

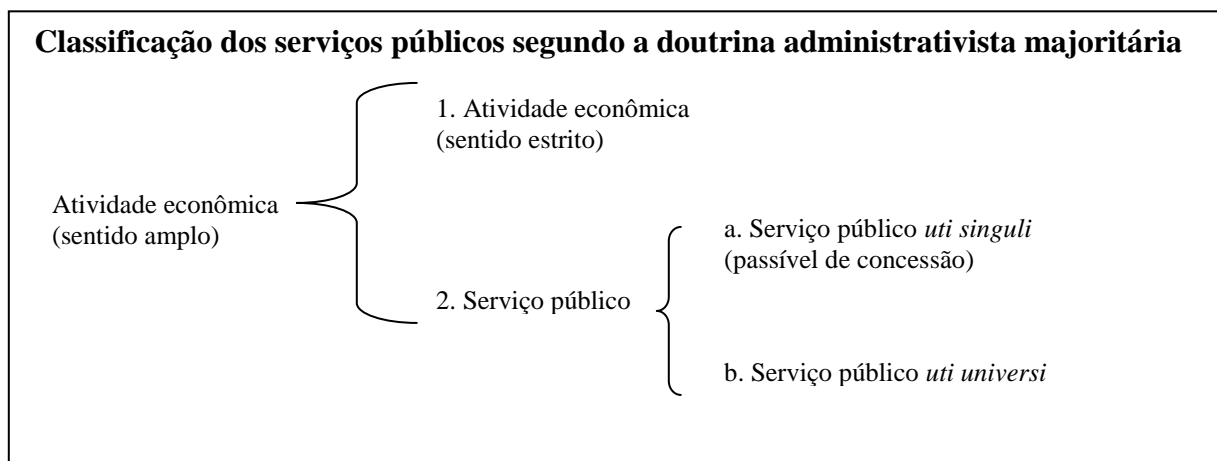
Aspectos jurídicos da concessão de serviços de telecomunicações

Gabriel Boavista Laender

Conceito de concessão de serviço público no direito administrativo – contexto atual

A concessão de serviços públicos é uma forma de parceria do Estado com particulares, em que, por meio de um contrato, a Administração Pública delega a um particular a execução de um dado serviço de sua competência. Do ponto de vista da organização dos serviços dentro da estrutura administrativa, a concessão é classificada como forma de descentralização administrativa por serviços.

Segundo a doutrina majoritária, os serviços públicos que podem ser objeto de concessão são apenas atividades econômicas cuja prestação pode ser apurada individualmente (*uti singuli*). Há, todavia, que se ter cautela com essa conceituação, pois a atividade econômica acima referida é tomada em sentido amplo. A atividade econômica em sentido estrito e o serviço público são categorizados à quase unanimidade da doutrina como categorias absolutamente distintas. Esquemáticamente:



A conceituação de serviços públicos, porém, oferece hoje em dia diversas perplexidades. Em especial, os movimentos de desestatização e desregulação ocorridos sobretudo na Europa e na América Latina nas últimas duas décadas do séc. XX trouxeram uma nova realidade no relacionamento entre Estado e agentes econômicos. Muitas das atividades antes prestadas exclusivamente por agentes estatais ou por particulares em regime de monopólio passaram a ser submetidas não apenas à competição, mas a um

regime jurídico voltado a garantir que essa competição subsista. A reação doutrinária às perplexidades decorrentes dessa nova relação entre Estado e particulares seguiu caminhos diversos: há autores que proclamam a completa inutilidade do conceito (e declaram abertamente a *morte do serviço público*), e há autores que revisitam o conceito de forma a compatibilizá-lo com essa nova realidade.

Se sofre o conceito de serviço público, também agoniza o conceito de concessão de serviços públicos. A concessão de serviços públicos, segundo sua definição nos manuais tradicionais, se apóia sobre uma *relação jurídica trilateral*, em que comparecem como pólos o Estado (Poder Concedente), o concessionário e os usuários do serviço público. O Estado, na condição de legítimo monopolista de qualquer serviço público – dado que, por definição, o serviço público se contrapõe à atividade econômica em sentido estrito –, confere a um particular esse direito de exploração monopolística. Em troca, o particular se compromete a prestar o serviço público a todo e qualquer interessado – o que constitui o *princípio da generalidade* – e a não interromper a prestação do serviço durante o período do contrato de concessão – *princípio da continuidade*. Além disso, o concessionário deve obedecer os ditames fixados unilateralmente pela Administração Pública para a prestação do serviço – as chamadas *normas do serviço* do contrato de concessão.

Os lucros auferidos são controlados pelo Estado, que impede que o particular usufrua do poder de mercado decorrente do monopólio para impor preços que lhe propiciem margens de lucro maiores do que em outras atividades empresárias – o que se traduz no *princípio da modicidade tarifária*¹. Esse controle se dá pela aferição do lucro do concessionário, ponderados os custos de exploração do serviço. Em contrapartida, protege-se a margem de lucro do concessionário contra o efeito corrosivo da inflação e contra as chamadas *áreas econômicas ou administrativas* – isto é, qualquer evento imprevisto pelo particular, provocado respectivamente por circunstâncias macroeconômicas ou pela própria Administração Pública, e que provoque significativa elevação dos custos da exploração do serviço. Esta proteção da margem de lucro do concessionário se traduz em outro princípio: o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O equilíbrio econômico-financeiro do

¹ Cabe lembrar que tarifa é espécie de preço público, a qual se caracteriza justamente pelo fato de ser fixada pelo Poder Público para a prestação lucrativa de serviços de titularidade estatal. Portanto, quando se fala em modicidade tarifária, fala-se da modicidade dos preços cobrados pelo concessionário, na forma em que fixados pelo Poder Concedente.

contrato de concessão constitui o cerne do que se chamam as cláusulas econômicas da concessão, ou as *normas contratuais* da concessão. Estas não são alteráveis unilateralmente pela Administração.

Em síntese, a Administração pode exigir do concessionário o modo de prestação do serviço que entender adequado, e modificar suas exigências como ao interesse público aprouver. Contudo, se essas alterações implicarem aumento de custos, a tarifa deverá ser revista, de modo a garantir a margem de lucro do concessionário. Portanto, na concessão há as normas do serviço, alteráveis unilateralmente pelo Poder Concedente, e as normas contratuais, não passíveis de alteração unilateral.

Essa lógica, porém, se rompe com os novos modelos de regulação estatal e de prestação de serviços públicos. Sob influência de doutrinas microeconômicas adotadas sobretudo na Europa e nos EUA, a chamada regulação por incentivos ganhou cada vez mais espaço nos contratos de concessão. O modelo de controle de preços sobre o qual se apóia o regime jurídico tradicional das concessões ganhou a denominação de *cost plus* (ou seja, custo mais o lucro). Economistas como Littlechild denunciaram as dificuldades desse modelo. A primeira dificuldade seria operacional, se traduziria na impossibilidade de manter um controle exato dos custos do monopolista, o que permitiria evasões ao controle público de preços. O argumento mais relevante, porém, era lógico: não havia estímulos ao concessionário para reduzir seus custos e assim tornar a prestação do serviço mais eficiente. De um lado, nenhuma redução de custos seria apropriada pelo concessionário, pois este teria de repassar essa redução de custos para a tarifa. De outro lado, todo custo adicional seria repassado automaticamente para a tarifa, mantido o lucro do concessionário. No longo prazo, o resultado seria um serviço efetivamente mais caro do que o prestado em um monopólio sem controle de preços, pois este ao menos teria interesse em reduzir seus custos para aumentar seus lucros, o que levaria a uma redução de preços no longo prazo – compensada pelo lucro de vender para um número maior de usuários. Ou seja, no modelo *cost plus*, a intervenção estatal para controlar os preços se traduziria em um serviço efetivamente mais caro.

Considerações semelhantes levaram muitos a defender que o Estado simplesmente parasse de regular os serviços, e deixasse tudo para o mercado resolver. Nos países anglo-saxões, isso significava acabar com direitos de monopólio e com a regulação de preços –

dando origem à chamada desregulação. Nos países em que o conceito de serviço público havia sido adotado, isso significava acabar com a reserva de que determinadas atividades fossem confiadas exclusivamente ao Estado. Em outras palavras, significava o fim do serviço público. A retirada radical e absoluta do Estado dessas atividades, porém, foi exceção no mundo. O que ocorreu foi o surgimento de novos modos de controle de preços e imposição de obrigações de interesse público.

No Brasil, de modo geral, o modelo *cost plus* foi substituído por modelos de *price caps*, especialmente o modelo *RPI-X*. Ao invés de se controlarem os custos do serviço, fixa-se uma tarifa máxima no início da concessão, e reajusta-se essa tarifa por um índice geral de preços no varejo (*retail price index - RPI*), como o IGP-M da Fundação Getúlio Vargas. O concessionário é livre para cobrar qualquer preço até o máximo fixado pela tarifa, por isso o nome de *price cap* (em uma tradução livre, preço-teto).² Periodicamente, aplica-se um redutor ao índice de preços, o que resulta em uma redução no valor *real* (descontada a inflação) da tarifa. Esse redutor é chamado de *fator X* – por isso o nome do modelo é *RPI-X* (ou seja, índice de preços no varejo menos o fator *X*). A lógica subjacente ao modelo de preços-teto é a seguinte: no intuito de maximizar seus lucros, o concessionário buscará adotar práticas de maior eficiência para reduzir seus custos, uma vez que, ao reduzi-los, todo lucro é apropriado pelo próprio concessionário – já que a tarifa é desvinculada dos custos. A aplicação periódica do fator *X* garantiria que parte desses ganhos de eficiência seria repassada ao público, resultando, no longo prazo, em um serviço mais eficiente e barato.

Surgem, então, as primeiras perplexidades frente ao regime tradicional da concessão de serviços públicos. Se, por definição, não há vinculação da tarifa com os custos do serviço, como aplicar o conceito de equilíbrio econômico-financeiro do contrato? Como preservar as *normas contratuais* da concessão em caso de alteração das *normas do serviço*? Em outras palavras, qual a contrapartida possível para os concessionários no caso de a Administração exigir novas obrigações, e qual o direito do concessionário caso eventos econômicos imprevistos aumentem consideravelmente o custo de prestação do serviço?

² No modelo *cost plus*, especialmente o adotado tradicionalmente nas concessões, a tarifa não era um teto, mas uma obrigação – cobrar abaixo da tarifa era indício de que a concessão poderia estar em risco, pois a lucratividade era a garantia da continuidade e da generalidade.

A situação ganhou ainda mais complexidade no momento em que se eliminaram as restrições à competição em diversos serviços públicos, como o de telecomunicações. Como regular preços em circunstâncias de concorrência? Como implementar a concorrência se os mecanismos de financiamento das obrigações de interesse público – continuidade, generalidade – se apóiam na recomposição do equilíbrio econômico financeiro via reajustes tarifários? Embora a resposta a essas questões ainda esteja posta, e dependa da atuação diuturna dos reguladores, a Lei Geral de Telecomunicações – LGT trouxe uma nova perspectiva para a concessão de serviço público.

A concessão de serviços de interesse coletivo em regime público na LGT

Em primeiro lugar, é importante destacar que **o regime jurídico estabelecido pela LGT é derogatório do regime geral de concessões estabelecido pelas leis 8.666/93, 8.987/95 e 9.074/95, conforme disposto no art. 210.** Portanto, o regime jurídico das concessões de telecomunicações segue uma lógica própria, distinta da lógica das demais concessões de serviço público. **Todavia, como não poderia deixar de ser, as concessões de telecomunicações estão igualmente submetidas às normas constitucionais aplicáveis, especialmente ao art. 175 da Constituição Federal.** Este dispositivo constitucional, em essência, exige prévia licitação para toda e qualquer concessão, se refere à concessão como um contrato (e não como um ato administrativo) e fixa a obrigação de *manter serviço adequado*. O serviço adequado a que se refere a constituição é objeto de extenso tratamento doutrinário. A doutrina, em geral, o identifica com os princípios enunciados pelo art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95, que afirma que serviço adequado é o que *satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*. A LGT, contudo, não traz uma definição semelhante de *serviço adequado*. Seria possível arguir que, não obstante o art. 210 da LGT, o art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95 seria aplicável aos serviços de telecomunicações, pois se cuidaria na verdade da aplicação do conceito de serviço adequado previsto na Constituição. Contudo, essa discussão é inócua: como veremos, os princípios enunciados pela Lei nº 8.987/95 encontram respaldo em dispositivos da própria LGT.

Ao contrário do regime tradicional da concessão de serviços públicos, a concessão na LGT já parte do pressuposto de que o serviço será exercido em um regime competitivo. A partir desse pressuposto, a lei divide os serviços de telecomunicações em duas classificações dicotômicas: interesse coletivo x interesse restrito (art. 62); regime público x regime privado (art. 63). Os serviços de interesse coletivo podem ser prestados em qualquer dos regimes, público ou privado, ao passo que os de interesse restrito só podem ser prestados em regime privado, como mostra o quadro esquemático abaixo:

	Regime privado	Regime público
Interesse restrito	Sim	Não
Interesse coletivo	Sim	Sim

A lei, porém, não define o que seja interesse coletivo ou interesse restrito, apenas afirma se tratar de uma classificação quanto à *abrangência dos interesses que atendem*. Coube à Anatel, por meio do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (aprovado pela Resolução nº 73/98), definir *serviço de telecomunicações de interesse coletivo* como *aquele cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias, observados os requisitos da regulamentação* (art. 17), e *serviço de telecomunicações de interesse restrito* como *aquele destinado ao uso do próprio executante ou prestado a determinados grupos de usuários, selecionados pela prestadora mediante critérios por ela estabelecidos, observados os requisitos da regulamentação* (art. 18).

Quanto aos regimes jurídicos público e privado, eles não foram propriamente objeto de uma definição, quer legal, quer regulamentar. Contudo, o regime público, se não foi propriamente definido, está bem delimitado pela lei. O art. 64 da LGT afirma que *comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar*. Confrontado esse dispositivo com a definição de serviço adequado presente na Lei nº 8.987/95, percebe-se, desde logo, que a continuidade se mantém como característica do serviço. A *generalidade* foi substituída pela *universalização*. E os demais princípios que traduzem o serviço adequado se encontram

abrigados no art. 3º da LGT, que trata dos direitos dos usuários de qualquer serviço de telecomunicações. A ressalva é o princípio da modicidade tarifária, que na LGT é substituído pelo dever atribuído ao Poder Público de *garantir a toda a população o acesso às telecomunicações a tarifas e preços razoáveis* (art. 2º, I). Portanto, do conceito de serviço adequado presente na Lei nº 8.987/95, a LGT converteu dois regimes jurídicos distintos. O primeiro é o regime privado, a que correspondem todos os princípios enunciados na Lei nº 8.987/95, exceto a continuidade e a universalização (ou generalidade). Estes dois princípios são característicos do segundo regime fixado pela LGT, o regime público, estão definidos nos parágrafos do art. 79 da LGT. E é somente os serviços prestados em regime público que são objeto de concessão.

Desse modo, a LGT partiu da concorrência e criou dois regimes jurídicos básicos para os potenciais competidores. Por meio do Plano Geral de Outorgas, o Poder Executivo (entendido, nos termos da LGT, como a Administração Federal Direta) pode instituir nova modalidade de serviço no regime público (desde que o serviço seja de interesse coletivo), e poderá ou reservar essa modalidade somente para o regime público, ou possibilitar a prestação concomitante nos regimes público e privado. É possível, ainda, a criação pela Anatel de modalidade de serviço prestado unicamente no regime privado. Essas três opções estão no art. 65 da LGT, cujo § 1º afirma que os serviços essenciais, que estejam sujeitos a deveres de universalização, não poderão ser deixados à exploração unicamente no regime privado. O art. 66, por sua vez, assegura que a prestação concomitante nos regimes público e privado não pode tornar inviável economicamente a prestação no regime público.

As obrigações de universalização são essencialmente o ônus do regime público que o regime privado não tem, uma vez que as obrigações de continuidade não implicam custos adicionais às prestadoras, sobretudo se considerada a incidência de obrigações semelhantes para todas as prestadoras, em regime público ou privado, em função da aplicação do Código de Defesa do Consumidor - CDC. Há, obviamente, um *plus* importante com relação ao CDC, que é a garantia de existência do próprio serviço em si. Mas isso recai sobretudo nos ombros do Poder Público, que dispõe de mecanismos de gerência direta como a intervenção para garantir a existência e a continuidade. Não obstante, rotineiramente, a continuidade não implica gastos adicionais para as prestadoras em regime público frente ao regime privado; a universalização, esta sim implica um custo adicional significativo.

Mas, apesar disso e da proteção conferida pelo art. 66, a regra é que as obrigações de universalização, presentes no chamado Plano Geral de Metas de Universalização - PGMU, são custeadas pela exploração eficiente do serviço. Aquilo que não pudesse ser financiado pela exploração do serviço estaria, em tese, sujeito a ser subsidiado pelo Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST (art. 81). Ou seja, a universalização é um custo, mas é um custo coberto pela exploração cotidiana do serviço e, quando não, por um fundo setorial específico.

Desse modo, em contraste com o regime jurídico tradicional da concessão, a lei abre espaço para que as obrigações decorrentes da prestação do serviço em regime público deixem de ser fundamentadas unicamente no reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. As normas do serviço que incidem igualmente sobre a prestação nos regimes público e privado, ou que incidam somente no regime privado, são objeto da regulamentação expedida pela Agência. E se o regime jurídico da concessão já admitia tradicionalmente a *mutabilidade* das normas da concessão, essa mutabilidade se faz também expressa para o regime privado, pois o art. 130 exclui a possibilidade de que as normas do serviço se constituam em direito adquirido para esse regime. Em suma, há exigências de caráter público, mas essas exigências se aplicam horizontalmente, a todas as prestadoras, em regime público ou privado, o que não exige uma contraprestação específica do Poder Concedente. A diferença, como acentuamos, está na universalização. Há obrigações específicas a que se sujeitam as empresas concessionárias. Mas, se há competição com outras prestadoras, o que justifica essa diferença de tratamento? Se a concessão não mais implica o direito de explorar um monopólio, como é possível exigir dos concessionários obrigações específicas?

Esse é o ponto de maior distanciamento entre o regime jurídico fixado pela LGT e o regime jurídico tradicionalmente aplicado às concessões no Brasil. Enquanto antes a barganha subjacente ao contrato de concessão era a troca da exploração monopolística pelo cumprimento de obrigações públicas, na LGT essa barganha passa a não mais existir. As obrigações de universalização, ao revés, são um ônus justificado a partir da posição privilegiada que as concessionárias ocupam no mercado. Trata-se do que se convencionou chamar *assimetria regulatória*. As concessionárias são as empresas oriundas da privatização do Sistema Telebrás e, por isso, são empresas que partiram de uma situação de

monopólio. São as chamadas *incumbents*, ou empresas já estabelecidas. Em razão dessa situação de dominação de mercados, podem arcar com o ônus da universalização. Mais do que isso, impor-lhes o ônus da universalização facilitaria, em tese, o ataque aos seus mercados por novas empresas competidoras. É importante ressaltar que a assimetria regulatória não se esgota no tratamento da diferenciação entre prestadoras no regime público e prestadoras no regime privado. A Anatel tem utilizado em diversos regulamentos o conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS, e com base nesse conceito fixado obrigações distintas mesmo entre prestadoras do regime privado. Contudo, quando a assimetria regulatória se traduzir em obrigações de universalização seletivas, estar-se-á diante do fundamento jurídico para a distinção de tratamento entre o regime público e o regime privado.

Perplexidades da concessão dos serviços de telecomunicações

Embora traga uma lógica mais moderna às concessões, apta a compatibilizá-la com a regulação de incentivos, a LGT ainda revela muitos problemas em sua aplicação. Em primeiro lugar, as obrigações de universalização, como dito, são ou financiadas pela exploração eficiente do serviço, ou financiadas pelo FUST. Em um ambiente competitivo, caso se cumpram os objetivos fixados pela própria LGT de uma *livre, ampla e justa competição entre todas as operadoras* (art. 6º), a exploração eficiente do serviço terá cada vez menos condições de financiar novas obrigações. Com efeito, a própria LGT faculta à Anatel a possibilidade de instituir o regime de *liberdade tarifária* (art. 104), o que elimina por completo a lógica da recomposição econômico-financeira da concessão via tarifa. O requisito para a liberdade tarifária é justamente a existência de *ampla e efetiva competição*. Nesse cenário, como se exigir da concessionária obrigações adicionais de universalização? Em um ambiente de ampla e efetiva competição, não há sobras a serem gastas, e a presença de ônus maior para as concessionárias do que para suas concorrentes necessariamente as fará perder a competição para suas concorrentes. Ausente o domínio do mercado, não se justifica a assimetria regulatória. É esse cenário justamente o maior risco do modelo adotado, pois, de outro lado, a própria LGT protege a viabilidade da exploração do serviço em regime público frente à competição com o regime privado. Tem-se, aí, objetivos

flagrantemente contraditórios. A viabilidade de obrigações de universalização depende justamente da proteção da fonte de financiamento dessas obrigações, que é o domínio do mercado. O regulador, diante dessa situação, pode se ver seduzido a preservar esse domínio do mercado, justamente para viabilizar as metas de universalização. Essa situação está em confronto com o citado art. 6º da LGT, que exige que os serviços de telecomunicações sejam organizados de modo a existir uma ampla e efetiva competição.

Em sua estruturação, o modelo previa uma solução para esse impasse: o FUST. Na existência de uma competição ampla e irrestrita, as obrigações de universalização seriam integralmente financiadas pelo FUST, pois toda e qualquer nova obrigação não poderia ser financiada com a exploração eficiente do serviço. Mas o FUST padece do mesmo problema de origem que a LGT se propôs a superar. A definição da aplicação do FUST é baseada em custo, pois o fundo financia apenas o que não for recuperado com a exploração eficiente do serviço. Portanto, para aplicar o FUST, é necessário conhecer a parcela de custos não recuperáveis com a exploração do serviço. É, logo, uma regulação baseada em custos, não em incentivos. Esse paradoxo na arquitetura do modelo ajuda a explicar as dificuldades para aplicação dos recursos do FUST.

A resposta talvez esteja na revisão dos contratos de concessão em vigor. Um novo modelo baseado em custos está pautado entre as políticas a nortearem as telecomunicações nos próximos, que pautará tanto a fixação de preços de interconexão, como o cálculo do fator X das tarifas com base na produtividade de empresas modelo (art. 7º do Decreto nº 4.733/03 e item V.11 do anexo à Resolução 516/08). Com base na implementação desse modelo de custos, pode ser possível identificar a parcela de custos não recuperação com maior previsão e, assim, usar os recursos do FUST de forma sistemática. Contudo, nada garante que esse modelo, por si só, resolva os problemas de aplicação do FUST, ou mesmo que a aplicação futura do FUST siga exatamente a lógica que motivou a sua criação.

O dilema, então, continua posto. Na aplicação da LGT, a ênfase será dada aos mecanismos privados de financiamento das obrigações de universalização - e, logo, na aplicação do princípio de que a prestação em regime privado não prejudicará a prestação em regime público? Ou a ênfase será na implementação de uma ampla e efetiva competição entre as prestadoras, o que significa abrir mão de mecanismos privados de recomposição de custos via tarifa? A resposta exigirá dos reguladores capacidade crítica e, sobretudo,

articulação com os conceitos jurídicos trazidos pela LGT e a superação dos dilemas postos à concessão pela nova realidade da prestação de serviços públicos.