

PEREIRA NETO | MACEDO 

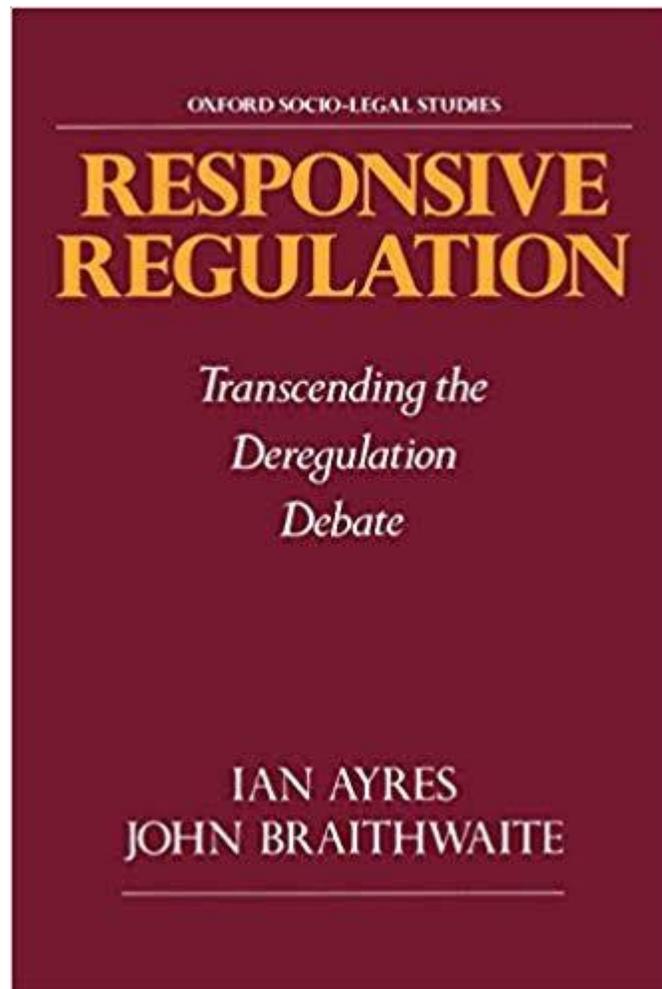
REGULAÇÃO RESPONSIVA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES: DA TEORIA À PRÁTICA

Rafael A. F. Zanatta

58º Encontro Tele Síntese
Brasília, 12 de setembro de 2019

O que diz a teoria da
regulação responsiva?

ORIGENS TEÓRICAS



- Desenvolvimento de teoria de regulação a partir de uma série de pesquisas empíricas sobre uso de sanções e prêmios em diferentes indústrias (análise dinâmica da *relação* entre regulador e regulado)
- Contestação da vertente de “desregulação” dominante no final da década de 1980 (Stephen Breyer) e teorias de *rent-seeking* e de crítica à regulação estatal
- Contribuição sócio-jurídica com diagnóstico distinto das proposições sobre ineficiência da regulação (Chicago School)
- “Responsividade” como ideal democrático e concepção do direito como responsivo às demandas do ambiente (Nonet & Selznick)

FUNDAMENTOS



- Regulação efetiva necessita de múltiplos tipos de sanções de “seriedade escalável”
- O *enforcement* deve ser piramidal: sanções mais pesadas são menos usadas que as da base, mais leves e baratas
- Todas as formas de sanção devem ser efetivamente utilizadas quando necessário
- O uso de cada nível de sanção deve ser visível para os entes regulados, consumidores e representantes de ambos os setores
- Os níveis mais altos de sanção são incentivos para que os níveis menores funcionem

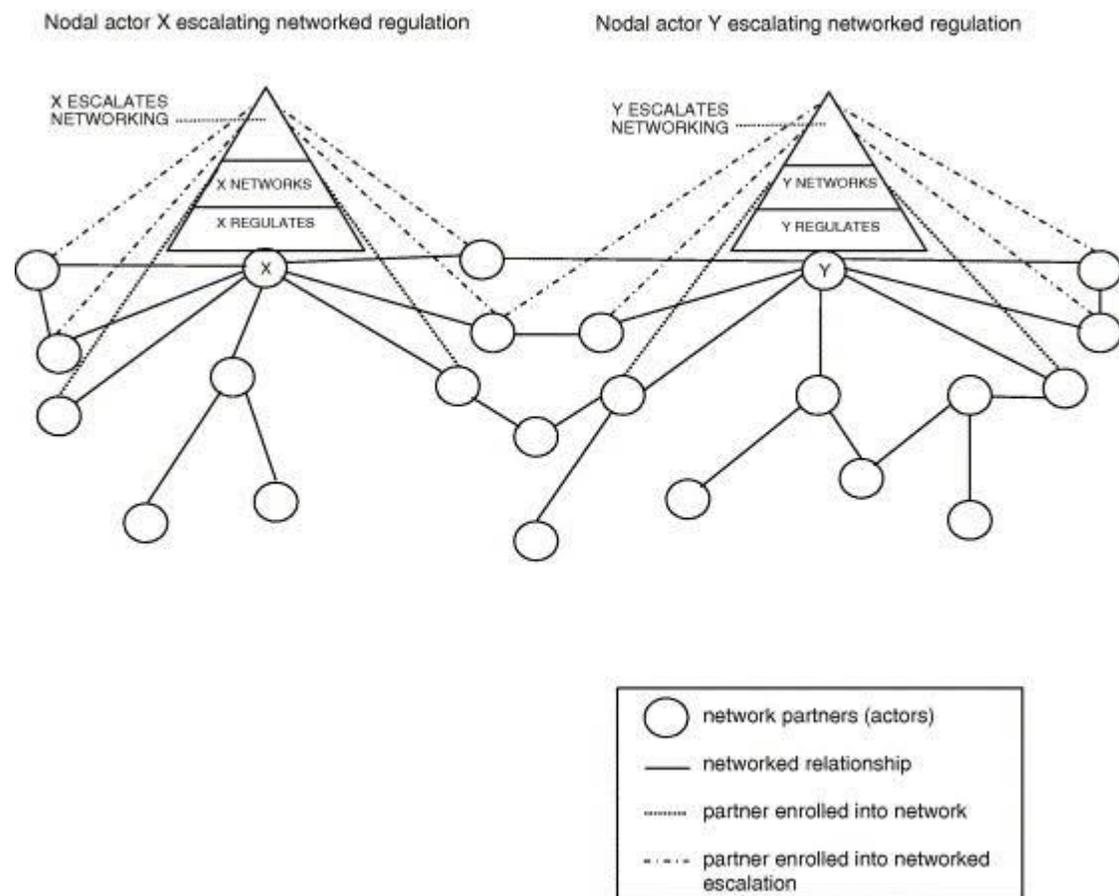
TEORIA DE BRAITHWAITE



Prof. John Braithwaite, principal teórico da regulação responsiva

- “A regulação responsiva é sobre falhar rápido, aprender rápido e se adaptar no empreendimento da regulação” (Braithwaite, 2018)
- Essência da regulação responsiva (2010):
 1. Pense em contexto, não imponha teoria pré-concebida;
 2. Ouça ativamente, estructure diálogos e dê voz aos interessados;
 3. Engaje os que resistem com equidade, mostre respeito ao transformar a resistência em oportunidade de aprendizado;
 4. Enalteça aqueles que demonstrem comprometimento;
 5. Sinalize, mas não ameace, com um leque de sanções;

GOVERNANÇA POR REDES E REGULAÇÃO RESPONSIVA



- O regulador deve incentivar a formação de redes de governança, engajando redes de parceiros (“*network partners*”)
- O regulador pode utilizar das estratégias de “regulação social” quando há campanhas de *naming & shaming*, canais de organização entre os entes regulados (associações e canais institucionalizados de colaboração) e mecanismos de pressão motivacional
- A responsividade também supõe sociedade civil forte, representatividade de interesses e canais de participação construídos dentro da estrutura de regulação (*Responsive regulation and developing countries, 2006*)

A regulação responsiva no Brasil

UMA DISCUSSÃO CADA VEZ MAIS PRESENTE?



**Sessão 2: Regulação
responsiva e novos modelos
de acompanhamento
da qualidade**

Gustavo Santana | Anatel
Ana Cláudia Farranha | UnB
Rafael Zanatta | CDUST

WORKSHOP SOBRE O    
NOVO MODELO DE QUALIDADE

- 1,740 páginas com a expressão “regulação responsiva” (GoogleSearch)
- Biblioteca de teses da Capes: **4 teses** de doutorado com a expressão “regulação responsiva”
- Trabalhos acadêmicos:
 - **28 artigos/trabalhos** entre 2009 e 2014;
 - **73 artigos/trabalhos** entre 2014 e 2019;
- Estudos especializados na UnB, Enap, *Journal of Law and Regulation* e Revista de Direito, Estado e Telecomunicações

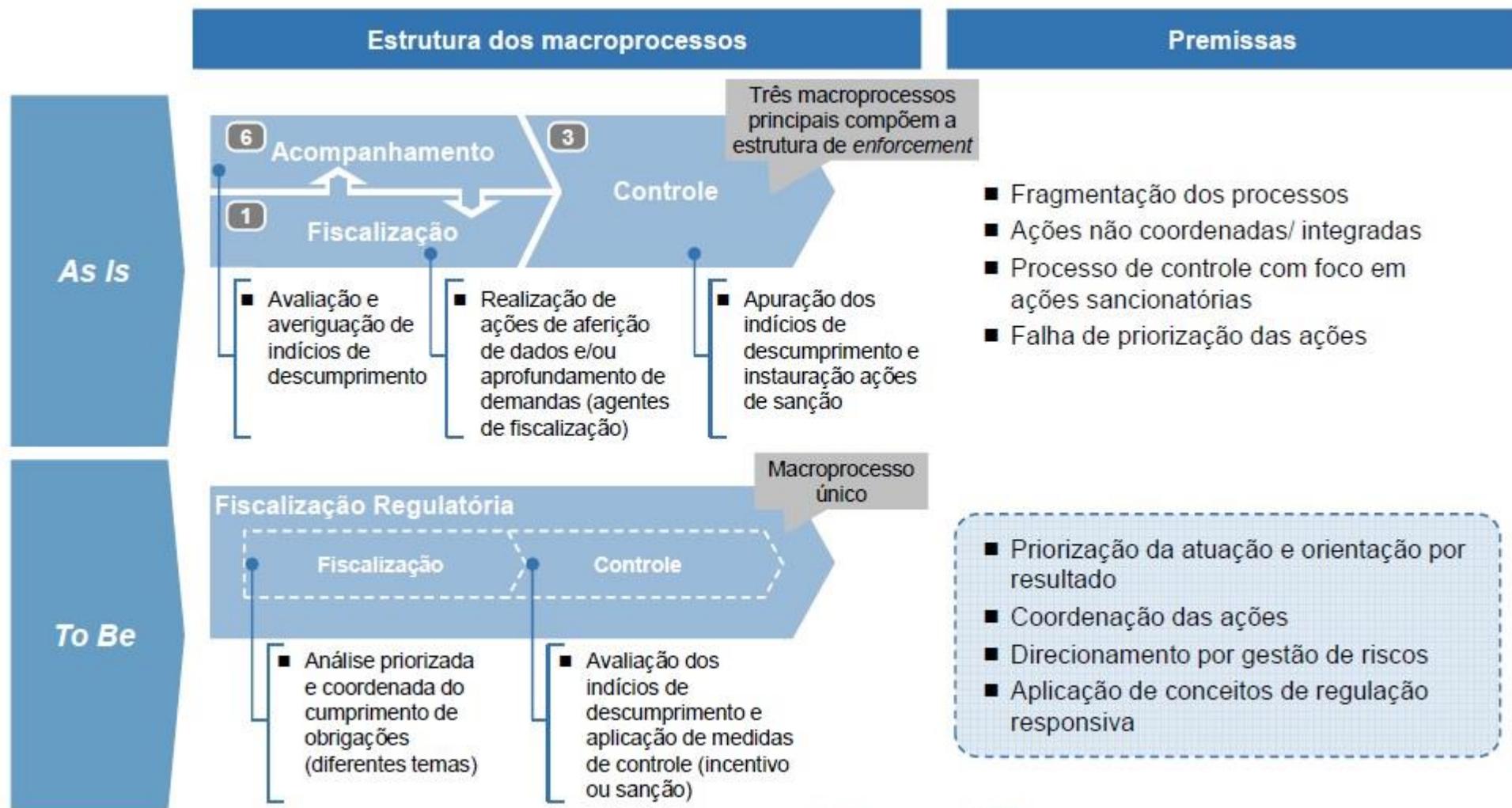
EVOLUÇÃO DO DEBATE SOBRE REGULAÇÃO RESPONSIVA NA ANATEL

- Diagnóstico de exaustão do modelo repressivo e necessidade de abordagem mais sofisticada, utilizando mecanismos de indução do comportamento e mecanismos escalonáveis de sanção (Anatel, **Análise nº 197/2012-GCMB**, Conselheiro Marcelo Bechara de Souza Hobaika, 23.04.2012)
- Racionalização da atividade fiscalizatória da agência e criação do Processo de Acompanhamento e Controle (“PAC”)
- Agenda Regulatória da Anatel para o Biênio 2017-2018 (reavaliação dos procedimentos de acompanhamento e controle de obrigações)
- **Informe nº 3/2016/SEI/COQL/SCO**: atividades de Fiscalização Regulatória deve ter como diretrizes simplificação, foco no resultado, flexibilidade, eficiência, garantia de qualidade, **atuação responsiva** e redução do custo regulatório

RQUAL E RFR

- Em 2017, a partir do diagnóstico do Informe n.º 62/2016/SEI/PRRE/SPR, foi proposto a inclusão do princípio da responsividade (“atuação de forma responsiva” e “incentivo ao comportamento responsivo dos entes regulados) no rol de princípios do **Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (RQUAL)**;
- Em 2018, a Anatel promoveu seminário nacional sobre regulação responsiva e Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações, consolidando contribuições das empresas e sociedade civil;
- Em 2018, foi lançada a Consulta Pública n.º 53/2018 para colher informações sobre minuta de revisão do **Regulamento de Fiscalização Regulatória (RFR)**, aprovado pela Resolução n.º 596/2012
- **Análise n.º 97/2018/SEI/AD**: incentivar a adoção de medidas que visem prevenir e corrigir condutas desconformes, devendo ocorrer previamente à adoção de medidas punitivas, incentivando, desta forma, a possibilidade de casos de correção de condutas, que é fundamental para a implementação da regulação responsiva

MUDANÇA DE CULTURA REGULATÓRIA



RFR E A MUDANÇA PROFUNDA DE CULTURA

Comando e controle

- Resposta às ações do regulado apenas na base sancionatória
- Se houver indícios de cometimento de infração por agente regulado, a agência deve instaurar processo sancionador (PADO)
- Interpretação rígida da obrigação de instauração de processo administrativo tendente à aplicação de sanção

Regulação responsiva

- Enfoque em prevenção e correção de condutas e utilização estratégica das medidas punitivas mais severas
- Se houver indícios de cometimento de infração por agente regulado, a agência pode tentar medidas pedagógicas antes do processo sancionador
- Sistema complexo, não binário (infração/não-infração) e com instrumentos regulatórios intermediários

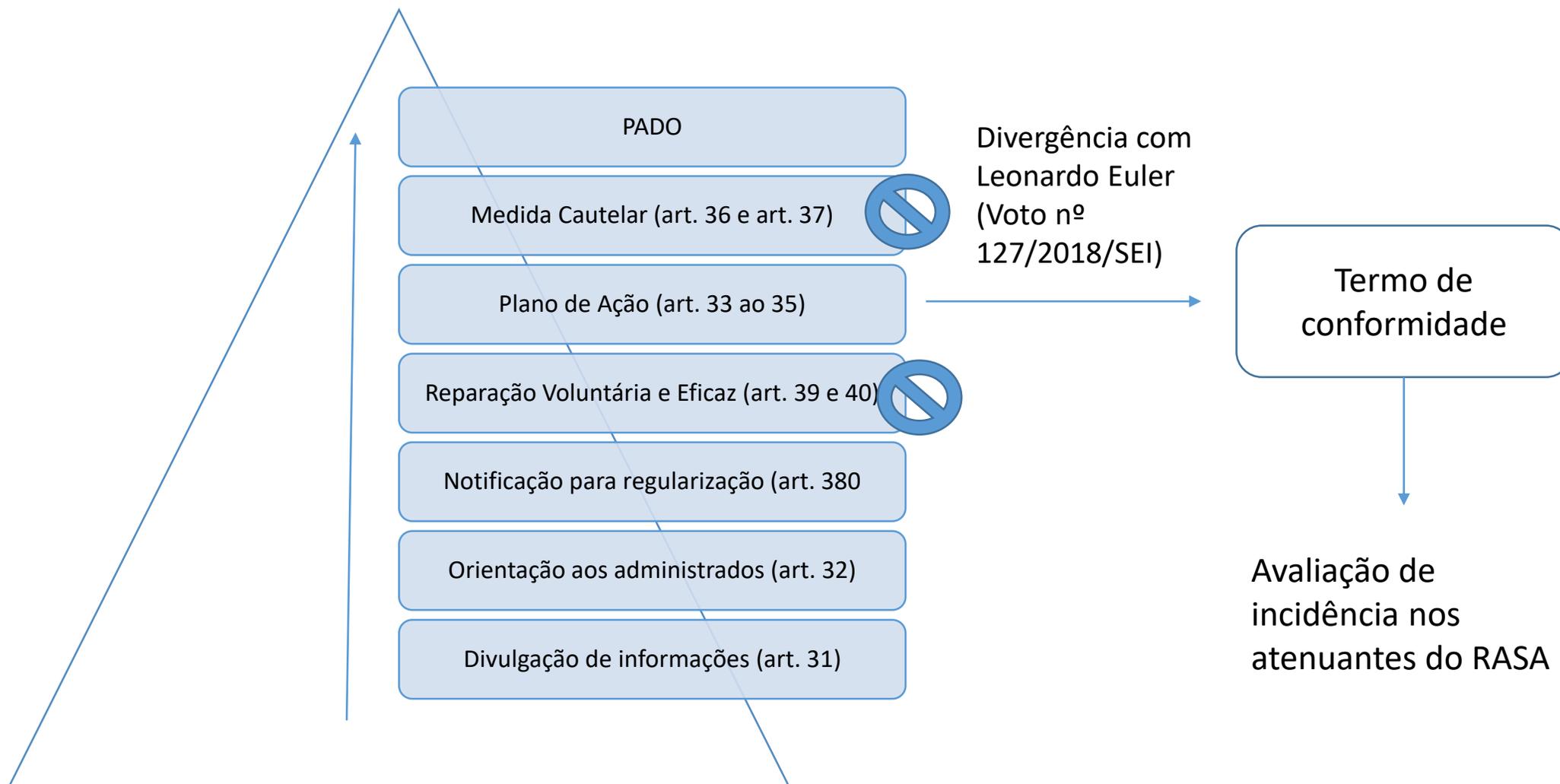
VANTAGENS DA REGULAÇÃO RESPONSIVA

- Enfrentamento do problema concreto de inefetividade das multas e do alto número de PADOS
- Racionalização da aplicação de recursos da Anatel
- Diminuição da litigiosidade administrativa na Agência
- Redução da quantidade de casos judicializados
- Atuação menos combativa e oportunidade de correção de condutas (empreendimentos regulatórios mais sofisticados e arquitetados para indução do comportamento desejado)

(ver Mateus Adami, Caio Mario Pereira Neto, Marcus Abreu Schimidt & Isabela Parisio, [“A revisão do regulamento de fiscalização regulatória da Anatel”](#), Jota , 15/05/2019)

Obstáculos à regulação responsável na Anatel

ARQUITETURA ORIGINÁRIA E DISCUSSÃO NA ANATEL



VISÃO CONSERVADORA DO DIREITO

- Resposta da Procuradoria Federal Especializada da Anatel mediante Parecer nº 0554/2016/PFE-Anatel/PGF/AGU e Parecer 0964/2017/PFE-Anatel/AGU
- Questionamento jurídico sobre o instituto do “Plano de Ação”
 - Momento de propositura do Plano de Ação (antes ou depois de instauração do processo sancionador)
 - Ao agente compete aprovar o Plano de Ação
 - Diferenças entre Plano de Ação e Termo de Ajustamento de Conduta
 - Celebração de Plano de Ação como impedimento para celebração de TAC
- A celebração de Plano de Ação importaria confissão do administrado?
- Tese da PFE: **não é possível afastar a necessidade de instauração de processo sancionador diante de indícios de infração**
- **Argumento legalista com base na Lei Geral de Telecomunicações (art. 173, LGT)**

DEFESA DOS PLANOS DE AÇÃO

- O instituto dos “Planos de Ação” é derivado da experiência da Anatel, em 2017, de solucionar o problema das reclamações dos usuários sobre cobrança indevida de Serviços de Valor Adicionado
- Indução do compromisso com redução de falhas de mercado, externalidades negativas e lesões de direitos dos consumidores
- A adoção de uma regulação verdadeiramente responsiva tem como premissa central a existência de uma etapa, no curso do exercício da fiscalização, que anteceda à adoção de medidas tendentes à aplicação de sanção, tal como a instauração de um processo administrativo sancionador
- É indispensável que, ao se planejar a implementação de uma regulação responsiva no âmbito da Agência, sejam previstos instrumentos à disposição tanto do administrador quanto do administrado que possibilitem a correção de condutas do regulado antes do regulador lançar mão da instauração de processo tendente à aplicação de sanção

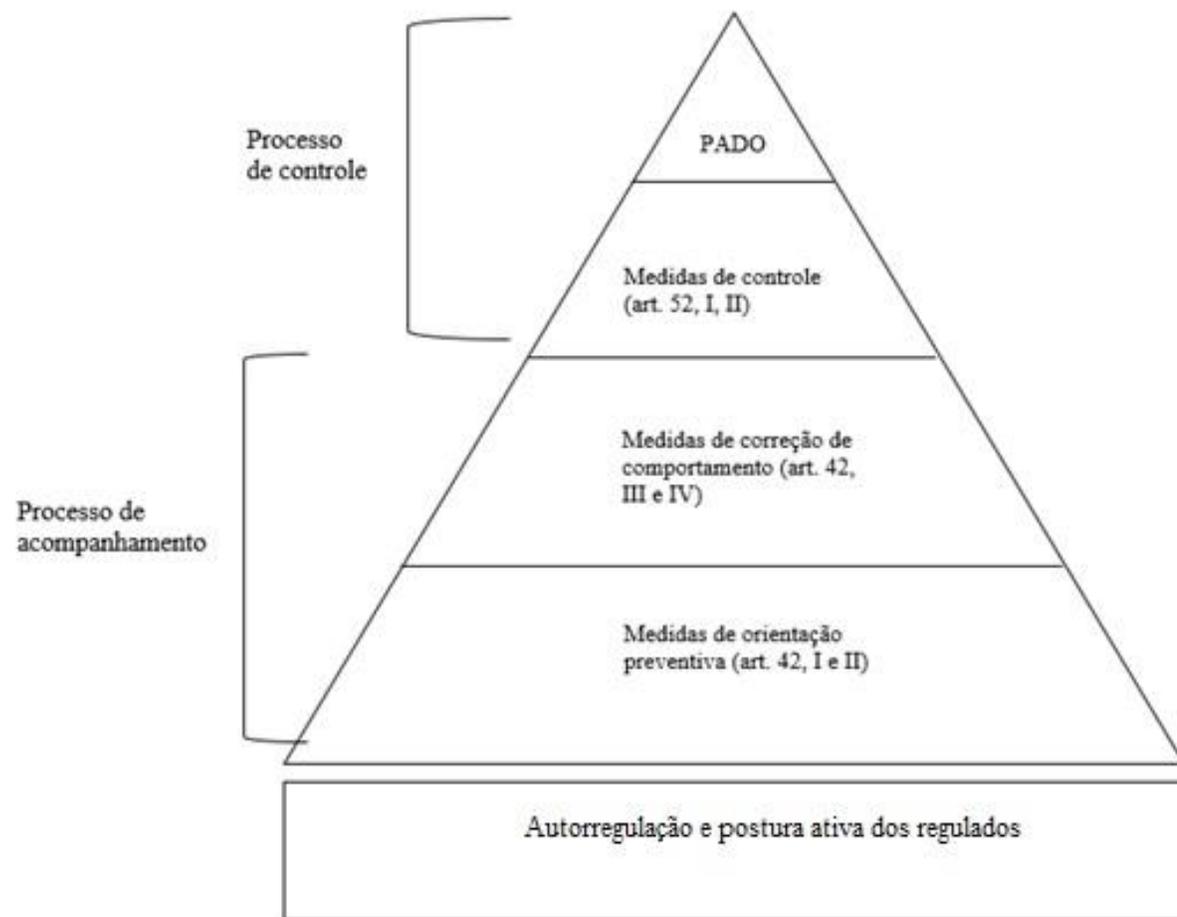
A PROPOSTA DO RFR: O QUE ESPERAR?

- Na forma como foi atualmente proposta a alteração do Regulamento, os resultados da aplicação dos instrumentos de “notificação para regularização” (art. 46 da proposta) e de “termo de conformidade” (art. 47 e ss.) são elegíveis apenas para a avaliação de incidência de atenuantes e agravantes e não obstam a instauração de processo administrativo sancionador
- A adoção de uma regulação verdadeiramente responsiva só ocorrerá quando, diante da detecção de indícios de infração, tanto a Agência quanto o próprio regulado possuam mecanismos para corrigir a conduta potencialmente infratora sem que ambas as partes tenham que arcar com o custoso processo administrativo sancionador
- A própria categorização das medidas ‘preventivas’ e ‘reparatórias’ precisam ser revisitadas para melhorar a sistematização da proposta. Considerando a natureza dos instrumentos incluídos nessa categoria, entendemos que seria mais benéfica uma definição conceitual de (i) medidas de orientação preventiva, (ii) medidas de incentivo de correção de conduta e (iii) medidas de controle de conduta.

REGULAÇÃO RESPONSIVA E INSTRUMENTOS JURÍDICOS

- **Medidas de orientação preventiva:** são aquelas, dentro do processo de acompanhamento, em que o regulador estimula a divulgação de informações do mercado (art. 42, I e II) e passa orientações aos administrados, estimulando a adoção espontânea das orientações. Há, aqui, grau de confiança e de colaboração no empreendimento regulatório;
- **Medidas de correção de comportamento:** uma vez frustradas as tentativas de orientação, o regulador passa a dispor da notificação para regularização (art. 42, III e art. 46) e do termo de conformidade (art. 47) como medida concreta de modificação de comportamento. Não há necessidade de instauração de PADO, considerando que ainda há grau de confiança intermediário com o ente regulado e alternativa de um projeto de colaboração na fase de acompanhamento;
- **Medidas de controle:** as medidas de controle são aquelas realizadas no processo de controle, que se caracteriza por medidas de “reação perante condutas em desacordo com a regulamentação” (art. 51). As medidas de controle são aquelas de divulgação de informações (efeito reputacional), a medida cautelar (art. 54) e a instauração de PADO, culminando ao grau máximo de sanção, onde já está comprometida a confiança e perspectiva de colaboração com o ente regulado.

REGULAÇÃO RESPONSIVA E INSTRUMENTOS JURÍDICOS



- A separação entre **processo de acompanhamento** e **processo de controle** pode dar mais clareza ao processo de escalonamento na Fiscalização Regulatória
- Os mecanismos de orientação preventiva e de correção de comportamento dependem, também, de um monitoramento contínuo.