

## GETEL FILOSOFIA DO GRUPO

A apresentação das linhas de pesquisa do GETEL como um conjunto coerente depende da compreensão do seu **objeto de estudo**.

Como o objeto de estudo do GETEL envolve as telecomunicações e comunicações de qualquer espécie, bem como sua regulação, a **abrangência do conceito de regulação** é um dos passos necessários ao entendimento das linhas de pesquisa do grupo.

Há vários **significados de regulação** e não compete ao grupo optar por um deles, na medida em que ele se apresenta como espaço de problematização da questão regulatória. Assim, o entendimento dos diversos enfoques jurídicos sobre a regulação é um passo necessário.

O campo jurídico abre inúmeras abordagens para o fenômeno regulatório, que vão desde a concepção de regulação sobre o viés do direito administrativo de estudo das estruturas autárquicas reguladoras, suas competências e funções (Alexandre Santos de Aragão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto), passando pelo viés propriamente constitucional de identificação do fenômeno regulatório a atributos básicos de liberdade ou virtude política, ou seja, como espaço de postulação de interesses legítimos (vide, no site do GETEL, Atividades, Disciplinas no Mestrado e Doutorado em Direito da UnB, arquivo Programa\_RegulacaoSetorial\_2006.pdf), até o significado a ela atribuído pelo chamado direito econômico, que a vê como regras jurídicas de imposição de um comportamento de mercado (CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, 172p.), podendo mesmo ser elaborado sob o enfoque de que a regulação, como um pacto regulatório de equilíbrio entre os interesses dos acionistas das empresas e dos consumidores, teria vindo como um substituto para a competição e, portanto, com um significado jurídico de acompanhamento de um setor regulado (SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. 1942; BAUER, Johannes M. *Market Power, Innovation and Efficiency in Telecommunications: Schumpeter reconsidered*, 31 J. Econ. Issues 557, 561 (1997)). Tais enfoques ainda não esgotam o significado de regulação, que, sob o viés da filosofia do direito, é estudada sob o enfoque de sua justificação jurídico-social, podendo compreendê-la como uma garantia institucional de direitos fundamentais políticos de usuários de serviços públicos (vide texto de apresentação da Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, vol. 1, n. 1, p. 1-76), ou mesmo, como um fenômeno de intensidades distintas (AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999). A par destas abordagens, há autores já tradicionais que procuram defender concepções de regulação, embora com tendências ora intervencionista, ora mercadológica (Tony Prosser, Luiz Carlos Bresser Pereira, Gaspar Ariño). O que há de novo no estudo da regulação no Direito está exatamente na maior preocupação atual com o tema, pois já em Themístocles Cavalcanti, se concluía pela caracterização da regulação como a retirada do Estado da interferência operacional na economia, remetendo à legislação a definição de *standards* a serem regulamentados por órgão técnico especializado (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. Vol. II, 5ªed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 496-499). Nesse último sentido, a regulação adquiriu com as privatizações das décadas de 1980 e 1990, o sentido instrumental atribuído a tais *standards* e dirigido à função de criação de competição em espaço improvável para um mercado competitivo: o setor de infraestrutura. Inaugurado pela política de Margaret Thatcher de atuação pró-ativa do Estado na criação da empresa Mercury para competir com a British Telecom na década de 1980, e com a desagregação vertical entre geração, transmissão e distribuição de energia da mesma época, o Banco Mundial absorveu como regra de ouro e por diversos motivos (PURKAYASTHA, Prabir. *Infrastructure sector and withdrawal of the State*. In: *Economic and Political Weekly*, Vol. 30, n. 34, 26 de agosto de 1995, p. 2114-2118) a privatização dos setores antes considerados monopólios naturais estatais sob o argumento de que a desagregação de infraestrutura associada à competição geraria o ambiente mais propício à inovação, desde que o Estado garantisse por regulação a existência de competição nos setores de infraestrutura. Dessa forma, a regulação se resumiria ao papel estatal de facilitar o funcionamento das forças do mercado livre, mediante adoção, no Reino Unido, da doutrina exposta por Lawson em publicação de 1982 (LAWSON, N. *Energy Policy*. In: HELM, D; KAY, J; THOMPSON, D. *The Market for Energy*. Oxford: Clarendon Press, p. 23-29). Para essa visão histórica de privatização das décadas de 1980 e 1990, a regulação seria o principal motor da competição nos setores de infraestrutura, mediante atuação estatal para garantia do mercado. A implementação das políticas da era Thatcher, entretanto, conviveram com análises críticas à visão restritiva do papel estatal na política de infraestruturas essenciais. Tais análises advogam que para além de facilitar a atuação privada nos setores regulados, compete ao Estado atuar pontualmente para satisfação de exigências sociais e ambientais, que não podem ser satisfeitas pelas forças de mercado (ROBERTS, Jane; ELLIOTT, David; HOUGHTON, Trevor. *Privatising Electricity: The Politics of Power*. London: Belhaven Press, 1991): “um mercado é como uma ferramenta: projetada para execução de certas funções, mas imprópria para outras” (LINDBLÖM, C. *Politics and Markets*. New York: Basic Books, 1977, p. 76). Como se pode ver, até aqui, ao invés de se definir regulação, o que se fez foi tentar delimitar a justificativa de interferência do Estado na economia, e, com isso, por consequência, definir o espaço de atuação da regulação, que se confunde com o seu significado.

Os significados de regulação, entretanto, podem ser classificados em duas grandes **categorias**: a) a abordagem baseada em direitos (*rights-based approach*); b) a abordagem regulatória administrativa (*management regulatory approach*). Estas categorias – simplificadoras por definição – têm o mérito de abrir os olhos do observador para as duas formas de visualização das questões jurídicas de regulação de telecomunicações comumente utilizadas de forma intercambiável.

As categorias incorporam as **razões justificadoras da atuação reguladora estatal**.

À medida que delimitam a atuação estatal por sua justificativa de intervenção, tais razões justificadoras **definem o significado da regulação**, precisando-lhe os limites da intervenção estatal em atividades econômicas.

Por outro lado, as categorias citadas tornam transparentes as consequências de se tomar o modelo de direito administrativo ou de direito constitucional como molde para o estudo da regulação de um determinado setor.

O **molde administrativo** nos coloca no patamar do pressuposto de que um rol de atividades se encontra (está localizado) sob o domínio estatal por sua condição de essencialidade. A atuação estatal é justificada, sob este enfoque, a título próprio de atividade atribuída ao Estado e, portanto, gerida e planejada por ele. Os direitos dos administrados certamente são protegidos por tal atividade, mas de forma indireta, como consequência dos atributos derivados da percepção de que o bem ou atividade são públicos e dependentes de decisão estatal quanto aos rumos que tomarão. É uma atividade eminentemente e previamente definida como estatutária, normatizada e administrada na medida da ponderação estatal sobre sua melhor forma de apresentação.

O **molde constitucional**, de precedência dos direitos, depende de algo distinto; da constatação de que a atuação estatal se justifica pela proteção de direitos, delimitando-se, assim, dita atuação pela necessidade de garantia de fruição dos direitos em jogo.

Assim, é sob o viés administrativo que, nos modelos anglo-americanos, a regulação atua com poderes quase absolutos nos serviços monopolísticos ou de infraestrutura essencial das *common carriers*, enquanto paralelamente, nos modelos de tradição continental-europeia, o mesmo ocorre em atividades consideradas essenciais e classificadas como tal sob a insígnia de *serviço público*. Trata-se da regulação a partir da abordagem administrativa regulatória. Por outro lado, para atividades não integralmente absorvidas na vertente administrativa do direito, mas meramente tangenciadas por ela, o significado da regulação depende da medida de exigência de atuação estatal para proteção de direitos, ou, em outras palavras, o poder estatal de intervenção somente tem sua dimensão esclarecida caso a caso frente aos direitos que justificam dito poder. **A regulação se apresenta, portanto, com perfis distintos a depender do espaço jurídico em que se manifesta.**

A importância da compreensão dessa diferença de manifestação é revelada, por exemplo, no caso *Comcast v. FCC* (2010), que foi o estopim da reclassificação jurídica da banda larga como serviço de telecomunicações pela agência reguladora norte-americana no mesmo ano. O entendimento ali externado de que a FCC não teria autoridade ancilar (*ancillary authority*) para exigir a não discriminação dos tráfegos no serviço de provimento de internet da Comcast por ausência de referência a mandato legal expreso e insuficiência da remissão a dispositivos programáticos (*policy statements*), em especial da Seção I do *Communications Act* de 1934, mostra a influência no enquadramento do serviço de provimento de acesso à internet como serviço administrado em sentido estrito, de um lado, ou meramente interferente em serviços administrados, de outro. O contexto decisório que sucedeu e antecedeu o caso Comcast consiste na opção de classificação dos serviços de acesso à internet e sua infraestrutura como atividade ingressa no molde de abordagem regulatória administrativa (direito administrativo clássico) ou de abordagem de atuação estatal justificada pela proteção de direitos (direito constitucional clássico). O entendimento exarado por conselheiros da FCC e analistas como saída para autorizar a regulação da neutralidade da rede de banda larga da Comcast foi iniciar a revisão regulamentar para **reclassificar os serviços de provimento de acesso à internet** como serviços de telecomunicações, no Título II do *Communications Act* de 1934, ou seja, como serviço administrado, inserindo-os no mandato de autoridade administrativa regulatória da FCC, que abrangia, até 2010, os serviços de *common carrier* em geral, inclusive telefonia fixa (Título II do *Communications Act* de 1934), a radiodifusão (Título III do Act de 1934) e os serviços de cabo (Título IV do Act de 1934, acrescentado por ato de 1984). A questão da classificação jurídica dos serviços de telecomunicações e comunicações em geral como serviços administrados ou pertencentes à autoridade ancilar regulatória desempenha um papel fundamental para o desenvolvimento de estudos jurídicos setoriais. Tais pressupostos jurídicos compõem a própria ossatura da argumentação; a necessária ancoragem teórica das linhas de pesquisa do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB.