TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL: BALANÇO E PERSPECTIVAS

UMBERTO CELLI JUNIOR*
CLÁUDIA SILVA DE SANTANA**

I — Introdução; II — O Modelo Brasileiro de Regulação do Setor de Telecomunicações; III — Problemas enfrentados pelo modelo de telecomunicações; 1. Falta de concorrência nos serviços de telefonia local; A — Interconexão. — Disputa entre as empresas de telefonia fixa local e telefonia fixa longa distância. — Disputas entre as operadoras de telefonia fixa local e móvel — Sumidouro de tráfego; B — Compartilhamento de infra-estrutura e "unbundling"; 2. Universalização e o "excedente" de serviços de telecomunicações; 3. Manutenção da competitividade com a tendência de concentração no mercado; IV — Alterações Propostas — Contrato de Gestão — Ouvidoria — Outorga de serviços pelo Poder Executivo; V — Conclusões — Bibliografia

I — Introdução

O setor de telecomunicações no Brasil vive um período de reestruturação. Tendo em vista o fato de alguns dos objetivos propostos pela Agência Nacional de Telecomunicações ("Anatel") não terem sido plenamente atingidos, como, por exemplo, a introdução de ampla concorrência na telefonia fixa (Serviço Telefônico Fixo Comutado — STFC), no qual persiste um virtual monopólio das empresas originadas do Sistema Telebrás, muitos passaram a duvidar da adequação do modelo regulador adotado pelo país nos últimos anos.

Tanto assim é que, em setembro de 2003, o atual governo submeteu à consulta pública dois anteprojetos de lei que, em essência, alteram o papel das Agências Reguladoras no Brasil, inclusive o da Anatel. O primeiro anteprojeto prevê a transferência de parte das competências da Anatel para o Ministério das Comunicações,

* Professor de Direito Internacional da USP. Advogado em São Paulo, especializado em Direito das Telecomunicações.
** Advogada em São Paulo, especializada em Direito das Telecomunicações.

notadamente no tocante à outorga de concessões, permissões e autorizações para a exploração de serviços de telecomunicações. O segundo dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, o que, na prática, poderá implicar a perda de parte substancial de sua autonomia.

O objetivo desse artigo é, pois, o de analisar a evolução e os resultados alcançados sob o modelo de telecomunicações em vigor, seus principais problemas e suas perspectivas, estas principalmente em face das propostas apresentadas pelo atual governo ao crivo da opinião pública.

II — O Modelo Brasileiro de Regulação do Setor de Telecomunicações

A reforma do Estado empreendida ao longo da última década resultou em uma mudança substancial do papel que este deve exercer na economia do país. Como se sabe, o Brasil chegou ao final do século XX tendo empresas estatais em praticamente todas as atividades econômicas, fruto de uma concepção de Estado altamente intervencionista. Por falta de investimentos e por terem sido administradas, na maior parte das vezes, ao sabor de interesses políticos, tais empresas acabaram por se revelar incapazes de suprir a demanda interna por novos produtos e serviços e de competir, de modo eficiente, em um mercado globalizado.

Com efeito, a Constituição de 1988, em seu artigo 173, já sinalizava para a alteração que estava por ser realizada no tocante à forma de intervenção do Estado na economia ao estabelecer que "*... a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo* (...)", e ao ressaltar, em seu artigo 174, a função do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Consolidava-se, assim, a visão de que o Estado deve apenas atuar na prestação de determinados serviços quando houver interesse coletivo relevante.

Foi nesse contexto que teve início o processo de abertura do mercado de telecomunicações no Brasil. A Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995 — que alterou a redação do artigo 21, inciso XI, da Constituição Federal, eliminou o monopólio estatal na prestação de serviços de telecomunicações, tendo determinado, ademais, a criação de um órgão regulador.

A Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – "LGT") marcou definitivamente o término da intervenção direta do Estado nas telecomunicações, ao autorizar a privatização do Sistema Telebrás e a criação da Anatel. A LGT traçou também as diretrizes básicas para a regulamentação do setor, a saber: **(i)** a expansão e a universalização dos serviços de telecomunicações; **(ii)** o fomento da concorrência com o estabelecimento, em uma primeira etapa, de um duopólio na telefonia fixa e celular, e com a previsão de liberalização do mercado a partir de 31 de dezembro de 2001; e **(iii)** a garantia de parâmetros mínimos de qualidade dos serviços de telecomunicações prestados aos usuários.

De acordo com a LGT, os serviços de telecomunicações devem ser prestados em dois distintos regimes: público e privado. A diferença básica entre eles é que são prestados em regime público os serviços de telecomunicações, cuja existência, uni-

versalização e continuidade a própria União (i.e., o Governo Federal) comprometa-se a assegurar (ou seja, são serviços cuja prestação é imprescindível para a sociedade), enquanto os serviços sujeitos aos princípios da livre iniciativa e da mínima interferência do Poder Público são prestados em regime privado. Atualmente, apenas o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) oferecido pelas concessionárias (empresas resultantes da cisão do Sistema Telebrás) é prestado em regime público[1]. Todos os outros serviços são prestados em regime privado, inclusive os serviços de telefonia fixa fornecidos pelas denominadas "empresas — espelho" (empresas concorrentes das concessionárias nas respectivas regiões do Plano Geral de Outorgas – "PGO"[2]).

Essa divisão dos regimes de prestação dos serviços de telecomunicações entre público e privado teve o intuito de, por um lado, garantir o acesso da população aos serviços de telecomunicações considerados mais relevantes, que, por essa razão, estão sujeitos a maiores condicionamentos e interferências do Poder Público em sua prestação, como a telefonia fixa, e, de outro lado, simplificar a outorga e a prestação dos demais serviços.

Verificou-se, conseqüentemente, uma significativa expansão dos serviços de telecomunicações. A atual disponibilidade de linhas telefônicas fixas e de telefones celulares contrasta com a precariedade na oferta de serviços de telecomunicações no Brasil anterior à privatização. Na época do Sistema Telebrás, o preço oficial de uma linha telefônica fixa chegou a ser superior a US$ 3 mil e a espera por uma linha adquirida pelos chamados planos de expansão ultrapassava dois anos. Como as estatais não conseguiam suprir a demanda, nem tampouco cumprir os prazos para instalação e transferência de telefones, criou-se um mercado paralelo de venda de telefones. O telefone celular era inacessível à maioria esmagadora da população, tanto pelo preço dos aparelhos quanto pelas exigências das estatais para a aquisição de uma linha. A evolução no número de telefones em utilização é também expressiva. De 1998 até junho de 2003, o Brasil passou de pouco mais de vinte e dois milhões de telefones fixos instalados para mais de trinta e nove milhões; de quinhentos e oitenta e nove mil telefones públicos para um milhão, trezentos e cinqüenta mil, e de menos de sete milhões e trezentos mil celulares para quarenta milhões. Ademais, sob o novo quadro regulatório, além do preço obtido por meio da venda dos ativos da Telebrás (US$ 19 bilhões), o setor recebeu investimentos em infra-estrutura da ordem de US$ 40 bilhões[3].

1 No final de 2003, a Anatel criou o Serviço de Comunicações Digitais destinado ao público em geral que também será prestado em regime público.

2 O Decreto nº 2.534, de 02 de abril de 1998, mais conhecido como Plano Geral de Outorgas (PGO), fixou as regras básicas para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), e dividiu o país em 4 (quatro) diferentes áreas de prestação de serviços, a saber: Região I — 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; Região II — Distrito Federal e dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre; Região III — Estado de São Paulo; e Região IV — Nacional.

3 A esse respeito ver Jornal O Estado de São Paulo, 27 de julho de 2003, pp. B08-10.

O aprimoramento dos serviços de telecomunicações no Brasil é, pois, fato incontestável, o que permite afirmar que o modelo adotado tem sido razoavelmente bem-sucedido. Isso não significa, no entanto, que tal modelo esteja isento de problemas e que não necessite de ajustes.

III — Problemas enfrentados pelo modelo de telecomunicações

1. Falta de concorrência nos serviços de telefonia local

Como precedentemente mencionado, a LGT estabeleceu como um de seus principais objetivos a introdução da concorrência, tanto na telefonia fixa como na celular, por meio do regime de duopólio até dezembro de 2001, i.e., durante esse período, cada área de prestação de serviço seria atendida por duas empresas (uma concessionária e uma autorizada). Após o transcurso desse período, o mercado deveria ser definitivamente liberalizado.

Ao contrário do que se esperava, porém, a concorrência não se tornou efetiva no mercado de telefonia fixa, principalmente no de telefonia local, em que se constata ainda a existência de um virtual monopólio das empresas concessionárias. É notória a falta de competitividade das "empresas-espelho".

Aliás, o que se observa é que, em qualquer país, a instituição de um ambiente realmente competitivo na telefonia fixa não é tarefa das mais simples. Essa dificuldade pode ser creditada, em larga medida, às características intrínsecas do mercado de telecomunicações, que requer a instalação de dispendiosa infra-estrutura e de interligação de redes de operadores de telecomunicações. Isso, agravado pelo fato de as telecomunicações terem sido anteriormente objeto de monopólio legal, o que fez com que, em regra, a maior parte da infra-estrutura em uso estivesse nas mãos de apenas poucos prestadores de serviços.

No Brasil, toda infra-estrutura de telecomunicações existente até a privatização do Sistema Telebrás foi alienada para as atuais concessionárias, proporcionando-lhes grande vantagem competitiva, mesmo considerando os encargos (e.g., compromissos de expansão, atendimento, qualidade e continuidade dos serviços) a que estão sujeitas por estarem prestando serviços em regime público.

Apesar de a LGT determinar a obrigatoriedade da interconexão entre as redes e o compartilhamento da infra-estrutura já instalada para possibilitar a concorrência na telefonia fixa, nem a interconexão nem o compartilhamento da infra-estrutura (especialmente a da chamada "última milha") foram implementados de maneira satisfatória.

A — Interconexão

Consiste a interconexão na ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes se comuniquem com usuários de serviços de outra ou que acessem serviços nela

disponíveis. É essencial a interconectividade entre as redes dos diferentes prestadores de serviços, sobretudo para as empresas que estão entrando no mercado, visto que têm pouca possibilidade de êxito se não houver comunicação entre seus usuários e os usuários das outras prestadoras de telefonia fixa ou móvel. O acesso à rede de determinada empresa é remunerado pela tarifa de interconexão e o valor dessa tarifa constitui, atualmente, uma das maiores fontes de disputa entre as empresas de telefonia fixa, as empresas de telefonia fixa e as de serviço móvel, e entre essas empresas e a Anatel.

A fixação da tarifa de interconexão é assunto complexo. Isso porque se deve obter um valor que, ao mesmo tempo, remunere o investimento feito pelo detentor da rede e não impeça a entrada de novos operadores[4].

Os dispositivos legais em vigor têm-se mostrado insuficientes para assegurar soluções eficazes aos problemas relacionados à interconexão. A LGT prevê, em termos genéricos, em seu artigo 153, que os acordos entre as prestadoras para a interconexão das redes sejam objeto de livre negociação entre os interessados e que o provimento da interconexão seja feito em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço. Em que pese o fato de o Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003, dispor de regras mais claras e objetivas, ao prescrever que as tarifas de interconexão e os preços de disponibilização de elementos de rede devem ser calculados por meio da adoção de modelo de custo de longo prazo, ficando preservadas as condições econômicas necessárias para o cumprimento e a manutenção das metas de universalização pelas concessionárias, tais regras somente terão eficácia a partir de janeiro de 2006. É por isso que a indefinição acerca do preço mais apropriado a ser cobrado pela utilização da rede de outras operadoras (tarifa de interconexão) continua no cerne das disputas, especialmente entre as empresas de telefonia fixa local, de um lado, e as empresas de telefonia fixa de longa distância e de telefonia móvel, de outro.

• *Disputa entre as empresas de telefonia fixa local e telefonia fixa longa distância*

As operadoras de longa distância alegam que as locais, detentoras da maior parte da infra-estrutura atualmente instalada, praticam conduta anticompetitiva conhecida como "*price squeeze*" ou elevação dos custos das rivais, por meio de **(i)** *discriminação de preços* na cobrança da tarifa de interconexão de rede local para

4 Segundo Eduardo Boulos, "*após muita controvérsia, dadas as conseqüências das possíveis escolhas, parece que a tendência dos economistas é a pacificação em torno dos custos de longo prazo para o fornecimento de bens e serviços envolvidos na prestação do serviço em questão* [Serviço Telefônico Fixo Comutado], *dentro da tecnologia mais moderna empregada pelo prestador*" ("Concorrência e Regulação no Serviço Telefônico Fixo Comutado – Um Balanço", *in* Bolívar Moura Rocha (org.), *A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil – Balanço e Propostas*, São Paulo, IOB-Thompson, 2003, p.40).

"si mesma" (sua unidade de longa distância) e para seus concorrentes; ou por meio **(ii)** de *subsídio cruzado* implícito entre o serviço local e o de longa distância. Segundo essas empresas, tal conduta feriria não somente os artigos 3º, inciso III (direito do usuário de serviços de telecomunicações de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço), 6º (princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras) e 70, inciso I (coibição da prática de subsídios para redução artificial de preços), da LGT, como, também, o artigo 20 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, Lei de Defesa da Concorrência, configurando, assim, infração à ordem econômica.

• *Disputas entre as operadoras de telefonia fixa local e móvel*

A disputa entre as prestadoras de serviços locais e móveis diz respeito às operações de telefones móveis pré-pagos. Como se sabe, o acesso das classes de menor poder aquisitivo aos serviços de telecomunicações deu-se, na prática, por meio do telefone celular pré-pago, o qual é utilizado, basicamente, para a recepção de ligações originadas em telefones fixos. Pelo fato de a grande maioria dos celulares pré-pagos não originar chamadas, atualmente entre 40% (quarenta por cento) e 60% (sessenta por cento) do faturamento das operadoras de telefonia celular decorre das tarifas de interconexão.

As operadoras de telefonia fixa local reivindicam a redução no valor das tarifas de interconexão em virtude do significativo impacto em seus faturamentos causado pela grande diferença de tráfego entre as redes (as regras de interconexão determinam que, quando a diferença de tráfego for maior que 55% (cinqüenta e cinco por cento), deve haver pagamento da empresa emissora para a empresa receptora da comunicação). Por sua vez, as empresas de telefonia móvel sustentam que somente com os valores de interconexão cobrados atualmente foi possível que as classes sociais de menor poder aquisitivo obtivessem acesso à telefonia por meio dos celulares pré-pagos, que têm conta média muito baixa. Segundo elas, sem essas tarifas de rede, sua sobrevivência estaria ameaçada.

• *Sumidouro de tráfego*

Outro aspecto que vem sendo muito debatido no tocante à tarifa de interconexão é o chamado "sumidouro de tráfego" resultante de acordos entre as prestadoras de telefonia fixa e os provedores de Internet, notadamente os gratuitos.

Como se sabe, os provedores de acesso gratuito à Internet são grandes consumidores de telefonia local com tráfego unilateral entrante, i.e., destinam às prestadoras um volume significativo de chamadas, sem, no entanto, originarem tráfego de telefonia. Esse grande volume de tráfego unilateral entrante despertou a atenção das empresas de telefonia fixa para a possibilidade de obtenção de receitas adicionais por meio da associação com tais provedores.

Assim, essas empresas passaram a oferecer aos provedores não somente sua infra-estrutura, i.e., suas linhas telefônicas, como também o compartilhamento de receitas de interconexão[5]. Ou seja: passaram a aplicar regras de interconexão estabelecidas especificamente para o tráfego de voz ao tráfego de dados (Internet). É justamente essa "distorção" gerada na forma de pagamento das tarifas de interconexão que tem sido denominada de "sumidouro de tráfego".

A polêmica causada por esses acordos, que têm sido objeto de calorosas discussões acerca da chamada "inclusão digital" e do papel dos provedores gratuitos nesse processo de inclusão, está relacionada ao suposto subsídio de fato de um serviço de valor adicionado (no caso, a Internet) por um serviço de telecomunicações, o de telefonia fixa.

B — Compartilhamento de infra-estrutura e "unbundling"

Como assinalado antes, a dificuldade na implantação de ambiente competitivo na telefonia fixa pode ser atribuída precipuamente à dispendiosa infra-estrutura necessária à prestação do serviço, motivo pelo qual a telefonia fixa é usualmente classificada como um monopólio natural. Monopólio natural é como a teoria econômica denomina certas atividades que possuem características estruturais que dificultam ou inviabilizam o estabelecimento da concorrência. Por meio do estudo dos monopólios naturais no direito concorrencial norte-americano, foi desenvolvida a doutrina das "*essential facilities*"[6]. Uma "*essential facility*" existe quando há situação de dependência de um agente econômico em relação à estrutura de outro agente, principalmente quando a duplicação dessa estrutura é inviável, seja pelos custos envolvidos, seja pela necessidade de escala para a operação do sistema.

No setor de telecomunicações, a rede física para a prestação da telefonia fixa, especialmente a última milha ("*last mile*") (estrutura que permite o acesso da rede

5 Essas receitas têm sido responsáveis, na prática, pela sobrevivência desses provedores de acesso gratuito, já que o modelo de negócios por eles adotado, baseado em receitas de publicidade virtual e de comércio eletrônico, não obteve os resultados esperados.

6 "*Sua formulação tem origem jurisprudencial. Em United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, a Suprema Corte reconheceu que a criação de obstáculos ao acesso à determinada infra-estrutura poderia caracterizar uma infração ao Sherman Act, diante de certas circunstâncias. No caso considerado, a circunstância que se sobressaía era a impossibilidade prática de uma composição ferroviária passar ou entrar na cidade de St. Louis, sem se utilizar de certas instalações terminais, as quais ligavam as vias férreas que davam acesso à cidade, passando pelas pontes existentes sobre o rio Mississipi. Além disso, não era possível às companhias dependentes desse acesso adquirirem ou construírem para si as estruturas, dados os custos proibitivos para tanto.*", *in* Calixto Salomão Filho, *Regulação e Concorrência*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 39. Essa doutrina, "*which was first adopted by the Supreme Court in 1912 recognizes that a monopolist can gain an unfair competitive advantage in a related market by denying its competitors the right to access a resource required to engage in effective competition in that market*", *in* Thomas A Piraino Jr, "An Antritrust Remedy or monopoly leveraging by Electronic Networks", 93 Nw. U. L. Rev. 1, 1998, pp .6-7.

da prestadora aos usuários) é considerada uma "*essential facility*". Assim, o acesso à última milha para as entrantes através do "*unbundling*" (desagregação das redes) é vital para que seja possível o estabelecimento de concorrência efetiva nesse mercado.

O desenvolvimento tecnológico do setor de telecomunicações e a tendência de convergência dos serviços fixos e móveis levaram alguns especialistas do setor a considerar que o problema do monopólio natural estava superado[7]. É provável que, em um futuro próximo, o problema do compartilhamento das redes possa ser de fato superado pela convergência tecnológica dos serviços de telecomunicações. Contudo, analisando-se o momento atual da telefonia fixa no Brasil, constata-se que: **(i)** a aplicação das principais soluções tecnológicas alternativas, quais sejam, a transmissão por fibra óptica e "*wireless*" (sem fio), tanto via radio como através da tecnologia Wi-Fi[8], é incipiente; **(ii)** problemas de custo e confiabilidade no uso dessas tecnologias impedem sua utilização em larga escala; e **(iii)** essas novas tecnologias devem ser direcionadas para o atendimento do mercado corporativo.

2. *Universalização e o "excedente" de serviços de telecomunicações*

A questão sobre como compatibilizar os princípios da livre iniciativa e o da justiça social revela, de modo eloqüente, a presente situação do mercado de telefonia fixa. Ao longo dos últimos anos, a atuação da Anatel tem-se pautado fortemente pela busca da ampliação do acesso e da melhoria de qualidade dos serviços de telecomunicações. Nesse sentido, o próprio Poder Executivo, através do PGO, instituiu algumas vantagens para incentivar as empresas a antecipar o cumprimento das metas de universalização previstas nos contratos de concessão para 31 de dezembro de 2003, como a possibilidade de essas empresas serem autorizadas a prestar outros serviços.

7 Segundo expõe Floriano de Azevedo Marques Neto, a "*rede pública de comunicações consiste na única trama de cabos, fios, ligações e estações de comutação pela qual se cursava a telefonia. Este fato conduzia a noção, tão divulgada, de que o serviço de telecomunicações consistia em um monopólio natural, pois esta infra-estrutura pré-montada era única e pertencia a um ente único, o Estado. Esta foi a teoria desenvolvida pelo Ministério das Comunicações, determinando que o serviço de telecomunicações, por suas condições naturais, apenas poderia ser explorado por um prestador, ou o Estado ou um concessionário desta rede. O desenvolvimento tecnológico, tratado alhures, derrubou a teoria do monopólio natural, pois agora, por exemplo, pode-se transmitir a telefonia por freqüência, reduzindo de sobremaneira os custos de instalação de uma rede.*" ("Direito das telecomunicações e a Anatel", *in* Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 303).

8 Wi-Fi (abreviação de "wireless fidelity") é o termo utilizado para designar uma rede local sem fio de alta freqüência (WLAN). A tecnologia Wi-Fi está sendo rapidamente bem aceita em muitas companhias como uma alternativa às redes cabeadas. Wi-Fi é especificada sob o código 802.11b do *Institute of Electrical and Electronics Engineers* (IEEE) e é parte da série de especificações para redes sem fio junto com os códigos 802.11, 802.11a, and 802.11g. (http://searchmobilecomputing.techtarget.com/sDefinition/0,,sid40_gci838865,00.html). (Acessado em 19/10/2003)

Como precedentemente mencionado, a telefonia fixa é fornecida pelas concessionárias em regime público, ou seja, com a obrigação, assegurada pela União, de universalização, i.e., garantia de acesso a todos ao serviço. A prestação de serviços de telecomunicações, na qualidade de serviço público, "*deve considerar as condições e diferenças sociais dos usuários e a determinação da expansão dos serviços voltada para a consecução do atendimento universal, de modo a possibilitar o acesso a tais serviços a todos, 'independentemente das forças do mercado'*".[9] *No dizer de Calixto Salomão Filho, a universalização, "freqüentemente tratada como um objetivo de política econômica"* é, "*na verdade, uma garantia sistêmica ou institucional. (...) Entretanto, o simples provimento formal dos serviços a todos sem que muitos tenham condições materiais não é também suficiente. Isso não significa que a regulamentação possa ou deva substituir as políticas sociais. Significa que a regulação, como também o direito antitruste, não pode e não deve ser instrumento de criação de desigualdades sociais e principalmente de exclusão. Novamente aqui essa é a maneira de compatibilizar materialmente os ditames constitucionais da livre concorrência e da justiça social*".[10]

O que se observa é que, apesar do expressivo aumento da oferta de serviços de telefonia fixa e de um estoque de 10,7 (dez vírgula sete) milhões de linhas ociosas existentes no país, resultado dos investimentos das concessionárias para a antecipação das metas de universalização, as camadas de menor poder aquisitivo não foram atingidas. Enquanto a densidade telefônica das famílias das classes A, B e C é de, respectivamente, 99% (noventa e nove por cento), 84% (oitenta e quatro por cento) e 62% (sessenta e dois por cento), apenas 20% (vinte por cento) das famílias da classe D e 5% (cinco por cento) da classe E dispõem de telefone fixo.

O acesso de significativa parcela da população de baixa renda aos serviços de telecomunicações tem ocorrido por meio da telefonia celular, especialmente com o telefone pré-pago, que, como se sabe, é utilizado, basicamente, para a recepção de ligações.

Essa "universalização" por meio do serviço celular pré-pago deve-se, em larga medida, ao fato de as tarifas de telefonia fixa serem proibitivas para a maioria da população do país, apesar de comparativamente mais baixas do que as cobradas em outras partes do mundo.

Tendo em vista que os serviços oferecidos para as classes D e E urbanas e para as áreas rurais não cobrem os custos de sua prestação, há certa polêmica acerca de quem deve "arcar" com os custos da universalização[11]. Alguns defendem, inclusive,

9 Dinorá Adelaide Musetti Grotti, "Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação", in Carlos Ari Sundfeld (coord.), *op.cit.*, p. 56.

10 Calixto Salomão Filho, *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 126.

11 Segundo Gesner Oliveira, em entrevista ao jornal Valor Econômico, "*o setor de telefonia, como outros setores de infra-estrutura, é marcado por aquilo que se chama de externalidade positiva. O retorno social do serviço telefônico é maior do que o retorno privado. Então, há uma diferença entre os dois. Cada serviço adicional beneficia mais o país do que ele dá à empresa. Conseqüentemente, a sociedade de um modo geral gostaria de ter mais serviços do que o resultado puramente*

a utilização de subsídios estatais para o custeio dos serviços às classes populares, levando-se em conta o inegável valor social da prestação dos serviços de telefonia. Não há, porém, nenhum tipo de consenso sobre esse assunto.

3. Manutenção da competitividade com a tendência de concentração no mercado

Há uma evidente tendência de concentração entre as empresas de telecomunicações, incentivada pela percepção generalizada de que o mercado é pequeno para tantas empresas de telecomunicações no país.

A questão é como administrar essa tendência de concentração, evitando-se que o mercado de telecomunicações se transforme em monopólio privado. Claro está que as eventuais concentrações devem ser analisadas com extremo cuidado. Há certa pressão para que a regra do artigo 14 do PGO[12] seja suavizada. A revogação dessa regra, que, por estar consubstanciada em um decreto, somente poderia ser efetuada pelo Poder Executivo, resultaria em profunda alteração dos princípios regulatórios hoje vigentes, visto que o modelo original considerou "*que a 'separação' dos controladores fortaleceria o ambiente competitivo proporcionando, como conseqüência, ganhos para os usuários, decorrentes da disputa pelo mercado.*"[13]

Outra questão é a participação das concessionárias de telefonia fixa nas empresas celulares. Não existe limitação regulatória à formação desses conglomerados. Porém, essas associações trazem riscos à concorrência, como o de que possa ocorrer transposição da predominância que essas empresas têm no mercado de telefonia fixa para a telefonia celular, o que exigiria uma rigorosa atuação preventiva e fiscalizadora tanto da Anatel quanto dos órgãos de defesa da concorrência.

IV – Alterações Propostas

Como analisado, a opção de deixar a intervenção direta do Estado para apenas certos setores da economia, de sorte a assegurar sua atuação como regulador da atividade privada, foi causa imediata da instituição das Agências Reguladoras, tais como a Anatel, a Agência Nacional de Energia Elétrica ("Aneel") e a Agência

de mercado resultaria. Para fazer isso de uma forma eficiente é preciso, de uma maneira transparente, deslocar recursos. Não se pode imaginar que o setor privado fará todos os serviços necessários para dar o retorno social desejado porque isso simplesmente diminuiria a rentabilidade, inibiria os investimentos e levaria a um serviço de má qualidade ou insuficiente." (Universalização requer fonte de recursos. Jornal *Valor Econômico*. São Paulo, 10 dez. 2002. Especial Telefonia Fixa, p. F3).

12 Nos termos do artigo 14 do PGO, a obtenção de concessão em determinada Região por empresa já concessionária de telefonia fixa, sua coligada, controlada ou controladora implica a obrigatória transferência a outrem, de contrato de concessão detido em outra Região, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de obtenção da concessão.

13 Renato Guerreiro, Telecomunicações — O que mudar no modelo. Jornal *Valor Econômico*. São Paulo, 03 de janeiro de 2002, p. A14.

Nacional de Petróleo ("ANP"), dentre outras. Mais do que um modismo inspirado no direito norte-americano (que muitos consideram causa da chamada "febre das Agências"), a necessidade de um órgão técnico de regulação estatal origina-se do inerente risco de o Estado perder o controle sobre as atividades econômicas essenciais para o país pelo exercício privado de atividades de maior relevância. A regulação pode, consoante lembra Calixto Salomão Filho, "*representar exatamente a contribuição mais útil de um Estado que decide retirar-se da intervenção econômica direta (através da prestação de uma gama bastante variada de serviços) para sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por outro lado, reconhece ser para tanto insuficiente o mero e passivo exercício de um poder de polícia sobre os mercados.*"[14]

Assim, de acordo com a LGT, cabe à Anatel cumprir funções como, dentre outras, o estabelecimento de metas para a prestação dos serviços, a regulamentação e a fiscalização dos serviços prestados e a defesa dos interesses dos consumidores. Além disso, é dever da Anatel atuar como órgão de solução de disputas entre os prestadores de serviços. Já ao Poder Executivo ficou reservada a tarefa de estabelecer políticas públicas.

O que se nota, contudo, é a existência de uma "área cinzenta" entre as competências do Poder Executivo e as da Anatel, pois é tênue a linha divisória entre a regulação e a formulação de políticas públicas, especialmente no tocante a temas que demandam decisões técnicas com importantes conseqüências políticas e econômicas, tais como os reajustes de tarifas.

Na visão dos defensores do atual modelo, a competência do Poder Executivo, tal como definida pelo artigo 18 da LGT[15], deve ser interpretada restritivamente, de forma a garantir a independência da Anatel e a estabilidade temporária do mandato de seus conselheiros. Isso porque, segundo eles, tais atributos constituem, justamente, uma perspectiva de estabilidade nas relações entre o Poder Público e a iniciativa privada e de diminuição da influência de "*lobbies*" políticos e empresariais nas decisões administrativas mais técnicas ("teoria da captura").

Por outro lado, os críticos do modelo atual argumentam que o artigo 18 é apenas exemplificativo e que a total independência da Anatel em relação ao Poder Executivo é ilegal por ferir a divisão tripartite dos Poderes, tornando as Agências Reguladoras um "quarto poder".

Com efeito, não há dúvidas de que como as questões de regulação econômica abrangem, além de aspectos técnicos, a conciliação de interesses de usuários e de prestadoras de serviços, as decisões das Agências Reguladoras envolvem, muitas

14 Calixto Salomão Filho, *op.cit.*, p. 14.

15 Por este artigo, cabe ao Poder Executivo **(i)** instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado; **(ii)** aprovar o PGO dos serviços prestados no regime público; **(iii)** aprovar o Plano Geral de Metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público; e **(iv)** autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.

vezes, escolhas políticas[16], motivo pelo qual existe também a possibilidade de captura desses órgãos. Conseqüentemente, é necessário que o governo e a sociedade civil disponham de instrumentos que lhes permitam controlar e fiscalizar as atividades das Agências, bem assim corrigir eventuais ineficiências em sua atuação, de modo a atenuar o risco da formação do chamado "quarto poder".

Não se pode esquecer, porém, de que, consoante assinala Maria Sylvia Zanella di Pietro, esse "*controle (administrativo) não significa que os entes descentralizados estejam hierarquicamente subordinados à Administração Direta. Existe apenas uma* ***vinculação*** *para fins de controle; essa vinculação normalmente se dá com relação ao Ministério ou Secretaria de Estado ou de Município cujas atividades se relacionam com a da pessoa jurídica da administração indireta*". Ademais, diz ela, há "*diferenças sensíveis entre tutela e hierarquia... a tutela é* ***condicionada*** *por lei, ou seja, só admite os atos de controle expressamente previstos; a hierarquia é incondicionada e implica uma série de poderes que lhe são inerentes, como o de dar ordens, o de rever os atos dos subordinados (*ex officio *ou mediante provocação), o de avocar e delegar atribuições*".[17]

Fato é que, mesmo que se considere necessária essa tutela das Agências Reguladoras pela sociedade civil e pelo Poder Executivo, a forma pela qual ela deve ser exercida está longe de ser consensual.

Foi por essa razão que o Poder Executivo, conforme anteriormente citado, colocou em consulta pública, em setembro de 2003, dois anteprojetos de lei que tratam da atuação das Agências Reguladoras.

Um dos anteprojetos dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, propondo, em suma, a celebração de Contratos de Gestão com os Ministérios aos quais estão vinculadas, bem como a criação de ouvidorias para apurar reclamações de usuários contra a própria Agência e os prestadores de serviços.

O outro anteprojeto altera dispositivos das Leis 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.472, de 16 de julho de 1997 (LGT), 9.478, de 06 de agosto de 1997 e 10.233, de 05 de junho de 2001, que tratam, respectivamente da Aneel, Anatel, ANP, Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. Pelos termos desse anteprojeto, em síntese, a competência para celebrar contratos de concessão e outorgar autorização para a prestação de serviços, hoje detida pelas Agências, seria retomada pelos respectivos Ministérios.

16 "*Um segundo valor envolvido na interpretação desse requisito (participação dos interessados no procedimento regulamentar) é a rejeição da crença que caracterizou os teóricos do New Deal de que a atividade das agências seria eminentemente técnica e de que os agentes públicos encarregados de sua condução seriam invariavelmente imparciais, estando sempre dispostos a realizar o abstrato interesse público. Modernamente, ao contrário, reconhece-se que a expertise das agências não é capaz de eliminar o caráter político de muitas das decisões cometidas a órgãos administrativos.*" (Sérgio Varella Bruna, *Agências Reguladoras*: poder normativo, consulta pública, revisão judicial, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p.205).

17 Maria Silvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 13ª edição, São Paulo, Atlas, 2001, p.399.

• *Contrato de Gestão*

A idéia de contrato de gestão ou contrato-programa, como preferem alguns, inspira-se em experiências de empresas estatais estrangeiras, principalmente européias, que têm procurado, por meio desse instrumento jurídico, uma forma adequada de regulamentar suas relações com os respectivos governos. Nesse sentido, por exemplo, podem ser citadas as iniciativas levadas a efeito por estatais francesas dos setores energéticos, de telecomunicações e de transporte ferroviário. No direito brasileiro, os contratos de gestão têm sido utilizados para denominar acordos celebrados com entidades da Administração Indireta, notadamente com empresas de economia mista[18], com as chamadas organizações sociais e, a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 14 de junho de 1998, também com órgãos da Administração Direta.

Contratos de gestão com Agências Reguladoras não constituem novidade no direito brasileiro, uma vez que o artigo 7º da Lei nº 9.476/96 já prevê esse tipo de contrato para a Aneel. Todavia, a falta de uma disciplina legislativa genérica que estabeleça as características básicas do instituto, bem assim de estudos doutrinários mais aprofundados sobre a abrangência de tais contratos, traz grande insegurança. Isso porque tais contratos podem acabar se constituindo em uma forma de ingerência nas competências das Agências, e não apenas como meio de vincular estas últimas às políticas públicas traçadas pelo Poder Executivo.

Entretanto, caso os contratos de gestão tenham seu escopo bem delimitado por lei, poderão tornar-se instrumentos eficazes de controle social e de aperfeiçoamento da gestão e do desempenho das Agências.

• *Ouvidoria*

O intuito da criação das ouvidorias é o de estabelecer um canal de acesso da sociedade às Agências. Porém, como o anteprojeto prevê uma competência muito abrangente para o ouvidor, qual seja a de zelar pela qualidade, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários contra a atuação da Agência Reguladora, a ouvidoria pode acabar se transformando em uma maneira de o Poder Executivo intervir diretamente nas decisões das Agências.

• *Outorga de serviços pelo Poder Executivo*

A retomada da competência para a outorga de concessões e autorizações de serviços pelo Poder Executivo é, sem dúvida, a que traz maiores riscos para os mercados regulados. É notório que, historicamente, grande parte das concessões e permissões licitadas pelos ministérios foi baseada muito mais em critérios políticos

18 A esse respeito, ver Umberto Celli Junior, "Contratos de gestão e o processo de abertura de capital das empresas de Telecomunicações", *in Revista de Direito Administrativo*, nº 206, out./dez. 1996, pp.166-83.

e ideológicos do que em critérios técnicos, como se pode constatar, por exemplo, pelo exame de algumas concessões de rádio e televisão. Portanto, a exclusão dessa competência das Agências, notadamente da Anatel, poderá ser um fator de desestabilização do mercado e, conseqüentemente, desestimular os investimentos privados nas telecomunicações, comprometendo os avanços obtidos na última década.

V – Conclusões

Se, de um lado, não se registraram avanços significativos na regulação de certos setores da economia por algumas Agências, de outro, no que diz respeito às telecomunicações, a evolução da qualidade e da abrangência da prestação de serviços foi, sem dúvida, notável. Ao longo desses últimos anos, a Anatel teve e continua tendo papel importante nessa conquista.

É bem verdade que alguns acertos nas funções da Anatel e no seu relacionamento com o Poder Executivo precisam ser realizados. Isso se deve em parte ao fato de o Brasil não ter ainda uma sólida cultura regulatória. Nesse sentido, é imperiosa a tarefa de conciliação dos conceitos de política de governo e política de Estado. Somente assim os objetivos de estabilidade de regras, de estimulo à concorrência e de universalização dos serviços poderão ser plenamente atingidos.

Todavia, não se deve permitir que esses necessários ajustes, consoante o proposto nos dois anteprojetos submetidos à consulta pública, sirvam de pretexto para o esvaziamento da competência da Anatel e para o retorno da regulação do setor de telecomunicações à dependência de critérios políticos e ideológicos. A autonomia das Agências (da Anatel em particular) em relação ao governo constitui requisito fundamental para a continuidade dos investimentos privados, na medida em que assegura maior transparência e estabilidade no cumprimento de regras.

São Paulo, março de 2004.

Bibliografia

Aragão, Alexandre Santos de, "As agências regulatórias independentes — Algumas desmitificações à luz do direito comparado", *in Revista Trimestral de Advocacia Pública*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, Edição nº 17, Ano VIII, Março de 2002.

Barroso, Luis Roberto, "Apontamentos sobre as Agências Reguladoras", *in* Morais, Alexandre de (org.), *Agências Reguladoras*, São Paulo, Atlas, 2002.

Bruna, Sérgio Varella, *Agências Reguladoras*: poder normativo, consulta pública, revisão judicial, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

Celli Junior, Umberto, "Contratos de Gestão e o Processo de Abertura de Capital das Empresas de Telecomunicações" *in Revista de Direito Administrativo*, nº 206, out./dez. 1996, pp.166-83.

Derani, Cristiane, *Privatização e Serviços Públicos*, São Paulo, Max Limonad, 2002.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 13ª Edição, São Paulo, Atlas, 2001.

Grotti, Dinorá Adelaide Musetti, "Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação", *in* Sundfeld, Carlos Ari (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, 2000.

Marques Neto, Floriano de Azevedo, "Direito das telecomunicações e a Anatel" *in* Sundfeld, Carlos Ari (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, 2000.

_____, Regulação Estatal e Interesses Públicos, São Paulo, Malheiros, 2002.

Mello, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 14ª edição, São Paulo, Malheiros, 2002.

Piraino Jr., Thomas A, "An Antritrust Remedy or monopoly leveraging by Electronic Networks", *93 Nw. U. L. Rev. 1*, 1998.

Rocha, Bolívar Moura (org.), *A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil – Balanço e Propostas*, São Paulo, IOB-Thompson, 2003.

Salomão Filho, Calixto, *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, São Paulo, Malheiros, 2001.

_____, *Regulação e Concorrência (Estudos e Pareceres)*, São Paulo, Malheiros, 2002.

_____, (coord.), *Regulação e Desenvolvimento*, São Paulo, Malheiros, 2002.

Jornais e periódicos

Gazeta Mercantil.
O Estado de São Paulo.
Valor Econômico.
Jornal Telecom.

Sites

Telecom on line www.telecononline.com.br.
What is www.whatis.com.

Aspectos Modernos do Direito Societário

Nelson Eizirik



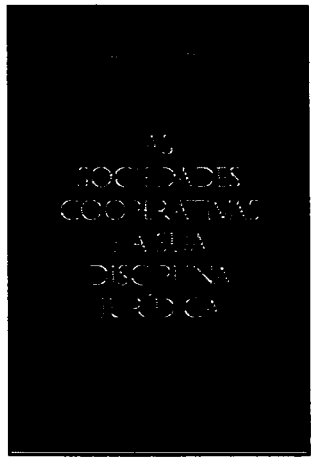
Esta obra reúne parte dos estudos e pareceres de Direito Societário e mercado de capitais escritos nos últimos quatro anos pelo autor, quase todos inéditos. A eventual modernidade da obra é dada pelos temas que a compõem — ainda pouco analisados na doutrina nacional — e pela abordagem utilizada, na qual os institutos jurídicos são estudados tendo em vista, sua função econômica.

Ref. 0038 **Brochura** **238 págs.**
Form. 14x21 **1992**

As Sociedades Cooperativas e a sua Disciplina Jurídica

Waldirio Bulgarelli

Nesta obra o autor tem o intuito de esclarecer, de um lado, a situação jurídica das sociedades cooperativas no Brasil e, de outro, além das lições da doutrina cooperativista, também os problemas que as assoberbam, necessitando constantemente de seguidos esclarecimentos.



Ref. 0186 **Brochura** **392 págs.**
Form. 14x21 **1998**