

2.1 Introdução

O presente texto¹ se propõe a fazer uma descrição geral e abrangente do setor de telecomunicações e de sua respectiva disciplina jurídica. Está dividido em quatro partes. A primeira delas faz uma retrospectiva da organização do setor e da reforma que teve como marco a privatização do Sistema Telebrás.

Em seguida, discute-se como essa reforma foi traduzida no âmbito jurídico e normativo a partir da tensão entre os dois princípios fundamentais que norteiam a legislação setorial (universalização e concorrência). Argumenta-se que concorrência e universalização não são vetores que se excluem, mas podem estar diretamente relacionados, sendo ainda possível identificar, em alguns contextos, uma relação de dependência entre um e outro.

Com o propósito de aprofundar a análise dessa questão específica, o texto segue na terceira parte com uma discussão sobre as políticas de universalização subseqüentes à privatização do Sistema Telebrás. Na quarta parte, por fim, avalia-se como a implementação eficiente de uma política de universalização do acesso a redes digitais tem uma relação de dependência com as condições de concorrência no setor (o que também conduz a uma análise da evolução recente das normas voltadas à promoção da concorrência nas telecomunicações).

¹ Baseia-se substancialmente em dois trabalhos anteriores do autor: o livro **Regulação e direito concorrencial**: as telecomunicações, de 2003, e artigo publicado no número 8 da **Revista de Direito Público da Economia**, de 2004.

2.2 Antecedentes: a organização do setor de telecomunicações no Brasil e a privatização do sistema Telebrás

2.2.1 Do caos ao monopólio estatal

Historicamente as telecomunicações brasileiras estiveram de modo direto associadas ao denominado "Sistema Telebrás". A sua origem remonta à década de sessenta do último século, quando a União Federal procurou melhor sistematizar a forma pela qual os serviços eram prestados. Sua efetiva implantação, porém, ocorreu apenas no início dos anos 1970.

Até então, o setor era marcado por uma significativa fragmentação, com diversas empresas locais e regionais operando sem coordenação e comprometendo o desenvolvimento de uma rede nacional integrada. No plano constitucional, a telefonia local e estadual não era alocada ao âmbito de competência da União, razão pela qual proliferavam concessões por parte de Estados e Municípios². Estima-se que durante os anos 1960 atuavam no País cerca de mil e duzentas operadoras³, e a maior parte do tráfego telefônico era controlado por empresas de capital estrangeiro⁴.

² Dispunha a Constituição de 1946: "Art. 5º Compete à União: [...] XII – explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafo, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais [...]". Ficava excluída da esfera de atuação da União, portanto, a telefonia circunscrita ao âmbito de um Estado ou Município.

³ Dado constante das **Diretrizes gerais para a abertura do mercado de telecomunicações** do Ministério das Comunicações, Brasília, 1997.

⁴ A Companhia Telefônica Brasileira, controlada pela canadense *Brazilian Traction Light and Power*, detinha, por volta de 1968, 70% dos 1,5 milhão de telefones e 80% do tráfego. O setor de telégrafo era controlado pela *Western Telegraph and Telephone* e a telefonia internacional pela *Radional/ITT, SUDAM/Alcatel, Radiobrás e Italcable*. As concessões destas últimas venceram entre 1970 e 1973, quando o serviço passou a ser monopolizado pela Embratel (cf. NEUMAN, W. Russel *et al.* **White paper on Brazilian telecommunications in transition: a new strategy for competitiveness**, mimeo, 1994, p. 32).

Até a promulgação da Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962, também não havia uma sistematização legislativa quanto à matéria. Esse diploma legal, em seu art. 42, autorizou a União a criar uma empresa encarregada de explorar os serviços de sua competência, os quais foram definidos pelo seu art. 10 como os: (i) "serviços dos troncos que integram o Sistema Nacional de Telecomunicações, inclusive suas conexões internacionais"; e (ii) "serviços públicos de telégrafos, de telefonia interestaduais e de radiocomunicações, ressalvadas as exceções legais". A Embratel foi a empresa criada com base nessa autorização legislativa.

Em 1968, o governo adquiriu a Companhia Telefônica Brasileira e, gradualmente, foi obtendo o controle da maioria das operadoras do País⁵. Segundo observa Florinda Antelo Pastoriza,

a idéia básica era criar um sistema nacional de telecomunicações que permitisse unificar e compatibilizar tecnicamente a rede, uma vez que a fragmentação da indústria havia produzido grande heterogeneidade de equipamentos, prejudicando a interligação entre as diversas regiões do país e elevando o custo de operação do sistema⁶.

A fragmentação do poder de outorgar concessões perdurou até a Constituição de 1967, a qual concentrou de forma expressa tal competência na União⁷. Subseqüentemente, a Lei n. 5.792, de 11 de julho de 1972, estruturou o Sistema Telebrás e autorizou, em seu art. 11, a transformação da Embratel em uma sociedade de

⁵ Cf. NEUMAN, W. Russel *et al.*, **White paper**, cit., p. 34.

⁶ **Privatização na indústria de telecomunicações**: antecedentes e lições para o caso brasileiro, Texto para discussão 43, Rio de Janeiro, BNDES, 1996, p. 49.

⁷ Dispunha a Constituição de 1967: "Art. 8º Compete à União: [...] XV – explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações". A referência, portanto, é feita à generalidade dos serviços, não se especificando, como no texto constitucional anterior, determinados tipos de serviços e âmbitos de prestação.

economia mista que passaria a ser subsidiária da Telebrás, procedimento que foi regulamentado pelo Decreto n. 70.913/72.

Por volta de 1973, mediante aquisições e fusões, a Telebrás reduziu o número de operadoras para trinta e sete, quase todas sob o seu controle. Por meio do Decreto n. 74.379/74, a Telebrás foi designada "concessionária geral" para a exploração dos serviços públicos de telecomunicações. Em linhas gerais, as operadoras controladas pela Telebrás cuidavam da telefonia local e interestadual. A Embratel ficou encarregada de operar a rede básica ligando os grandes centros urbanos brasileiros, a telefonia internacional, a transmissão de dados e os serviços de telex.

Já na década de noventa, quando o governo federal definiu as etapas visando à reestruturação do Sistema Telebrás, este era formado por uma *holding*, a Telebrás, que controlava vinte e sete empresas estaduais ou locais, além de uma operadora de longa distância nacional e internacional (i. e., a Embratel).

Havia, ainda, quatro empresas não controladas pela União: a Companhia Rio-grandense de Telecomunicações (CRT), do Governo do Estado do Rio Grande do Sul; os Serviços de Comunicações Telefônicas (Sercomtel), da Prefeitura de Londrina (Estado do Paraná); as Centrais Telefônicas de Ribeirão Preto (Ceterp), da Prefeitura de Ribeirão Preto (Estado de São Paulo); e a Companhia de Telecomunicações do Brasil Central (CTBC), de capital privado e sediada em Uberlândia (sua área de atuação estende-se pelo Triângulo Mineiro, nordeste de São Paulo, sul de Goiás e sudeste do Mato Grosso do Sul)⁸.

A existência dessas empresas não afetava a estrutura monopolizada do setor, pois atuavam dentro de áreas geográficas delimitadas, sem concorrer com nenhuma outra operadora. Ademais,

⁸ Dados constantes das **Diretrizes gerais para a abertura do mercado de telecomunicações** do Ministério das Comunicações, Brasília, 1997.

dependiam necessariamente daquelas ligadas à Telebrás para integrar suas redes locais e regionais ao sistema nacional de telecomunicações.

Esse modelo centralizado foi determinante para o desenvolvimento da infra-estrutura de telecomunicações no Brasil, que fora prejudicado, em larga escala, pela existência de um setor fragmentado e pouco regulado, no qual as decisões econômicas ficavam a cargo de agentes que atuavam sem nenhuma coordenação e de autoridades locais que não dispunham do necessário suporte técnico.

Ressalte-se, ainda, que até a União Federal efetivamente assumir os serviços, o volume de investimentos era bastante insuficiente, tendo resultado em uma rede incapaz de atender à demanda associada ao desenvolvimento de outros setores da economia. A presença estatal e os investimentos públicos foram, portanto, os meios de superação da incapacidade de a iniciativa privada alocar ao setor os recursos necessários.

No momento da promulgação da Constituição de 1988, o modelo construído em torno do monopólio estatal foi recepcionado e confirmado. O art. 21, XI, não apenas atribuiu à União a competência para explorar os serviços de telecomunicações, mas expressamente estabeleceu que isso deveria ser feito de forma direta ou mediante empresas sob controle acionário estatal.

2.2.2 Privatização e abertura do setor: do monopólio estatal à concorrência privada

A mudança na forma de organização das telecomunicações brasileiras se insere em um contexto mais amplo de revisão do papel do Estado. As políticas desenvolvimentistas no Brasil tradicionalmente se basearam em ações tomadas a partir do Estado, o qual assumiu um papel nuclear na industrialização e no período ininterrupto de crescimento econômico que se verificou durante as décadas de quarenta a oitenta.

Com a crise fiscal dos anos 1980⁹, verifica-se um crescente esgotamento da capacidade de investir do Estado e uma inaptidão para reverter a queda na taxa de crescimento econômico. Esse quadro foi agravado por um déficit público crescente, o qual, por sua vez, impulsionava o processo inflacionário. Paralelamente à crise fiscal, colocou-se um questionamento quanto à forma de atuação do Estado no domínio econômico, a qual se estendia por praticamente todos os setores e também dava mostras de esgotamento.

O programa de reforma do Estado brasileiro origina-se da busca de alternativas para o enfrentamento de uma crise fiscal, sendo marcado inicialmente por uma estratégia de contínua improvisação (i. e., sem uma orientação clara e sistemática quanto aos objetivos dessa reforma), na qual, porém, já se fazia presente o objetivo de retração do aparato estatal sobre a economia¹⁰. A discussão

⁹ A origem da crise fiscal costuma ser situada no início da década de setenta, quando se optou pela manutenção de uma estratégia de desenvolvimento econômico fundada em forte atuação do Estado no setor industrial (tanto através de subsídios ao setor privado, como através de atuação direta por meio de empresas estatais). Mas isso foi feito com base em uma política de transformar dívida externa privada em pública, aceitando o governo que os devedores pagassem seus empréstimos externos em moeda local ao Banco Central, enquanto o Estado assumia a dívida perante os credores externos. Assim, o Estado financiava seu déficit interno ao mesmo tempo que acumulava uma dívida externa excessiva em dólar. O pagamento dos juros dessa dívida, alta e em moeda forte, provocou uma redução da capacidade do País em realizar investimentos a partir da formação de uma poupança interna, assim como um crescimento do déficit público e da inflação (cf. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 41 e s., também p. 112).

¹⁰ "Os atuais formuladores de políticas públicas brasileiros parecem ter chegado a uma solução de mercado a partir de um ponto de partida que é essencialmente pragmático, e não ideológico. A defesa de uma política industrial não intervencionista é baseada não na proposição de que a intervenção estatal é em si mesma

sistemática quanto ao papel que deveria desempenhar o Estado (e a nova regulação a ser implementada) surge apenas em um segundo momento, confirmando a opção de reorganizar a economia em torno do mercado. Há, assim, uma definitiva ruptura com o modelo anterior de regulação e de desenvolvimento impulsionado pelo Estado.

Conforme consta do *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, preparado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado em 1995, o objetivo visado era o fortalecimento da função estatal de promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social, deixando, porém, de ser o Poder Público o responsável direto por ele. Nesse sentido, colocar-se-iam como inadiáveis "reformas econômicas orientadas para o mercado, que, acompanhadas de uma política industrial e tecnológica, [garantissem] a concorrência interna e [criassem] as condições para o enfrentamento da competição internacional".

O novo modelo de regulação das telecomunicações irá refletir tais premissas. Baseou-se no propósito de conferir maior espaço de atuação aos agentes privados (e redução, por meio da privatização, da prestação direta dos serviços por empresas estatais), assim como na tentativa de garantir a imposição de limites ao poder econômico (transferido a particulares no processo de privati-

ineficiente, mas na conclusão de que é necessária em virtude de restrições fiscais" ("Brazilian policy-makers today seem to arrive at a market solution from a starting point that is essentially pragmatic rather than ideological. The defence of a non-interventionist industrial policy is based not on the proposition that state intervention is inherently inefficient, but on the conclusion that it is necessary due to fiscal constraints", no original; tradução do autor) (SHAPIRO, Helen. *The public-private interface: Brazil's business-government relations in historical perspective, 1950-1990*. In: DUTT, Amitava Krishna; KIM, Kwan S.; SINGH, Ajit (Ed.). **The State, markets and development: beyond the neoclassical dichotomy**. Vermont: Edgard Elgar, 1994, p. 144-168, esp. p. 164).

zação) mediante o fortalecimento dos mecanismos de mercado (i. e., da concorrência).

O primeiro marco normativo de implementação do novo modelo foi a Emenda Constitucional n. 8/95, que alterou a redação do art. 21, XI. Foi elaborada com o claro propósito de permitir a reestruturação do setor de telecomunicações com base na quebra do monopólio público e passagem para um regime de mercado. Viabilizou, ainda, as privatizações, na medida em que retirou a exigência de que os serviços de telecomunicações fossem prestados por empresas sob controle estatal. Dando seqüência a esse processo, à promulgação da aludida emenda seguiu-se a Lei n. 9.295, de 19 de julho de 1996.

Esta foi direcionada, antes mesmo de qualquer definição mais concreta quanto ao novo modelo que se buscava, a abrir à concorrência alguns segmentos tidos como de alta atratividade para o setor privado. Sob essa lei foram feitas licitações para a concessão da exploração da denominada Banda B do então denominado Serviço Móvel Celular (SMC). Nos termos do art. 3º desse diploma, a exploração seria feita apenas por meio de concessões. Optou o legislador, conseqüentemente, por um regime de serviço público.

A Lei n. 9.295/96 disciplinou, também, a prestação do SMC pelo Sistema Telebrás (i. e., pelo conjunto de operadoras controladas pela União Federal, as quais praticamente detinham o monopólio sobre os serviços de telecomunicações). As operadoras estaduais e locais já vinham atuando nesse mercado com base em permissões. A lei determinou que tais permissões fossem transformadas em concessões (art. 4º), devendo as respectivas operadoras constituir empresas específicas para a exploração desses serviços (art. 4º, parágrafo único, e 5º).

Houve, com base nisso, uma duplicação das operadoras regionais sob o controle da Telebrás, as quais passaram a operar a denominada Banda A do SMC em regime de concessão. Posterior-

mente, vieram a ser privatizadas junto com todo o Sistema Telebrás. Nesse primeiro momento da abertura do setor, portanto, instituiu-se um duopólio em relação à telefonia móvel¹¹.

No tocante às empresas do Sistema Telebrás, cabe destacar que não houve propriamente a outorga de uma concessão, visto que as atividades continuaram a ser prestadas e controladas pelo próprio Estado em regime de serviço público. Conforme posição adotada por Geraldo Ataliba, a qual acabou por modificar substancialmente o entendimento prevalecente na doutrina brasileira, não há uma relação entre concedente e concessionário quando este houver sido criado pelo titular do serviço, com capitais próprios¹².

Efetivamente não há uma concessão quando a atividade não sai da esfera imediata de controle estatal, tampouco se verifica a transferência dos seus riscos, os quais continuam sendo assumidos pelo Poder Público, que despendeu os recursos necessários à cons-

¹¹ Foi estabelecida uma barreira institucional à quebra desse duopólio: os contratos de concessão asseguravam às respectivas concessionárias que até 31 de dezembro de 1999 não seriam iniciadas operações de novos serviços de igual natureza. Há, também, uma barreira natural, pois, em razão da necessidade de uso do espectro de radiofrequência, o número de prestadoras que atuam em uma mesma área não é ilimitado. Com a entrada em operação das empresas das denominadas Bandas C, D e E poderá, em tese, haver cinco concorrentes em cada mercado geográfico. A licitação das autorizações para essas novas prestadoras (junto com o direito de uso das respectivas radiofrequências) foi acompanhada de significativa mudança na disciplina normativa aplicável. Esta procurou, notadamente, adequar a prestação do serviço (agora denominado Serviço Móvel Pessoal – SMP) ao regime privado da LGT (cf. as Diretrizes para Implementação do SMP, aprovadas pela Resolução Anatel n. 235, de 21-9-2000).

¹² Cf. Sabesp – Serviço público – Delegação a empresa estatal – Imunidade a impostos – Regime de taxas. *Revista de Direito Público*, n. 92, 1989, p. 70-95. O autor menciona dois precedentes do Supremo Tribunal Federal segundo os quais empresa pública não pode ser tida como concessionária (cf. RTJ 112/674 e 116/582).

tuição da respectiva empresa¹³. Apesar de haver uma descentralização administrativa, o Poder Público continuará controlando diretamente a organização e a prestação dos serviços¹⁴.

A Lei n. 9.295/96 foi praticamente inteira revogada pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT, Lei n. 9.472/97), a qual procurou organizar de forma ampla e sistemática o novo modelo institucional das telecomunicações. Disciplinou os regimes de prestação dos serviços, a criação da Anatel e a privatização do Sistema Telebrás.

O art. 18, III, da LGT estabeleceu a necessidade de o Poder Executivo aprovar um “plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público (PGO)”. Sua finalidade, segundo o art. 84, seria definir a área de atuação das operadoras, o número delas, os prazos de vigência das concessões e o de admissão de novas prestadoras. Sua elaboração coube, nos termos do art. 19, III, à Anatel mediante prévia consulta pública.

Uma vez instalada a Anatel¹⁵, a elaboração desse plano colocava-se como o passo seguinte do processo de liberalização e privatização. O art. 187 da LGT autorizou o Poder Executivo a reestruturar e desestatizar as empresas controladas pela União. Nos termos do art. 188, essa reestruturação deveria ser feita com vistas a compatibilizar as áreas de atuação das empresas com o PGO.

¹³ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**: comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997, p. 73 e s.

¹⁴ Não há, portanto, razão para submeter à exigência de prévia licitação do art. 175 da Constituição as atividades prestadas sob regime de serviço público por entidades da própria administração pública. Essa referência precisa ser feita porque o argumento constituiu um dos fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.491-9/600, a qual foi proposta em relação a determinados dispositivos da Lei n. 9.295/96.

¹⁵ O Regulamento da Anatel foi aprovado pelo Decreto n. 2.338, de 7 de outubro de 1997.

Em 4 de dezembro de 1997, o Conselho Diretor da Anatel submeteu à consulta pública uma primeira versão do PGO (Consulta Pública 2). A versão final sofreu poucas mudanças e foi aprovada pelo Decreto n. 2.534, de 2 de abril de 1998. O serviço enquadrado no regime público foi apenas aquele assim já classificado pela própria LGT (i. e., o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral; cf. art. 64, parágrafo único, da LGT). Todos os demais, conseqüentemente, deveriam ser prestados em regime privado.

O PGO dividiu o território nacional em quatro regiões e trinta e quatro setores. Cada um destes foi delimitado pela área de atuação das operadoras até então controladas pela Telebrás, além das outras quatro empresas independentes¹⁶. Esses setores são distribuídos em três Regiões geográficas¹⁷, sendo que a denominada Região IV congrega todo o território nacional, correspondendo à área de atuação da Embratel.

¹⁶ A Telebrás controlava vinte e sete operadoras locais e estaduais, às quais se somavam quatro outras não integrantes do sistema. O fato de existirem trinta e quatro setores e somente trinta e uma operadoras decorre de a Companhia de Telecomunicações do Brasil Central (CTBC) atuar em municípios de quatro Estados. Como os setores, na configuração dada pelo PGO, não abrangiam áreas de mais de um Estado, optou-se por delimitar a área de atuação da CTBC em quatro setores, cada um congregando municípios de Minas Gerais (setor 3), São Paulo (setor 33), Mato Grosso do Sul (setor 22) e Goiás (setor 25). Outra peculiaridade que resultou disso é que a CTBC era a única operadora, além da Embratel, habilitada a oferecer serviços de telefonia de longa distância inter-regional (mas apenas nos limites dos quatro setores referidos).

¹⁷ A Região I congrega os Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima; a Região II congrega o Distrito Federal e os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre; a Região III congrega o Estado de São Paulo.

Conforme o art. 207 da LGT, as operadoras que já atuavam em cada um dos setores deveriam pleitear a celebração de contratos de concessão que passariam a regular a atuação delas nos termos do PGO. Dentro dos seus respectivos setores nas Regiões I, II e III, as operadoras ficaram habilitadas a prestar serviços locais e de longa distância no âmbito da própria região. À Embratel, com atuação em todo o território nacional, coube a prestação de serviços de longa distância nacional (não limitado ao intra-regional) e internacional.

No PGO também ficou estabelecido o cronograma de abertura do mercado de telefonia fixa. Após a privatização deveria ser instaurado um procedimento licitatório para a expedição de autorizações a fim de que um novo prestador viesse a atuar no regime privado em cada uma das referidas regiões. As empresas que receberam essas autorizações ficaram conhecidas como “empresas-espalho”¹⁸.

Instaurou-se, assim, a exemplo do que ocorrera com a telefonia móvel, um regime temporário de concorrência entre um número limitado de empresas, cuja data-limite, pelo menos no plano jurídico, era 31 de dezembro de 2001, quando deixou de haver qualquer restrição à quantidade de empresas prestadoras do STFC. Destaque-se, também, que o STFC seria prestado concomitantemente no regime público e no privado. No âmbito do primeiro, colocaram-se, em princípio, apenas as operadoras que já atuavam na prestação do serviço em regime de monopólio. Todas as demais empresas que viessem a ingressar no mercado de telefonia estariam submetidas a um regime privado.

Subseqüentemente à aprovação do PGO, e tomando-o como base, o Decreto n. 2.546, de 14 de abril de 1998, aprovou o modelo de reestruturação do Sistema Telebrás, com vistas à posterior

¹⁸ Eram a Vésper, a GVT e a Intelig.

privatização. Nesse momento, é importante lembrar, a Telebrás já não controlava apenas as operadoras de telefonia fixa, mas também as empresas que exploravam a telefonia móvel e que foram constituídas nos termos do art. 5º da Lei n. 9.295/96.

O modelo baseou-se na cisão da Telebrás em doze empresas, também *holdings*, que passaram a controlar as respectivas operadoras. Foram constituídas quatro empresas para a telefonia fixa (controladoras das operadoras que integravam, respectivamente, as Regiões I, II, III e IV do PGO) e oito empresas para a telefonia móvel.

A privatização foi feita por meio da alienação onerosa das ações de propriedade da União, que lhe asseguravam o controle acionário dessas doze empresas. Foi vedada a aquisição, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, de participação maior ou igual a 20%: (i) em mais de uma das quatro empresas de telefonia fixa; (ii) em mais de uma das empresas que integravam as áreas de concessão 1 a 6 da Banda A; (iii) em mais de uma das empresas que integravam as áreas de concessão 7 a 10 da Banda A; (iv) em qualquer das empresas de telefonia móvel em área territorial onde já detivesse concessão para o mesmo serviço na Banda B (cf. art. 7º, Dec. n. 2.546/98).

Como mencionado acima, as empresas privatizadas assinaram, antes do início do processo de privatização, contratos de concessão nos termos do art. 207 da LGT. Estes foram mantidos em todos os seus termos com a alienação do controle acionário pela União¹⁹.

¹⁹ Com a passagem do controle acionário para o setor privado, já não há que questionar a existência de um regime de concessão propriamente dito. Não houve, porém, em relação ao modelo adotado, nenhuma violação à exigência de prévia licitação do art. 175 da Constituição. A peculiaridade, expressamente disciplinada na LGT, é que o procedimento licitatório envolveu tanto a alienação de certos ativos públicos como também a concessão de um serviço público.

2.2.3 A evolução do setor após a privatização

Nos anos subseqüentes à privatização, o setor continuou dominado pelas empresas formadas a partir da Telebrás, pelo menos no âmbito do STFC (cuja infra-estrutura também é o principal suporte para a prestação de outros serviços, como o de transmissão de dados). Em cada uma das três regiões em que foi dividido o País, a concorrência evoluiu apenas em relação aos serviços de longa distância, sendo que nos serviços e redes locais ainda há a preponderância das concessionárias privatizadas (agora operando sob as denominações de Telemar/Oi – Região I, Brasil Telecom – Região II e Telefonica – Região III).

A concorrência nos serviços de longa distância, em cada região, dá-se principalmente entre a Embratel e a concessionária que atua na região, com participação menor da espelho da Embratel (a Intelig) e outras empresas de porte mais reduzido. As empresas-espelho específicas a cada uma das regiões não tiveram um impacto significativo nos anos imediatamente subseqüentes à privatização. A GVT, que atua na Região II, continua operando e em expansão. A Vésper, porém, que recebeu a autorização para as Regiões I e III acabou por ser vendida à Embratel em 2003²⁰.

Após a abertura plena do setor (i. e., o fim do duopólio legal), também houve pouca entrada relevante no âmbito local. Há um número até expressivo de empresas que detêm autorização, as quais, contudo, normalmente exploram alguns nichos de mercado e não representam uma pressão concorrencial efetiva às concessionárias²¹. Na verdade, foram as concessionárias que expandiram sua área de

²⁰ Essa informação consta do sítio da Embratel na Internet (www.embratel.com.br, último acesso em 30-8-2007).

²¹ O sítio da Anatel na Internet contém uma listagem das autorizações outorgadas e das operadoras em serviço (*vide* www.anatel.gov.br, último acesso para esse propósito em 2-8-2007).

atuação após a privatização, passando a atuar na prestação de outros serviços de telecomunicações e em outras áreas geográficas.

Nos termos do PGO, as concessionárias privatizadas só poderiam solicitar autorização para prestar outros tipos de serviço a partir de 31 de dezembro de 2003 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, quando todas as concessionárias da Região houvessem cumprido integralmente as obrigações de universalização e expansão que, segundo seus contratos de concessão, deveriam cumprir até 31 de dezembro de 2003²². Houve, de fato, o reconhecimento pela Anatel do adiantamento do cumprimento dessas metas, o que permitiu, a partir de 2002, a expansão da área de atuação das concessionárias.

Os grupos econômicos das três concessionárias regionais, além de atuarem na prestação do STFC e de serviços de transmissão de dados, também oferecem serviços de telefonia móvel. São bastante ativos, ainda, no mercado em expansão de oferta de acesso à Internet em banda larga (o qual no Brasil é dominado por esses grupos)²³. Atualmente buscam ingressar na oferta do chamado *triple play*, caracterizado pela venda agregada de serviços de voz

²² Sobre essas metas, *vide* os tópicos seguintes deste texto.

²³ Quase metade dos acessos residenciais à Internet no Brasil é em velocidade baixa, ou seja, utilizando um modem tradicional e por meio de uma ligação telefônica (49,06%). Em relação ao acesso em banda larga, predomina aquele feito por um modem digital via linha telefônica (i. e., o DSL), que representa 28,64% do total, seguido do acesso por intermédio da rede de televisão a cabo com apenas 6,11% (o que confirma a baixa penetração dessa rede nos municípios brasileiros), via rádio (4,83%) e via satélite (0,77%). Esses dados constam de recente e extensa pesquisa realizada nos meses de julho e agosto de 2006, pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, que mediu a penetração e uso das tecnologias de comunicação e informação nos domicílios brasileiros, o acesso individual a computadores e à Internet, atividades desenvolvidas na rede e acesso sem fio (disponível em www.cetic.br/usuarios/tic/2006/index.htm, último acesso em 11-1-2007).

(telefonia), de transmissão de dados (acesso em banda larga à Internet) e de conteúdo audiovisual (televisão).

Isso implica, para as concessionárias de STFC, o desenvolvimento de estratégias que permitam a oferta de serviços de televisão, âmbito em que tradicionalmente não atuaram. Há, basicamente, três formas possíveis de fazer isso. A primeira seria por meio da construção de uma rede própria para serviços de televisão por assinatura²⁴. Outra opção seria realizar a distribuição de conteúdo audiovisual por meio da própria Internet (a chamada TVIP), o que é uma possibilidade ainda limitada²⁵. A última forma, que efetivamente foi adotada, é a concentração por meio de aquisições. De fato, Telemar/Oi e Telefonica adquiriram ou firmaram parcerias com empresas que já detinham redes de televisão por assinatura para viabilizar seu ingresso no mercado de distribuição de conteúdo audiovisual²⁶.

A Embratel, por sua vez, dividiu na oferta agregada de pacotes *triple play* a possibilidade de ingressar na prestação dos servi-

²⁴ Teriam disponíveis, para tanto, três plataformas tecnológicas distintas. O sistema MMDS, sigla que identifica o Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal, é baseado em transmissões via microondas. O sistema de televisão a cabo envolve a transmissão dos sinais por meio de uma rede de cabos físicos. O sistema DTH, sigla que identifica o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite, envolve transmissões por intermédio de satélites. O serviço de televisão a cabo possui tratamento legal específico na Lei n. 8.977/95. Os outros dois foram considerados originalmente como espécies de Serviços Especiais, categoria que remonta à Lei n. 4.117/62, regulamentada nesse aspecto pelo Decreto n. 2.196/97. O MMDS tem tratamento específico também na Norma n. 002/94 – REV/97, aprovada pela Portaria n. 254/97. O DTH, por sua vez, é disciplinado pela Norma n. 008/97, aprovada pela Portaria n. 321/97.

²⁵ Cf. SOARES, P. Nova tecnologia de TV e Internet já gera choque entre teles e TV a cabo. **Folha de S. Paulo**, 26-2-2007, p. B1.

²⁶ Cf. LEITE, J. Teles e TVs lançam nova onda de services. **Folha de S. Paulo**, 26-2-2007, p. B1.

ços locais de voz para usuários residenciais. Conjuntamente com a rede Net de televisão por assinatura, utiliza a capacidade de transmissão de dados da infra-estrutura da rede de televisão para disponibilizar um serviço de voz via Internet (VoIP). Esse serviço é oferecido pela Net em conjunto com os de acesso em banda larga à Internet e de televisão²⁷. Embora isso impacte a concorrência no âmbito do serviço de voz local, representa uma alternativa ainda limitada fora da oferta de pacotes *triple play*, tendo em vista a baixa penetração das redes de televisão por assinatura no Brasil²⁸.

Em relação ao serviço de telefonia móvel, a concorrência é muito mais expressiva. Além dos grupos que se formaram a partir do duopólio das Bandas A e B, as próprias concessionárias de STFC, como dito, expandiram suas atividades para o serviço móvel. No primeiro trimestre de 2007, 47,6% da população brasileira tinha a opção de escolher entre os serviços de quatro prestadoras diferen-

²⁷ Uma descrição dos serviços oferecidos pode ser encontrada nos sítios da Embratel e da Net na Internet (www.embratel.com.br e nettv.globo.com/NETServ/br/cidade.jsp, respectivamente, último acesso em 30-8-2007).

²⁸ Embora as redes de televisão por assinatura existam em municípios que totalizam uma população superior a 91.498, o número efetivo de assinantes é de apenas 4.513. Esses dados da base de assinantes são fornecidos pela Associação Brasileira de TV por Assinatura, referentes ao terceiro trimestre de 2006. Desse total, 60% utilizavam redes de televisão a cabo, 36% o serviço de DTH e 4% o MMDS (dados disponíveis em www.abta.com.br, acessado em 11-1-2007). A informação referente à população dos municípios atendidos pelas redes de televisão por assinatura é fornecida pela Anatel, em www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/tv_assinatura/panorama/rel_panoramacap01.pdf, último acesso em 22-3-2007. Claro que o usuário residencial com acesso à televisão por assinatura normalmente será o de mais alta renda e, conseqüentemente, aquele que as operadoras terão mais interesse em atender. Isso significa que, mesmo diante do número relativamente reduzido de acessos à televisão paga, a disseminação com sucesso da solução de VoIP da Embratel para esses usuários poderá ter um impacto relevante sobre as concessionárias.

tes. Em virtude da própria concorrência (e conseqüente redução de preços) e da oferta dos serviços pré-pagos, a expansão desse serviço foi rápida e alcançou o número de 102,2 milhões de linhas no primeiro trimestre de 2007²⁹.

2.3 Universalização e concorrência na reforma do setor de telecomunicações

A tradução jurídica e normativa da reforma do setor de telecomunicações descrita acima, cujo principal marco legal é a LGT, está na tensão e complementaridade entre dois princípios fundamentais: concorrência e universalização.

O primeiro reflete a idéia de superação de uma organização setorial baseada no monopólio (estatal), assim como de um tipo de atuação estatal intervencionista que lhe era própria e que buscava,

²⁹ Dados constantes do estudo **O desempenho do setor de telecomunicações no Brasil – Séries Temporais – 1T07**, de junho de 2007, elaborado pela Associação Brasileira de Telecomunicações – Telebrasil, disponível em www.telebrasil.org.br/saiba-mais/index.asp?m=inicio.htm, último acesso em 30-8-2007. A expansão da telefonia móvel no Brasil foi impulsionada por um ambiente econômico concorrencial, o qual levou à redução de preços e ao oferecimento de alternativas de baixo custo aos consumidores de menor renda (principalmente por meio dos contratos “pré-pagos” e da possibilidade de os usuários se valerem dos respectivos aparelhos para fazer chamadas a cobrar). Com isso, houve significativa difusão desse serviço no Brasil. O número de acessos ao serviço móvel celular passou rapidamente de 5,6 milhões em julho de 1998 para 54 milhões em junho de 2004. Desse total, 79,06% eram “pré-pagos” (dados divulgados no sítio da Anatel, www.anatel.gov.br, consultado em 19-8-2004). Indicador da ampla difusão desse serviço entre a população mais carente é a substituição do telefone fixo (ou o suprimento da demanda por este) pelo celular. Segundo pesquisas feitas pela então Telesp Celular, 54% dos clientes pertencentes à classe D não tinham telefone fixo em casa. Na classe C, eram 23% os que possuíam apenas o celular, e nas classes A/B, o percentual diminuía a 5% (cf. Cresce substituição do fixo pelo celular. *Gazeta Mercantil*, 16 dez. 2002, p. C6).

a partir de uma relação de hierarquia entre administração pública e agente econômico, fixar diretamente as principais variáveis econômicas (preço a ser cobrado, investimentos a serem feitos, inovações a serem introduzidas). Diante do esgotamento dessa forma de atuação do Poder Público sobre a economia, marcada pela centralização do processo decisório (e, por conseguinte, do processo de coleta e análise das informações necessárias para a tomada das respectivas decisões econômicas), a criação de um ambiente concorrencial foi identificada como uma alternativa capaz de reorganizar o setor em novas bases e atribuir ao agente estatal um novo papel. Ao mesmo tempo, o estímulo à entrada de novos agentes econômicos no setor atrairia recursos privados necessários para suplantar a incapacidade estatal de investir no contexto de uma prolongada crise fiscal.

Assim, pretendia-se que um ambiente econômico concorrencial, caracterizado pela descentralização do processo de tomada de decisões econômicas (do núcleo do Poder Público para os diversos agentes econômicos envolvidos), permitiria a descoberta das melhores soluções para os problemas relativos à fixação dos preços e decisões relativas a oferta, inovações e investimento. Por outro lado, a própria existência da concorrência impediria que essas decisões fossem tomadas em detrimento dos usuários e da sociedade em geral³⁰.

³⁰ A noção da concorrência como um processo que permite a descoberta das melhores opções dentro do sistema econômico é encontrada em Friedrich A. Hayek, que destacou a dificuldade de agregar em um único centro decisório o conhecimento necessário à organização das atividades econômicas, o qual se encontra disperso entre incontáveis agentes (*The use of knowledge in society. American Economic Review*, v. 35, n. 4, 1945, p. 519). Assim, o problema econômico fundamental de uma sociedade seria a utilização de um conhecimento que não é dado a ninguém em sua totalidade (*idem*, p. 520). O processo concorrencial permitiria a organização desse conhecimento disperso e, a partir disso, a descoberta das melhores opções econômicas existentes. Tal organização, no âmbito de

Obviamente a concorrência não é um processo natural em todo e qualquer mercado. Em geral, é preciso muito mais do que garantir direitos de propriedade e contratos para permitir a emergência de uma organização concorrencial entre determinados agentes econômicos. Isso é sobretudo verdadeiro em um setor historicamente baseado num monopólio e que, pelas suas características, oferece significativas barreiras à entrada de novos concorrentes (sendo inclusive visto até hoje como monopólio natural em certos segmentos)³¹. Não basta, portanto, transformar a concorrência num princípio legal, mas é preciso, ainda, o desenvolvimento concreto de um novo tipo de atuação estatal capaz de criar condições propícias ao seu surgimento. Em outras palavras, é preciso uma regulação concorrencial capaz de criar condições que limitem o

um ambiente de concorrência, pode ser vista como a de um típico sistema “emergente”, em que o comportamento de inúmeros agentes interagindo de diversas formas, seguindo padrões de informação local (e não recebendo instruções de um nível hierárquico superior), resulta num “macrocomportamento observável”, não controlável por nenhum agente isoladamente (JOHNSON, Steven. **Emergência: a vida integrada de formigas, cérebros, cidades e “softwares”**. Tradução de Maria Carmelita Pádua Dias. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 15). Para Friedrich A. Hayek, o mecanismo de formação do preço num mercado concorrencial é o que, em essência, irá permitir a interação não hierárquica entre os diversos agentes econômicos e o uso do conhecimento que está disperso entre eles. Cf. sobre o tema também SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 22 e s.

³¹ Na microeconomia um monopólio é tido como “natural” naquelas situações em que o custo marginal (em outras palavras, o custo que um agente econômico tem para ofertar mais uma unidade do seu produto) é decrescente, não importando qual o nível da demanda de dado mercado. Assim, se uma única empresa consegue, com custos marginais decrescentes, atender a toda a demanda do mercado, a existência de um concorrente seria ineficiente e representaria uma má alocação dos recursos de uma sociedade (além de conduzir a uma concorrência ruínosa, que colocaria em risco a viabilidade de ambas as empresas). Sobre o tema, cf. HARRISON, J. *et al.* **Regulation and deregulation**. St. Paul: West, 2004, p. 132 e s.

poder do antigo monopolista e disciplinar a complexidade do problema do acesso às redes de telecomunicações³².

Idealmente, chegou-se a imaginar que tal regulação concorrencial poderia ser temporária. Uma vez desenvolvidas condições efetivas de concorrência, mostrar-se-ia desnecessária a permanência de uma regulação específica com o objetivo de constranger a ação dos agentes econômicos em vista de objetivos concorrenciais. A concorrência, por si, garantiria os resultados que antes eram buscados por meio da intervenção estatal direta. Cogitou-se na doutrina, então, da possibilidade de o setor ficar sujeito exclusivamente às regras gerais do direito concorrencial, aplicáveis à generalidade dos mercados³³.

A idéia de que o direito concorrencial tenderia a substituir a regulação setorial específica também encontra reflexo legislativo nas próprias normas relativas a esse ramo do sistema jurídico. Isso pode ser comprovado no direito alemão, por exemplo. Em 1998, a lei concorrencial (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) sofreu

³² A disciplina do acesso às redes de telecomunicações apresenta-se como o problema central da regulação da concorrência no setor. Abrange tanto o tema da interconexão (sem a qual os novos concorrentes não poderiam alcançar os usuários das redes já instaladas, praticamente inviabilizando a oferta de serviços) como o do acesso a elementos de rede (com base no qual o novo concorrente pode recorrer a elementos das redes já existentes para construir a sua própria rede). Para uma análise mais detalhada desse tema, cf. FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e direito concorrencial: as telecomunicações**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, capítulo 5.

³³ Cf. MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, Heike. **Netzettbewerb, Netzzugang und “Roaming” in Mobilfunk**. Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 76 e s.; GREWLICH, Klaus W. **Konflikt und Ordnung in der globalen Kommunikation**. Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 34 e s.; PAULWEBER, Michael. **Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation**. Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 52; e POSSAS, Mario Luiz *et al.* Defesa da concorrência e regulação de setores de infra-estrutura em transição. **Archè**, n. 20, 1998, p. 67-96.

uma modificação que, entre outras disposições, estabeleceu no § 19(4) uma hipótese exemplificativa de abuso de posição dominante voltada especificamente às indústrias organizadas em rede³⁴. Na fundamentação do projeto que apresentou tal mudança, foi expressamente mencionada a importância de um dispositivo genérico dessa natureza para quando, futuramente, a necessidade de regras setoriais específicas, em setores como as telecomunicações, tiver sido afastada³⁵.

Todavia, esse desaparecimento da regulação concorrencial está longe de ser algo ainda factível, sendo que mesmo nos países que foram pioneiros na reforma setorial (como, por exemplo, a Inglaterra) ainda se verifica significativa regulação específica. O que se observa, na verdade, é uma tendência exatamente contrária ao seu desaparecimento. A regulação necessária para criar um ambiente concorrencial no setor de telecomunicações adquire cada vez maior complexidade, uma vez que a introdução da concorrência aumenta a complexidade dos respectivos mercados e das relações entre seus agentes. Se idealmente a geração de concorrência permitiria eliminar diversos controles estatais sobre os agentes econômicos, a realidade tem demonstrado até agora o inverso³⁶. O que

³⁴ O abuso se caracteriza pela recusa de acesso a uma infra-estrutura tida como essencial, o que representa a positividade da doutrina das *essential facilities* no direito alemão.

³⁵ Cf. PAULWEBER, Michael, *Regulierungszuständigkeiten*, cit., p. 53.

³⁶ Conforme destaca Tony Prosser, um relatório de 1998 do Department of Trade and Industry britânico (*A fair deal for consumers: modernising the framework for utility regulation*) constatou que as decisões do regulador não se tornam mais fáceis em mercados competitivos, mas tendem a ser mais complexas em função do maior número de interesses que precisam ser considerados (cf. *Theorising utility regulation. Modern Law Review*, v. 62, 1999, p. 198). Para alguns analistas, a complexidade da regulação concorrencial impede que o regulador efetivamente tenha capacidade de alcançar o fim a que se propõe (i. e., gerar um ambiente de concorrência), muitas vezes prejudicando a concorrência em vez de incenti-

se verifica não é o desaparecimento da ação estatal, mas a modificação do seu tipo e da sua finalidade.

Adicionalmente, e esse é o ponto que se procurará demonstrar ao final deste texto, a regulação concorrencial específica se mostra também relevante na realização do outro princípio que baseou a reforma setorial (i. e., a universalização dos serviços).

A universalização traduz o reconhecimento de que o acesso universal (i. e., de todos os cidadãos) a determinados tipos de serviços de telecomunicações é fundamental para uma vida digna numa sociedade complexa como a contemporânea, colocando-se como meta de política pública. Por outro lado, a positividade expressa do princípio da universalização, como fundamento de todo o sistema legal, demonstra que o legislador compreendeu que não basta a concorrência para alcançar um desenvolvimento pleno do setor (desenvolvimento considerado aqui de forma ampla, abrangendo inclusive objetivos capazes de promover a inclusão social)³⁷.

É preciso uma política pública específica voltada à realização desse objetivo, pois agentes privados movidos por seus próprios interesses, ainda que submetidos ao estímulo da concorrência, não aplicarão recursos significativos para explorar atividades deficitárias (i. e., incapazes de gerar um fluxo de receitas superior ao dos custos).

vá-la. Essa constatação subsidia propostas de eliminação da regulação concorrencial e desregulação total do setor de telecomunicações (cf. CRANDALL, Robert W.; HAUSMAN, Jerry A. *Competition in U.S. telecommunications services: effects on the 1996 legislation*. In: PELTZMAN, Sam; WINSTON, Clifford (Ed.). *Deregulation of network industries*. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2000, p. 88 e s.)

³⁷ Em observação feita ao cenário europeu, a qual, porém, aplica-se ao caso brasileiro, Pedro Gonçalves identifica na universalização uma demonstração de que “a liberalização do sector, embora provocando a saída do Estado enquanto prestador de serviços [...], jamais foi pensada como um processo de desresponsabilização pública” (*Direito das telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 100).

Há na LGT um reconhecimento dessa circunstância, razão pela qual estabelece um regime jurídico diferenciado para certas prestadoras de serviços que estarão vinculadas à implementação de metas de universalização.

Em seu art. 63, a LGT estabelece que a prestação dos serviços de telecomunicações pode dar-se em dois regimes jurídicos distintos: o público e o privado. O regime privado é bastante próximo àquele das atividades econômicas até mesmo constitucionalmente ao setor privado. A regra é a liberdade de ação dos agentes econômicos, inclusive no tocante à fixação do preço. O regime público, por seu turno, identifica-se com o de serviço público³⁸. Nos termos do parágrafo único do art. 63, da LGT, sua característica essencial é ser “prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade”. Atualmente operam em regime público (sob um contrato de concessão) apenas as prestadoras do STFC oriundas do Sistema Telebrás ou já existentes no momento de sua privatização.

A LGT exige que a universalização seja visada pelo menos com relação ao serviço telefônico fixo comutado, destinado ao uso do público em geral (parágrafo único do art. 64). Concomitantemente, estabelece a possibilidade de a qualquer tempo o Poder Executivo, por meio de decreto, vir a submeter outros serviços ao regime público e, portanto, ao objetivo de universalização (art. 18, I).

³⁸ A problemática do serviço público diante dos novos modelos de organização dos setores de infra-estrutura recebe um tratamento inédito e bastante esclarecedor em JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 323 e s. Para uma análise mais específica da inserção do conceito de serviço público no processo de reforma do setor de telecomunicações, cf. FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação**, cit., p. 117 e s. Cf. também GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo, 2000, p. 39-71.

Ainda quanto ao regime público, deve ser destacado que a LGT disciplina com bastante detalhamento as características das respectivas concessões e permissões, assim como dos contratos e das licitações, afastando expressamente, no art. 210, a legislação geral sobre concessões e licitações (Leis n. 8.666, de 21-6-1993, 8.987, de 13-2-1995, e 9.074, de 7-7-1995).

É interessante observar, por outro lado, que, mesmo em relação aos serviços prestados em caráter público, a LGT almeja criar um sistema em que haja concorrência envolvendo os concessionários ou permissionários. Assim, a perspectiva de imposição de um regime de serviço público para alguns operadores não afasta a circunstância de que se pretende, para o setor como um todo, criar um ambiente concorrencial que abranja inclusive aqueles agentes que atuam no âmbito público.

Já no art. 6º da LGT estatuiu-se que “os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras”. Ao tratar especificamente das concessões, estabeleceu a lei que estas “não terão caráter de exclusividade”, assim como que se deve considerar o “ambiente de competição” na definição das áreas de exploração, número de prestadoras, prazos de vigência e prazos para admissão de novas prestadoras (art. 84 e seu § 1º).

Também nesse contexto é permitida a prestação de uma mesma modalidade de serviço concomitantemente em regime público e privado (art. 65). A LGT admite, assim, a existência de concorrência entre prestadoras atuando em regime público e outras atuando em regime privado.

É inegável, portanto, que o próprio regime de serviço público foi adaptado aos influxos que marcam a nova forma de regular o setor. Isso se verifica tanto no âmbito das relações entre as operadoras, em que claramente se pretende privilegiar o desenvolvimento de mecanismos de mercado, como nas próprias regras que disciplinam a relação entre o Poder Público e as concessionárias.

Há uma flexibilização no tocante ao que tradicionalmente caracteriza o regime dos agentes privados que atuam sob a forma de serviço público. O regime tarifário ilustra bem tal circunstância. Abre-se a possibilidade de que o controle das tarifas da concessionária seja feito exclusivamente pela sua submissão à concorrência, reconhecendo-se as dificuldades e limitações inerentes ao processo de fixação e revisão de tarifas por um órgão regulador (cf. o art. 104 da LGT).

Nesse sentido, destaca-se também uma limitação da tradicional garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Esta não abrange, nos contratos de concessão do STFC, alterações provocadas pelo fato de a concessionária vir a enfrentar a concorrência de outras empresas. Assim, os prejuízos decorrentes da perda de participação no mercado, resultante da entrada de novos concorrentes, não serão compensáveis por meio de uma revisão dos termos da concessão, nem gerarão pretensão de indenização à concessionária. Há, portanto, um grau de incerteza quanto à compensação econômica que efetivamente caberá ao prestador do serviço.

A marca característica do regime de serviço público, porém, como enfatizado acima, é a universalização. Nos termos da LGT:

Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público (art. 79, § 1º).

Embora as obrigações sejam impostas às prestadoras que atuam em regime público, a União Federal aparece como responsável por assegurar a existência, universalização e continuidade dos serviços prestados em regime público (art. 64). Deve, portanto, conceber e implementar políticas que permitam realizar tal objetivo, o que é feito com a participação direta do Presidente da República.

Ao contrário do que muitas vezes se sugere nas críticas mais recentes feitas às agências de regulação, estas não retiraram do Presidente da República o poder de formular políticas públicas setoriais. No tocante à universalização, a Anatel tem um papel muito mais executivo, cabendo ao Presidente da República a decisão final quanto às políticas a serem adotadas.

Assim, cabe à Anatel formular uma proposta de política de universalização e submetê-la ao Presidente da República, após a realização de consultas públicas (art. 19, III). Todavia, cabe ao Presidente a decisão quanto a quais serviços serão prestados em regime público e de que forma se dará sua progressiva universalização, o que fará editando, mediante decreto, um plano geral de metas de universalização (PGMU – art. 18, I, II e III, da LGT).

A LGT também disciplina expressamente a forma de financiamento da universalização, contemplando as preocupações decorrentes da organização concorrencial do setor. Nos termos do art. 80, § 1º, o plano que estabelecer as metas de universalização (i. e., o PGMU) deverá especificar as fontes de financiamento, que deverão ser “neutras em relação à competição”.

Buscando atender a essa exigência, a LGT refere-se a duas fontes possíveis: (i) os orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e (ii) um fundo constituído para essa finalidade e para o qual contribuirão as prestadoras de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado (art. 81). Ao mesmo tempo, vedou expressamente formas de financiamento que possam afetar as condições de concorrência (os denominados subsídios cruzados, bastante utilizados no âmbito do antigo Sistema Telebrás)³⁹.

³⁹ Por meio dos subsídios cruzados, as receitas auferidas na oferta de determinado tipo de serviço ou de uma classe de consumidores são usadas para subsidiar a oferta abaixo do custo de outros serviços (para todos os usuários ou determinada classe deles). Uma prática bastante adotada foi o subsídio do acesso à rede e da

A criação do fundo, que veio a ser denominado Fust, foi apenas referida na LGT, tendo sido objeto de lei específica posterior (a Lei n. 9.998, de 17-8-2000). Esta estabeleceu uma contribuição que observa o critério antes destacado, na medida em que incide à taxa de 1% sobre a receita operacional bruta decorrente da prestação de serviços de telecomunicações em geral (cf. art. 6^o, IV)⁴⁰.

62

telefonia local por meio da telefonia de longa distância (nacional e internacional). No tocante às formas baseadas na discriminação entre usuários, observou-se com frequência o subsídio de consumidores residenciais a partir dos preços cobrados dos consumidores empresariais, assim como o subsídio de consumidores localizados em áreas rurais por aqueles localizados em áreas urbanas. Preços fixados desse modo, entretanto, tendem a produzir uma direta ineficiência alocativa, na medida em que a demanda pelos serviços que servem de fonte dos subsídios será reduzida em relação àquela que seria verificada caso o valor cobrado refletisse os custos de sua disponibilização. Sua adoção, por outro lado, nem sempre conduz a resultados que traduzem um benefício social capaz de compensar tal ineficiência. No Brasil, por exemplo, um dos modos pelos quais se procurou compensar as limitações no tocante aos investimentos necessários para o setor foi o denominado autofinanciamento. Nesse sistema, o usuário tornava-se proprietário de uma linha no plano de expansão da rede, gerando recursos que seriam utilizados para a instalação de novas linhas. Como parte significativa dos potenciais usuários não tinha condições de pagar pela propriedade de uma linha, "os benefícios da política de telecomunicações que consistia em praticar tarifas subsidiadas para a assinatura básica e tráfego telefônico local não foram usufruídos pela população de baixa renda" (MACULAN, Anne-Marie; LEGEY, Liz-Rejane. As experiências internacionais de regulação para as telecomunicações. *Revista de Economia Política*, v. 16, n. 4 (64), 1996, p. 67-86, 80).

⁴⁰ Apesar de tal contribuição constituir a principal fonte de recursos do Fust, também integram suas receitas: (i) dotações designadas na lei orçamentária anual da União e seus créditos adicionais; (ii) parte dos recursos do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações; (iii) preço público cobrado pela Anatel como condição de transferência de concessão, de permissão ou de autorização de serviço de telecomunicações ou de uso de radiofrequência, a ser paga pela cessionária; (iv) doações; e (v) outras que lhe vierem a ser destinadas (cf. art. 6^o).

Os dispositivos da LGT comentados acima expressam, portanto, o reconhecimento de que apenas a concorrência não seria suficiente para alcançar o objetivo de difundir o acesso aos serviços de telecomunicações na sociedade brasileira. O legislador delineou, assim, uma política pública específica para buscar tal resultado. Mas fez isso levando em conta a questão da concorrência, como se denota da exigência de que as fontes de financiamento da universalização sejam "neutras em relação à competição".

O legislador buscou tornar possível uma compatibilização entre os dois vetores sob os quais organizou o setor. Isso não significa que haja uma relação de necessidade entre um e outro. É possível cogitar uma política setorial de estímulo à concorrência sem levar em conta metas de universalização⁴¹. O contrário também é verdadeiro, bastando considerar que no passado uma das justificativas para a manutenção do monopólio no setor era de que essa estrutura seria necessária para universalizar o acesso ao serviço.

63

No âmbito da LGT, porém, a regulação concorrencial deve ser pensada em conjunto com a política de universalização, de forma que uma não impacte negativamente no desenvolvimento da outra. Mas é possível ir além e observar que, em certas circunstâncias, o fortalecimento de uma poderá até mesmo servir de estímulo à outra. Na experiência brasileira recente, a telefonia móvel celular é claro exemplo de como a concorrência pode servir de estímulo à difusão do acesso aos serviços de telecomunicações. Embora o serviço móvel celular não esteja formalmente contemplado no âmbito da política de universalização, é inegável sua contribuição para a difusão do acesso à telefonia no Brasil, o que demonstra também a possibilidade de um ambiente

⁴¹ Sobre não haver uma relação de necessidade entre concorrência e universalização, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 126.

concorrencial trazer efeitos que podem impulsionar a política de universalização⁴².

Claro que é preciso ponderar que muitas vezes a mera difusão do acesso apenas atenderá a uma demanda reprimida de quem tem mais poder aquisitivo, não gerando um processo de inclusão no mercado consumidor daqueles para quem não é economicamente viável oferecer o serviço (o que conduz novamente à conclusão de que a universalização exige políticas públicas específicas e não dependentes dos objetivos concorrenciais)⁴³. Mas isso não afasta a constatação de que é possível haver uma interação entre concorrência e universalização.

Na discussão quanto à forma pela qual o Fust deve ser aplicado, é possível perceber essa interação entre regulação concorrencial e universalização, conforme se procurará demonstrar na seqüência do texto. Em razão dos objetivos que foram visados nesse contexto com a proposta de criação do Serviço de Comunicação Digital (SCD), chega a existir praticamente uma interdependência entre concorrência e universalização.

64

2.4 Políticas de universalização no Brasil após a reforma setorial e o impasse na utilização do Fust

⁴² Cf. FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das telecomunicações: uma tarefa inacabada. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 2, abr.-jun. 2003, p. 35-36. Para dados sobre o rápido crescimento da telefonia móvel no Brasil, cf. o item 2.2 deste texto.

⁴³ Os dados apresentados no item 2.2, acima, relativos à telefonia móvel, sugerem que nesse caso a difusão do acesso por meio dos planos "pré-pagos" efetivamente permitiu a inclusão no mercado de pessoas que até então não tinham acesso a nenhum serviço em razão de seu baixo poder aquisitivo.

2.4.1 Universalização após a privatização

No momento da privatização do Sistema Telebrás, em 1998, a política de universalização foi concentrada na expansão do STFC, por meio da fixação de metas a serem cumpridas pelas concessionárias privatizadas⁴⁴. Tais metas foram fixadas antes mesmo da criação do Fust; seu cumprimento não foi vinculado à utilização de recursos do fundo que viria a ser formado, mas constituiu obrigação assumida pelas próprias concessionárias em seus contratos de concessão, as quais se comprometeram a atender a tais metas com recursos próprios⁴⁵.

Nos termos do art. 18, III, da LGT, foi aprovado um Plano Geral de Metas de Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público (PGMU), pelo Decreto n. 2.592/98. A obrigação de os custos serem integralmente suportados pelas próprias concessionárias constava dos contratos de concessão e do § 1º do art. 2º do PGMU. Conforme o art. 4º deste, apenas com relação a dois pontos admitia-se que a Anatel propusesse futuramente fontes adicionais de financiamento: (i) a implantação do STFC, até 31 de dezembro de 2003, em todas as

65

⁴⁴ Para uma análise mais detalhada desse período, assim como das políticas que existiram com esse propósito no âmbito do Sistema Telebrás, cf. FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização, cit., p. 9-58.

⁴⁵ "É certo que, de maneira indireta, quem efetivamente assumiu o custeio das metas iniciais de universalização foi a própria União Federal (i. e., em última instância, o contribuinte brasileiro), pois a extensão das metas e os investimentos que demandariam provocaram uma redução diretamente proporcional nos preços que os interessados estavam dispostos a pagar para adquirir o controle das sociedades originadas do Sistema Telebrás. Caso nenhuma meta tivesse sido imposta, o valor atribuído ao ativo vendido pela União seria maior" (FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização, cit., p. 30).

localidades com mais de seiscentos habitantes; e (ii) a implantação do STFC, até 31 de dezembro de 2005, em todas as localidades com mais de trezentos habitantes⁴⁶.

Assim, num primeiro momento, a política de universalização não ficou dependente da criação do fundo a que faz referência o art. 81, II, da LGT, nem da avaliação de como poderiam ser utilizados os recursos que viriam a formá-lo. Após a criação do Fust, a tentativa inicial de implementar políticas públicas para sua utilização esteve centrada no desenvolvimento de acesso às redes digitais (um dos objetivos de universalização destacados no art. 5º, da Lei n. 9.998/2000).

Por meio do Decreto n. 3.753, de 19 de fevereiro de 2001, foi aprovado o Plano de Metas para a Universalização de Serviços de Telecomunicações em Escolas Públicas de Ensino Profissionalizante (PMU-EP). Na mesma data, o Decreto n. 3.754 aprovou o Plano de Metas para a Universalização de Serviços de Telecomunicações em Escolas Públicas de Ensino Médio (PMU-EM). O PMU-EM e o PMU-EP estabeleceram os mesmos tipos de metas. Nos termos do art. 8º dos aludidos decretos, a implantação de acessos, incluindo equipamentos terminais, para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, até mesmo da Internet, nas instituições públicas de ensino médio e profissionalizante, observaria os seguintes critérios e prazos: atendimento de 60% das instituições com mais de seiscentos alunos até 31 de dezembro de 2001; atendimento de 80% das instituições com mais de trezentos alunos até 30 de junho de 2002; e atendimento

⁴⁶ As metas referentes ao STFC foram revistas e ampliadas no novo PGMU aprovado pelo Decreto n. 4.769/2003, que substituiu aquele acima referido. O PGMU hoje vigente foi, ainda, alterado subseqüentemente pelos Decretos n. 5.972/2006 e 6.155/2007. As metas e encargos previstos no PGMU vigente continuam, como regra, de responsabilidade das concessionárias, sem a possibilidade de uso dos recursos do Fust.

de todas as instituições com alunos matriculados até 31 de dezembro de 2002.

A Anatel, para otimizar a aplicação dos recursos do Fust, abriu um procedimento de licitação (Licitação n. 001/2001/SPB/Anatel), do qual poderiam participar todas as concessionárias de STFC interessadas em receber recursos para assumir as obrigações de universalização expostas no PMU-EM e no PMU-EP. Cada participante, tendo em vista as metas fixadas, deveria apresentar uma proposta que identificasse qual o montante de recursos que pretendia receber do Fust para viabilizar o oferecimento dos serviços. Seria vencedor aquele que requisitasse o menor valor do Fust.

O edital da licitação foi objeto de várias críticas, destacadamente em razão da limitação dos participantes às concessionárias já existentes. A licitação acabou por ser suspensa por decisão liminar da Justiça Federal e não foi concluída, e a própria Anatel, posteriormente, reconheceu a impropriedade de certas exigências constantes do Edital⁴⁷.

A modelagem feita pela Anatel para a Licitação acabou por tornar o acesso aos recursos do Fust um privilégio das concessionárias de STFC privatizadas. Houve, aqui, uma leitura muito estrita e até mesmo equivocada dos termos da LGT, conforme se depreenderá da discussão no tópico seguinte. O raciocínio seguido foi o de que as metas de universalização só poderiam ser assumidas por empresas que operassem em regime público. Conseqüentemente, só poderiam utilizar subsídios provindos do Fust prestadoras dos serviços que detivessem concessão. Como as únicas concessionárias eram aquelas recém-privatizadas, entendeu-se que seria

⁴⁷ Uma seqüência desses fatos, conforme divulgados pela Assessoria de Imprensa da Anatel, pode ser encontrada no *site* da Agência (www.anatel.gov.br). A questão da legalidade de organizar um procedimento de licitação com tal propósito, abrangendo outras empresas além das concessionárias já existentes, será retomada em tópico subseqüente.

necessário limitar a elas a participação na licitação relativa ao cumprimento das metas constantes do PMU-EM e do PMU-EP.

Há dois erros nesse raciocínio. Primeiro, o STFC não abrangem o serviço objeto das metas constantes do PMU-EM e do PMU-EP. Ademais, não se levou em consideração que a LGT não limita o regime público ao STFC. Outros serviços, já existentes ou que venham a ser criados, podem ser submetidos ao regime público por meio de decreto do Poder Executivo (art. 18 da LGT). A própria Lei n. 9.998/2000, ao ampliar o rol de objetivos da política de universalização, pressupunha a inclusão de outros serviços no regime público.

Após ter sido abandonada a licitação dos recursos do Fust, nos moldes inicialmente propostos, houve uma indefinição de parte da Anatel quanto ao que deveria ser feito. A indicação de nova proposta de política de utilização do Fust foi tornada pública apenas no final de 2003, com a Consulta Pública n. 480, de 24 de novembro, complementada pelas Consultas Públicas n. 493 e 494, ambas de 16 de janeiro de 2004, as quais trataram, respectivamente, da proposta de Regulamento, Plano Geral de Outorgas e Plano Geral de Metas de Universalização de um novo Serviço de Comunicações Digitais (SCD).

2.4.2 A atuação do TCU na definição da forma de aplicação do Fust

O impasse jurídico que se criou em torno do Fust foi objeto de análise pelo Tribunal de Contas da União (TCU), em consulta formulada pelo Ministério das Comunicações. O papel do TCU, nesse contexto, pode até ser visto como inesperado, pois não se cogitava do órgão como uma instância a influenciar a regulação setorial. Todavia, no exercício de sua competência de fiscalização do dispêndio de recursos públicos e da atividade administrativa, o TCU acabou por adquirir uma influência também nessa seara. Não poderia o Poder Executivo pretender implemen-

tar uma forma de utilização do Fust que depois viesse a ser questionada pelo TCU⁴⁸.

Diante disso e do impasse descrito no tópico anterior, em 2003, o Ministério das Comunicações teve a iniciativa de formular uma consulta ao TCU sobre como poderiam ser aplicados os recursos do Fust. Embora um pouco longa, é oportuno transcrever o conteúdo da consulta para delimitar o debate travado no âmbito da Corte de Contas⁴⁹:

Pergunta 1 Considerando que o Poder Executivo promova a contratação, com recursos do Fust, de uma das seguintes hipóteses de objeto: Objeto 1 – Contratação da empresa que irá implantar, manter e operar o serviço de acesso para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da Internet, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde. Este serviço deverá ser composto de (1) provimento de conexão em banda larga nas interligações dos

⁴⁸ Entre as competências que a Constituição Federal atribui ao TCU estão as de: “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”; e “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade” (art. 71, II e IX). Marçal Justen Filho observa que as agências reguladoras, enquanto autarquias federais, não poderiam deixar de estar sujeitas ao controle do TCU. Destaca que esse controle limitar-se-ia à gestão administrativa em sentido próprio, mas não abrangeria o conteúdo das decisões regulatórias (**O direito das agências reguladoras independentes**, cit., p. 588-589). Todavia, quando tais decisões regulatórias envolverem o dispêndio de recursos públicos não há como pretender afastá-las totalmente do controle do TCU.

⁴⁹ Consulta formulada pelo então Ministro das Comunicações, Miro Teixeira, por intermédio do Aviso n. 67/2003-MC. A íntegra das perguntas e da decisão do TCU podem ser acessadas no sítio desse órgão (www.tcu.gov.br, acesso em 16-8-2004).

equipamentos terminais com os provedores de acesso a redes digitais de informação e à Internet; (2) provimento de acesso a redes digitais de informações e à Internet; (3) provimento de equipamentos terminais para operação do serviço e respectivos *softwares* que o viabilizem; (4) administração e operação dos sistemas e dos serviços disponibilizados; Objeto 2 – Contratação da empresa que irá implantar, manter e operar o serviço de acesso para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da Internet, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde. Este serviço deverá ser composto de (1) provimento de conexão em banda larga nas interligações dos equipamentos terminais, já possuídos pelos usuários, com os provedores de acesso a redes digitais de informação e à Internet; (2) provimento de acesso a redes digitais de informação e à Internet; (3) administração e operação dos sistemas e dos serviços disponibilizados. Pergunta-se: 1.1 Os objetos 1 e 2 devem ser licitados com base na Lei n. 8.666/93, de 21 de junho de 1993, ou se aplica a exceção do Artigo 210 da Lei n. 9.472, de 16 de junho de 1997 – LGT? 1.2 Em relação aos objetos 1 e 2, é possível que da licitação participem, desde que tecnicamente qualificadas, quaisquer das prestadoras de serviços de telecomunicações, nos regimes público e privado, e além disso, outras empresas prestadoras de serviços e fornecedoras de equipamentos e bens de informática? 1.3 Os objetos 1 e 2 podem ser licitados no mesmo certame e contratados ao mesmo provedor, sendo executados conforme os usuários disponham ou não de equipamentos terminais? 1.4 Os objetos 1 e 2 podem ser licitados em lotes delimitando cidades, estados ou determinadas regiões do País? 1.5 As provedoras de serviços de telecomunicações, concessionárias ou autorizadas, estariam habilitadas a disputar a contratação dos objetos 1 e 2 em qualquer lote, local ou região? Mesmo quando estejam abrangidas localidades não incluídas em suas áreas de outorga? Pergunta 2 À luz da Cláusula 7.3 dos contratos de concessão do STFC (Serviço de Telefonia Fixo Comutado), a seguir transcrita, é possível, sem a realização de certame licitatório, a aplicação de recursos do Fust, mediante a imputação de metas adicionais de universalização às

concessionárias, para atender aos objetivos previstos no artigo 5º da Lei n. 9.998/2000? Caso seja possível a imputação anteriormente referida, ficaria excluída a possibilidade de realização simultânea de certame licitatório para a contratação dos objetos 1 e 2 (Pergunta 1)? (...) Pergunta 3 Considerando a necessidade frequente de atualizações tecnológicas em equipamentos de informática; e Considerando a necessidade de se otimizar a aplicação dos recursos do Fust evitando-se a aquisição de equipamentos que venham a se tornar obsoletos em um curto espaço de tempo; Pergunta-se: 3.1 É possível que na contratação do objeto 1 (Pergunta 1) os bens de informática envolvidos sejam contratados pelo provedor através de comodato, *leasing*, locação, visando sua constante atualização por parte do fornecedor? Pergunta 4 Considerando as tecnologias largamente utilizadas atualmente de conexão à Internet com transmissão em altas velocidades, algumas delas sem a necessidade de utilização das redes das atuais empresas de telefonia (públicas e privadas); Pergunta-se: 4.1 O Tribunal de Contas da União considera lícita a inclusão de especificação técnica no Edital com a determinação de uma velocidade mínima desejada, por exemplo, 256 kbps, para o suporte de telecomunicações? Pergunta 5 Considerando que inúmeros estabelecimentos de ensino público são de responsabilidade do governo municipal e que vários estados e municípios possuem empresas públicas de processamento de dados; Pergunta-se: 5.1 A legislação vigente permite a transferência dos recursos do Fust de forma descentralizada, mediante convênios firmados entre o Ministério das Comunicações/Anatel e as unidades da federação para que estas implementem seus próprios projetos de acordo com suas realidades? 5.2 Este procedimento poderia ser estendido à esfera municipal e aos entes públicos da administração direta e indireta? Pergunta 6 Considerando que a prestação dos objetos 1 e 2 (Pergunta 1) seria feita a título gratuito aos usuários de estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde, portanto, sem gerar qualquer parcela de custos recuperáveis para o provedor, seria possível a utilização dos recursos do Fust para fazer face à totalidade dos custos de provimento daqueles serviços? Pergunta 7

Considerando o prazo fixado no artigo 8º da Lei n. 9.998/2000, a contratação poderia prever a gradativa desoneração do comprometimento do Fust com a remuneração dos custos durante o prazo de duração da prestação?

A resposta final do TCU a tais questionamentos afastou-se radicalmente do modelo inicialmente adotado pela Anatel, o qual limitava a utilização dos recursos às concessionárias de STFC. Houve, porém, no âmbito do TCU, divergências quanto à forma de responder às indagações constantes da consulta. A análise que a 1ª Secretaria de Controle Externo encaminhou ao plenário pretendeu ampliar o rol de empresas que poderiam habilitar-se a receber recursos do Fust, mas sob critérios de difícil compatibilização com a LGT.

Partiu-se do pressuposto de que os serviços referidos nos Objetos 1 e 2 da consulta não seriam abrangidos pelo STFC (i. e., seriam serviços diversos e, por isso, não poderiam ser assumidos por meio de mero aditivo aos contratos de concessão de STFC em vigor). Abandonou-se, portanto, o entendimento que permeava a modelagem anterior da Anatel, o qual aparentemente admitia a possibilidade de o serviço de acesso a redes digitais estar compreendido por uma concessão de STFC⁵⁰. Foi enfatizada também a

⁵⁰ Como destacado acima, a razão para a limitação do uso dos recursos do Fust às concessionárias de STFC estava mais ligada ao fato de que apenas estas atuavam em regime público do que a uma confusão técnica quanto à definição do STFC. Todavia, ao prever que as próprias concessionárias de STFC prestariam os serviços de acesso a redes digitais, a Anatel acabou por incluir no âmbito do STFC serviços tecnicamente diversos. As operadoras de STFC em geral prestam serviços de conexão à Internet em banda larga, como é o caso do ADSL (*Asymmetrical Digital Subscriber Line*), mas não com base na concessão de STFC, e sim mediante uma autorização específica para Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações (SRTT).

idéia de que o “ônus da universalização atribuído às concessionárias de serviço de telecomunicações não pode ser transformado em privilégio de somente essas poderem receber recursos do Fust” (o que teria ocorrido na hipótese de ter sido levada adiante a licitação inicialmente proposta pela Anatel).

Pretendeu-se argumentar, então, no sentido de se poder estender a aplicação dos recursos do Fust às empresas detentoras de autorizações para prestar os serviços de acesso a redes digitais (i. e., empresas que estariam atuando fora do regime público). A justificativa para tanto estaria no art. 135 da LGT, que permite à Anatel impor às detentoras de autorização a aceitação de “compromissos de interesse da coletividade”, os quais poderiam abranger metas de universalização. Destacou-se, ainda, em função do que dispõe o art. 8º da Lei n. 9.998/2000, que a utilização dos recursos deveria ser atribuída mediante processo licitatório, do qual só poderiam participar empresas que já estivessem habilitadas a prestar os serviços em questão (mediante concessões, permissões ou autorizações específicas ao serviço a ser objeto de universalização), sendo que cada prestadora estaria limitada à área de atuação para a qual houvesse recebido essa outorga⁵¹.

⁵¹ Conforme se extrai do relatório do Ministro Humberto Guimarães Souto, a conclusão da 1ª Secretaria de Controle Externo foi apresentada nos seguintes termos: “3.2.2.28 Qualquer prestadora de serviços de telecomunicações, seja ela concessionária, permissionária ou autorizatária, pode utilizar recursos do Fust para a consecução de metas de universalização, desde que devidamente selecionada mediante processo licitatório, pois embora a LGT defina que as obrigações de universalização e continuidade devam ser prestadas pelas empresas do regime público, em nenhum de seus artigos a lei proíbe a assunção dessas obrigações, de maneira espontânea, pelas empresas do regime privado, na forma de um novo contrato, existindo, inclusive, conforme o art. 135 da LGT, a possibilidade de a Anatel condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade”.

Não obstante a qualidade dos argumentos da 1ª Secretaria de Controle Externo, com o propósito de ampliar os possíveis participantes de uma licitação pelo uso dos recursos do Fust, parece impróprio utilizar o art. 135 para justificar a assunção de metas de universalização por agentes que atuam em regime privado. Primeiro, porque há uma incompatibilidade entre o regime privado e a universalização, a qual a LGT expressamente vincula ao regime público de prestação dos serviços. A própria razão de ser da distinção está no reconhecimento de que a atuação dos agentes privados, num regime típico de mercado, não seria capaz de realizar o objetivo de viabilizar o amplo acesso a serviços reputados como essenciais. O texto da LGT é inequívoco nesse sentido. Os arts. 63 e 64, ao estabelecerem os parâmetros para a distinção entre regime público e privado, fundamentam a especificidade do primeiro na existência de obrigações de universalização e continuidade. Todo tratamento que a LGT dá às metas e às obrigações de universalização também está claramente associado ao regime público (cf. arts. 79 a 82).

74

Assim, o art. 135 lido isoladamente pode até ser utilizado para sustentar a extensão das obrigações de universalização às empresas detentoras de autorização em regime privado. Todavia, essa interpretação não se sustenta ao se analisar o artigo no contexto maior da LGT. Quando o dispositivo faz referência à possibilidade de serem exigidos “compromissos de interesse da coletividade” não tem como foco as metas de universalização, cuja disciplina expressa se encontra no Título imediatamente anterior da lei. Mais do que relacionado à universalização, a parte final do artigo complementa o disposto no art. 66, segundo o qual

quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.

Nessa perspectiva, pode a Anatel impor certas obrigações à operadora que atua em regime privado para garantir a viabilidade da empresa que atua em regime público. Considere-se, por hipó-

tese, uma situação na qual são impostas à operadora em regime público certas metas de universalização cujo atendimento não é economicamente viável. O plano geral que fixou tais metas prevê a possibilidade de a empresa subsidiar essa parcela de sua atividade com as receitas provenientes de outras mais lucrativas, para as quais se fixa um teto tarifário que considera a existência do subsídio. Se uma nova operadora puder ingressar nesse mercado lucrativo sem precisar oferecer serviços no outro, tenderá a inviabilizar o esquema de subsídio das metas de universalização, pois praticará um preço mais baixo do que aquela que atua em regime público, ocupando uma parcela de mercado que esta precisa para oferecer os serviços não lucrativos. Diante desse cenário, poderia a Anatel exigir daquela que atua em regime privado também a assunção de certos compromissos que impeçam essa prática (que poderiam corresponder ao atendimento de certas metas ou ao pagamento de um adicional na interconexão de sua rede à da operadora em regime público)⁵².

O art. 135 também está relacionado àquelas situações em que, por razões regulatórias ou técnicas, justifica-se a imposição de restrições maiores a empresas que, de outra forma, estariam submetidas a um regime de mercado semelhante às demais empresas que exploram atividade econômica cuja titularidade não é atribuída pela Constituição ao Poder Público. Considere-se, por exemplo, o caso da telefonia móvel, na qual se verifica maior intensidade de

75

⁵² Presentemente, a hipótese descrita já não se legitima no quadro atual da regulação do setor. Nos termos do parágrafo único do art. 81, a utilização de subsídios cruzados ou de adicionais ao valor de interconexão para cobrir os custos das obrigações de universalização só seriam admitidos enquanto o Fust não tivesse sido criado. Com sua criação, pela Lei n. 9.998/2000, não há mais espaço para a utilização de tais instrumentos. Não obstante, o valor pago pela interconexão às redes de telefonia fixa local é atualmente fixado pela Anatel num patamar que, segundo alegações de algumas das operadoras concorrentes das concessionárias que detêm a rede local, incorporaria um subsídio implícito, beneficiando Telefônica, Telemar e Brasil Telecom (cf. tópico 2.5, abaixo).

regulação e de restrições, seja pela relação desse serviço com o STFC, seja pela circunstância de o número de concorrentes potenciais ser mais restrito em decorrência do caráter limitado do espectro de radiofrequência.

Há outra situação, relativa às já referidas *empresas-espelho*, na qual foram exigidos certos compromissos de instalação de novas linhas de STFC, num contexto no qual por determinado período aquelas teriam a garantia de que mais nenhuma outra empresa receberia outorga para prestar o mesmo serviço em sua área de atuação. Nesse caso, pode-se até pretender identificar nesses compromissos a assunção de metas de universalização (e é claro que houve um estímulo adicional ao acesso), embora existisse também uma preocupação de ordem concorrencial (i. e., de que as *empresas-espelho*, únicas concorrentes até 2002 das concessionárias de STFC, efetivamente construíssem redes e oferecessem concorrência a elas).

Mas a obrigação de universalização propriamente dita é inerente à concessão. Os compromissos das *empresas-espelhos* nem sequer são contemplados no PGMU. Assim, algumas imposições feitas às operadoras privadas podem até colaborar com o fim da universalização (da mesma forma que a própria concorrência oferecida por elas pode fazê-lo, à medida que consiga provocar uma redução dos preços). Todavia, as operadoras em regime público é que serão o instrumento apropriado para a efetiva implementação e garantia das metas de universalização propriamente ditas. Ademais, metas de universalização são só aquelas que constam de um plano de metas, aprovado por meio de decreto, nos termos do art. 18 (enquanto os tais compromissos de interesse da coletividade podem ser fixados diretamente pela Anatel)⁵³.

⁵³ No relatório da decisão do TCU (a partir do item 59) há uma análise bastante precisa dessas diferenças entre os compromissos previstos no art. 135, para operadoras que atuam em regime privado, e as obrigações de universalização próprias

A 1ª Secretaria de Controle Externo do TCU procurava fugir de um raciocínio que levasse à conclusão de que só concessionárias poderiam ter acesso ao Fust, pois, nesse caso, como só existem as concessões ligadas ao STFC, acabar-se-ia caindo num resultado como aquele a que chegou a Anatel em 2001. Com essa forma de avaliar a questão, todavia, aparentemente não percebeu que a existência de concessões limitadas ao STFC não é exigência da LGT, mas decorrência de o único plano de outorgas editado nos termos do art. 18 da LGT referir-se apenas a tal serviço.

A própria forma como foi concebida a questão pelo legislador apresenta uma flexibilidade que permite a inclusão de outros serviços no âmbito do regime público⁵⁴. Nada impediria, portanto, que se editasse novo plano de outorgas, com o propósito específico de aplicação dos recursos do Fust a um tipo de serviço diverso

do regime público: "59. As obrigações de universalização não podem ser estabelecidas por vontade da Anatel, pois que dependem da anuência do Poder Executivo, devendo estar previstas em um Plano de Metas de Universalização (art. 18, III, da LGT), ao passo que os compromissos de interesse da coletividade são fixados apenas pela Agência (art. 135 da LGT). [...] 61. O âmbito de ambos são também distintos, vez que compromissos cabíveis no regime privado devem observar os limites estabelecidos pelo art. 128 da LGT, em especial o inciso V que obriga haver relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos, ao passo que as obrigações de universalização podem ser desproporcionais e impor pesados custos, pois que objetivam o acesso aos serviços de telecomunicações, independentemente de localização e condição socioeconômica. É justamente nessa desproporção que se afigura a necessidade de um Fundo que possa viabilizar a sua implementação".

⁵⁴ O legislador brasileiro deixou de estabelecer um rol taxativo dos serviços que devem ser objeto de metas de universalização (e, portanto, prestados no regime público). Como visto acima, a LGT estipula que a universalização deve ser visada pelo menos em relação ao STFC, destinado ao uso do público em geral (parágrafo único do art. 64). Concomitantemente, admite a submissão a qualquer tempo, pelo Poder Executivo, por meio de decreto, de outros serviços ao regime público e, portanto, ao objetivo de universalização (art. 18, I).

do STFC, prevendo-se a outorga de novas concessões. Ao mesmo tempo, editar-se-ia um novo plano de metas de universalização do referido serviço, prevendo a utilização dos recursos do Fust para alcançar tais metas. Assim, não se faria licitação exclusivamente para permitir o acesso a recursos do Fust. Seria feita uma licitação para a outorga de concessões de um novo serviço (da qual poderiam participar empresas que não detivessem concessões), cujos prestadores poderiam valer-se dos recursos do Fust para cumprir suas metas de universalização⁵⁵. O vencedor da licitação receberia a outorga de uma concessão (e atuaria em regime público), que lhe daria também o direito de usar parte dos recursos do Fust no tocante à parcela do custo que não pudesse ser recuperada com a exploração eficiente do serviço. Idealmente, para otimizar a aplicação dos recursos, a licitação deveria considerar na avaliação das propostas aquela capaz de atender ao maior número de metas com o menor volume de recursos.

78

A alternativa proposta pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização, que acabou por ser adotada pelo Ministro Relator e pelo Plenário do TCU, segue esse raciocínio. Também partiu do entendimento de que a sistemática inicialmente adotada pela Anatel, que considerava a participação apenas das concessionárias de STFC, era contrária ao interesse público. Todavia, foi reconhecida a vinculação da utilização dos recursos do Fust ao regime público de prestação dos serviços, afastando-se a argumentação que, baseada

⁵⁵ Essa possibilidade afasta outro argumento destacado acima, no sentido de que o art. 8º da Lei n. 9.998/2000, c/c o art. 81 da LGT limitaria a participação na licitação apenas aos que já detivessem concessões, permissões ou autorizações, pois a utilização dos recursos só poderia ser feita por quem fosse prestador de serviço de telecomunicações. Mas o argumento não se sustenta quando se constata que a licitação poderia ser estruturada de forma a incluir em seu objeto também a outorga de uma concessão (cf. FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Universalização*, cit., p. 46-47).

no art. 135 da LGT, pretendia admitir o cumprimento de metas de universalização por quem detivesse autorização. Mas não se pretendeu, com isso, limitar a participação a quem já detivesse concessão (i. e., às concessionárias de STFC), desde que o certame visasse também à outorga de uma nova concessão.

Essa nova concessão contemplaria nova modalidade de serviço, a ser definida pela Anatel nos termos do art. 69 da LGT. Embora do ponto de vista tecnológico o serviço descrito na consulta do Ministério das Comunicações possa ser abrangido pelo Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações (SRTT) ou pelo Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), ambos prestados em regime privado, entendeu-se que nada impediria a criação de nova modalidade cuja especificidade seria determinada pela sua finalidade (i. e., prestação em regime público com atribuição de obrigações de universalização para atendimento de certas instituições de interesse público).

Assim, a aplicação dos recursos do Fust, segundo a proposta da Secretaria de Fiscalização de Desestatização acatada pelo Plenário do TCU, deveria observar os seguintes passos: (i) definição pela Anatel, como serviço de interesse coletivo, prestado em regime público, de uma modalidade de serviço de telecomunicações que desse suporte ao acesso e utilização de "serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive Internet", com base no art. 69 da LGT; (ii) edição de decreto que instituisse o regime público de prestação do referido serviço (art. 18, I, da LGT); (iii) aprovação por decreto de um plano geral de outorgas para o novo serviço (art. 18, II, da LGT); (iv) aprovação por decreto de um plano geral de metas para a progressiva universalização da nova modalidade de serviço, o qual poderia prever a utilização de recursos do Fust (art. 18, III, da LGT); e (v) licitação pela Anatel da outorga das concessões previstas no plano geral de outorgas.

O raciocínio adotado pelo TCU não seria prejudicado se, em vez da criação de um serviço com características semelhantes

79

às de serviços já existentes, fosse editado um novo plano geral de outorgas prevendo, por exemplo, a prestação do SCM em regime público e privado. No regime público seriam outorgadas concessões, por meio de licitação, que garantiriam às concessionárias o acesso a recursos do Fust. A Anatel, porém, entendeu ser mais adequado seguir o formato sugerido pelo TCU e propôs a criação do serviço.

2.4.3 A proposta de criação do SCD

As etapas necessárias para viabilizar a utilização dos recursos do Fust, conforme delineadas na decisão do TCU, foram em linhas gerais adotadas pela Anatel, que propôs criar um serviço a ser prestado no regime público, sob a denominação de SCD.

Como destacado no tópico 2.4.1, o impasse gerado na forma de utilização do Fust só veio a ter algum desdobramento a partir do final de 2003, subseqüentemente ao pronunciamento do TCU, quando a Anatel apresentou a Consulta Pública n. 480, de 24 de novembro, complementada pelas Consultas Públicas n. 493 e 494, ambas de 16 de janeiro de 2004. A primeira apresentou proposta de Regulamento para um novo serviço, o SCD, e as outras duas as propostas do Plano Geral de Outorgas (PGO-SCD) e Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU-SCD) desse serviço.

Na proposta de Regulamento o SCD foi definido como “o serviço de telecomunicações de interesse coletivo destinado ao uso do público em geral, que por meio de transporte de sinais digitais permite o acesso às redes digitais de informações destinadas ao acesso público, inclusive da Internet” (art. 4º). Esse conceito foi desdobrado ao se prever que o SCD deveria incluir: “provimento de conexão em banda larga nas interligações dos equipamentos terminais com os provedores de acesso a redes digitais de informação e à Internet”; “provimento de acesso a redes digitais de informações e à Internet”; “administração e operação dos sistemas e dos serviços disponibilizados” (art. 4º, § 1º). O SCD poderia ainda

incluir: “provimento de equipamentos terminais para operação do serviço e respectivos *softwares* que o viabilizem”; e “outros tipos de conexão, nos termos da regulamentação” (art. 4º, § 2º).

Conforme apontado em comentários que a Anatel recebeu às Consultas⁵⁶, nos seus aspectos técnicos o SCD seria praticamente abrangido pelo SCM e pelo SRTT (situação que, como visto acima, foi considerada pelo TCU ao cogitar da hipótese de criação do serviço). A Anatel optou, portanto, por adotar a linha de raciocínio do TCU, no sentido de que poderia, com base no art. 69 da LGT, criar um serviço tendo em vista não sua especificidade tecnológica, mas sua finalidade (i. e., a universalização do acesso para certas instituições).

Há, nesse ponto, uma incongruência na proposta da Anatel, ao ter previsto no PGO-SCD a possibilidade de o serviço vir a ser futuramente prestado concomitantemente no regime privado (art. 10). Ora, se o que iria definir a especificidade do SCD era sua vinculação a objetivos de universalização, não haveria razão para prever sua prestação também mediante autorização (própria do regime privado), especialmente considerando que existem outros serviços na regulamentação vigente que abrangem a mesma utilidade do ponto de vista do consumidor.

Ademais, como a criação do serviço seria determinada em função da especificidade de seu fim, a Anatel poderia ter optado por limitar o seu âmbito ao atendimento de certas instituições de interesse público (bibliotecas, instituições de educação, de saúde e de atendimento de pessoas com deficiências, unidades do serviço público em regiões remotas e de fronteiras e órgãos de segurança pública) que, nos termos do art. 5º da Lei n. 9.998/2000, deveriam ser beneficiárias da política de universalização. Até porque é apenas a respeito dessas instituições que se pode dizer que há um compro-

⁵⁶ As manifestações às Consultas estão disponibilizadas no sítio da Anatel, www.anatel.gov.br, acesso em 16 de agosto de 2004.

metimento da União no tocante à universalização (cf. art. 5º, da Lei n. 9.998/2000 c/c o art. 64 da LGT), e não necessariamente em relação ao acesso de todo e qualquer usuário às redes digitais de informação.

Diante da forma ampla como a Anatel propôs definir o SCD, a sua vinculação à universalização do acesso às redes digitais por certas instituições de interesse público, conforme previsto na Lei n. 9.998/2000, era percebida apenas a partir da leitura da proposta de PGMU-SCD. O texto do PGMU-SCD propôs a progressiva universalização do acesso ao SCD para instituições de saúde, de ensino e de atendimento a pessoas com deficiências, assim como bibliotecas, além do atendimento a unidades do serviço público em regiões remotas e de fronteiras e a órgãos de segurança pública. Foram propostas metas quantitativas baseadas: (i) num crescente percentual de localidades que deveriam ser atendidas; e (ii) num decrescente tempo de atendimento às solicitações de acesso (arts. 7º e 8º).

82

A necessidade de propor um PGO-SCD, em conjunto com o PGMU-SCD, decorre do art. 18 da LGT, nos termos do qual cabe ao plano geral de outorgas disciplinar o regime de prestação do serviço e o número de concessões que serão outorgadas, enquanto as metas de universalização devem ser tratadas em um plano geral de metas de universalização. Assim, em regra, ambos sempre deverão ser editados conjuntamente em relação a novos serviços que se pretenda universalizar.

O PGO-SCD propôs dividir o País em onze áreas de prestação do SCD, prevendo uma concessionária em cada área (art. 4º). Estabeleceu, ainda, ser vedado a qualquer prestadora, sua coligada, controlada ou controladora, deter concessão em mais de uma área de prestação (art. 12). É interessante observar que essa proposta foi criticada pelas concessionárias de STFC, detentoras de redes locais, em razão da potencial perda de economia de escala, enquanto prestadoras que detinham autorizações se manifestaram pela neces-

sidade de uma maior fragmentação das áreas para viabilizar a participação de mais interessados⁵⁷.

Caberia às empresas que, mediante processo de licitação, obtivessem uma das concessões previstas no PGO-SCD o atendimento em sua área de atuação das metas de universalização fixadas no PGMU-SCD, conforme viesse a ser especificado nos respectivos contratos de concessão. Previu-se a utilização dos recursos do Fust em tais hipóteses na forma de ressarcimento da parcela não recuperável com a exploração eficiente do serviço e em contrapartida à prestação dos serviços (art. 3º, § 2º, do PGMU-SCD; cf. art. 81 da LGT).

A criação e implementação do SCD, porém, não foi adiante, tendo em vista divergências entre a Anatel e o Ministério das Comunicações quanto ao modelo adotado. O fato é relatado em nova decisão do TCU sobre a matéria, fruto de auditoria que procurou averiguar por que os recursos do Fust permaneciam sem aplicação mesmo após a decisão comentada no item 4.2, acima⁵⁸. Esse novo impasse institucional manteve sem destinação os recursos do Fust. Também não há nenhuma definição, ainda, quanto a possíveis modelos alternativos para outras políticas de universalização. Durante os últimos anos o setor permaneceu, portanto, diante de uma situação paradoxal. Há recursos para investir e carência de acesso para suprir, mas desde a privatização do Sistema Telebrás nenhuma política pública foi efetivamente implementada⁵⁹.

83

⁵⁷ Cf. as manifestações às Consultas (www.anatel.gov.br, acessado em 16-8-2004).

⁵⁸ Cf. Acórdão n. 2.148/2005, de 7 de dezembro de 2005.

⁵⁹ A única exceção consta do Decreto n. 6.039, de 7 de fevereiro de 2007, que aprovou um Plano de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado em Instituições de Assistência às Pessoas com Deficiência Auditiva. O art. 2º do Plano prevê a utilização de recursos do Fust no cumprimento das metas, as quais são de responsabilidade das concessionárias de STFC (e estão limitadas a esse serviço).

O presente texto não pretende fazer uma extensa análise das razões que levaram ao atual quadro de paralisação das políticas setoriais. É possível, nesse contexto, todavia, identificar uma correlação marcante entre concorrência e universalização nas telecomunicações. A forma como o tema do acesso às redes entre empresas concorrentes é tratado na regulação acaba por se mostrar como um dos fatores determinantes da viabilização de novas políticas de universalização.

2.5 Caráter complementar entre concorrência e universalização no acesso a redes digitais

Foi enfatizada ao longo do texto a interação e complementaridade que pode existir entre concorrência e universalização, tendo-se sugerido que a proposta de criação do SCD seria um exemplo concreto nas telecomunicações brasileiras onde isso se verificaria. O foco dessa afirmação não é a criação em si do serviço, mas as condições que devem existir para que se alcance sua universalização e o melhor aproveitamento possível dos recursos do Fust.

A modelagem jurídica utilizada pela Anatel, claramente inspirada na decisão do TCU, partiu do reconhecimento de que a concorrência para obtenção de uma concessão de SCD (e do consequente acesso aos recursos do Fust) deve ser o mais ampla possível. Isso levaria à possibilidade de empresas sem infra-estrutura significativa de telecomunicações poderem participar da licitação das concessões. Tais empresas iriam depender, em alguma medida, para a prestação do SCD, da infra-estrutura existente e controlada pelas concessionárias de STFC e outras operadoras com redes já instaladas. Assim, a prestação do SCD implicaria o acesso a elementos das redes das concessionárias. Nota-se, assim, como a universalização desse serviço se relacionaria com um dos temas centrais da regulação concorrencial do setor.

O acesso a elementos desagregados das redes, também conhecido como *unbundling*, caracteriza-se pela possibilidade de um prestador de serviço se utilizar de elementos da rede de outro para construir sua própria rede, reduzindo assim os investimentos que precisaria realizar (o que pode representar um estímulo à entrada de novos concorrentes em um mercado com custos específicos – *sunk costs* – muito significativos).

Conforme destacado em outra oportunidade⁶⁰, a construção de uma rede com cobertura significativa normalmente envolve altos investimentos em custos fixos específicos (i. e., irrecuperáveis no âmbito de outras atividades), colocando-se como uma relevante barreira à entrada e reduzindo a contestabilidade do respectivo mercado⁶¹. Essa circunstância, não obstante um quadro legal favorável (i. e., a inexistência de barreiras legais à entrada e regras claras quanto à interconexão), poderia alongar excessivamente o momento da entrada de novos concorrentes aptos a gerar condições concorrenciais no setor de telecomunicações e a contraporem-se à posição dominante do antigo monopolista. É razoável supor, ainda, que em determinados mercados relevantes, especialmente no âmbito da rede local de telefonia, a entrada de outro prestador não ocorrerá mesmo após o transcurso de um prazo mais longo (*vide* item 2.2.3 acima sobre o que ocorreu no Brasil).

⁶⁰ Esta análise dos aspectos concorrenciais do *unbundling* foi feita pelo autor em *Regulação*, cit., p. 254-257.

⁶¹ Sobre custos específicos como barreira à entrada, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*, cit., p. 157 e s. Destaca aquele autor: "A probabilidade do investimento é função tanto do montante necessário para entrar em determinado negócio quanto do valor que pode ser recuperado ao sair. Evidentemente, um empresário prudente, ao avaliar os riscos de um empreendimento, verificará que montante de seu investimento é possível recuperar (através da venda de ativos) caso resolva mudar de ramo ou simplesmente abandonar aquela atividade" (*idem*, p. 157-158).

A possibilidade de o novo concorrente valer-se das redes já existentes permite a redução dos seus custos específicos e, assim, estimula a entrada e a contestabilidade do mercado. Nessa perspectiva, para formar certos segmentos de sua rede ele contrata a utilização de elementos da rede de outro agente econômico, pagando apenas por esse uso e não incorrendo no custo específico envolvido na instalação daqueles. Sua eventual saída do mercado não lhe traria, assim, significativos prejuízos com relação a essa parte da rede que criou⁶².

Por conta disso, os riscos da entrada para um concorrente potencial podem ser substancialmente minimizados. Antes de fazer qualquer investimento mais significativo em determinada área, o interessado poderá iniciar sua operação e realizar maiores gastos com custos fixos específicos apenas após conseguir uma base de consumidores. Se constatar que a demanda por seus serviços naquele segmento é irrisória, poderá sair do respectivo mercado sem grandes perdas⁶³.

Se a capacidade instalada relativa aos elementos da rede for suficiente para comportar a sua utilização por terceiros, haverá, por parte do detentor daqueles, um incentivo para permitir esse uso e obter a respectiva remuneração. Obviamente que tal incentivo desaparece quando o uso visa a permitir a entrada de um novo operador no mesmo mercado. Ademais, se a rede é controlada em condições de monopólio, a fixação do preço poderá dar-se de forma abusiva, ainda que o uso que se pretenda fazer da infra-estrutura não implique concorrência ao seu detentor. Por essas razões, podem ser necessárias regulações concorrenciais específicas que

⁶² Cf. ROSSTON, Gregory L.; TEECE, David J. Competition and "local" communications: innovation, entry and integration. **Industrial and Corporate Change**, v. 4, n. 4, 1995, p. 809.

⁶³ Cf. ROSSTON, Gregory L.; TEECE, David J. Competition, cit., p. 803, 804 e 809.

imponham, dentro de certos limites e condições, a obrigação de disponibilização desse tipo de acesso também para potenciais concorrentes⁶⁴.

Cumprido notar, sob outra perspectiva, que o acesso a elementos de rede pode desempenhar uma função não diretamente relacionada ao seu aspecto concorrencial. Em um mercado monopolizado, a duplicação excessiva de infra-estruturas e equipamentos não se coloca como um problema, pois as decisões de investimento são centralizadas. Quando essas decisões passam a ser tomadas por mais de uma empresa, a duplicação torna-se uma possibilidade bastante plausível.

Assim, um prestador de serviço, para entrar no mercado, acabaria por investir na geração de capacidade mesmo quando aquela da rede já existente não estivesse sendo plenamente aproveitada. A alternativa oferecida pelo acesso a elementos dessa rede permitiria que a capacidade excedente fosse utilizada, representando um uso mais eficiente dos respectivos bens econômicos⁶⁵.

⁶⁴ Deve ser ressalvado que a imposição da obrigatoriedade de um acesso amplo a elementos de redes pode ter um impacto concorrencial negativo. Sobre essas conseqüências anticoncorrenciais de uma regulação concorrencial de acesso a elementos de rede, cf., do autor, **Regulação**, cit., p. 258-265.

⁶⁵ Na legislação brasileira que disciplina o serviço de televisão a cabo reconheceu-se de forma expressa a utilização desse tipo de acesso como forma de evitar a duplicidade de investimentos em redes. A Lei n. 8.977/95 dispõe, em seu art. 18, § 1º, que "as concessionárias de telecomunicações e as operadoras de TV a Cabo empreenderão todos os esforços no sentido de evitar a duplicidade de redes". O § 2º desse dispositivo também estabelece que "a capacidade das Redes Locais de Distribuição de Sinais de TV instaladas pela operadora de TV a Cabo não utilizada para a prestação deste serviço poderá, mediante ajuste prévio e escrito, ser utilizada pela concessionária de telecomunicações, atuante na região, para a prestação de serviços públicos de telecomunicações". Deve-se observar, todavia, que a existência de certa capacidade instalada excedente em mercados nos quais a concorrência se mostra mais intensa pode ser vista como uma circunstância necessariamente associada ao regime criado. Tentativas de eliminar por completo aquela mediante a regulação podem restringir o desenvolvimento de condições concorrenciais.

Esse último aspecto, aliás, estará diretamente relacionado com a universalização. Já se observou, acima, que o desenvolvimento da concorrência pode implicar a ampliação da oferta do serviço e colaborar com a sua universalização. Sob essa perspectiva, uma regulação relativa ao *unbundling* pode indiretamente promover uma difusão dos serviços e quedas nos preços que permitam a inclusão de mais pessoas no pólo da demanda. Todavia, em relação ao SCD e eventuais outras situações nas quais a prestação dos serviços não é economicamente viável, o *unbundling* não estaria diretamente estimulando a concorrência (a não ser aquela pelo ingresso no mercado no processo de outorga da concessão), mas otimizando o uso da infra-estrutura já existente e reduzindo o emprego de recursos do Fust.

O potencial prestador de SCD teria condições, em princípio, de demandar menos recursos do Fust se tivesse acesso a elementos das redes já existentes, remunerando o detentor da infra-estrutura com base nos custos (i. e., excluindo qualquer valor excedente cobrado meramente em função da posição dominante ocupada pelo agente que controla a rede existente). Assim, o tratamento adequado do *unbundling* das redes existentes pode vir a ser um estímulo à universalização do acesso a redes digitais (e também à utilização mais eficiente dos recursos do Fust).

A análise da legislação setorial indica que o tema é objeto de tratamento expresso. Na LGT há um capítulo específico que procura disciplinar o uso das redes de telecomunicações, especialmente no que diz respeito à interconexão, mas que também aborda a questão do *unbundling*. Nesse sentido, o art. 154 prevê que “as redes de telecomunicações poderão ser, secundariamente, utilizadas como suporte de serviço a ser prestado por outrem, de interesse coletivo ou restrito”. Refere-se, portanto, ao tipo de acesso aqui considerado, mas de forma meramente permissiva (i. e., sem impor

nenhuma obrigação nesse sentido como ocorre no caso da interconexão)⁶⁶.

Já o art. 155, com um caráter claramente concorrencial, admite que a possibilidade referida no artigo anterior seja imposta como um dever por norma específica, desde que isso seja necessário à efetivação da concorrência. Dispõe, assim, que,

para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Verifica-se, a partir da leitura dos dispositivos acima, que a LGT não estabelece, como faz no caso da interconexão, uma obrigação ampla de disponibilização de acesso a elementos de rede. O dever existe apenas nas situações definidas especificamente pela agência, com base no art. 155. Adicionalmente, na hipótese específica dos postes, dutos, condutos e servidões, existe um direito expresso e não condicionado à edição de normas posteriores previsto no artigo 73⁶⁷.

Não houve, até recentemente, preocupação da Anatel no sentido de garantir o *unbundling* de forma efetiva em situações que poderiam ser abrigadas sob o art. 155. Apenas em 29 de novembro de 2001, com a aprovação, pela Resolução n. 283, do Regulamento para Expedição de Autorização para Prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral (STFC), a questão veio a ser disciplinada, ainda que de forma insuficiente.

⁶⁶ Para uma diferenciação entre interconexão e *unbundling*, cf. FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação**, cit., p. 249 e s.

⁶⁷ O parágrafo único do art. estabelece apenas que as condições para o adequado atendimento desse acesso deverão ser estabelecidas pelo órgão regulador. Trata-se, por certo, de normas que deverão viabilizar o exercício do respectivo direito, mas a existência deste não depende daquelas.

O Regulamento foi editado em antecipação à data de 31 de dezembro de 2001, após a qual já não haveria restrição ao número de empresas autorizadas a ingressar no mercado de STFC⁶⁸. Seu art. 10 estabelece que, com fundamento no art. 155, a obtenção de uma autorização para prestação do STFC assegura à autorizada (obrigando as concessionárias já atuantes) a utilização das redes locais e de longa distância das concessionárias de STFC. A remuneração desse uso, todavia, deveria ser fixada observando como valores máximos aqueles constantes da Norma 30, aprovada pela Portaria MC n. 2.506, de 20 de dezembro de 1996. Em outras palavras, os valores de remuneração não teriam relação com o efetivo custo da concessionária, mas observariam aqueles prefixados de modo uniforme na Norma 30.

Repetiu-se, aqui, um problema verificado no âmbito da interconexão. Também para essa a remuneração foi fixada pela Anatel num valor máximo sem efetiva correlação com o custo da concessionária (Res. n. 33, de 13-7-1998). Tal situação abre espaço para comportamentos contrários à concorrência. Se a concessionária, para utilizar a sua rede, tem um custo menor do que o valor que pode cobrar de suas concorrentes, estas terão clara desvantagem na oferta de um serviço a preços competitivos. Embora a Norma 30 e a Resolução n. 33/98 fixem valores máximos, é pouco provável que as concessionárias, na posição de poder que ocupam por controlarem as redes locais e de longa distância, aceitem negociar um valor mais baixo. O fato de que não houve nenhum ingresso de concorrente digno de nota após 31 de dezembro de 2001 indica ter sido insuficiente a disciplina adotada pela Anatel⁶⁹.

⁶⁸ Restrição estabelecida no Plano Geral de Outorgas do STFC, aprovado pelo Decreto n. 2.534, de 2 de abril de 1998.

⁶⁹ Nesse sentido, cabe destacar as denúncias feitas pela Embratel e Intelig contra as três concessionárias detentoras de redes locais (Brasil Telecom, Telefonica e Telemar), no sentido de que estariam adotando práticas de discriminação de pre-

Esse quadro e o reconhecimento da importância para a universalização da disciplina do acesso às redes entre concorrentes moveram a Anatel a buscar regras mais claras e efetivas no tocante ao *unbundling*. Para tanto, um conjunto detalhado de normas sobre o tema foi, a partir de 2004, submetido à consulta pública.

Essa revisão do regime regulatório pela Anatel remonta ao Decreto n. 4.733, de 10 de junho de 2003, o qual reflete não apenas a percepção de certas dificuldades na realização dos dois princípios basilares do modelo setorial (universalização e concorrência), mas a tentativa do novo governo que assumia o Poder Executivo federal de imprimir sua marca à política pública do setor.

Especificamente no tocante ao tema da concorrência, o art. 7º desse Decreto fixou as seguintes diretrizes para a Anatel: a definição das tarifas de interconexão e dos preços de disponibilização de elementos de rede por meio da adoção de modelo de custo de longo prazo, preservadas as condições econômicas necessárias para cumprimento e manutenção das metas de universalização das concessionárias (inciso I); o acesso ao enlace local pelas empresas exploradoras concorrentes, prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, garantido mediante a disponibilização de elementos de rede necessários à adequada prestação do serviço (inciso V); a revenda do serviço de telecomunicações das concessionárias garantida às empresas exploradoras concorrentes (inciso VI); as modalidades de serviço de telecomunicação – local, longa distância nacional e longa distância internacional – com contabilidade separada (inciso VII); a possibilidade de ser assegurada aos assinantes de serviço de telecomunicações, residenciais e não residenciais, a portabilidade do número local (inciso VIII).

ços de interconexão para acesso local e subsídios cruzados nos serviços de longa distância (cf. no CADE os processos administrativos 53500.001821/2002, 53500.001823/2002 e 53500.001824/2002).

Essas diretrizes buscam estimular a concorrência no âmbito local e conter abusos de poder econômico, tornando efetivas certas possibilidades já contempladas na LGT. Primeiro, há um reconhecimento de que em certos segmentos da rede ainda há gargalos à concorrência. No âmbito da rede local, apenas em poucos mercados geográficos verificou-se o ingresso de concorrentes efetivos (ainda que focados no mercado não residencial). Além disso, os conflitos existentes entre as concessionárias de longa distância e aquelas detentoras da rede local sugerem a existência de um valor excessivo fixado como tarifa de interconexão, conforme referido acima.

Na tentativa de contornar tais entraves à concorrência, as diretrizes citadas indicam a necessidade de mudança na forma de definição do valor da tarifa de interconexão e de acesso a elementos de rede (com a utilização de critérios que, em tese, eliminariam eventuais distorções), assim como impõem uma contabilização separada com o objetivo de coibir eventuais subsídios cruzados e distorções de preço. A hipotética implementação com sucesso dessa regulação tarifária teria o condão de coibir abusos por parte das concessionárias detentoras da rede local. Adicionalmente, poderia estimular o ingresso de novos concorrentes no mercado local, os quais construiriam suas redes a partir do acesso a elementos das redes das concessionárias.

Também com o propósito de estimular a concorrência, foram indicadas entre as diretrizes a necessidade de disciplinar a revenda de serviços e a portabilidade do número pelo usuário. O primeiro caso abrange a compra de serviços no atacado para venda ao usuário final, sem que o agente tenha rede própria. Em tese, se o serviço lhe for vendido pelo seu custo efetivo, descontados os custos de comercialização e cobrança, o concorrente que adquire no atacado tem condições de ingressar no mercado oferecendo serviços a preços mais baixos se possuir eficiência na organização das atividades referentes à comercialização e à cobrança.

O fundamento legal para impor uma obrigação de venda de serviço no atacado a revendedor são as regras da LGT que atribuem ao Poder Público o dever de desenvolver a concorrência no setor (arts. 2º, III, e 6º). Em situações nas quais a revenda mostrar-se inócua para tal finalidade, ou atingir agentes sem poder econômico, já sujeitos a pressões concorrenciais, a obrigação careceria de apoio na LGT.

Já a portabilidade facilita ao usuário o exercício do direito de livremente escolher a prestadora de seu serviço, pois afasta um dos principais custos envolvidos com a modificação de quem lhe presta o serviço (i. e., a mudança de número). É pelo número que o usuário é encontrado por terceiros, e sua modificação exigirá que ele comunique aos demais usuários, de alguma forma, tal fato. No âmbito empresarial, isso poderá exigir investimentos não desprezíveis. Ao se facilitar o processo de mudança de operadora, permitindo ao usuário manter o mesmo número, estimula-se a concorrência em dado mercado.

Em vista de tais diretrizes, e reconhecendo a insuficiência da regulação concorrencial existente, a Anatel editou e reviu diversos atos normativos. Criou um sistema de regulação assimétrica, no qual regras e obrigações mais rigorosas são aplicáveis àquelas operadoras que possuem um poder de mercado significativo. Também pretendeu promover ampla modificação na regulação de remuneração de acesso às redes e elementos de redes, de forma a baseá-la efetivamente no custo de disponibilização de tais utilidades. A regulação passa, assim, a estar orientada às prestadoras com "Poder de Mercado Significativo" (PMS), definidas de forma genérica como aquelas que detêm "posição que possibilita influenciar de forma significativa as condições do mercado relevante, assim considerada pela Anatel"⁷⁰.

⁷⁰ Cf. art. 2º, X, do Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada, aprovado pela Resolução n. 402, de 27 de abril de 2005. A mesma definição será utilizada em outros regulamentos revistos pela Anatel.

A LGT já trazia a previsão de uma regulação assimétrica, mas definida em função da universalização (i. e., do objetivo de estender a todos os cidadãos o acesso a certos serviços de telecomunicações). O fato de as concessionárias de STFC serem, como regra, aquelas que no âmbito da rede local detêm poder econômico significativo, não deve obscurecer a compreensão de que o regime público diferenciado que lhes é imposto vincula-se ao atendimento das metas de universalização (e não ao poder econômico detido).

Não é inconcebível a hipótese de uma prestadora ser submetida ao regime diferenciado da concessão e, ao mesmo tempo, não ter poder significativo. Os conflitos verificados entre a Embratel, de um lado, e as concessionárias controladoras da rede local, de outro, indicam que aquela, não obstante ser concessionária, não detém poder econômico no âmbito das redes locais. Por outro lado, a própria LGT cogita da hipótese de as atuais concessionárias terem seu poder diluído pela concorrência sem que isso implique alterações significativas no regime público de prestação do STFC. Mais especificamente, ao tratar do regime tarifário, admite a possibilidade de as tarifas serem livremente fixadas quando as circunstâncias concorrenciais de cada mercado forem suficientes para conter abusos de poder econômico (art. 104). Tal situação hipotética, porém, em nada modificaria a regulação assimétrica das concessionárias em seus aspectos fundamentais, ligados à universalização.

A regulação assimétrica baseada na identificação de PMS encontra-se delimitada especialmente nos seguintes atos normativos recentemente editados pela Anatel: (i) Regulamento de Separação e Alocação de Contas (RSAC – aprovado pela Res. n. 396, de 31-3-2005); (ii) Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada (REILD – aprovado pela Res. n. 402, de 27-4-2005); (iii) novo Regulamento Geral de Interconexão (RGI – aprovado pela Res. n. 410, de 11-7-2005); (iv) novo Regulamento de Indicadores de Qualidade do Serviço Telefônico Fixo Comutado (RIQ – aprovado pela Res. n. 417, de 17-10-2005); e (v) novo Regulamento

do Serviço Telefônico Fixo Comutado (RSTFC – aprovado pela Res. n. 426, de 9-12-2005).

O RSAC impõe obrigações diferenciadas às operadoras com PMS no que concerne à prestação de informações sobre seus custos, o que terá importância na fixação do preço de acesso às redes. O RSAC possui três anexos nos quais descreve os critérios a serem considerados na elaboração do Documento de Separação e Alocação de Contas (DSAC) que deve ser apresentado à Anatel. A partir do DSAC será, em tese, possível identificar os custos da operadora em cada área de negócio na qual atua.

O Anexo I do RSAC descreve as diretrizes para a construção da chamada Base de Custos Históricos (HCA), correspondente ao conjunto de informações sobre ativos, passivos, receitas e despesas registradas segundo padrão contábil aceito, que será utilizada como referência para apuração dos custos operacionais e custo de capital.

Em outras palavras, trata-se da descrição dos custos contábeis para a oferta de cada serviço, os quais deverão ser desagregados para cada área de negócio, linha de produtos e produto ofertado (sendo que entre as áreas de negócio está uma denominada “rede”).

Em seguida, o Anexo II descreve os critérios e parâmetros para a transformação da HCA em Base de Custos Correntes (CCA). Na apuração da CCA os ativos da operadora não serão mais considerados pelo seu valor contábil, mas pelo custo de reposição (i. e., “o valor corrente daquele ativo no mercado ou de um equivalente de mesma tecnologia e capacidade”). Não importa, portanto, o custo histórico incorrido na formação da rede, mas os valores atuais dos respectivos bens no mercado (devidamente depreciados na mesma proporção da depreciação incorrida contabilmente).

Por fim, a partir da identificação da CCA, o Anexo III descreve a forma de alocação desses custos correntes a elementos específicos da rede. A metodologia chamada de Modelo de Custos Incrementais de Longo Prazo (LRIC), conforme consta do Anexo

III, deve ser aplicada apenas aos produtos e elementos de rede da chamada Área de Negócio de Rede (i. e., para fins de fixação do valor da interconexão e do uso de elementos desagregados de rede por outras prestadoras). A partir da aplicação do modelo LRIC pretende-se identificar, levando em conta os custos correntes (e não os custos históricos), qual o custo incremental de cada produto (i. e., o custo específico que a operadora tem para disponibilizá-lo, que numericamente seria igual à economia que seria obtida caso ele deixasse de ser fornecido).

A definição do custo incremental, firmado numa base de custo corrente, em vez do custo contábil, pretende replicar, na medida do possível, as condições de um mercado competitivo (i. e., o preço do acesso à rede caso este fosse oferecido num ambiente de efetiva concorrência). De fato, é razoável assumir que o agente econômico, se fosse estabelecer o preço de acesso em concorrência com outras empresas, levaria em consideração os elementos contidos pelo modelo LRIC, os quais refletem os custos de sua permanência no mercado provendo a respectiva utilidade. Isso porque suas decisões são tomadas com base em uma perspectiva futura, e não histórica (custos contábeis), de gastos e receitas⁷¹. Chega-se, assim, em tese, a um preço capaz de corrigir eventuais distorções mantidas em função do poder econômico do detentor da rede existente ou da ineficiência de investimentos feitos no passado.

A Resolução n. 396/2005 impõe como obrigatória a elaboração do DSAC, abrangendo os Anexos II e III do RSAC, às concessionárias de STFC e a outros agentes econômicos que forem identificados como tendo PMS na oferta de interconexão à rede de STFC e na chamada Exploração Industrial de Linha Dedicada. Previu, ainda, a dispensa dessa obrigação ao detentor de PMS na

⁷¹ Cf. FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação*, cit., p. 291.

interconexão em rede do Serviço Móvel Pessoal (podendo a Anatel estabelecer essa obrigatoriedade).

Com o complexo processo previsto no RSAC pretendeu a Anatel ter elementos para conter abusos de poder econômico por parte de agentes com PMS, destacadamente no âmbito do acesso às redes. Outros atos normativos referidos acima, que compõem a nova regulação assimétrica do setor, farão referência a tais parâmetros de fixação de preço ao tratarem do tema do acesso às redes de agentes com PMS.

Com o RSAC, pretendeu-se atender à diretriz do Decreto n. 4.733/2003, segundo a qual as tarifas de interconexão e dos preços de disponibilização de elementos de rede deveriam passar a ser definidas por meio da adoção de modelos de custo de longo prazo, aproximando-os dos custos efetivos de disponibilização das utilidades num hipotético regime de concorrência. Mas, por outro lado, gerou-se uma regulação bastante complexa, o que pode limitar a sua efetividade.

O tema do acesso às redes foi tratado de forma específica no REILD e no RGI, o primeiro abrangendo uma das hipóteses de acesso a elemento desagregado de rede e o segundo tratando da interconexão. Ambos são aplicáveis às operadoras de serviços de telecomunicações em geral, mas contêm regras específicas voltadas apenas àquelas detentoras de PMS. Não se pretende, aqui, fazer uma análise detalhada de referidos regulamentos, mas destacar a assimetria que há nas condições impostas às operadoras com poder econômico.

O REILD trata da chamada Exploração Industrial de Linha Dedicada, situação na qual uma prestadora de serviços contrata a utilização de linha dedicada integrante da rede de outra prestadora, com o propósito de construir a sua própria rede de telecomunicações. É uma das espécies de acesso a elemento desagregado de rede (prevista de forma genérica nos arts. 154 e 155 da LGT), focada especificamente na chamada linha dedicada (definida como a ca-

pacidade de transmissão de sinais analógicos, telegráficos ou digitais entre dois pontos fixos).

O âmbito de aplicação do REILD é bastante restrito, limitando-se à chamada linha dedicada e deixando de abranger o acesso a diversos outros elementos de rede também relevantes ao se pensar a construção de alternativas para o âmbito da rede local. Assim, pode-se dizer que o REILD, por ser muito restrito, é insuficiente para garantir o acesso a elementos desagregados da rede local e viabilizar o ingresso de concorrentes sem a duplicação da infra-estrutura existente. De qualquer forma, é inegável a pretensão concorrencial do REILD ao impor o acesso a um elemento específico de rede, com o objetivo de permitir que concorrentes de empresas com PMS possam ter acesso às redes desta para viabilizar a construção de suas próprias redes.

O REILD possui um capítulo específico que descreve as condições cogentes sob as quais as operadoras com PMS deverão ofertar o acesso a linhas dedicadas. A oferta será obrigatória sempre que a operadora pertencer a um grupo econômico com PMS na oferta de EILD e, adicionalmente, já ofertar linhas dedicadas na mesma localidade ou no mesmo grupo houver concessionária de STFC na modalidade local com acessos individuais na localidade (art. 19).

A definição de quais grupos econômicos possuem agentes com PMS na oferta de EILD deverá ser feita pela Anatel em ato específico. Em princípio, no âmbito geográfico, considerar-se-ão as regiões definidas no Plano Geral de Outorgas do STFC, podendo-se admitir que em certas localidades ou setores dessas regiões o grupo não possua PMS (art. 10).

Nessa avaliação, a Anatel levará em conta, entre outros parâmetros, a participação no mercado de linhas dedicadas, a existência de economias de escala e de escopo, controle sobre infra-estrutura cuja duplicação não é economicamente viável, poder de negociação ante fornecedores, ocorrência de integração vertical, existência de barreiras

à entrada e acesso às fontes de financiamento (art. 13). Deverá a Anatel, em suma, fazer uma análise do poder econômico detido com base na definição de mercados geográficos de oferta de linha dedicada, nos moldes usualmente feitos pelo direito concorrencial.

Para os agentes que integrarem grupo com PMS na oferta de linha dedicada, não apenas a disponibilização do acesso à rede é obrigatória, mas também os valores que poderão cobrar serão regulados. Na data a ser definida pela Anatel por meio de resolução, a oferta da linha dedicada deverá ser feita com base no modelo LRIC comentado acima, considerando os custos correntes incorridos por uma prestadora hipotética eficiente (conforme modelo de apuração desenvolvido pela Anatel) e os custos correntes informados pela operadora e aceitos pela Anatel (art. 15). Para tal propósito, deverá ser apresentado anualmente à Anatel o DSAC, contemplando os Anexos II e III do RSAC, conforme visto no tópico anterior⁷². No tocante às operadoras que integrarem grupo sem PMS, as condições de fornecimento e os valores de referência poderão ser livremente estabelecidos (art. 28).

Em relação à interconexão, o novo RGI trouxe inovações e mudanças no tocante aos procedimentos de ofertas e solicitações desse tipo de acesso às redes, mas não disciplinou especificamente um tratamento assimétrico às operadoras com PMS, como fez o REILD. Isso porque a questão dos critérios de remuneração do uso da rede, baseados em custos correntes para as operadoras com PMS, foi tratada em regulamentos distintos editados posteriormente, que disciplinaram de forma específica a remuneração pelo uso das redes de STFC e SMP (regulamentos aprovados pelas Resoluções n. 438/2006 e 458/2007).

⁷² No período que antecede à data a ser fixada nos termos do art. 15, os valores de referência serão fixados pela Anatel, por meio de ato da Superintendência responsável no âmbito da agência (art. 37).

Em linha com o Decreto n. 4.733/2003, nesses regulamentos referentes à remuneração pelo uso das redes foram efetivamente revistos os parâmetros até então utilizados, que não levavam em conta os custos realmente incorridos. Nesse sentido adotam-se, para as prestadoras de STFC e SMP com PMS, parâmetros de regulação assimétrica para fixação do valor da remuneração, com base nas metodologias de apuração de custos já referidas acima.

O caráter recente dessa nova regulação concorrencial, assim como a complexidade envolvida em sua aplicação, impossibilita uma avaliação quanto ao seu efetivo impacto nas condições de concorrência no setor e na viabilização de novas políticas de universalização. De qualquer forma, a evolução normativa e o histórico recente das políticas setoriais detalhados neste texto confirmam o caráter complementar dos dois princípios nos quais se apóia a atual regulação das telecomunicações.

2.6 Conclusão

Este texto, dividido em quatro partes, teve início com uma descrição da reforma do setor de telecomunicações no Brasil e de sua atual configuração. Em seguida, foi analisada a disciplina jurídica específica ao setor, com ênfase nos princípios da universalização e da concorrência. Observou-se, então, o caráter complementar com que ambos podem ser concebidos na formulação das políticas públicas setoriais. Propôs-se, ainda, a idéia de que a implementação eficiente do modelo da Anatel para universalizar o acesso às redes digitais por parte de certas instituições públicas depende, em certa medida, da regulação editada para estimular o desenvolvimento da concorrência nas telecomunicações.

Para demonstrar esse ponto, fez-se um retrospecto das políticas de universalização implementadas sob a LGT, explicando o impasse que ocorreu na definição quanto à utilização do fundo setorial criado para financiá-las. Tal impasse apresentava um aspecto concorrencial, na medida em que se procurava uma alternativa jurídica que

permitisse a ampla participação de empresas interessadas em assumir metas de universalização (e ter acesso aos recursos do Fust).

A proposta formulada pela Anatel para aplicação dos recursos do Fust, baseada na criação do SCD, seguiu a formação delineada pelo TCU, em resposta a consulta feita pelo Ministro das Comunicações em 2003. A Anatel pretendeu, com isso, alcançar um modelo no qual as licitações para a utilização dos recursos do Fust não ficassem limitadas às atuais concessionárias de STFC, mas pudessem inclusive ter a participação de empresas que ainda não detivessem autorizações ou concessões para prestar serviços de telecomunicações.

Na última parte do texto, demonstrou-se a idéia inicialmente formulada, argumentando-se que a eficiente implementação de um modelo para universalização do acesso às redes digitais depende da regulação concorrencial voltada especificamente ao acesso a elementos de redes (o *unbundling*). Foi destacado que a disciplina do *unbundling* pelas normas setoriais, até 2004, era bastante insuficiente, mas que atualmente um extenso conjunto normativo está em vigor com o propósito de garantir mais efetividade às disposições de caráter geral da LGT. Os resultados de tais mudanças em relação à promoção da concorrência e da universalização são ainda incertos, mas o contexto todo confirma com clareza como a universalização pode depender da regulação voltada à criação de condições concorrenciais (e, por conseguinte, como ambos os princípios se complementam).

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. SABESP – Serviço público – Delegação a empresa estatal – Imunidade a impostos – Regime de taxas. **Revista de Direito Público**, n. 92, 1989.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Editora 34, 1996.

CRANDALL, Robert W. ; HAUSMAN, Jerry A. Competition in U.S. telecommunications services: effects on the 1996 legislation. In: PELTZMAN, Sam; WINSTON, Clifford (Ed.). **Deregulation of network industries**. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2000.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e direito concorrencial: as telecomunicações**. São Paulo: Livr. Paulista, 2003.

FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das telecomunicações: uma tarefa inacabada. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 2, abr.-jun. 2003.

GONÇALVES, Pedro. **Direito das telecomunicações**. Coimbra: Almedina, 1999.

GREWLICH, Klaus W. **Konflikt und Ordnung in der globalen Kommunikation**. Baden-Baden: Nomos, 1997.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo, 2000.

HARRISON, J. *et al.* **Regulation and deregulation**. St. Paul: West, 2004.

HAYEK, Friedrich A. The use of knowledge in society. **American Economic Review**, v. 35, n. 4, 1945.

JOHNSON, Steven. **Emergência: a vida integrada de formigas, cérebros, cidades e "softwares"**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos: comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LEITE, J. Teles e TVs lançam nova onda de serviços. **Folha de S. Paulo**, 26 fev. 2007.

MACULAN, Anne-Marie; LEGEY, Liz-Rejane. As experiências internacionais de regulação para as telecomunicações. **Revista de Economia Política**, v. 16, n. 4 (64), 1996.

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, Heike. **Netzettbewerb, Netzzugang und "Roaming" in Mobilfunk**. Baden-Baden: Nomos, 1999.

NEUMAN, W. Russel *et al.* **White paper on Brazilian telecommunications in transition: a new strategy for competitiveness**, mimeo, 1994.

PASTORIZA, Florinda Antelo. **Privatização na indústria de telecomunicações: antecedentes e lições para o caso brasileiro**. Texto para discussão 43. Rio de Janeiro: BNDES, 1996.

PAULWEBER, Michael. **Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation**. Baden-Baden: Nomos, 1999.

POSSAS, Mario Luiz *et al.* Defesa da concorrência e regulação de setores de infra-estrutura em transição. **Archè**, n. 20, 1998.

PROSSER, Tony. Theorising utility regulation. **Modern Law Review**, v. 62, 1999, p. 198.

ROSTON, Gregory L.; TEECE, David J. Competition and "local" communications: innovation, entry and integration. **Industrial and Corporate Change**, v. 4, n. 4, 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SHAPIRO, Helen. The public-private interface: Brazil's business-government relations in historical perspective, 1950-1990. In: DUTT, Amitava Krishna; KIM, Kwan S.; SINGH, Ajit (Ed.). **The State, markets and development: beyond the neoclassical dichotomy**. Vermont: Edgard Elgar, 1994.

SOARES, P. Nova tecnologia de TV e internet já gera choque entre teles e TV a cabo. **Folha de S. Paulo**, 26 fev. de 2007.