de controles, visando aumentar a chance de detectar irregularidades dos regulados.

Assim, a regulação responsiva pode ser melhor explicada por conceitos mais modernos da teoria econômica, como a Economia Comportamental e a Teoria dos Jogos.

5.8.1.2 As Contribuições da Economia Comportamental

Desvios do comportamento racional padrão dos modelos econômicos podem ser compreendidos com o auxílio da Economia Comportamental, que introduz a Psicologia na modelagem econômica. Algumas das principais contribuições da Economia Comportamental são os conceitos de aversão à perda (KAHNEMAN e TVERSKY, 1979), viés do presente (THALER, 1981) e reciprocidade (FEHR e GÄCHTER, 2000). Aversão à perda significa que a perda de uma determinada quantia monetária causa uma queda maior de utilidade do que o ganho de utilidade de receber a mesma quantia. O viés do presente refere-se à tendência de preferir uma recompensa agora a uma no futuro, o que pode acarretar inconsistência temporal. Já reciprocidade é a ideia de que as pessoas tendem a responder à ação das outras de forma recíproca, o que pode fazer com que elas resolvam punir comportamentos não cooperativos mesmo que isso seja custoso.

Além de buscar uma melhor compreensão sobre a tomada de decisões por parte dos indivíduos, a Economia Comportamental diz que é possível influenciar o comportamento dos agentes por meio do chamado *nudge*. O *nudge* ou “empurrãozinho” é uma sugestão ou reforço que o indivíduo recebe e que pode

influenciar as suas ações, sem que sejam proibidas outras opções ou que os incentivos econômicos sejam mudados de forma significativa (THALER e SUNSTEIN, 2009). Um exemplo de *nudge* aplicado ao caso de evasão fiscal, descrito em HALLSWORTH, LIST, *et al.* (2017), é um experimento realizado no Reino Unido. Ele mostrou que o envio de mensagens aos contribuintes levou a um aumento significativo na conformidade fiscal. Em especial, os maiores aumentos resultaram de mensagens que diziam que os contribuintes que ainda não haviam pago seus impostos faziam parte de uma minoria¹³³. Esse exemplo mostra que mecanismos de “nudge” podem ser aplicados à regulação responsiva, incentivando a cooperação sem o uso de sanções.

O mecanismo de *nudges* é criticado quando ele é usado como forma de “engenharia social”, ou seja, para influenciar as pessoas a comprar, por exemplo, produtos em que inicialmente não tinham interesse. Por outro lado, os *nudges* podem ser utilizados para diminuir falhas de mercado, melhorar a alocação de recursos e economizar recursos governamentais.

A aplicação das lições da Economia Comportamental ao problema da evasão fiscal jogou luz nos fatores não monetários, possibilitando uma descrição mais precisa do comportamento dos cidadãos em relação ao pagamento de impostos (LEVINER, 2009). A análise desse comportamento mostra que há uma tendência de maior evasão fiscal quando as pessoas têm a percepção de que há desigualdade fiscal (SPICER e BECKER, 1980) ou quando elas convivem com quem não age de maneira honesta no pagamento de impostos (SCHOLZ, MCGRAW e STEENBERG, 1992). Em alguns casos, o apelo às virtudes cívicas nos meios de comunicação em massa – em substituição às ameaças de sanção – podem trazer maior conformidade (MASON e MASON, 1992).

Aplicações de Economia Comportamental também são encontradas no contexto da regulação responsiva. BRAITHWAITE, MURPHY e REINHART

¹³³ Um exemplo de mensagem seria: “Nine out of ten people in the UK pay their tax on time. You are currently in the very small minority of people who have not paid us yet.” (HALLSWORTH, LIST, *et al.*, 2017) Em tradução livre: “Nove em cada dez pessoas no Reino Unido pagam seus impostos em dia. Você pertence atualmente a uma minoria muito pequena de pessoas que ainda não nos pagou.”

(2007), por exemplo, unem Economia Comportamental, evasão fiscal e regulação responsiva, elencando as chamadas posturas motivacionais dos regulados em relação à autoridade e ao nível de distância que preferem manter do regulador (no caso analisado, o sistema de impostos). A regulação responsiva mostra-se efetiva ao compreender tais posturas motivacionais e construir uma regulação que lida apropriadamente com elas. Mais especificamente, ela permite que injustiças que porventura ocorram no processo regulatório sejam remediadas, além de levar em conta os valores morais dos regulados e auxiliá-los no planejamento financeiro para reduzir seus impostos (BRAITHWAITE, MURPHY e REINHART, 2007).

Outra abordagem ligando a regulação responsiva ao pagamento de impostos e ao comportamento dos cidadãos é feita por FELD e FREY (2004), que analisam a conformidade fiscal na Suíça. A autoridade suíça, ao encontrar declarações de renda com erro, não recorre a uma sanção legal de imediato. Ao invés disso, o pagador de imposto é contactado de maneira mais informal, através, por exemplo, de uma ligação telefônica. Isso diminui o risco de o cidadão se sentir ofendido pelo tratamento que recebe da autoridade, o que aumenta a chamada “moral dos impostos” e eleva a probabilidade de conformidade. A punição mais branda para ofensas menores e o benefício da dúvida também fazem da regulação responsiva, nesse caso, mais efetiva no longo prazo (FELD e FREY, 2004). Fatores não econômicos como a percepção de justiça e legitimidade, bem como um tratamento mais amigável aos regulados, explica os níveis de conformidade mais altos do que os previstos pela abordagem tradicional (FELD e FREY, 2007).

5.8.1.3 Regulação Responsiva e Teoria dos Jogos

Uma forma muito utilizada em Economia para analisar o comportamento estratégico dos agentes é a teoria dos jogos. Além da Economia, a teoria dos jogos é muito utilizada em outras áreas, como assuntos militares, Biologia, Administração, Computação e Ciência Política.

A interação entre agências reguladoras e firmas reguladas em um ambiente de regulação responsiva pode ser modelada pela ótica da teoria dos jogos. O

trabalho seminal de AYRES e BRAITHWAITE (1992) dedica um capítulo inteiro a isso, utilizando um modelo inspirado no trabalho de AXELROD e HAMILTON (1981). Nesta seção também apresentaremos o modelo de jogos usado por MAXWELL e DECKER (2006) para analisar a regulação responsiva no contexto de investimentos ambientais.

Regulação Responsiva como estratégia “olho por olho”

Uma forma de modelar a regulação responsiva em um contexto de jogos é por meio de um jogo repetido. AXELROD e HAMILTON (1981) utilizaram o famoso “Dilema dos Prisioneiros” em um jogo que se repete ao longo do tempo. Nesse jogo, cada um dos jogadores tem duas estratégias possíveis, cooperar ou não cooperar. Quando ele é jogado apenas uma vez, o equilíbrio de Nash ocorre quando os dois jogadores decidem não cooperar, o que gera recompensas menores para ambos do que as que obteriam se tivessem cooperado.

AXELROD e HAMILTON (1981) mostram que, quando há uma probabilidade maior do que zero de que uma nova interação entre os dois jogadores ocorra, uma estratégia *tit-for-tat* (“olho por olho”, em tradução livre) pode gerar um comportamento cooperativo por parte dos dois jogadores. A estratégia *tit-for-tat* pode ser descrita da seguinte forma: (i) na primeira rodada, o jogador sempre escolhe cooperar; (ii) nas rodadas seguintes, o jogador repete o que seu oponente fez na rodada anterior, ou seja, não cooperar se o oponente não cooperou e cooperar caso seu oponente tenha cooperado.

Inspirados pelos resultados de AXELROD e HAMILTON (1981), AYRES e BRAITHWAITE (1992) adaptaram o dilema dos prisioneiros e a estratégia *tit-for-tat* para o caso da regulação responsiva. O jogo apresentado na figura abaixo foi utilizado para analisar o caso de poluição. A agência reguladora tem duas opções: adotar uma estratégia cooperativa (orientada por metas) ou uma estratégia de dissuasão (orientada por regras). A firma, por sua vez, pode escolher cumprir a regulação ou não. O ótimo do ponto de vista social ocorre quando o regulador escolhe cooperar e a firma escolhe cumprir. Nesse caso, o regulador gasta menos

com monitoramento, pois está disposto a tolerar infrações menores às normas regulatórias, e a empresa pode usar seus recursos de forma mais eficiente para atingir os objetivos da regulação, ao invés de simplesmente seguir as normas regulatórias. No entanto, o equilíbrio de Nash desse jogo é aquele do canto inferior direito, onde a firma não cumpre a regulação e o regulador exige o cumprimento das normas (observe que esse jogo tem a estrutura do Dilema dos Prisioneiros).

Figura 29 – O Dilema dos Prisioneiros na Regulação

		OPÇÕES DE ENFORCEMENT DA AGÊNCIA	
		COOPERAÇÃO (orientada por metas)	DISSUAÇÃO (orientada por regras)
OPÇÕES INICIAIS DE COMPLIANCE DA FIRMA	CUMPRIR	R = 100 tons COMPLIANCE VOLUNTÁRIO r = -\$2 milhões	T = 125 tons PERSEGUIÇÃO s = -\$4 milhões
	NÃO CUMPRIR	S = 50 tons OPORTUNISMO t = -\$1 milhão	P = 75 tons BATALHAS LEGALISTAS p = -\$3 milhões

A recompensa da agência (letras maiúsculas) representa o total esperado de redução anual de poluição. A recompensa da firma (letras minúsculas) representa o custo esperado total anualizado de *compliance* e sanções. Os rótulos das células refletem a situação do ponto de vista da firma. Em geral, as seguintes condições devem ser satisfeitas: $T > R > P > S$, $t > r > p > s$, $2R > S + T$, $2r > s + t$

Fonte: AYRES e BRAITHWAITE (1992).

Quando o jogo acima é jogado repetidamente, surge a possibilidade de que os dois lados cooperem (regulador escolhe estratégia de cooperação e firma escolhe cumprir a regulação). Como mostrado em AXELROD e HAMILTON (1981), existe um equilíbrio em que tanto o regulador quanto a firma seguem a estratégia do tipo *tit-for-tat* discutida anteriormente, desde que a taxa de desconto de recompensas futuras seja baixa o suficiente. Nesse equilíbrio, o regulador é

inicialmente cooperativo. Ele então pune a firma em caso de não cooperação, mas perdoa em caso de cooperação. Desse modo, o regulador pode adotar um monitoramento mais discricionário durante períodos de cooperação, evitando a ineficiência do dilema dos prisioneiros.

AYRES e BRAITHWAITE (1992) também utilizam um jogo para estudar o conceito de tripartismo, que faz parte da abordagem de regulação inteligente (*smart regulation*) apresentada anteriormente. No modelo de AYRES e BRAITHWAITE (1992), aparecem os chamados grupos de interesse público (*Public Interest Groups* – PIGs), que se tornam o terceiro jogador, além do regulador e da firma. Os PIGs podem punir firmas diretamente, evitando o problema de captura do regulador pelo regulado e a corrupção. Esses grupos também podem punir falhas das agências reguladoras. Para o sucesso do tripartismo, os PIGs devem ter acesso às informações disponíveis para o regulador, participar de mesas de negociação entre regulador e regulado e ter o mesmo poder que o regulador de processar a firma.

A participação dos PIGs no jogo aumenta drasticamente os custos de captura. Em particular, a introdução de múltiplos PIGs aumenta os custos de captura (através do *lobbying*) sem aumentar seus benefícios, o que leva a um nível menor de captura. O resultado é uma regulação mais cooperativa e mais pautada nos interesses da sociedade.

Regulação responsiva e investimentos voluntários

A regulação responsiva também pode ser analisada como uma forma de incentivar investimentos voluntários. MAXWELL e DECKER (2006) usam a teoria dos jogos para comparar os resultados da regulação responsiva com a regulação não responsiva no caso de investimentos ambientais, como os investimentos em instrumentos de controle interno e em tecnologias mais limpas.

O modelo tem dois jogadores: a firma regulada, que procura minimizar seus custos de *compliance*, e o regulador, que deseja minimizar os danos ambientais. A firma pode escolher duas variáveis: o nível de investimento ambiental e o esforço

de *compliance*. Ao aumentar o nível de investimento ambiental, a firma pode reduzir seus custos de *compliance*. Já o esforço de *compliance* (como a criação de mecanismos de controle interno) influencia a probabilidade de que a firma de fato cumpra as normas. Ao realizar esse investimento ou esforço, a firma sinaliza ao regulador a intenção de cooperar. Já o regulador busca minimizar os danos ambientais e os seus custos de monitoramento. Os investimentos ambientais são observáveis pelo regulador, mas a probabilidade de *compliance*, não.

Em um regime de regulação não-responsiva, a firma minimiza seus custos de *compliance* escolhendo seu esforço de *compliance* e o investimento ambiental. Ao mesmo tempo, o regulador escolhe seu nível ótimo de monitoramento. Já o regime de regulação responsiva é modelado como um jogo de dois estágios. No primeiro estágio, a firma determina seu nível ótimo de investimento levando em consideração a resposta ótima do regulador no estágio seguinte. No segundo estágio, o regulador estabelece seu nível ótimo de monitoramento já sabendo qual foi a escolha da firma e a firma decide seu nível de esforço de *compliance* (MAXWELL e DECKER, 2006).

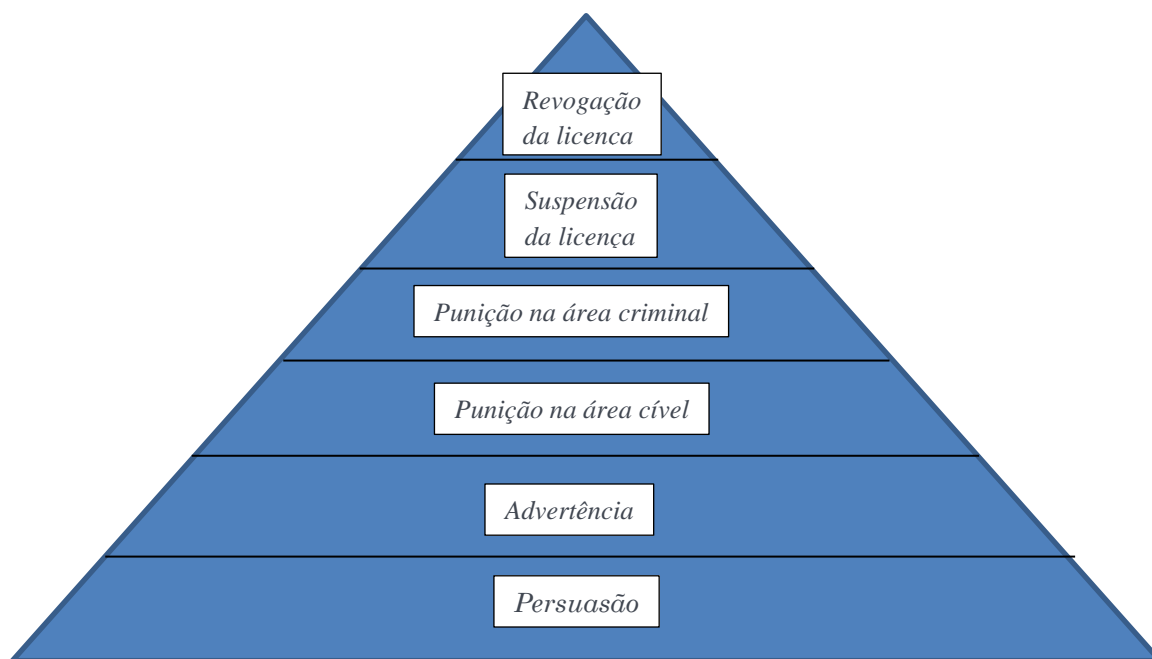
Uma apresentação mais técnica do modelo pode ser encontrada no anexo a este relatório. A solução do modelo mostra que a regulação responsiva induz a firma a aumentar seus investimentos ambientais em relação ao investimento ótimo que ocorreria na regulação não responsiva (MAXWELL e DECKER, 2006). Do ponto de vista dos custos sociais, a comparação entre os dois tipos de regulação não fornece uma resposta definitiva, ou seja, não é possível afirmar que eles sempre serão maiores em um regime ou no outro. Por fim, o modelo mostra que uma mudança de regulação não responsiva para responsiva deve vir acompanhada de um ajuste das multas, já que a chamada “multa ótima” é diferente sob cada regime (MAXWELL e DECKER, 2006).

5.8.1.4 Jogo de pirâmide de *compliance*

A regulação responsiva é um tipo de estratégia de governança de mercado que se distingue de outras estratégias em duas dimensões: os fatos que

desencadeiam uma resposta regulatória e a forma da resposta regulatória (AYRES e BRAITHWAITE, 1992). O argumento central da regulação responsiva é que a conformidade (*compliance*)¹³⁴ aumenta quando o regulador faz uso da pirâmide de *compliance*¹³⁵ (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012). A pirâmide de *compliance* descreve uma sequência de sanções, começando com a mais branda (e.g., liberdade de ação) e chegando até a mais punitiva (e.g., sanções penais, suspensão e revogação de licenças). A pirâmide de *compliance* tem diversas versões. A que aparece abaixo (AYRES e BRAITHWAITE, 1992), aplicável a firmas individuais, e que já discutimos anteriormente, tem um enfoque mais jurídico.

Figura 30 – Pirâmide de compliance para firmas individuais



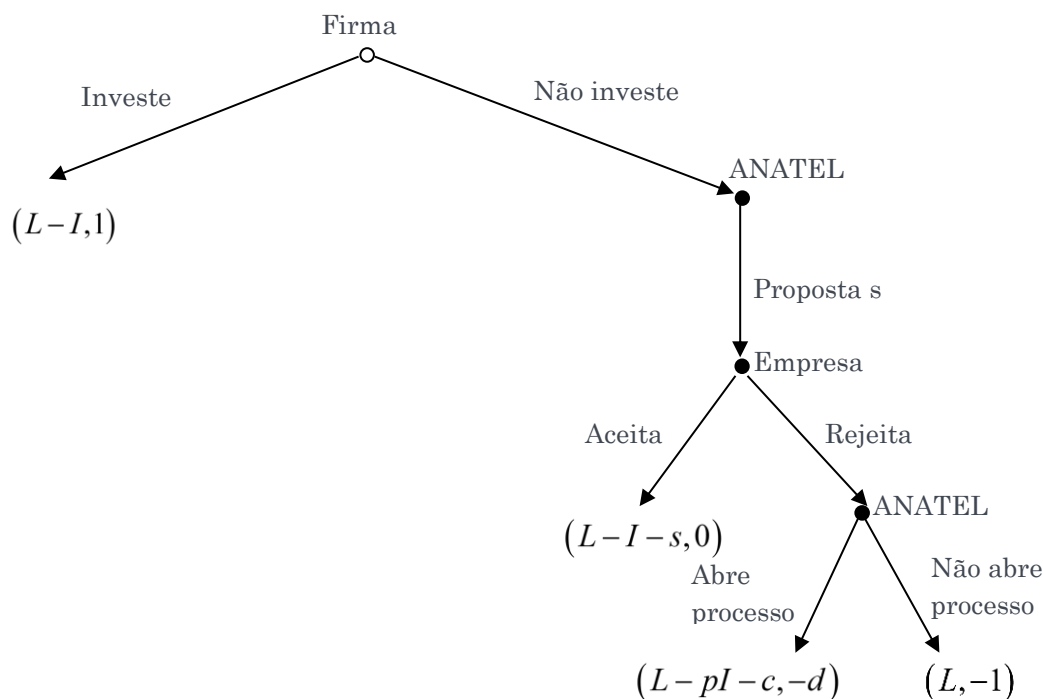
Fonte: AYRES e BRAITHWAITE (1992).

¹³⁴ Traduzimos neste estudo *compliance* por conformidade.

¹³⁵ No inglês usa-se o termo *enforcement pyramid*, ou *pyramid of sanctions* (AYRES e BRAITHWAITE, 1992; BALDWIN, CAVE E LODGE, 2012).

No jogo abaixo, procuramos representar a dinâmica associada a essa pirâmide. O primeiro a jogar é a firma regulada, que decide se faz o investimento necessário para cumprir a norma ou não durante a fase (degrau) de persuasão. Caso a firma decida não investir, escala-se a pirâmide até o seu segundo degrau. Para simplificar o jogo, fazemos a hipótese de que os degraus intermediários da pirâmide podem ser representados por um processo de negociação entre a empresa e a agência reguladora (Anatel). O resultado desse processo é um determinado nível de punição, que começa com o mais brando (advertência) e torna-se cada vez mais severo. No jogo, essa punição tem valor s , que entra como um custo no payoff da empresa. Também simplificamos o processo de negociação ao assumir que a Anatel faz uma proposta do tipo *take-it-or-leave-it* (pegar ou largar), de forma que a empresa só tem a opção de aceitar ou não, sendo-lhe vedada a possibilidade de apresentar uma contra-proposta.

Figura 31 – Jogo de pirâmide de compliance



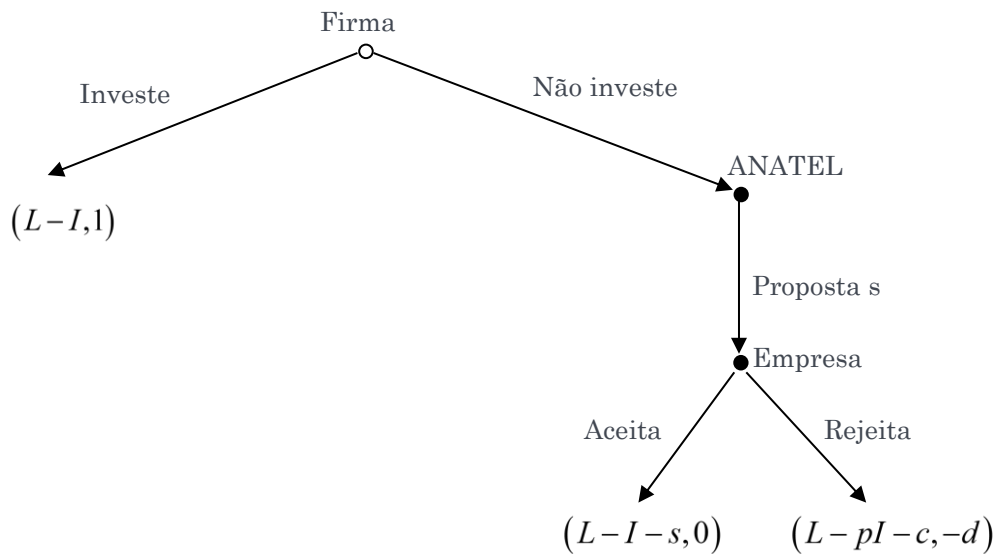
Se a empresa decidir investir durante a primeira fase, sua recompensa será igual ao seu lucro inicial L menos o valor do investimento I , isto é, $L-I$. Caso ela

decida não investir, a Anatel fará uma proposta s que afeta a recompensa da firma. Caso a empresa aceite esta proposta, ela fará o investimento e arcará com o custo s , de forma que sua recompensa será $L - I - s$. Caso não aceite, a Anatel terá que decidir se inicia um processo administrativo ou não. Se resolver abrir o processo, a recompensa da Anatel será igual a $-d$, onde $d > 0$. Podemos interpretar d como a sua recompensa líquida, já que, com uma certa probabilidade, a empresa será obrigada a realizar o investimento, o que aumenta o bem-estar social e representa um benefício para a agência, mas, por outro lado, a agência terá que despender recursos durante o processo. O importante é que essa recompensa líquida seja menor do que a que a Anatel obteria caso a empresa resolvesse fazer o investimento em degraus mais baixos da pirâmide (igual a 1, quando a empresa faz o investimento logo no primeiro estágio, e igual a 0, quando a empresa aceita a proposta da Anatel no segundo estágio).

A recompensa da firma quando a Anatel abre o processo é $L - pI - c$, onde p é a probabilidade de a empresa ser condenada e c representa os seus custos administrativos. Por fim, se a Anatel decidir não abrir o processo, as recompensas serão L e -1 para a empresa e a Anatel, respectivamente. Observe que, nesse caso, a recompensa da Anatel é mais baixa do que a que ela obtém nos dois primeiros estágios, mas não estabelecemos relação a priori entre d e 1. A recompensa de -1 captura dois elementos: ao não abrir o processo, a Anatel sabe que o investimento não será realizado, mas, por outro lado, não incorre os custos associados ao processo administrativo.

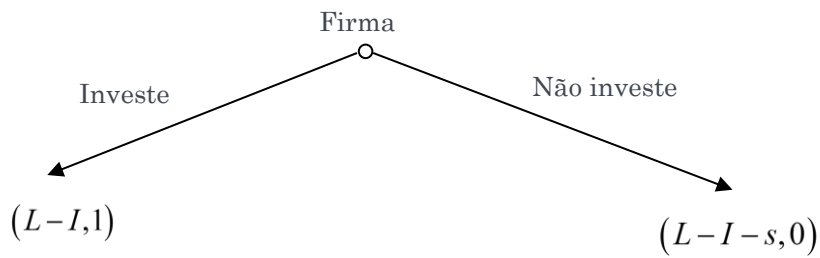
Esse jogo pode ser resolvido por indução retroativa. A última decisão da árvore é da Anatel, e é lá que o método de indução retroativa começa a ser aplicado. A Anatel escolherá “abre processo” se $d < 1$, ou seja, se o valor esperado da sua recompensa nesse caso for maior do que a sua recompensa quando o processo não for aberto. Vamos considerar esses dois casos separadamente.

Figura 32 – Jogo de pirâmide de compliance – Árvore reduzida quando $d < 1$



A empresa precisa agora decidir se aceita a proposta s da Anatel ou não. Observe que ela deve aceitar a proposta se $L - I - s > L - pI - c$, o que pode ser reescrito como $s < c - (1 - p)I$. Portanto, se a Anatel quiser que a empresa aceite a proposta, deve estabelecer s em um nível suficiente baixo (vale lembrar que, quanto maior o valor da proposta da agência, maior o custo da empresa). Observe também que a proposta da Anatel depende dos custos da empresa associados ao processo administrativo, dados por c , e pela probabilidade de que a empresa tenha que realizar o investimento ao final desse processo, igual a p . Quanto menores o custo da empresa e a probabilidade de condenação, menor tem que ser a proposta s da Anatel. Como a sua recompensa é maior quando a empresa aceita a proposta, já que $0 > -d$, a Anatel faz uma proposta que satisfaz a desigualdade acima. Nesse caso, a árvore reduzida do jogo passa a ser a seguinte:

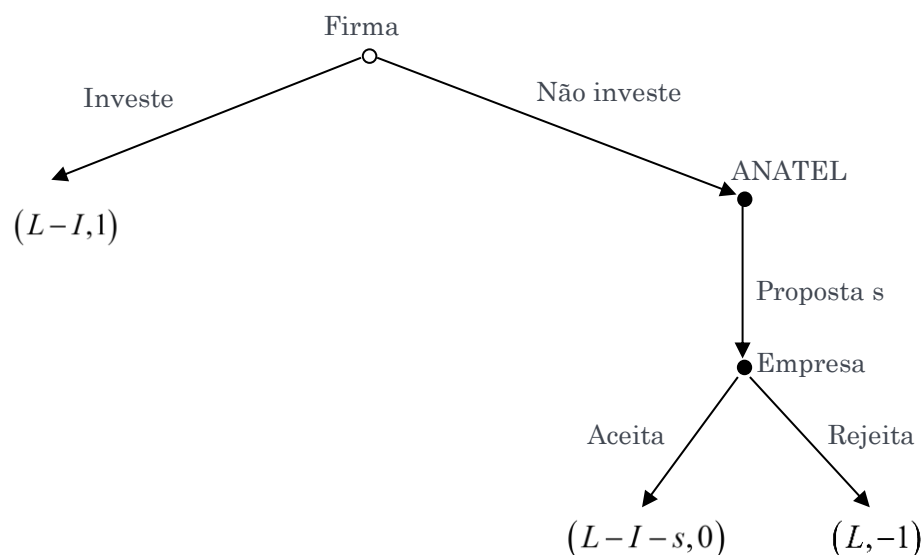
Figura 33 – Jogo de pirâmide de compliance – Árvore reduzida quando $d < I$



Resta evidente que o melhor para a empresa é investir logo no primeiro degrau da pirâmide, ou seja, na etapa de persuasão, já que $L-I > L-I-s$. É importante destacar, no entanto, que esse resultado depende do tipo da empresa. Por exemplo, se $c-(1-p)I \leq 0$, ou seja, $c \leq (1-p)I$, a desigualdade $s < c-(1-p)I$ não pode ser satisfeita, o que significa que não há proposta da Anatel que seria aceita pela empresa. Essa situação representa o caso em que os custos administrativos da empresa são baixos em relação ao valor do investimento que ela teria que fazer, dada a probabilidade de condenação.

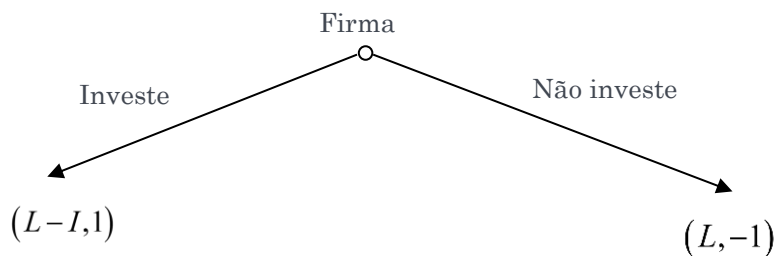
O segundo caso que analisamos é aquele onde $d > 1$. A árvore do jogo que surge após a eliminação do último ramo é apresentada abaixo:

Figura 34 – Jogo de pirâmide de compliance – Árvore reduzida quando $d > 1$



A empresa agora aceitará a proposta s da Anatel se $L - I - s > L$, o que nunca ocorre. Portanto, a empresa rejeita a proposta, qualquer que ela seja, e a árvore reduzida passa a ser a seguinte:

Figura 35 – Jogo de pirâmide de compliance – Árvore reduzida quando $d > I$



A melhor opção para a empresa é não investir na etapa de persuasão, já que $L - I < L$. Isso significa que, ao final do jogo, não haverá investimento por parte da empresa e o processo não será aberto pela Anatel.

As principais lições desse jogo são as seguintes:

1. A Anatel deve procurar reduzir ao máximo o seu custo de conduzir um processo administrativo. Se esse custo for muito alto e a empresa perceber que, após escalar a pirâmide, a agência desistirá de instaurar um processo ou será incapaz de implementar suas consequências, a empresa não realizará o investimento exigido para atingir o objetivo regulatório.
2. No caso em que é melhor para a Anatel instaurar o processo após escalar a pirâmide ($d < 1$), ela deve fazer uma proposta durante o processo de negociação que não aumente substancialmente o custo da empresa (s baixo), pois isso fará com que a empresa considere ser melhor já fazer o investimento durante a etapa de persuasão.

Tais lições, aplicadas à realidade de uma agência reguladora instituída no ambiente jurídico-institucional brasileiro, ensejam importantes reflexões sobre a forma de atuação das agências.

A primeira lição, por exemplo, exige do órgão regulador que se estruture internamente, de forma a evitar que seu processo sancionatório seja demasiadamente lento e burocrático. Considerando que há um limite legal para a

redução da burocracia nos procedimentos sancionatórios, resta ao órgão atuar sobre a quantidade de processos sancionatórios existentes. Afinal, caso o regulador possua uma infinidade de pequenos processos e se depare, inclusive, com risco de prescrição de processos, a entrada de um novo processo sancionatório adicional pode representar um alto custo.

Ainda a respeito da primeira lição, cabe ressaltar que o princípio do Direito Administrativo do “poder-dever” da administração pública – segundo o qual a administração **deve necessariamente** agir em caso de constatação de irregularidade – impede que os agentes públicos simplesmente abdicuem de abrir processos sancionatórios. Nos termos do jogo ora analisado, essa restrição legal acaba fazendo com que o ente regulador aja de forma ineficiente, uma vez que, quando o custo do processo administrativo é muito alto, o melhor a fazer seria não instaurá-lo.

Ambos os aspectos acima (excesso de processos sancionatórios e necessidade de instauração de processo sancionatório caso a irregularidade não seja sanada) reforçam a importância de uma atuação mais responsiva, que busque a solução de problemas de *compliance* de entes regulados no ambiente pré-processual, de forma que o regulador possa priorizar os processos sancionatórios apenas para os casos mais importantes, para os quais os mecanismos de persuasão não foram suficientes. Para tanto, é necessário que existam esses mecanismos persuasivos, o que nos remete à necessidade de haver uma pirâmide de *compliance* institucionalizada, motivo pelo qual tal assunto será explorado na próxima seção.

No que tange à segunda lição ora apresentada, registra-se a necessidade de que os mecanismos persuasivos constantes da pirâmide de *compliance* sejam suficientemente graduais, a ponto de realmente estimularem as empresas a resolver as não conformidades ao invés de “pagar para ver” no processo sancionatório. Cabe lembrar que as decisões administrativas desfavoráveis aos entes regulados, sobretudo aquelas que estabelecem multas pesadas, costumam ser levadas ao Poder Judiciário, que, por sua vez, caracteriza-se pela alta

morosidade. Nesse contexto, se o órgão regulador buscar adotar medidas persuasivas razoáveis, com o objetivo de corrigir as não conformidades verificadas ao invés de partir diretamente para o processo sancionatório, a efetividade da sua atuação em termos de atingimento dos objetivos regulatórios pré-estabelecidos tende a ser maior.

Todas essas reflexões, baseadas no jogo da pirâmide de compliance ora apresentado, nos remetem à importância de os órgãos reguladores instituírem uma pirâmide bem dimensionada, com degraus que de fato estimulem a correção de não conformidades. Com base nesses princípios, a seção seguinte apresentará uma proposta de pirâmide para a Anatel, que pode ser estendida e aplicada a outras instituições reguladoras brasileiras.

5.8.2 Proposta de Atuação Responsiva e Pirâmide de Compliance

Tendo em mente os elementos teóricos, à luz da teoria econômica, e os exemplos de adoção de regulação responsiva por entes regulatórios brasileiros e internacionais abordados anteriormente neste Relatório, esta seção destina-se a uma análise mais profunda de um dos elementos fundamentais da regulação responsiva: a pirâmide de *compliance* (ou *enforcement*). Além de uma proposta de pirâmide para a Anatel, ele inclui uma avaliação dos possíveis efeitos internos dessa nova postura de fiscalização e das ações consequentes.

A proposta de regulação responsiva para a Agência aborda, além de uma Pirâmide de Compliance, uma possibilidade de reorganização das diversas atividades que permeiam o ciclo fiscalizatório (planejamento, monitoramento e aplicação de medidas).

Por fim, fazemos algumas considerações finais acerca da proposta, incluindo uma tentativa preliminar de previsão dos possíveis impactos no

processo sancionatório da adoção do modelo de regulação responsiva ora apresentado.

5.8.2.1 Proposta de Novo Modelo de Fiscalização e Pirâmide de *Compliance*

Tendo em vista o vasto campo de atuação da Agência – que perpassa a regulação técnica do setor de telecomunicações, a regulação econômica e concorrencial, os aspectos de prestação de serviços aos usuários e, ainda, o combate a atividades ilícitas, buscaremos desenhar uma proposta de modelo de regulação responsiva e pirâmide de *compliance* que seja suficientemente ampla a ponto de abarcar todas as atividades fiscalizatórias da Agência e, simultaneamente, suficientemente flexível para poder ser adaptada à realidade de cada segmento regulado.

Também serão levados em consideração os apontamentos do terceiro resultado da avaliação da Controladoria Geral da União (CGU, 2020) a respeito do processo sancionatório da Agência. De acordo com esse documento, em resumo, a Agência apresenta uma grande quantidade de procedimentos para apuração de descumprimento de obrigações (PADOs) e baixa capacidade de aplicação efetiva das sanções pecuniárias. Isso sugere que, isoladamente, apenas a atuação sancionatória não é capaz de maximizar a efetividade da fiscalização da Anatel.

Ademais, para a presente proposta, utilizaremos como subsídios todas as informações e elementos teóricos apresentados na seção anterior, considerando, obviamente, a realidade organizacional da Anatel – e das agências reguladoras brasileiras em geral.

Cabe lembrar que os modelos tradicionais de fiscalização, mais voltados à estratégia de comando e controle, partem da premissa de que o *compliance* gera custos e, portanto, não é desejado pelos entes regulados. Assim, esses agentes tomam suas decisões de investimento ponderando a probabilidade de serem “pegos” pelo órgão regulador e, assim, incorrerem as sanções administrativas – as quais, por definição, devem ser superiores à vantagem obtida com o

descumprimento. Sob essas premissas, na estratégia de comando e controle os órgãos reguladores devem buscar maximizar a quantidade de inspeções e, por conseguinte, a probabilidade de detecção de irregularidades.

Entretanto, conforme demonstrado nas seções anteriores, tais premissas não são necessariamente verdadeiras, haja vista a existência de outros elementos que balizam a tomada de decisão dos entes regulados – ex.: diferenças de eficiência entre as empresas, custos reputacionais, dificuldades de cumprir regras, tendência a priorizar a reciprocidade, entre outros.

Assim, a regulação responsiva surge como uma alternativa regulatória mais interessante do que o comando e controle na medida em que possibilita que o órgão regulador direcione os seus esforços mais eficientemente, de forma a focar sua atuação, na medida correta, na garantia de que os seus objetivos regulatórios sejam atingidos, considerando a diversidade e heterogeneidade de entes regulados. Em poucas palavras, a regulação responsiva preconiza que é mais eficiente tratar os regulados de forma coerente com seus históricos de atuação e disposição a seguir as normas.

Assim, esse novo modelo deve abarcar não apenas a aplicação de medidas administrativas em caso de detecção de irregularidades, mas todo o processo de fiscalização regulatória, perpassando todas as suas etapas, quais sejam: planejamento; monitoramento e acompanhamento; execução de inspeções e ações de fiscalização; e aplicação das medidas administrativas cabíveis¹³⁶. Cada uma dessas etapas será abordada nos tópicos seguintes.

5.8.2.2 Planejamento, monitoramento e acompanhamento

Considerando a necessidade de avaliar os entes regulados de acordo com seus históricos de atuação e disposição a seguir as normas (ou de fato atingir os objetivos da regulação), um primeiro efeito direto de modelos de atuação mais

¹³⁶ Note-se que o conceito de Pirâmide de Compliance enquadra-se de forma clara na última etapa, embora seja desejável que haja um processo de retroalimentação entre todas as etapas.

responsivos é justamente direcionar os esforços do órgão regulador no sentido de adquirir maior capacidade de identificação dos diversos perfis de regulados. Em termos práticos, há um deslocamento natural da alocação de recursos (humanos, financeiros e tecnológicos) das atividades de execução de fiscalização e sanção para, prioritariamente, as atividades de monitoramento e acompanhamento do setor e, em seguida, para o planejamento da fiscalização.

No contexto do planejamento da fiscalização, a adoção do modelo responsivo significa sair da filosofia de “fiscalizar mais e apurar tudo” para um contexto de acompanhamento de desempenho e gestão de risco, com base em evidências. Assim, o planejamento torna-se um processo continuamente atualizado, a depender dos indicadores de monitoramento desenvolvidos.

Considerando o contexto específico da Anatel, é importante que a Agência disponha da maior quantidade possível de informações e indicadores de desempenho dos seus entes regulados e do setor como um todo. Conforme já argumentado, o processo de planejamento deve ser dinâmico e, portanto, constantemente alimentado pelas informações do monitoramento. Cabe ressaltar que já existem exemplos na Anatel aderentes a essa filosofia, tais como as mudanças do monitoramento de espectro, que podem ser demandadas à SFI pela Superintendência de Outorgas e Recursos à Prestação (SOR) em decorrência, por exemplo, dos indicadores verificados no monitoramento, além da utilização dos dados do sistema Simetriq, disponibilizados pela SFI.

Sabe-se que a Anatel dispõe de inúmeras informações do setor regulado (reclamações dos consumidores, pesquisas de satisfação com a qualidade dos serviços, indicadores de cobertura dos serviços regulados, proporção de acessos, velocidade média de banda larga, entre muitas outras), além de participar do Comitê de Defesa dos Usuários dos Serviços de Telecomunicações (CDUST). Dessa forma, é necessário que as bases de dados sejam estruturadas e disponibilizadas às áreas responsáveis pelas atividades de fiscalização, para que estas estruturem sistemas de monitoramento baseados em evidências e riscos que direcionarão as ações de fiscalização.

Todavia, é importante fazer uma ressalva em relação a esses sistemas de monitoramento: além de sua criação, também é necessária a integração dos sistemas de monitoramento das diferentes superintendências responsáveis pela fiscalização regulatória. Por integração de sistemas, não se deve entender integração de sistemas informatizados – que também é desejável, mas sim que as superintendências desenvolvam e executem processos de compartilhamento das informações e conhecimentos adquiridos no âmbito dos respectivos sistemas de monitoramento, de forma que todas as áreas técnicas possuam conhecimento holístico do desempenho macro dos entes regulados da Agência.

Para agências como a Anatel, que possuem mais de uma superintendência responsável por atividades de fiscalização regulatória (que incluem não apenas as inspeções e fiscalizações ostensivas, mas também o acompanhamento dos entes regulados e análise das informações), a criação de um grupo permanente com todas essas superintendências, voltado às ações de monitoramento de desempenho dos entes regulados, pode ser uma saída para aprimorar o surgimento desse intercâmbio de informações. Esse grupo, a propósito, não deve restringir-se apenas ao acompanhamento, mas também proceder às ações de acionamento de regulados (*warnings*) cujo desempenho esteja abaixo do esperado e, se necessário, demandar que as áreas responsáveis por fiscalizações ostensivas (a Superintendência de Fiscalização – SFI, no caso da Anatel) adotem ações mais incisivas, além de transmitir periodicamente ao Conselho Diretor da Agência relatórios de performance dos diversos setores e entes regulados pela Anatel.

Não se trata de uma instância burocrática adicional – uma vez que as superintendências continuam com as mesmas competências no bojo da fiscalização regulatória, mas de um processo de governança que permita maior integração entre as superintendências e um acompanhamento mais holístico do desempenho dos regulados, considerando os variados aspectos regulados pela Anatel.

Com o desenvolvimento desses sistemas de acompanhamento e sua integração por meio do grupo permanente composto pelas superintendências com

competências fiscalizatórias, a Agência será capaz de acompanhar de forma mais holística a prestação dos serviços regulados e, assim, direcionar melhor os seus esforços de fiscalização. Espera-se que o planejamento de fiscalização torne-se ainda mais dinâmico e direcione as ações de fiscalização, inicialmente, à solução dos problemas encontrados e, posteriormente, à responsabilização dos agentes regulados quando apropriado.

Esses sistemas de monitoramento devem dispor de mecanismos mais responsivos, como avisos (*warnings*), ações de orientação e solicitações de correção, além de mecanismos de revelação de não conformidades pelos entes regulados. Neste último caso, é necessário que o regulado perceba que não será prejudicado caso se disponha a abrir uma informação que pode expô-lo ao regulador. Todos esses mecanismos serão melhor explorados quando for abordada a proposta de pirâmide de *compliance* da Anatel.

Por fim, cabe ressaltar que, em não surtindo efeito a adoção dos mecanismos mencionados no parágrafo anterior, o processo de monitoramento acionará o planejamento de fiscalização para que organize uma ação mais incisiva sobre o regulado potencialmente infrator, conforme será visto na subseção a seguir.

5.8.2.3 Execução das ações de fiscalização e inspeções

Dado o deslocamento dos esforços para as atividades de monitoramento e acompanhamento, que alimentam a fiscalização, a execução das ações tradicionais de fiscalização – *in loco*, sobretudo – torna-se também um meio para o regulador: (i) obter informações que não puderam ser obtidas nos processos de monitoramento; e (ii) sinalizar para o agente regulado que sua situação não está tão confortável perante o regulador, tendo em vista avisos e alertas eventualmente já comunicados e ainda não solucionados.

Cabe ressaltar que as ações ostensivas de fiscalização continuam mantendo a função de checagem da atuação daqueles provedores menores, que atuam de

forma mais pulverizada e até de forma clandestina, bem como possível adoção das medidas cautelares e imediatas cabíveis.

A propósito, a OCDE preconiza que deve haver a segmentação, acompanhada de processos de articulação e comunicação, entre as atividades de promoção de *compliance* e as de combate a ilícitos – nas quais se enquadra a clandestinidade (OCDE, 2018). Mesmo nesse caso, no entanto, as ações ostensivas de fiscalização também devem ser precedidas de monitoramento e acompanhamento, para que os fiscais consigam atingir os focos de clandestinidade, evitando-se esforços desnecessários. No caso da Anatel, essa situação é aplicável aos pequenos vendedores que comercializam produtos clandestinos ou os agentes que utilizam clandestinamente frequências sem a devida autorização, sobretudo quando interferem indevidamente no uso de agentes autorizados.

Nesse novo contexto de atuação responsiva, as ações de fiscalização devem ser, então, realizadas de forma a atingir os três objetivos acima mencionados: (i) obtenção de informações não obtidas no monitoramento a distância por indicadores e dados; (ii) sinalização para agentes regulados de que estão subindo na Pirâmide de *Compliance*; e (iii) flagrante e suspensão de ações claras de clandestinidade e má fé.

No caso de fiscalizações realizadas para atingimento dos dois primeiros objetivos acima, o papel dos inspetores é coletar informações demandadas pelas unidades de monitoramento, de acordo com instruções de trabalho detalhadas. Por seu turno, no caso de combate a atividades ilícitas, os inspetores devem possuir poder de emissão de medidas cautelares, de forma a impedir imediatamente o prosseguimento das atividades clandestinas – eventualmente pode ser necessário algum suporte policial e interação com outros órgãos públicos, considerando os riscos envolvidos e a natureza das operações clandestinas.

Em todos os casos, no entanto, os agentes fiscalizadores devem ser bem orientados e contextualizados em relação ao porquê de sua atividade

fiscalizatória, além de conhecerem as instruções de trabalho a serem seguidas e as informações e provas a serem coletadas.

Diante do exposto, é necessário que as ações de fiscalização provejam insumos robustos para que a Agência possa, posteriormente, adotar as ações mais adequadas previstas na Pirâmide de *Compliance*, a qual será abordada adiante. Nesse contexto, para que a fé pública (prerrogativa dos servidores que atuam como agentes de fiscalização) seja utilizada da forma mais eficiente possível, considerando os interesses e objetivos regulatórios da Anatel, reiteramos a necessidade de mudança de função dos agentes de fiscalização, os quais devem ter toda a liberdade para documentar e explicitar os elementos e achados de fiscalização, porém devem ser desonerados da função de lavratura de autos de infração e apuração de verificação – atividade que deve ficar a cargo de instâncias superiores, responsáveis pelo monitoramento e que possuem um conhecimento mais amplo do histórico de performance do ente regulado.

5.8.2.4 Aplicação das medidas administrativas: Pirâmide de *Compliance*

Pelo que foi abordado até aqui, o novo modelo de atuação responsiva proposto envolveria uma repriorização dos esforços de fiscalização para as atividades de monitoramento e acompanhamento, e em seguida para o planejamento de fiscalização, que se tornaria mais dinâmico. Por seu turno, as ações de fiscalização e inspeção seriam mais pontuais e com objetivos bem definidos, cabendo aos agentes de fiscalização a obtenção de informações demandadas no planejamento da ação e, quando for o caso (destaque para as fiscalizações de ilícitos), a aplicação de medidas cautelares para evitar risco à vida, clandestinidade ou a continuidade de atividades que prejudiquem terceiros.

Com todo esse rol de informações provenientes das atividades de monitoramento e de fiscalização, as superintendências responsáveis pela fiscalização, atuando de forma integrada, passam a ter maior conhecimento da real situação de cada ente regulado e, assim, podem adotar ações administrativas

mais efetivas, com vistas à garantia do cumprimento dos objetivos regulatórios da Anatel. Surge, então, a necessidade de ampliar os instrumentos de atuação da Agência, para que essas medidas sejam de fato efetivas.

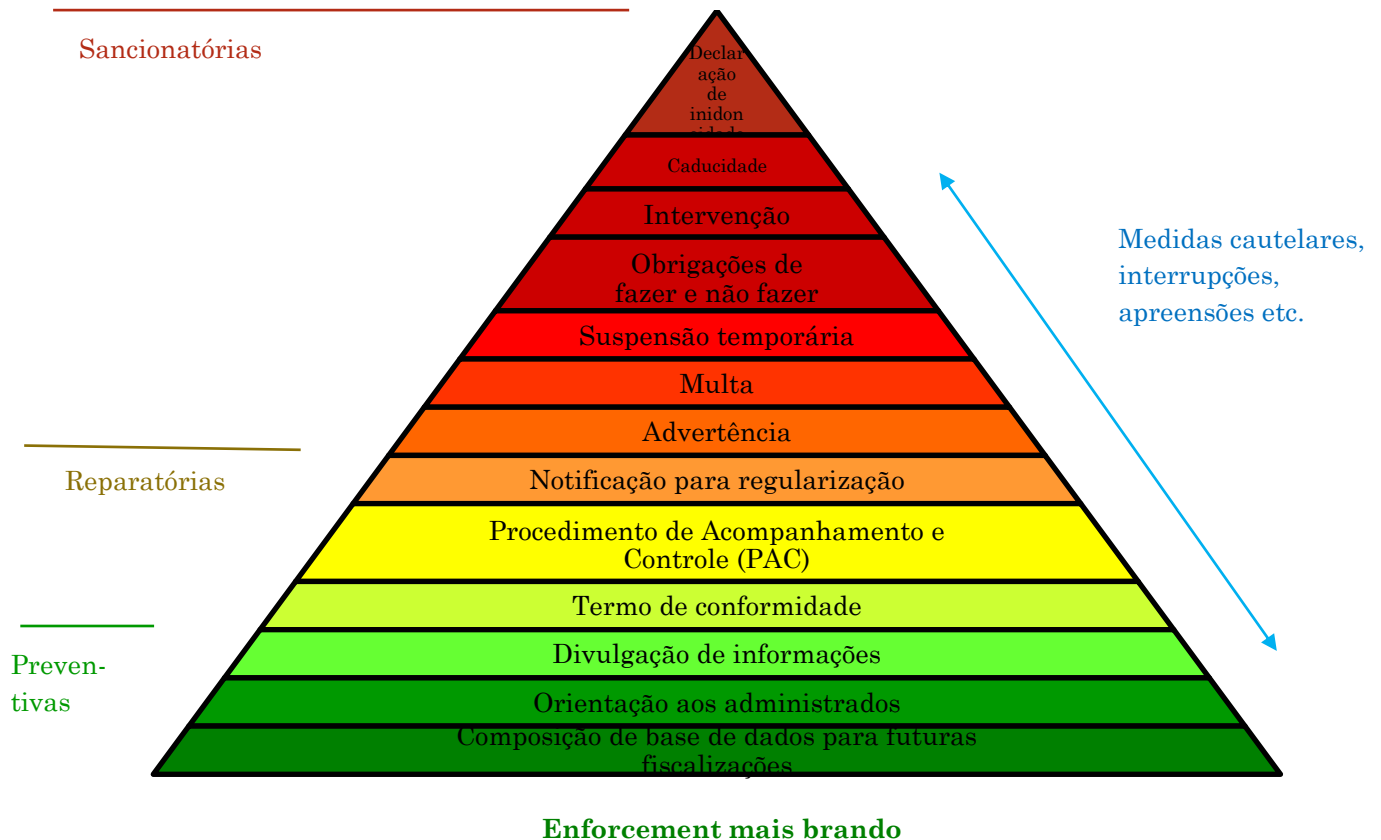
Diante disso, a presente proposta de Pirâmide de Compliance será construída com base em:

- (i) o aproveitamento das medidas sancionatórias existentes na Anatel, porém tornando mais clara a gradação entre elas, de forma a sinalizar a forma como o regulado infrator “sobe” ou “desce” na Pirâmide;
- (ii) o uso adicional de medidas administrativas “pré-processuais”, de cunho mais persuasivo, que são naturalmente mais dinâmicas e que podem induzir o ente regulado a corrigir rapidamente as irregularidades detectadas no âmbito do monitoramento e das ações de fiscalização;
- (iii) o aproveitamento das medidas cautelares hoje existentes, porém de forma paralela à pirâmide, uma vez que, por princípio, esse tipo de medida deve ser adotado em casos específicos para possibilitar que a Pirâmide seja aplicada na prática; e
- (iv) a disponibilização de um rol de medidas suficientemente amplo e flexível, a ponto de possibilitar sua utilização em todas as ações fiscalizatórias da Anatel, adaptável para as peculiaridades de cada serviço regulado.

Considerando todos esses elementos, a figura a seguir apresenta a nossa proposta de Pirâmide de Compliance para a Anatel. Note-se que as medidas administrativas decorrentes das atividades de fiscalização foram divididas em quatro tipos: preventivas, reparatórias, sancionatórias e cautelares.

Figura 36 – Proposta de Pirâmide de Compliance para a Anatel

Enforcement mais rígido



Fonte: Autores

Os três primeiros tipos compõem a Pirâmide de *Compliance*, uma vez que se constituem medidas concretas a serem adotadas pela Anatel para persuadir (preventivas e reparatórias) o regulado a retornar à legalidade ou dissuadi-lo (sancionatórias) de cometer novas irregularidades, punindo-o por irregularidades que não foram corrigidas via persuasão. Importante destacar que as medidas preventivas e reparatórias são “pré-processuais” – ou seja, quando adotadas não ensejam a instauração de PADO, uma vez que seu objetivo, conforme argumentado anteriormente, é garantir a prevenção de irregularidade e o retorno do regulado à situação de regularidade.

Por seu turno, as medidas cautelares não podem ser consideradas sanção nem prevenção, pois são providências administrativas que produzem efeitos práticos imediatamente, em paralelo à discussão do regulador com o regulado, com vistas a impedir a ocorrência de risco à vida, a clandestinidade e a interferência inadequada na atuação de terceiros regulares, além de possibilitar,

em certas situações (como em caso de obstrução de provas e de investigações), que a Agência adote as medidas administrativas previstas na Pirâmide de *Compliance*.

As duas subseções seguintes detalharão as medidas previstas na Pirâmide de *Compliance* ora apresentada, enquanto na terceira serão abordados alguns critérios que a Agência pode utilizar para a adoção dessas medidas.

Medidas preventivas e reparatórias

Considerando as etapas anteriormente mencionadas do processo fiscalizatório, note-se que as medidas preventivas são tipicamente decorrentes das atividades de monitoramento.

Ao incluir um determinado ente regulado em sua base de dados para futuras fiscalizações (medida mais basilar da pirâmide), orientá-lo sobre os potenciais problemas verificados e como corrigi-los (segunda medida) ou, ainda, divulgar publicamente informações sobre a comparação do desempenho dos diferentes regulados (terceira medida), a Agência tende a gerar um maior comprometimento com a correção dos problemas existentes e uma melhoria do desempenho. Registre-se que esse efeito – sobretudo quando se trata da terceira medida – pode estender-se a todos os regulados (“efeito demonstração”), e não apenas àqueles com indícios de problemas detectados.

Já as medidas reparatórias também podem ser provenientes das atividades de monitoramento – caso os indícios de irregularidades sejam mais evidentes e de maior impacto – e das atividades de fiscalização propriamente ditas, principalmente quando não houver sido concedida uma oportunidade prévia de reparo. Em geral, tais medidas devem ser adotadas para irregularidades de baixo ou médio impacto, quando a Agência já tiver tentado adotar algumas das medidas inferiores da Pirâmide de *Compliance*.

O Termo de Conformidade constitui um incentivo para que o regulado, de forma proativa e espontânea, “confesse” que de fato apresenta problemas de *compliance*, comprometendo-se a corrigi-los. Obviamente, assim como aplicável

na adoção das demais medidas reparatórias, tais problemas não podem ser suficientemente graves a ponto de colocar em risco os objetivos de prestação de serviço adequado, de abrangência e de continuidade dispostos na regulamentação material da Anatel. Ademais, deve-se valorizar e priorizar a adoção do Termo de Conformidade nas situações em que o regulado o propõe sem a Agência ter tido conhecimento prévio da irregularidade. Afinal, essa postura colaborativa do órgão regulador tende a sinalizar para os demais entes regulados que vale a pena cooperar, o que pode ensejar a criação de um ambiente de cumprimento consciente de requisitos e relatos voluntários de problemas – pelo menos junto aos regulados mais cooperativos, com menor assimetria de informação¹³⁷.

O Procedimento de Acompanhamento e Controle (PAC) constitui uma espécie de plano de ações para correção de falhas identificadas, acordado entre Agência Reguladora e ente regulado. Ao realizar uma ação de fiscalização e identificar uma irregularidade, em vez de instaurar processo sancionatório, a Agência pode pactuar com o ente regulado esse plano de retorno à regularidade, desde que a infração não gere danos suficientemente graves a ponto de impedir que o regulador aguarde sua correção, situação na qual a medida cautelar seria mais apropriada, tampouco gere vantagens financeiras ao regulado suficientes a ponto de incentivá-lo a sempre aguardar o regulador identificar o erro para, só depois, realizar os investimentos necessários para o *compliance*.

De forma similar, a notificação para regularização consiste de um aviso feito pelo regulador para que o ente regulado retorne à condição de regularidade. O que a diferencia do PAC é a tolerância do regulador em relação aos prazos: na notificação é o regulador quem define o prazo de correção, ao passo que no PAC isso pode ser negociado. Por isso, embora bastante similares, considera-se que a notificação para regularização encontra-se em um degrau ligeiramente superior

¹³⁷ O setor de aviação civil, nos processos de investigação de acidentes, possui mecanismo semelhante, pautado no princípio da “cultura justa”, segundo o qual toda investigação tem por objetivo identificar as razões do acidente e prevenir novos acidentes, de forma que os agentes que contribuírem com informações relevantes não podem ser punidos.

na Pirâmide de *Compliance* – levando em conta a lição nº 1 do jogo teórico apresentado na seção anterior.

Medidas sancionatórias

No que tange às medidas sancionatórias, a proposta incorpora grande parte das definições já previstas no marco regulamentar que disciplina as atividades de fiscalização da Anatel, além de: (i) tornar mais clara a gradação entre as medidas sancionatórias; e (ii) incorporar a sanção de intervenção.

A respeito da gradação das medidas, conforme ilustrado na Figura 36 – Proposta , a advertência é a sanção mais branda, seguida da multa, da suspensão temporária, das obrigações de fazer ou não fazer (na pirâmide, essas duas sanções ficam no mesmo nível, porque o efeito sobre o regulado (aumento de custo ou perda de receita) depende do caso específico, da intervenção, da caducidade e, por fim, da declaração de inidoneidade, considerada a medida mais rígida porque suas consequências se estendem a outros segmentos, eventualmente não regulados pela Anatel.

Ademais, a inclusão da previsão de intervenção representa uma possibilidade para o regulador de inserir-se na estrutura de governança interna do ente regulado autor de infrações graves que geram severos prejuízos aos usuários. Trata-se de uma medida relativamente comum na regulação dos setores bancário, securitário, previdenciário e de planos de saúde.

Por fim, cabe ressaltar que, a depender da gravidade da sanção e das possibilidades anteriores de correção prévia concedidas ao ente regulado, a aplicação de multas pode ser cumulada com as medidas sancionatórias mais rígidas. Tal possibilidade representa, na prática, mais uma gradação entre as medidas previstas na Pirâmide, o que está em linha com a lição 1 do jogo da pirâmide de *compliance* apresentado anteriormente.

Critérios para aplicação das diferentes medidas de *enforcement*

Por tudo o que já discutido até então, não restam dúvidas quanto à conveniência de dispor de uma pirâmide de *compliance* que garanta ao regulador diversas opções de medidas administrativas e a possibilidade de escalar os degraus dessa pirâmide. Todavia, não é tão claro como e em que casos o regulador deve aplicar as opções disponíveis no rol de ações possíveis. A propósito, esse eventual excesso de discricionariedade é uma das principais críticas aos modelos de atuação responsiva, apresentada nos textos acadêmicos e por autoridades reguladoras e entes regulados.

Uma primeira resposta a esse tipo de crítica reside justamente no fato de que o modelo alternativo à regulação responsiva, o de comando e controle, prevê apenas as medidas sancionatórias. Assim, do ponto de vista dos entes regulados, não há que se falar em insegurança jurídica da passagem do modelo tradicional para a regulação responsiva, uma vez que o tradicional já seria o *worst case scenario*.

De toda forma, a argumentação acima não consegue resolver os problemas de necessidade de isonomia e de segurança jurídica dos agentes públicos que atuam no órgão regulador. Tais problemas são amplificados pela cultura jurídica brasileira de *civil law*, associada aos princípios da administração pública e ao “poder-dever” do Estado de agir quando verificada irregularidade praticada por um ente privado.

Embora essa abordagem mais jurídica fuja ao escopo do presente relatório, é importante destacar que ela acaba gerando entraves à adoção de modelos de atuação mais responsivos, tendo em vista, em resumo, que os agentes públicos podem correr o risco de responsabilização administrativa caso, em detectando um indício de infração, não instaure o respectivo processo de apuração e sanção. Uma consequência natural desse risco é a rejeição, pelos agentes fiscalizadores, dos mecanismos responsivos.

Dessa maneira, além de dispor de uma Pirâmide de *Compliance*, é necessário que a Agência crie e institucionalize, no marco regulamentar e institucional que disciplina sua fiscalização e a conduta dos agentes públicos

envolvidos nessas atividades, critérios de aplicação das diversas medidas administrativas previstas na Pirâmide. Sempre haverá a discussão a respeito do nível apropriado de detalhamento desses critérios, dado o *trade-off* “segurança jurídica versus flexibilidade”, já que não existe uma única forma de resolver esse *trade-off*.

Por um lado, maior discricionariedade permite maior flexibilidade e um aprendizado do órgão regulador ao longo do tempo, tendo em vista ser virtualmente impossível prever todas as situações *a priori*, além dos incentivos junto aos regulados *ex-post* gerados por definições *ex-ante*. Por outro lado, conforme já argumentado, a segurança jurídica também é um valor importante para os agentes fiscalizadores e fiscalizados.

Nesse contexto, aspectos como o nível de descentralização das atividades fiscalizatórias de uma agência (se concentradas em uma única ou em várias superintendências), granualidade da indústria regulada e a complexidade dos requisitos regulatórios são úteis na definição do adequado nível de discricionariedade a ser utilizado na criação dos critérios de aplicação das medidas previstas na Pirâmide de *Compliance*.

No que tange à descentralização da fiscalização, quanto mais fragmentadas forem essas atividades menor deve ser a discricionariedade, uma vez que os riscos de despadronização são maiores nesse contexto. Em geral, as agências reguladoras lidam com diversos assuntos muito técnicos, o que em alguns casos demanda a especialização de suas superintendências em cada assunto específico, as quais, para fins de eficiência, executam todas as atividades regulatórias tradicionais – regulamentação, aprovações prévias e fiscalização regulatória. Nesses casos, diversas áreas fiscalizam e, assim, critérios mais objetivos de gradação na pirâmide são mais apropriados ou, alternativamente, a existência de várias pirâmides de *compliance*, cada qual adaptada ao respectivo segmento da indústria regulada (AYRES e BRAITHWAITE, 1992)¹³⁸. As Agências Nacionais

¹³⁸ Nessas “sub-pirâmides” os critérios de aplicação de medidas poderiam ser, então, mais discricionários.

de Aviação Civil (ANAC) e de Transportes Terrestres (ANTT) são exemplos de instituições reguladoras federais cujas estruturas organizacionais funcionam dessa forma.

No outro extremo, há agências que, justamente por motivos de padronização e aproveitamento das sinergias de processos similares, acabam optando por superintendências baseadas em processos regulatórios, de modo que a fiscalização regulatória fica sob a responsabilidade de uma única ou de poucas áreas. Nesses casos, em razão da maior padronização de atuação, há espaço para critérios mais discricionários, os quais permitem, além de uma maior responsividade perante os regulados, um processo de aprendizado da Agência, que com o decorrer do tempo passa ter a condição de criar costumes e jurisprudências mais aderentes à realidade do que as definições *ex-ante*. As Agências Nacionais de Energia Elétrica (ANEEL) e de Petróleo, Combustíveis e Gás Natural (ANP) são exemplos de organizações estruturadas por processos regulatórios. A Anatel, por sua vez, também se aproxima mais desse segundo modelo organizacional.

No que tange ao segundo e terceiro aspectos mencionados, quanto menos granular for o mercado regulado e mais complexos os requisitos regulatórios, mais discricionários devem ser os critérios para aplicação das medidas administrativas. Com um mercado operado por grandes e menos numerosas empresas, que exercem várias atividades reguladas – p. ex., empresas que prestam serviços de telecomunicação integrada (internet e telefonia fixa e móvel), regulados por diversos requisitos técnicos de performance –, o órgão regulador pode adotar uma estratégia mais discricionária, tanto pela necessidade de ter uma visão holística de cada regulado como pela natural interação entre os diversos requisitos regulatórios.

Já no caso de mercados regulados muito pulverizados, operados por muitas empresas pequenas, fornecendo bens ou serviços padronizados e/ou previamente certificados (“by the book”) – p. ex., radiodifusão e comercialização de equipamentos de telecomunicações, naturalmente o órgão regulador não conseguirá obter uma avaliação tão pormenorizada de cada empresa, tampouco

fazer uma relação de interligação dos requisitos (por seu caráter binário, cumpre ou não), de forma que réguas mais objetivas e melhor definidas tendem a funcionar melhor.

Considerando que a Anatel lida com mercados regulados com ambas essas características, é interessante que os critérios de aplicação das medidas da pirâmide sejam adaptados para cada realidade de fiscalização, na linha do que foi argumentado anteriormente a respeito da abrangência e flexibilidade da Pirâmide de *Compliance*.

Diante de todo o exposto, propomos que Anatel adote um sistema de critérios inicialmente mais aberto, baseados em diretrizes, porém com possibilidade de maior objetivação nos casos de fiscalizações destinadas a mercados mais pulverizados e mais sujeitos a atividades clandestinas – nos quais, naturalmente, as medidas tendem a ser mais coercitivas (dissuasivas). Cabe lembrar que o grupo permanente proposto anteriormente, bem como a sistemática de utilizar as inspeções *in loco* como fontes de informação para que as decisões de aplicação de medidas sejam tomadas em nível menos operacional, são mecanismos que facilitam a adoção dessa forma mais discricionária.

Ademais, os critérios de aplicação das medidas da Pirâmide de *Compliance* podem seguir outros aspectos, tais como: gravidade da sanção, histórico do regulado, danos e vantagens auferidas, bem como outras que as áreas técnicas da Agência conseguirem definir ao longo da implementação do modelo de regulação responsiva. A seguir, esboçamos algumas diretrizes gerais que podem ser utilizadas na materialização dos critérios de aplicação das medidas administrativas, a maioria com cunho reparatório:

- Gravidade da irregularidade: quanto mais grave for a infração detectada (ou conjunto de infrações), maior deve ser o nível da Pirâmide de *Compliance* em que se encontra a ação a ser adotada pela Agência¹³⁹;

¹³⁹ Alternativamente à avaliação de gravidade, a Agência pode criar metodologias de classificação de riscos das não conformidades encontradas, com base em métricas de probabilidade e impacto. Da forma como atualmente se encontra definido o conceito de gravidade, este parece estar mais associado ao quesito de impacto.

- Histórico do agente regulado: quanto maior a quantidade de infrações pretéritas ou menor a capacidade de resolução de problemas detectados nos processos de monitoramento e acompanhamento, mais acima na pirâmide deve ser a medida a ser adotada pela Agência;
- Danos causados aos usuários: quanto maiores, mais acima na Pirâmide;
- Vantagens auferidas pelo ente infrator com a irregularidade: quanto maiores, mais acima na Pirâmide;
- Tentativas pregressas de adoção de medidas mais brandas: quando a gravidade da infração permitir, a Agência deve buscar adotar inicialmente medidas de *enforcement* mais brandas, de forma a resolver as irregularidades encontradas; caso essas medidas não se mostrem suficientes, as áreas de fiscalização devem subir o nível de rigidez das novas medidas aplicadas;
- Proatividade do ente regulado em reconhecer o erro e propor alternativas de resolução: quanto maior, menor o nível na Pirâmide;
- Eventual tentativa de obstrução das atividades de obtenção de informações ou de ações de fiscalização: quanto mais evidente esse tipo de postura, maior o nível na Pirâmide;
- Tipo da exigência regulatória: infrações a exigências mais burocráticas (preenchimento de formulários e documentos) e menos materiais (no sentido de atender requisitos técnicos, de performance ou concorrenciais) devem ser tratados de forma mais branda;
- Clareza dos requisitos regulatórios: quanto mais claros e objetivos os requisitos regulatórios descumpridos, maior o nível na Pirâmide;
- Demonstração de adoção, pelo regulado, de medidas mitigatórias de danos ou formas alternativas de cumprimento do requisito, com vistas ao atingimento dos objetivos regulatórios iniciais: quando demonstrada essa preocupação pelo agente regulado, menor o nível na Pirâmide.

Não se pretende, com os critérios acima, exaurir toda a discussão de aplicabilidade de diversas medidas de *enforcement* dispostas na Pirâmide de

Compliance ora proposta. No entanto, considera-se que tais critérios podem ser utilizados pela Agência quando for modelar e institucionalizar tais critérios¹⁴⁰.

Por fim, cabe reiterar a proposta de que a Agência busque criar no primeiro momento critérios mais gerais, na forma de diretrizes norteadoras – sobretudo no caso dos assuntos regulados mais complexos e em mercados com agentes maiores e menos pulverizados. Com os instrumentos de governança ora propostos e os ganhos de maturidade advindos da aplicação desse novo modelo responsivo, certamente a Anatel conseguirá criar réguas mais objetivas e eficientes para que a fiscalização atinja o seu principal intento: garantir que os objetivos regulatórios da Agência sejam atingidos.

5.8.2.5 Resumo da Proposta e Oportunidades de Avaliação de Impacto

A proposta de atuação responsiva desenhada nesta seção abrange todo o processo de fiscalização da Anatel, passando pelas etapas de planejamento, monitoramento/acompanhamento, execução e adoção das medidas necessárias. A tabela a seguir resume os principais elementos da proposta.

Tabela 16 – Principais elementos da proposta de regulação responsiva aplicáveis à Anatel

Quesito	Característica do novo modelo
Alocação dos esforços de fiscalização	Redirecionamento dos esforços de fiscalização, no sentido de fortalecer as atividades de monitoramento e acompanhamento, e em seguida as de planejamento.
Governança fiscalizatória	Criação de grupo permanente ou comitê entre as superintendências com competência para fiscalizar, com as seguintes funções:

¹⁴⁰ A criação de métodos multicritério de priorização pode ser bastante útil na forma de combinar esses critérios e objetivar, na medida do possível, sua aplicação.

- Integrar os sistemas de acompanhamento e monitoramento das diversas superintendências;
- Prover uma visão holística dos operadores e dos setores regulados;
- Aprimorar os critérios de aplicação das medidas previstas na Pirâmide de *Compliance*;
- Acompanhar as medidas aplicadas pelas superintendências responsáveis por fiscalizar;
- Retroalimentar o processo de regulamentação;
- Prestar contas ao Conselho Diretor em relação às atividades de monitoramento e aplicação de medidas de fiscalização.

Agentes de fiscalização devem:

- Ser orientados em relação ao propósito de cada ação de fiscalização específica, bem como às instruções de trabalho a serem seguidas e às evidências e informações a serem obtidas;
- Ter a prerrogativa de adotar medidas cautelares, caso constatem evidências de irregularidades que representem risco iminente e risco à aplicação futura de outras medidas administrativas;
- Ser desonerados da função de instauração de Pado's e da aplicação de medidas administrativas constantes da Pirâmide de *Compliance*.

As aplicações das medidas da Pirâmide devem ser executadas pelas áreas responsáveis pelo monitoramento, pois elas possuem informações mais robustas acerca dos entes regulados.

**Planejamento
de fiscalização**

Torna-se mais dinâmico e responsivo às informações e conhecimentos oriundos dos sistemas de monitoramento.

<p>Monitoramento e acompanhamento</p>	<p>As superintendências devem utilizar todas as informações disponíveis na Anatel para criar sistemas de monitoramento. Tais sistemas devem ser integrados e acompanhados no bojo de um grupo permanente composto pelas superintendências que possuem competências fiscalizatórias.</p>
<p>Execução das fiscalizações</p>	<p>Além do objetivo tradicional de detectar irregularidades (agora mais aplicável às fiscalizações de ilícitos ou daqueles entes que já percorreram os níveis mais inferiores da Pirâmide de <i>Compliance</i>), as ações de fiscalização devem ter como objetivos: (i) a coleta de informações não obtidas no monitoramento e (ii) a sinalização aos entes regulados de que eles estão subindo na Pirâmide.</p>
<p>Pirâmide de <i>Compliance</i> e aplicação de medidas</p>	<p>Pirâmide de <i>Compliance</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> • medidas preventivas: composição de base de dados para futuras fiscalizações, orientação aos administrados, divulgação de informações; • medidas reparatórias: termo de conformidade, procedimento de acompanhamento e controle, notificação para regularização; • medidas sancionatórias: advertência, multa*, suspensão temporária, obrigações de fazer ou não fazer, intervenção, caducidade, declaração de inidoneidade. <p>*Multa pode ser cumulativamente aplicada com outras medidas mais rígidas.</p> <p>Deve continuar havendo a possibilidade de aplicação de medidas cautelares, com os objetivos de interromper clandestinidade e permitir a aplicação das medidas previstas na Pirâmide.</p>

Critérios para aplicação das medidas previstas na Pirâmide (não exaustivos):

- Já adotados na Anatel: gravidade da irregularidade, histórico do agente regulado, danos causados aos usuários, vantagens auferidas pelo infrator;
- Outros possíveis: tentativas progressivas de adoção de medidas mais brandas, proatividade do ente regulado em reconhecer o erro e propor alternativas de resolução, tipo de requisito infracionado (burocrático x material), clareza do requisito infracionado, demonstração, pelo regulado, de ação mitigatória ou de forma de cumprimento alternativo.

Forma de institucionalização dos critérios:

- Setores regulados mais complexos e com empresas maiores: no início da implementação do novo modelo, priorizar o estabelecimento de critérios mais orientadores que estimulem as medidas iniciais de *enforcement* mais brandas;
- Setores regulados mais simples e com mercado mais pulverizado: critérios mais objetivos.

Fonte: Autores.

Essa proposta tende a preparar a Agência para atuar efetivamente de forma responsiva no bojo de suas atividades de fiscalização. Além dos já mencionados efeitos sobre o redirecionamento da alocação dos esforços (mais monitoramento, acompanhamento e planejamento, com ações mais pontuais e precisas de fiscalização), esse novo modelo tende a reduzir a quantidade de PADOs em processamento na Anatel, tendo em vista que parte das irregularidades verificadas pode ser tratada e resolvida antes da instauração dos

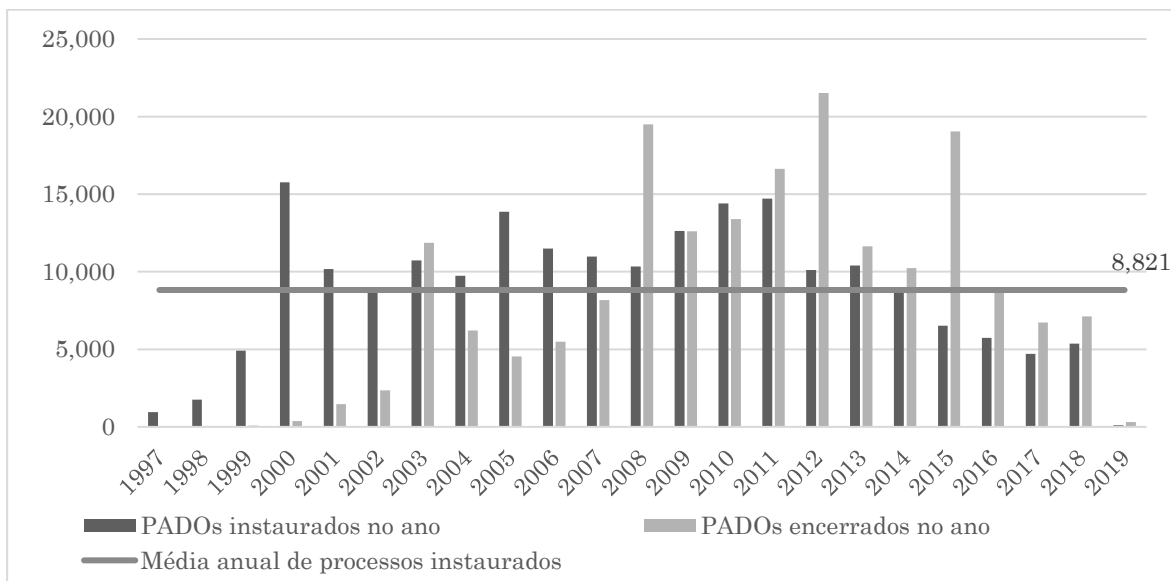
processos sancionatórios, por meio da aplicação das medidas preventivas e reparatórias.

No entanto, o processo sancionatório da Agência possui indicadores que sugerem sua baixa efetividade, tanto em termos de arrecadação quanto em termos de direcionamento da atuação sancionatória (CGU, 2020). Assim, o fortalecimento das atividades de acompanhamento holístico do entes regulados (com efeitos mais dinâmicos sobre o planejamento das ações de fiscalização), o aprimoramento dos processos de intercâmbio da integração de informações e coordenação de ações entre as superintendências que atuam na fiscalização regulatória e, sobretudo, a adoção de uma Pirâmide de Compliance que vá além das medidas administrativas tipicamente sancionatórias, conforme ora proposto, são eixos de mudança que tendem a acelerar as melhorias na fiscalização regulatória da Agência, rumo a um modelo de regulação responsiva.

Nesse sentido, cabe relembrar os efeitos da adoção de modelos de atuação responsiva na Aneel e Anac. Em ambas as agências, essa mudança de paradigma representou uma significativa redução da quantidade de autos de infração lavrados, da ordem de 90%.

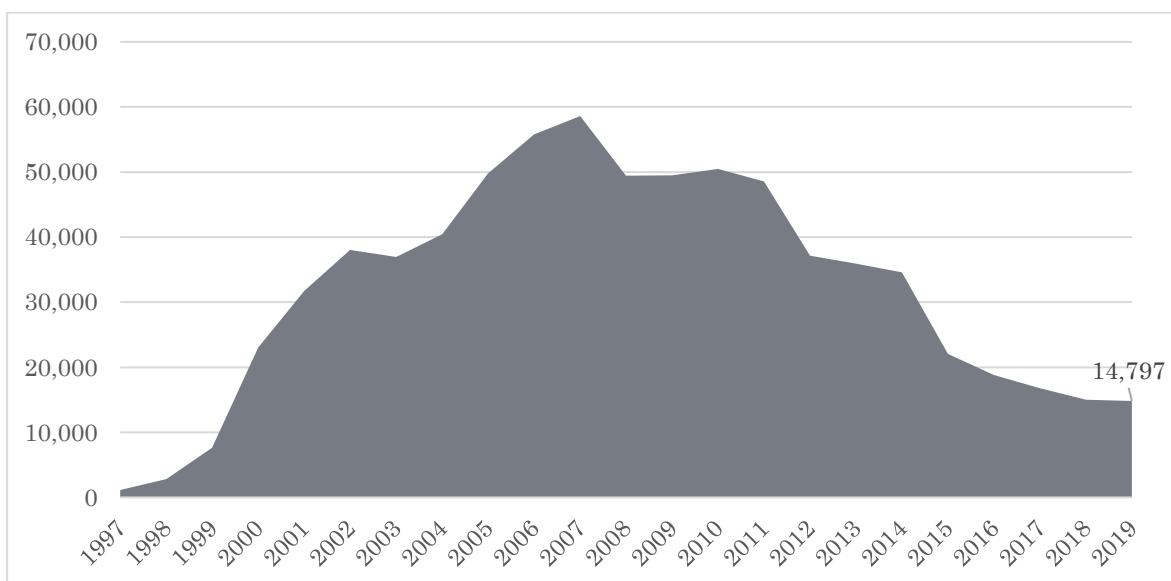
Esses impactos na atividade sancionatória da Anatel podem ser estimados por meio da análise histórica do estoque e dos fluxos de PADOs em processamento na Agência. As figuras a seguir apresentam essas informações.

Figura 37 – Fluxo de PADOs por ano (instaurados x encerrados)



Fonte: Autores, baseados em informações disponibilizadas pela Anatel (arquivo “TED_UNB-PADOS_20190402 (atualizada).xlsx”, planilha “PADOS”).

Figura 38 – Evolução do passivo de PADOs por ano



Fonte: Autores, baseados em informações disponibilizadas pela Anatel (arquivo “TED_UNB-PADOS_20190402 (atualizada).xlsx”, planilha “PADOS”).

Nota-se que a Agência tem conseguido reduzir o fluxo de PADOs. Afinal, verifica-se uma grande redução na quantidade anual de PADOs instaurados ao longo da última década, passando de um nível de 15.000 para 5.000 PADOs/ano.

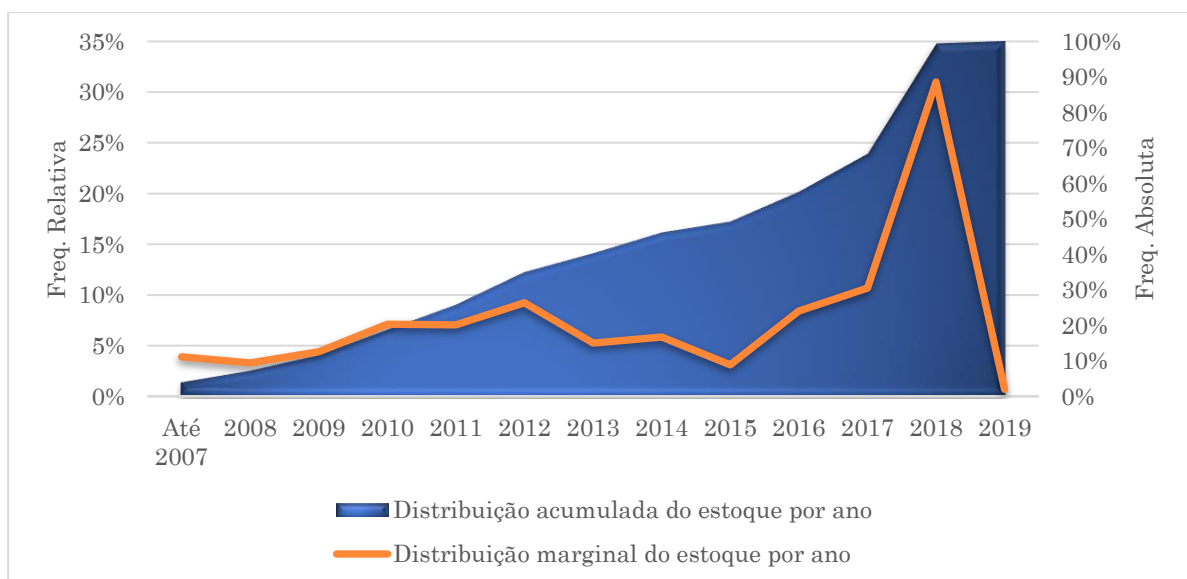
Toda essa redução, aliada ao aumento na produção de decisões (encerramento de PADOs), acarretou uma drástica diminuição do estoque de processos, de cerca de 35.000 ao longo da década. Porém, o fluxo de instauração de 2.000 processos por ano ainda tende a ensejar um grande esforço sancionatório, não necessariamente relacionado à melhoria do desempenho dos regulados.

Em dezembro de 2019, o estoque da Agência estava em 14.797 PADOs em processamento. Considerando a saída líquida (PADOs encerrados menos PADOs instaurados) de cerca de 2.000 PADOs por ano (2.011 em 2017 e 1.755 em 2018), esse passivo tende a ser finalizado em 7,4 anos.

Dado esse prazo relativamente longo para a normalização do estoque de PADOs, é importante estimar os riscos de prescrição de processos que constam desse estoque. Para tanto, o gráfico a seguir fornece informações sobre a idade desse estoque de PADOs em dezembro de 2019. A idade média do estoque pode ser estimada em 6,9 anos.

Tendo em vista que a idade média do passivo (4,7 anos) é menor que o tempo estimado para sua finalização (7,4 anos), pode-se considerar que, em geral, a Anatel possui um baixo risco de prescrição de processos.

Figura 39 – Evolução do passivo de PADOs por ano



Fonte: Autores, baseados em informações disponibilizadas pela Anatel (arquivo “TED_UNB-PADOS_20190402 (atualizada).xlsx”, planilha “PADOS”).

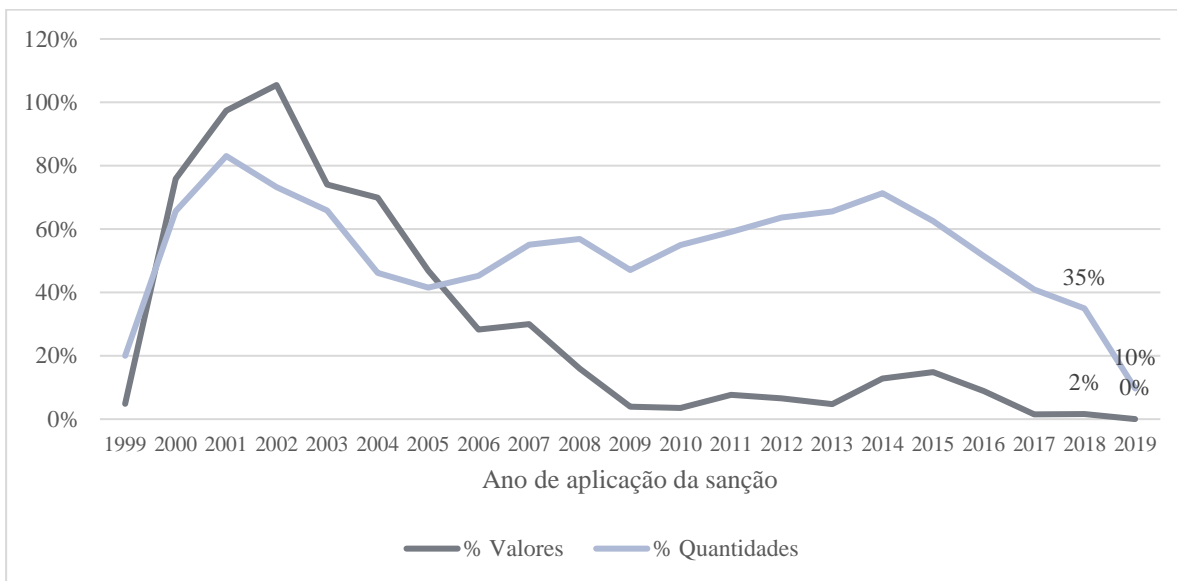
Nesse sentido, a adoção do modelo de atuação responsiva, com o uso das medidas preventivas e reparatórias previstas na Pirâmide de *Compliance* ora sugerida, pode ser benéfica em dois sentidos: (i) (principal) aumentar o *compliance* dos entes regulados; e (ii) reduzir o fluxo de entrada de novos processos sancionatórios, o que pode auxiliar a Agência na finalização mais célere do seu estoque de PADOs e reduzir ainda mais os riscos de prescrição. Conforme demonstrado na seção anterior, ANEEL e ANAC apresentaram redução de aproximadamente 90% dos autos instaurados após a adoção de mecanismos responsivos.

Outro efeito esperado é um possível aumento da efetividade dos processos sancionatórios, seja pelo menor tempo de processamento (o que potencializa o seu efeito pedagógico), seja pelo aumento da capacidade de efetivamente aplicar as sanções. O segundo efeito é esperado pelas seguintes razões:

- i. a menor quantidade de PADOs possibilita que as equipes dediquem maior tempo à análise dos processos mais complexos; e
- ii. a tentativa da Agência de resolver as irregularidades previamente por meio de ações preventivas e reparatórias, de modo mais amigável, tende a fortalecer sua posição perante instâncias judiciais, tanto por demonstrar a insistência do ente regulado em permanecer em situação irregular, buscando o litígio, quanto por reduzir as alegações de falta de razoabilidade e cerceamento de defesa.

A esse propósito, os gráficos a seguir ajudam a explicar a capacidade de aplicação de sanções pecuniárias (multas) da Anatel.

Figura 40 – Percentual de Arrecadação Efetiva da Anatel em PADOs julgados



Fonte: Anatel (arquivo “TED_UNB-PADOS_20190402 (atualizada).xlsx”, planilha “MULTAS_SIGEC”).

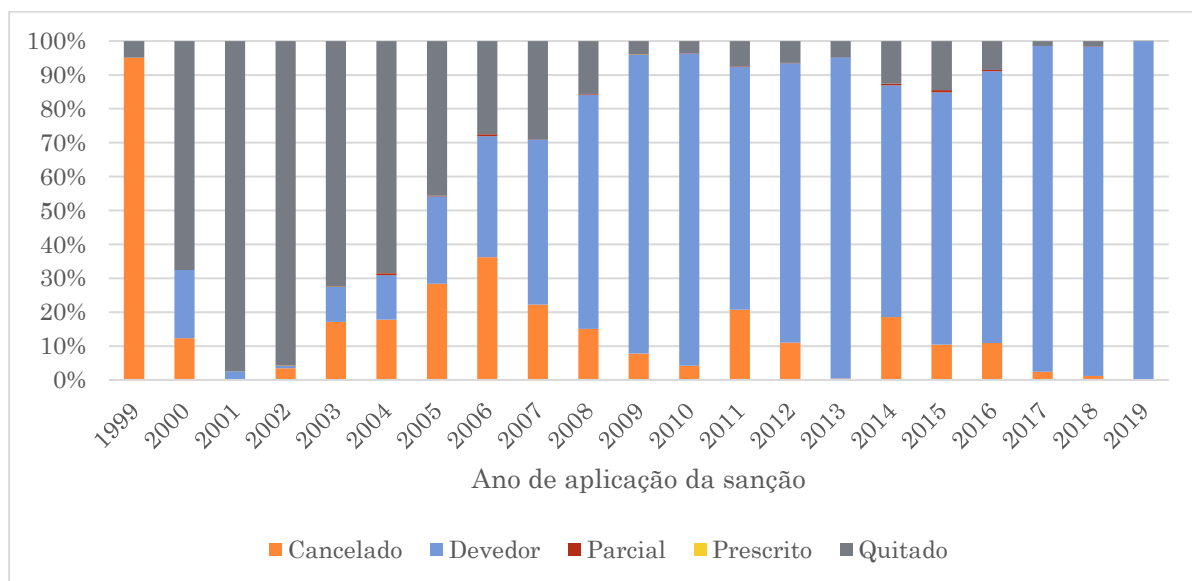
O gráfico acima mostra que, a não ser nos PADOs mais antigos (até 2005), a Anatel costuma obter maior índice de arrecadação em termos de quantidade do que de valor. Isso sugere que: (i) a capacidade de arrecadação mais tempestiva da Agência é maior para as multas de menor valor; e (ii) as multas de maior valor são mais recorrentemente objeto de disputas administrativas e judiciais mais intensas (AYRES e BRAITHWAITE, 1992), o que prejudica sua capacidade de sanção tempestiva.

Tais impressões são reforçadas pelos gráficos das duas próxima figuras, os quais indicam que: (i) a Anatel possui maior índice de pagamento de multas para as sanções de menor monta; e (ii) os agentes sancionados tendem a despender grandes esforços em disputas administrativas e judiciais, o que prejudica a efetiva e tempestiva aplicação da sanção.

Portanto, percebemos que, além de a Anatel fazer frente a um alto passivo de PADOs, tendo o grande desafio de normalizá-lo de forma a tornar o processo sancionatório mais tempestivo, sua capacidade de aplicar efetivamente as sanções pecuniárias é relativamente baixa e também intempestiva. Nesse sentido, a adoção do modelo de regulação responsiva pode auxiliar a Agência a acelerar o

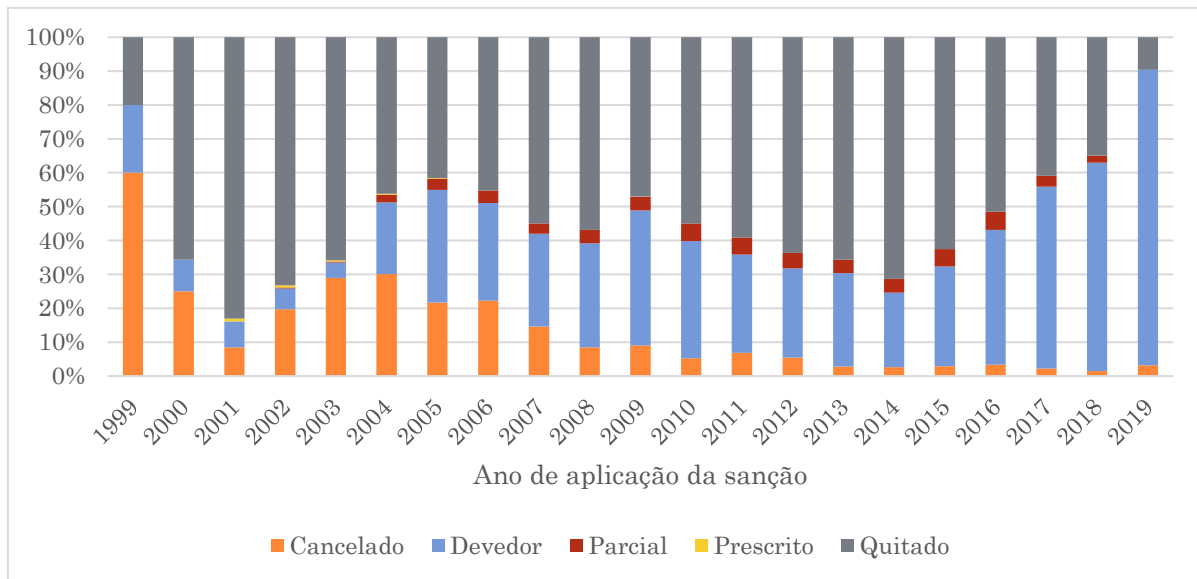
processo de redução do seu passivo de PADOs (por meio da redução das instaurações), aumentar a efetividade de sua atuação fiscalizatório (graças à possibilidade de agir pré-processualmente com vistas à correção dos problemas) e, por fim, aumentar a capacidade de aplicação efetiva das sanções pecuniárias que se mostrarem necessárias (mesmo após escalar os níveis inferiores da pirâmide).

Figura 41 – Situação dos PADOs da Anatel após Aplicação de Multa (em termos de valores em R\$ de multas aplicadas)



Fonte: Anatel (arquivo “TED_UNB-PADOS_20190402 (atualizada).xlsx”, planilha “MULTAS_SIGEC”).

Figura 42 – Situação dos PADOs da Anatel após Aplicação de Multa (em termos de quantidade de multas aplicadas)



Fonte: Anatel (arquivo “TED_UNB-PADOS_20190402 (atualizada).xlsx”, planilha “MULTAS_SIGEC”).

5.9 Conclusão

Este relatório contém extratos dos relatórios parciais que produzimos ao longo do projeto “Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação apoiada em Incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações”, desenvolvido em parceria com a Anatel. Ele foi estruturado ao redor das quatro tarefas principais que nos propusemos a executar e que geraram as conclusões que descrevemos a seguir.

A primeira tarefa sobre a qual nos debruçamos foi identificar os fatores que justificam a intervenção do regulador para promover a expansão do acesso e a melhoria da qualidade. Fizemos uma revisão dos principais estudos acadêmicos na área de Economia sobre esses temas, focando o setor de telecomunicações. Em seguida, avaliamos as duas abordagens econômicas tradicionais da regulação, quais sejam a Regulação por Comando e Controle (C&C) e a Regulação por

Incentivos (RI), e, por último, a regulação que surgiu para aprimorá-las e corrigir as suas deficiências: a Regulação Responsiva.

A revisão da literatura econômica deixou claro que empresas não reguladas tendem a ofertar uma qualidade inadequada do produto ou serviço. O nível de qualidade que maximiza o lucro da empresa tipicamente não é o mesmo que maximiza o bem-estar social. Sendo assim, é preciso buscar instrumentos regulatórios que resolvam ou amenizem esse problema. Um desses instrumentos, muito usado no setor de telecomunicações, é o padrão mínimo de qualidade. Embora, de acordo com a literatura econômica, seus efeitos sejam ambíguos, pode-se afirmar que, se bem calibrados e monitorados, padrões mínimos de qualidade têm o potencial de aumentar o bem-estar social.

A literatura sobre o problema da expansão do acesso em telecomunicações é vasta, mas nós nos concentramos em temas mais atuais, especialmente a banda larga. Políticas de expansão do acesso a redes de banda larga procuram resolver falhas de mercado geradas pela presença de diferentes tipos de externalidade. As mais importantes são as externalidades de rede e de crescimento. Externalidades de rede surgem quando a conexão de mais um usuário à rede gera benefícios para os usuários já existentes. As externalidades de crescimento surgem quando a banda larga facilita a incorporação do estoque de conhecimento da sociedade ao processo de produção, levando a um aumento do crescimento econômico. Os efeitos dessas externalidades foram estimados em diversos artigos empíricos, confirmando a sua importância no setor de telecomunicações.

Há outras justificativas para a implementação de políticas de expansão do acesso a redes de banda larga. Por exemplo, o crescimento da rede de banda larga pode fomentar a participação política e social, fortalecendo as instituições democráticas. Além disso, há economias de escala associadas à expansão da rede, o que diminui o custo médio da assinatura e beneficia os assinantes.

Após a revisão da literatura, dedicamo-nos à comparação entre as regulações por comando e controle e por incentivos. Mostramos que a principal diferença entre elas é que a regulação por comando e controle atua diretamente

sobre os objetivos regulatórios, enquanto a regulação por incentivos atua indiretamente. Na regulação por comando e controle, o regulador impõe uma obrigação à empresa regulada. Essa obrigação opõe-se aos interesses da empresa, caso contrário ela não seria necessária. Na regulação por incentivos, o regulador desenha mecanismos que alinham os objetivos sociais aos objetivos das empresas reguladas, retirando o conflito de interesse. Assim, não se faz necessária a definição de obrigações, a menos que acessórias, para que as empresas busquem os objetivos. Elencamos vantagens e desvantagens de ambas as abordagens, o que sugere que a melhor opção depende do contexto. Ressaltamos também que a forma de atuação das equipes de fiscalização muda sensivelmente de acordo com o tipo de abordagem. No caso da regulação por comando e controle, a fiscalização tem atuação mais direta, procurando garantir que as empresas busquem os objetivos regulatórios. No caso da regulação por incentivos, a fiscalização atua em obrigações acessórias e fornece subsídios para eventuais aperfeiçoamentos da regulação.

Dedicamos atenção especial a dois mecanismos de regulação, chamados de custo do serviço e *price cap*, já que eles foram amplamente utilizados no setor de telecomunicações. Enfatizamos que, ao contrário do que ocorre na regulação por custo do serviço, o *price cap* confere às empresas mais liberdade para definir seus preços e gera incentivos mais fortes para a redução de custos. Por outro lado, empresas que estão sujeitas a uma regulação por custo do serviço têm interesse em oferecer um serviço de boa qualidade, já que são prontamente reembolsadas pelos custos associados, enquanto no regime de *price cap* a qualidade do serviço tende a ser inferior à desejável.

Em seguida, debruçamo-nos sobre a regulação responsiva e propostas de regulação semelhantes que surgiram como alternativas às formas de regulação tradicionais. A regulação responsiva busca criar um ambiente em que a punição deixa de ser central como instrumento de persuasão. Ao invés disso, ela cria outras instâncias de persuasão que, por um lado, reduzem o uso do rigor punitivo e, por outro, induzem as empresas reguladas a alcançarem os objetivos

regulatórios. Segundo a regulação responsiva, a melhor estratégia depende do contexto, da cultura regulatória e da história do setor ou país. Ela não é um programa pré-estabelecido ou um conjunto de prescrições sobre a melhor forma de regular um setor. Uma atitude responsiva gera políticas diferentes que transcendem a divisão entre soluções de regulação e desregulação.

Além da regulação responsiva, discutimos diversas variantes, incluindo regulação inteligente, regulação baseada no risco e regulação realmente responsiva. Também apresentamos algumas das experiências bem-sucedidas de regulação responsiva no Brasil e no mundo, com destaque para a Austrália, onde a implementação desse tipo de regulação está bem avançada.

A segunda tarefa que cumprimos foi a de deitar um novo olhar sobre o problema da expansão do acesso, procurando entender melhor as políticas públicas destinadas a resolvê-lo. Além disso, fizemos um levantamento dos principais mecanismos utilizados por agências reguladoras e governos ao redor do mundo para promover a expansão do acesso.

A expansão do acesso pode ser considerada um subconjunto do problema mais geral de universalização do serviço. Políticas públicas que têm por objetivo promover a universalização em determinado segmento da sociedade são comuns em diversos setores, incluindo telecomunicações, educação, saúde e energia elétrica.

No caso do setor de telecomunicações, há a preocupação de assegurar que as tecnologias de informação e comunicação (TICs) atinjam o maior número possível de pessoas com um preço considerado acessível. Para implementar essas políticas, é necessário que se estabeleça um conjunto de políticas e estratégias envolvendo o governo, as empresas e os consumidores. Em um contexto de rápidas mudanças tecnológicas, as políticas de universalização estão em contínua reformulação, e países em diferentes estágios de desenvolvimento definem universalização de formas distintas. Nos países mais desenvolvidos, ela geralmente inclui a banda larga, *next-generation networks* e até mesmo radiodifusão, resultado da convergência de plataformas (por exemplo, operadoras

de TV por assinatura também oferecem serviços de telefonia e internet). Em países em desenvolvimento, ainda é comum que a universalização do serviço de telefonia seja uma das metas a serem atingidas.

Nesse contexto, abordamos diversos aspectos das políticas de universalização, incluindo seus pilares – disponibilidade, acessibilidade e mobilidade, e os principais fatores que dificultam a sua implementação. Além disso, discutimos o escopo e os critérios para a implementação dessas políticas, o que tipicamente exige a definição dos grupos a serem alcançados e a adequação dos critérios específicos à tecnologia.

Na última parte dessa discussão mais aprofundada sobre a expansão do acesso, apresentamos alguns dos principais instrumentos que podem ser usados, de forma individual ou combinada, para promovê-la em uma economia de mercado: imposição de obrigações normativas de universalização do serviço; subsídios governamentais ou subsídios cruzados; reformas de mercado; desoneração fiscal; planos nacionais; investimento público direto; compartilhamento de infraestrutura; e iniciativas não governamentais. Também abordamos aspectos concorrenciais de eficiência na prestação dos serviços, o financiamento e a governança das políticas públicas, e iniciativas internacionais.

A terceira tarefa a que nos dedicamos foi um estudo dos mecanismos de compensação ao consumidor por danos causados por problemas de qualidade e expansão do acesso. Bastante popular em muitos países, esse tipo de mecanismo possui características de regulação responsiva, já que procura estimular as empresas a resolver pendências com os consumidores diretamente, sem necessidade de intervenção do regulador (especialmente no caso de compensações automáticas).

O foco desse estudo foram os mecanismos de compensação financeira. Identificamos diversos tipos de danos ao consumidor de serviços de telecomunicações que são objeto de compensação e fizemos um levantamento dos diferentes métodos usados para calcular essas compensações, dando ênfase à experiência nacional e à do Reino Unido.

Também dedicamos parte do nosso estudo a uma revisão da teoria econômica sobre compensações ao consumidor. Identificamos os dois principais instrumentos que ela oferece para medir o impacto sobre o bem-estar do consumidor de mudanças nas condições de mercado, quais sejam a variação equivalente e a variação compensada. Fizemos adaptações nesses instrumentos para que eles possam ser usados para o cálculo de compensações ao consumidor quando há mudanças na qualidade do serviço prestado e mostramos como eles podem e são utilizados na prática.

Por fim, desenhamos um mecanismo de compensação automática, que chamamos de modelo-exemplo, aplicável ao caso de danos causados ao consumidor por um atraso na instalação de acesso de banda larga fixa. Ele prevê a adição de perguntas à Pesquisa de Satisfação e Qualidade Percebida da Anatel que permitam elicitare a disposição a pagar e a disposição a receber dos consumidores, conceitos que estão relacionados às ideias de variação compensada e variação equivalente. Esse mecanismo tem a vantagem de aumentar o incentivo para que a operadora cumpra as suas obrigações e aumente a qualidade do serviço prestado, o que vai ao encontro do movimento em direção a uma regulação mais responsiva patrocinado pela Anatel.

A última tarefa a que nos dedicamos foi a construção de uma pirâmide de *compliance*, um tema atual e muito importante para a Anatel – e outras autoridades reguladoras nacionais que têm desenvolvido projetos específicos de atuação responsiva. O desenho dessa pirâmide, contudo, não é uma empreitada trivial, exigindo um elaborado processo de identificação dos instrumentos disponíveis para a Agência, de como a pirâmide se insere na cultura regulatória e de suas implicações administrativas e jurídicas. Além disso, é essencial entender como a introdução da pirâmide afeta os incentivos econômicos tanto da Agência quanto dos entes regulados.

Iniciamos a nossa jornada em direção à pirâmide de *compliance* com um estudo sobre o que a Ciência Econômica tem a dizer sobre o comportamento de pessoas e instituições quando sujeitas a incentivos semelhantes aos criados pela

regulação responsiva. Esse estudo produziu, além de uma revisão da literatura existente, um modelo baseado em teoria dos jogos que permite a análise da interação estratégica entre regulador e regulado na presença de uma pirâmide de *compliance*. Os principais resultados dessa análise foram os seguintes: (i) a Anatel deve procurar reduzir ao máximo o seu custo de participar de um eventual processo judicial. Se esse custo for muito alto e a empresa perceber que, chegando ao degrau mais alto da pirâmide, a Agência desistirá de levar o caso aos tribunais, a empresa não realizará o investimento exigido para atingir o objetivo regulatório; e (ii) se a melhor opção para a Anatel, após escalar a pirâmide até o último degrau, for judicializar o processo, ela deve fazer uma proposta durante o processo de negociação que não aumente substancialmente o custo da empresa.

A partir das lições aprendidas nesse estudo, desenvolvemos uma proposta de pirâmide de *compliance* que contempla: (i) o aproveitamento das medidas sancionatórias existentes; (ii) o uso adicional de medidas administrativas “pré-processuais”, de cunho mais persuasivo; (iii) o aproveitamento das medidas cautelares hoje existentes, porém de forma paralela à pirâmide; e (iv) a disponibilização de um rol de medidas suficientemente amplo e flexível. As medidas administrativas foram divididas em quatro tipos: preventivas, reparatórias, sancionatórias e cautelares. Os três primeiros tipos compõem a Pirâmide de *Compliance*, uma vez que são medidas concretas a serem adotadas pela Anatel para persuadir (preventivas e reparatórias) o regulado a retornar à legalidade ou dissuadi-lo (sancionatórias) de cometer novas irregularidades, punindo-o por irregularidades que não foram corrigidas via persuasão.

Além dos efeitos sobre o redirecionamento da alocação dos esforços, esse modelo tende a reduzir a quantidade de PADOs em processamento na Anatel, tendo em vista que parte das irregularidades verificadas pode ser tratada e resolvida antes da instauração dos processos sancionatórios, por meio da aplicação das medidas preventivas e reparatórias. Além de contribuir para a redução do tempo de processamento de PADOs – e assim garantir uma atuação sancionatória mais tempestiva, esse efeito também tende a ensejar uma maior capacidade de

efetiva aplicação das sanções desejadas pela Agência após escalar as diversas medidas disponíveis na Pirâmide de *Compliance*.

O modelo que propomos tem o potencial de contribuir para que a Anatel torne sua atuação ainda mais efetiva, possibilitando tanto a correção tempestiva das irregularidades (persuasão) quanto a sinalização aos demais agentes que, caso esta correção não seja possível, o regulador possui os mecanismos de dissuasão suficientes para retirar do jogo aqueles que não querem seguir as regras.

Finalizamos expressando a nossa esperança de que os estudos que desenvolvemos ao longo deste projeto e que compilamos neste relatório contribuam para acelerar o processo de implantação de iniciativas de regulação responsiva deflagrado pela Anatel e sirvam de referência para outras instituições e indivíduos interessados no tema.

5.10 Referências bibliográficas de Incentivos e Ciência Econômica

AHLHEIM, M.; BUCHHOLZ, W. WTA or WTP - Is that the question? **Ahlheim, Michael & Buchholz, Wolfgang. (2000). Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht (Journal of Environmental Policy & Environmental Law)**, v. 23, p. 253-271., 2000.

ALLINGHAM, M.; SANDMO, A. Income tax evasion: A theoretical analysis. **Journal of public economics**, v. 1, n. 3-4, p. 323-338, 1972.

ANACOM. **A evolução das NGAs**. Autoridade Nacional de Comunicações. Lisboa. 2011.

ANATEL. Painéis de Dados, 05 Abril 2020a. Disponível em: <<https://www.anatel.gov.br/paineis/ acessos>>. Acesso em: 05 Abril 2020.

ANATEL. **Panorama Anatel - Reclamações 2019**. Brasília - DF. 2020c.

AXELROD, R.; HAMILTON, W. D. The evolution of cooperation. **Science**, v. 4489, n. 211, p. 1390-1396, 1981.

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BALDWIN, R.; BLACK, J. Really Responsive Regulation. **The modern law review**, v. 71, n. 1, p. 59-94, 2008.

BALDWIN, R.; BLACK, J. Driving Priorities in Risk-based Regulation: What's the Problem? **JOURNAL OF LAW AND SOCIETY 43(4)**, p. 565-95, 2016.

BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice**. Second. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BARDACH, E.; KAGAN, R. **Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness**. Philadelphia: Temple University Press, 1982.

BARNETT, A.; KASERMAN, D. The Simple Welfare Economics of Network Externalities and the Uneasy Case for Subscriber Subsidies. **Journal of Regulatory Economics**, v. 13, n. 3, p. 245-254, , 1998.

BECKER, G. Crime and Punishment: An Economic Approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

BLACKMAN, C.; SRIVASTAVA, L. (Eds.). **Telecommunications regulation handbook: Tenth anniversary edition**. Washington DC: The World Bank, InfoDev, and The International Telecommunication Union, 2011.

BOCKSTAEL, N. E.; MCCONNELL, K. E. The Demand for Quality Differentiated Goods: A Synthesis. **University of Maryland. Department of Agricultural and Resource Economics. Working Paper 91-09**, College Park, 1991. 1-31.

- BRAITHWAITE, J. THE LIMITS OF ECONOMISM IN CONTROLLING HARMFUL CORPORATE CONDUCT. **Law and Society Review** 16:3, p. 481-504, 1982.
- BRAITHWAITE, J. **To Punish or Persuade**. Albany: State University of New York Press, 1985.
- BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation and Developing Economies. **World Development** 34 (5), p. p. 884, 2006.
- BRAITHWAITE, J. The essence of responsive regulation. **UBCL Rev.**, v. 44, p. 475, 2011.
- BRAITHWAITE, V.; MURPHY, K.; REINHART, M. Taxation threat, motivational postures, and responsive regulation. **Law & Policy**, v. 29, n. 1, p. 137-158, 2007.
- CGU. **Relatório de Avaliação - Processo Sancionatório da Anatel**. Brasília, p. 64. 2020.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Recomendação da Comissão de 20 de setembro de 2010 sobre o acesso regulamentado às redes de acesso da próxima geração (NGA)**. Jornal Oficial da União Europeia nº L 251 de 25/09/2010. Bruxelas: Comissão Europeia. 2010a. p. 35-48.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Banda larga europeia: investir no crescimento induzido pelas tecnologias digitais**. Comissão Europeia. Bruxelas. 2010b.
- COUTINHO, P. C.; OLIVEIRA, A. L. R. D.; FERREIRA, H. **Estudo sobre Regulação por Incentivos e Abordagem Comando-Controle**. ANATEL. Brasília. 2019.
- COWELL, F. Carrots and Sticks in Enforcement. In: AARON HJ, S. J. **The Crisis in Tax Administration**. Washington, DC: Brookings Institute Press, 2004. p. 230-257.
- CRAMPES, C.; HOLLANDER, A. Duopoly and quality standards. **European Economic Review**, v. 39, n. 1, p. 71-82, 1995.
- CREMER, H. et al. Universal Service: An Economic Perspective. **Annals of Public and Cooperative Economics**, v. 72, n. 1, p. 5-43, 2001.
- CZERNICH, N. et al. Broadband Infrastructure and Economic Growth. **The Economic Journal**, v. 121, n. 552, p. 505-532.
- FCC. Connect America Fund Phase II Auction (Auction 903). **Federal Communications Commission**, 2019a. Disponível em: <<https://www.fcc.gov/auction/903>>. Acesso em: 30 Julho 2019.
- FCC. Mobility Fund Phase II (MF-II). **Federal Communications Commission**, 2019b. Acesso em: 30 julho 2019.
- FEHR, E.; GÄCHTER, S. Cooperation and punishment in public goods experiments. **American Economic Review**, v. 90, n. 4, p. 980-994, 2000.
- FELD, L.; FREY, B. Illegal, immoral, fattening or what?: How deterrence and responsive regulation shape tax morale. **Marburger volkswirtschaftliche Beiträge**, n. 26, 2004.

- FELD, L.; FREY, B. Tax compliance as the result of a psychological tax contract: The role of incentives and responsive regulation. **Law & Policy**, v. 29, n. 1, p. 102-120, 2007.
- FORSYTH, P. The impacts of emerging aviation trends on airport infrastructure. **Journal of Air Transportation Management**, v. 13, n. 1, p. 45-52, 2007.
- GELVANOVSKA, N.; ROGY, M.; ROSSOTTO, C. M. **Broadband Networks in the Middle East and North Africa: Accelerating High-Speed Internet Access**. Washington, D.C.: The World Bank, 2014.
- GIBBONS, R. **Game Theory for Applied Economists**. 1^a. ed. New Jersey: Princeton University Press, 1992.
- GUNNINGHAM, N.; GRABOSKY, P. **Smart Regulation**. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- GUNNINGHAM, N.; SINCLAIR, . Smart regulation. In: DRAHOS, P. **Regulatory Theory: Foundations and applications**. Canberra, Australia.: The Australian National University Press, 2017. p. 133-48.
- HALLSWORTH, M. et al. The behavioralist as tax collector: Using natural field experiments to enhance tax compliance. **Journal of public economics**, 148, p. 14-31, 2017.
- HAMPTON, P. **Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement**. HM Treasury. [S.l.]. 2005.
- ITU. **Universal service fund and inclusion for all**. International Telecommunication Union. Geneva. 2013.
- ITU. World Summit on the Information Society, 2019. Disponível em: <<https://www.itu.int/net/wsis/basic/about.html>>. Acesso em: 22 julho 2019.
- ITU AND INFODEV. ICT Regulation Toolkit, 2019. Disponível em: <<http://www.ictregulationtoolkit.org/toolkit/1>>. Acesso em: Agosto 2019.
- JOHNSTON, R.; KONG, X. The customer experience: A road-map for improvement. **Managing Service Quality**, v. 21, n. 1, p. 5-24, 2011.
- JOHNSTONE, R. Putting the Regulated Back into Regulation. **Journal of Law and Society** 26, p. 378-390, 1999.
- KAHAN, D. M. Social Influence, Social Meaning, and Deterrence. **Virginia Law Review**, 1997. 349-395.
- KAHAN, D. M. Gentle Nudges vs. Hard Shoves: Solving the Sticky Norm Problem. **Chicago Law**, 2000. 607-645.
- KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. **Econometrica**, v. 47, n. 2, p. 263-292, 1979.
- KATZ, R. L. et al. The impact of broadband on jobs and the German economy. **Intereconomics**, v. 45, p. 26-34, 2010.

- LELAND, H. E. Quacks, Lemons, and Licensing: A Theory of Minimum Quality Standards. **Journal of Political Economy**, v. 87, n. 6, p. 1328-1346, 1979.
- LEVINER, S. A new era of tax enforcement: From big stick to responsive regulation. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 42, p. 381-429, 2009.
- MASON, L.; MASON, R. A Moral Appeal for Taxpayer Compliance: The Case for a Mass Media Campaign. **Law & Policy**, v. 14, n. 4, p. 381-399, 1992.
- MAXWELL, J.; DECKER, C. Voluntary environmental investment and responsive regulation. **Environmental and Resource Economics**, v. 33, n. 4, p. 425-439, 2006.
- MAYO, J. W.; WALLSTEN, S. From Network Externalities to Broadband Growth Externalities: a Bridge not yet Built. **Review of Industrial Organization**, v. 38, p. 173-190, 2011.
- MDG TASK FORCE. **Millennium Development Goal 8. Taking stock of the Global Partnership for Development**. United Nations. New York. 2015.
- MENDELOFF, J. Overcoming Barriers to Better Regulation. **Law and Social Inquiry** 18, 1993. 711-29.
- MUSSA, M.; ROSEN, S. Monopoly and Product Quality. **Journal of Economic Theory**, v. 18, p. 301-317, 1978.
- NARDOTTO, M.; VALLETTI, T.; VERBOVEN, F. Unbundling the incumbent: Evidence from UK broadband. **Journal of the European Economic Association**, v. 13, n. 2, p. 330-362, 2015.
- OCDE. **OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit**. Paris. 2018.
- OFCOM. **Strategic Review of Digital Communications**. OFCOM. [S.l.]. 2015a.
- OFCOM. **Strategic Review of Digital Communications - Discussion Document**. London. 2015b.
- OFCOM. **Ofcom Making communications work for everyone, Initial conclusions from the Strategic Review of Digital Communications**. [S.l.]. 2016a.
- OFCOM. **Automatic Compensation - Call for Inputs**. [S.l.]. 2016b.
- OFCOM. **The Consumer Experience, 2015 - Research Annex**. [S.l.]. 2016c.
- OFCOM. **Automatic Compensation, Jigsaw Report**. [S.l.]. 2016d.
- OFCOM. **Automatic Compensation: Annexes**. [S.l.]. 2017a.
- OFCOM. Automatic Compensation - Protecting consumers from quality of service problems, 24 mar. 2017b. Disponivel em: <https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0030/98706/automatic-compensation-consultation.pdf>.
- OFCOM. The Office of Communications. **Annual Report & Accounts for the period 1 April 2018 to 31 March 2019**, 2019a. Disponivel em:

<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/816434/annual-report-18-19.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2020.

OFCOM. **Delivering the broadband universal service**. Office of Communications. Londres. 2019b.

OFCOM. Telecommunications Market Data Update, 2019b. Disponível em: <https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0020/190442/q3-2019-telecoms-data-update.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2020.

PARLAMENTO EUROPEU. **Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal)**. Jornal Oficial nº L 108 de 24/04/2002. Bruxelas: Parlamento Europeu. 2002. p. 51-77.

PARSONS, S. G. Cross-subsidization in telecommunications. **Journal of Regulatory Economics**, v. 13, n. 2, p. 157-182, 1998.

QIANG, C.; ROSSOTTO, C. M.; KIMURA, K. **Economic Impacts of Broadband**. Washington, D.C.: The World Bank, 2009.

REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. **National integrated ICT policy**. Republic of South Africa. Pretoria. 2014.

ROLLER, L.-H.; WAVERMAN, L. Telecommunications Infrastructure and Economic Development: A Simultaneous Approach. **American Economic Review**, v. 91, n. 4, p. 909-923, 2001.

RONNEN, U. Minimum Quality Standards, Fixed Costs, and Competition. **The RAND Journal of Economics**, v. 22, n. 4, p. 490-504, 1991.

SAPPINGTON, D. E. M.; WEISMAN, D. L. **Designing Incentive Regulation for the Telecommunications Industry**. Cambridge: The MIT Press, 1986.

SCHOLZ, J. The Book Review. **American Political Science Review** 87, p. 782-3, 1993.

SCHOLZ, J.; MCGRAW, K.; STEENBERG, M. Will taxpayers ever like taxes?: Responses to the US Tax Reform Act of 1986. **Journal of Economic Psychology**, v. 13, n. 4, p. 625-656, 1992.

SPARROW, M. K. **The Regulatory Craft: Controlling Risks, Solving Problems, and Managing Compliance**. Harvard. 2000.

SPARROW, M. K. **The Character of Harms: Operational Challenges in Control**. Cambridge: Cambridge University Press (doi:10.1017/CBO9780511753862.006), 2008.

SPENCE, A. M. Monopoly, Quality, and Regulation. **The Bell Journal of Economics**, v. 6, n. 2, p. 417-429, 1975.

SPICER, M.; BECKER, L. Fiscal inequity and tax evasion: An experimental approach. **National tax journal**, p. 171-175, 1980.

STIGLER, G. J. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.

SUBSECRETARIA DE TELECOMUNICACIONES. **Decreto 353: Aprueba reglamento del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones**. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Santiago. 2001.

THALER, R. Some empirical evidence on dynamic inconsistency. **Economics Letters**, v. 8, n. 3, p. 201-207, 1981.

THALER, R.; SUNSTEIN, C. **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness**. [S.l.]: Penguin, 2009.

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ. **Estudio sobre operadores de infraestructura de telecomunicaciones y masificación de la banda ancha en Chile: Propuestas de reforma**. Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago. 2013.

VARIAN, H. **Intermediate Microeconomics: A Modern Approach**. New York: Norton & Company, 2010.

VOGELSANG, I. The Endgame of Telecommunications Policy? A Survey. **Review of Economics**, v. 64, n. 3, p. 193-270, 2013.

ZABALLOS, A. G.; FODITSCH, N. **Universal access to broadband and service programs: A comparative study**. Washington, D.C.: Inter-American Development Bank, 2014.

5.11 Apêndice 1 – Modelo de comportamento do consumidor incluindo Qualidade

O modelo que apresentamos neste apêndice está baseado em (BOCKSTAEL e MCCONNELL, 1991). A função de utilidade do consumidor $u(\mathbf{x}, \mathbf{b})$ inclui, além das quantidades dos bens e serviços da sua cesta de consumo, representadas pelo vetor \mathbf{x} , as qualidades desses bens, representadas pelo vetor \mathbf{b} . O problema de maximização do consumidor é:

$$\begin{aligned} \max u(\mathbf{x}, \mathbf{b}) \\ \text{sujeito a } \mathbf{p} \cdot \mathbf{x} - m = 0, \end{aligned}$$

onde \mathbf{p} é o vetor de preços e m é a renda do consumidor.

A solução desse problema são as demandas marshallianas, dadas pelas funções $x_i^M = f(\mathbf{p}, m, \mathbf{b})$, onde $i = 1, K, n$ indexa os bens da cesta de consumo.

O problema dual de minimização do dispêndio do consumidor é o seguinte:

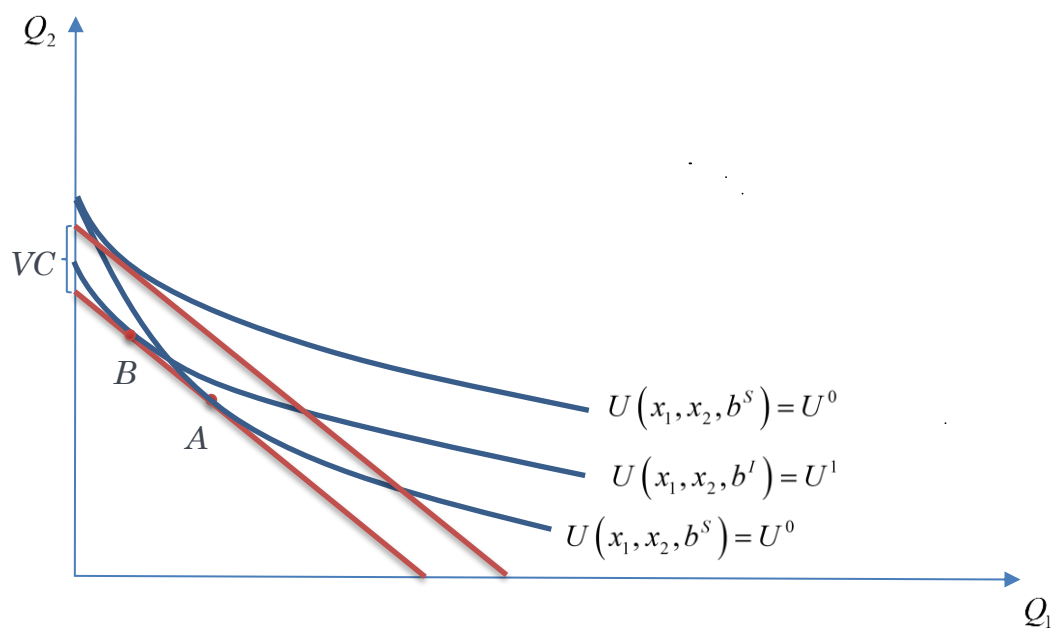
$$\begin{aligned} \min \mathbf{p} \cdot \mathbf{x} \\ \text{sujeito a } u(\mathbf{x}, \mathbf{b}) \geq \bar{u} \end{aligned}$$

onde \bar{u} é um nível de utilidade pré-determinado. A solução desse problema são as demandas hicksianas, dadas pelas funções $x_i^H = g(\mathbf{p}, u, \mathbf{b})$.

A substituição das demandas marshallianas e hicksianas nas funções objetivo de cada um dos problemas do consumidor (maximização de utilidade e minimização do dispêndio) gera, respectivamente, as suas funções de utilidade indireta e de dispêndio, representadas por $v(\mathbf{p}, m, \mathbf{b})$ e $e(\mathbf{p}, u, \mathbf{b})$.

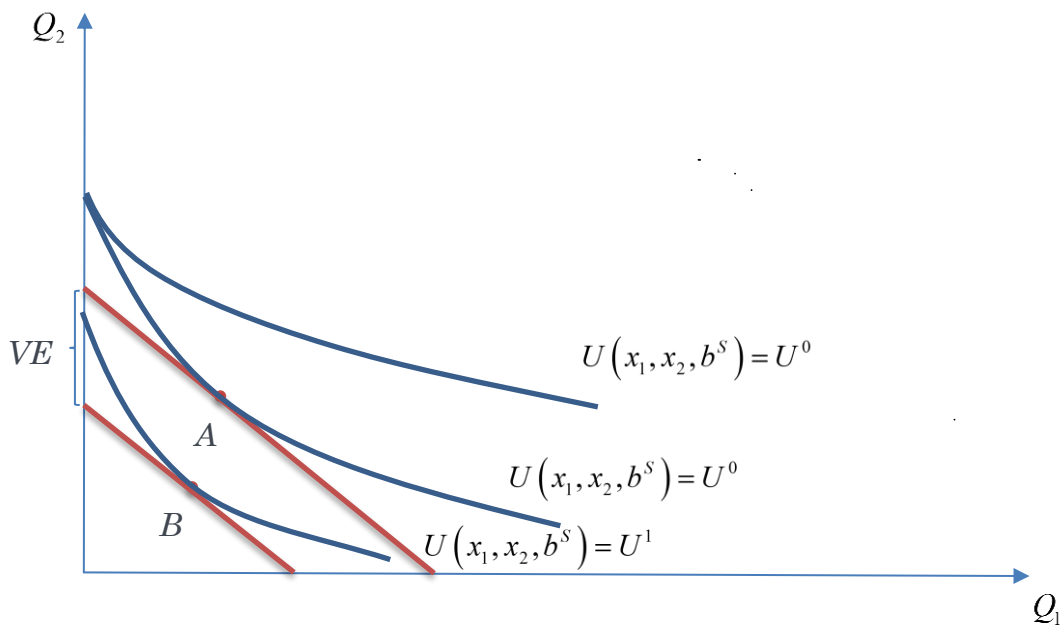
A variação compensada (VC) e a variação equivalente (VE) de uma mudança na qualidade podem ser definidas com base na função de dispêndio. Reproduzimos abaixo as figuras utilizadas no texto principal para ilustrar a situação em que há uma queda na qualidade de um serviço de telecomunicações, enquanto as qualidades dos outros bens e serviços que fazem parte da cesta de consumo continuam as mesmas.

Figura 43 – Variação compensada de uma mudança de qualidade



Fonte: Elaboração própria.

Figura 44 – Variação equivalente de uma mudança de qualidade



Fonte: Elaboração própria.

A variação compensada, que mede a quantidade de dinheiro que o consumidor teria que receber, após a queda de qualidade, para voltar ao mesmo nível de utilidade/satisfação de antes dessa queda, é dada por $VC = e(\mathbf{p}, b^l, U^1) - e(\mathbf{p}, b^l, U^0)$. Observe que o nível de qualidade que entra como argumento da função de dispêndio é o pós-mudança, ou seja, o nível de qualidade inferior.

A variação equivalente, que mede a quantidade de dinheiro que o consumidor precisaria perder, antes da queda de qualidade, para atingir o nível de utilidade/satisfação que teria após a queda de qualidade, é dada por $VE = e(\mathbf{p}, b^s, U^1) - e(\mathbf{p}, b^s, U^0)$. Observe que o nível de qualidade que entra como argumento da função de dispêndio é o pré-mudança, ou seja, o nível de qualidade superior.

5.12 Apêndice 2 – O Modelo de Maxwell e Decker (2006)

MAXWELL e DECKER (2006) desenvolvem um jogo de dois estágios com dois jogadores: uma firma regulada neutra ao risco e motivada a reduzir seus custos esperados de *compliance*, além de um regulador, também neutro ao risco, que deseja minimizar os danos ambientais. Do lado da firma, há duas variáveis de escolha: o nível de investimento ambiental $z \in [0, \infty)$, que reduz os custos de esforço com *compliance*, e o investimento de esforço em *compliance*, que pode ser visto como a criação de uma auditoria interna, por exemplo, e que se reflete na escolha da probabilidade de *compliance*, $p \in [0,1]$. Os investimentos ambientais são observáveis pela reguladora, mas a probabilidade de *compliance* não é. Assim, o modelo analisa dois tipos de regime: a regulação dita não-responsiva e a responsiva. Na regulação não-responsiva, a firma minimiza seus custos de *compliance*, escolhendo seu esforço de *compliance* e o investimento ambiental observável. Ao mesmo tempo, o regulador escolhe seu nível ótimo de monitoramento e a probabilidade $m \in [0,1]$. Já na regulação responsiva, há um jogo de dois estágios, onde, no primeiro estágio, a firma determina seu nível ótimo de investimento levando em consideração a resposta ótima do regulador no estágio seguinte. No segundo estágio, o regulador estabelece seu nível de monitoramento a partir da escolha da firma no primeiro estágio, e a firma decide seu nível de esforço de *compliance*. Como mostram os autores, o regulador tem custos para manter a credibilidade da regulação responsiva..

A firma tem como objetivo minimizar os custos de *compliance* escolhendo p e z :

$$\min_{p,z} E(C_{firma}) = (1 - p)mf + \psi(p, z) + z \quad (1)$$

onde a multa, $f = F + c$ é a soma de um componente puramente monetário F (exógeno) com o custo ambiental c causado pela não-conformidade (*non-compliance*). Já $\psi(p, z)$ é a função de custos de *compliance*. A agência reguladora, por sua vez, tem como objetivo minimizar a soma dos custos esperados ao meio ambiente devido às violações com os custos de monitoramento e execução. Os

custos esperados ao meio ambiente são dados por $(1 - m)(1 - p)c$, enquanto os custos de monitoramento e execução são dados por $\gamma(m)$. Assim, seu objetivo é:

$$\min_m E(C_{reg}) = (1 - m)(1 - p)c + \gamma(m) \quad (2)$$

Na regulação não-responsiva, a firma escolhe p e z ao mesmo tempo em que a reguladora escolhe z . Resolvendo (1), chegamos a (3) e (4), onde (3) mostra que o custo marginal de *compliance* é igual à penalidade esperada por não-conformidade. Em (4), mostra-se que os benefícios do investimento no meio ambiente não são estratégicos por natureza.

$$-mf + \psi_p = 0 \quad (3)$$

$$\psi_z + 1 = 0 \quad (4)$$

Já o resultado de otimização de (2), apresentado em (5), mostra que o custo marginal de monitoramento é igual ao benefício marginal do aumento de monitoramento.

$$-(1 - p)c + \gamma_m = 0 \quad (5)$$

No jogo de regulação responsiva, a firma escolhe z no primeiro estágio. No segundo estágio, a firma escolhe p e o regulador, simultaneamente, escolhe m . No segundo estágio, a firma minimiza seu custo esperado de *compliance* (1), chegando à condição de primeira ordem em (3). Diferenciando totalmente (3), obtemos:

$$\frac{\partial \hat{p}}{\partial m} = \frac{f}{\psi_{pp}} > 0, \frac{\partial \hat{p}}{\partial f} = \frac{m}{\psi_{pp}} > 0, \frac{\partial \hat{p}}{\partial z} = -\frac{\psi_{pz}}{\psi_{pp}} > 0 \quad (6)$$

Já o regulador procura minimizar (2) durante o segundo estágio, o que gera a condição (5), a sua função de melhor resposta de “esforço”. Podem-se derivar os seguintes resultados de estática comparativa:

$$\frac{\partial \hat{m}}{\partial p} = -\frac{c}{\gamma_{mm}} < 0, \frac{\partial \hat{m}}{\partial c} = \frac{1-p}{\gamma_{mm}} > 0 \quad (7)$$

Quanto maior a probabilidade de *compliance*, menores as chances de violação, o que, por sua vez, diminui os custos ao meio ambiente. Os custos de monitoramento também diminuem. Os autores encontram um equilíbrio de Nash

no segundo estágio a partir das funções de melhor resposta. Diferenciando totalmente e aplicando a Regra de Cramer, encontra-se:

$$\frac{\partial m^*}{\partial z} = \frac{-\psi_{pz}c}{-(fc+\gamma_{mm}\psi_{pp})} < 0, e \frac{\partial p^*}{\partial z} = \frac{\psi_{pz}\gamma_{mm}}{-(fc+\gamma_{mm}\psi_{pp})} > 0 \quad (8)$$

Os resultados de p^* e m^* do segundo estágio são utilizados, portanto, para que a firma encontre o nível z de investimentos no primeiro estágio. A regulação responsiva induz a firma a aumentar seus investimentos ambientais com relação ao investimento ótimo na regulação não responsiva.

Por fim, os autores analisam a regulação do ponto de vista dos custos sociais. O seu valor esperado é dado pela seguinte equação:

$$E(SC) - \{(1-p)mf + \psi(p, z) + z\} + \{(1-m)(1-p)c + \gamma(m)\} - (1-p)mF \quad (13)$$

Minimizando (13) com relação a z nos mostra que minimizar os custos sociais pode ter mais ou menos custos na regulação responsiva em comparação com a não responsiva. É demonstrado pelos autores, por fim, que a mudança para a regulação responsiva deve ser acompanhada de um ajuste das multas, já que uma chamada “multa ótima” é diferente sob cada regime.