

Universidade de Brasília
Curso de Regulação em Telecomunicações
Tema: **Direito Constitucional e Telecomunicações**

Márcio Iorio Aranha

Professor da Faculdade de Direito da UnB
Coordenador do Núcleo de Direito Setorial da Faculdade de Direito da UnB
Coordenador do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB

“DIREITO CONSTITUCIONAL E TELECOMUNICAÇÕES”

APOSTILA

PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS	2
Hierarquia normativa	2
Controle de constitucionalidade e competência jurisdicional.....	3
Estrutura constitucional	4
Histórico constitucional das telecomunicações	5
Constituição Federal de 1988, Emenda Constitucional nº 8 e os serviços de telecomunicações	7
Divisão constitucional de titularidade de atividades em geral.....	14
TÓPICOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES ÀS TELECOMUNICAÇÕES....	16
Sigilo de comunicações.....	16
Imunidade setorial.....	18
Repasso econômico de contribuições sociais.....	19
Fundo Nacional de Telecomunicações	21
Isonomia tributária	28
Regulamentação de Telecomunicações no Brasil.....	29
Telecomunicações e serviços de telecomunicações.....	29
Elementos conceituais da telecomunicação	31
Transmissão	31
Eletromagnetismo e transmissão eletromagnética	31
Conceito de serviço de telecomunicação	33
Serviços de Valor Adicionado (SVA): exclusões legais expressas dos serviços de telecomunicações	34
Outros serviços correlatos aos de telecomunicações	35
BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA:	39
Livros	39
Instrumentos normativos (ordem cronológica).....	39
Julgados.....	40

A compreensão dos aspectos constitucionais das telecomunicações dependem de alguns pressupostos peculiares a cada ordenamento jurídico nacional.

PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS

Hierarquia normativa

No Brasil, a adoção do princípio da *supremacia da Constituição* explica a submissão à Carta constitucional, de 5 de outubro de 1988, de toda produção normativa oriunda dos poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário. Sob o ponto de vista formal, o texto constitucional encontra-se no topo do ordenamento jurídico, definindo as matérias reservadas a lei complementar ou a lei ordinária, assim como a outros atos de cunho normativo ou jurisdicional. Dentre as normas constitucionais, as qualificadas como *cláusulas pétreas* estão imunes a modificações por intermédio do processo legislativo de *emenda* à Constituição. Obedientes ao texto constitucional, outros instrumentos dividem âmbitos de atribuições dados pela Constituição. Leis complementares, leis ordinárias, tratados internacionais, leis delegadas, medidas provisórias e demais atos normativos primários encontram-se no mesmo patamar hierárquico. A distinção entre tais instrumentos normativos dá-se em virtude do âmbito de competência distinto atribuído a cada um pela Constituição. Há matérias reservadas expressamente a leis complementares, como, por exemplo, a definição das áreas de atuação de fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.¹ No mesmo dispositivo, exige-se lei específica para criação de autarquias. Quando não expressa a exigência de lei complementar, entende-se pela exigência de lei ordinária para disciplina da matéria referida no texto constitucional. As leis delegadas e medidas provisórias detêm igual estatura hierárquica da lei ordinária, entretanto com restrições materiais.² Um modelo de disposição hierárquica dos instrumentos normativos, administrativos e jurisdicionais consta da Figura nº 1 desta apostila.

No caso das telecomunicações, a Constituição Federal brasileira de 1988 atribui à *lei* o tratamento normativo da “organização dos serviços [de telecomunicações], a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”³. Assim, está reservado à lei ordinária a disciplina primária das telecomunicações no Brasil.

¹“Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;” (Constituição Federal brasileira de 1988 com redação da Emenda Constitucional n.º 19, de 04/06/98).

²A Constituição Federal brasileira de 1988 não autoriza delegação de atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, de competência privativa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de temas reservados a lei complementar, nem a legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais, planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos (art.68). Também há limitações para a edição de *medidas provisórias*. Além das limitações atribuídas a lei delegada, a medida provisória não se presta a disciplinar direito penal, processual penal e processual civil, ou matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República (art.62,§1º).

³“Art.21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;” (Constituição Federal brasileira de 1988, com redação da Emenda Constitucional n.º 8, de 15/08/95).

Como, além disso, a Constituição de 1988 prevê como atribuição da União (ente federado) tal disciplina das telecomunicações no Brasil, esta dá-se por intermédio de lei ordinária *federal* aprovada em processo legislativo partilhado pelos Poderes Legislativo e Executivo da União.

Apesar da paridade hierárquica e considerável intercambialidade entre lei ordinária, tratado internacional, lei delegada e medida provisória, é vedado à medida provisória e, portanto, a ato normativo primário do Chefe do Executivo, regulamentar os serviços de telecomunicações em sentido amplo graças ao acréscimo do art.246 às Disposições Constitucionais Gerais da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n.º 6, de 1995, confirmado pela Emenda Constitucional n.º 7 do mesmo ano.⁴ A alteração do art.246 pela Emenda Constitucional n.º 32, de 2001, preservou a proibição.⁵

Controle de constitucionalidade e competência jurisdicional

Cabe ao Supremo Tribunal Federal do Brasil (art.102,I,a) efetuar o controle concentrado de constitucionalidade em abstrato das leis federais ou estaduais acusadas de inconstitucionalidade⁶ ou de constitucionalidade⁷ por certos legitimados. No âmbito estadual (Estados-Membros da Federação brasileira), são os Tribunais de Justiça estaduais que desempenham esta função de proteção, em abstrato, dos dispositivos das Constituições Estaduais, que porventura estejam sendo feridos por produções normativas do próprio Estado-Membro ou dos Municípios nele contidos.

O controle em abstrato, via de regra, não incide sobre atos normativos secundários, tais como decretos do Presidente da República, sob o fundamento de que careceriam primeiramente de um vício de ilegalidade (afronta a norma infraconstitucional, gerando a chamada inconstitucionalidade indireta). Há, no entanto, possibilidade de controle em abstrato de decretos, e esta hipótese ocorreu no setor de telecomunicações. O Supremo Tribunal Federal realizou controle em abstrato do Decreto 1.719, de 28/11/1995⁸, que aprovara o *Regulamento de Outorga de Concessão ou Permissão para Exploração de Serviços de Telecomunicações em Base Comercial*. Com base neste decreto, o Governo pretendia implantar a exploração por

⁴“Art.246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995” (Constituição Federal brasileira de 1988, com redação da Emenda Constitucional n.º 6, de 15/08/1995).

⁵“Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive.” (Constituição Federal brasileira de 1988, com redação da Emenda Constitucional n.º 32, de 11/09/2001).

⁶São legítimos interessados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa; o Governador de Estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (Constituição Federal brasileira de 1988, art.103).

⁷São legítimos interessados para propositura de ação declaratória de constitucionalidade: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; e o Procurador-Geral da República. (Constituição Federal brasileira de 1988, art.103, §4º).

⁸Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.435-8/DF, relatada pelo Min. Francisco Resek e requerida pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Sessão plenária, de 27 de novembro de 1996, por maioria, vencidos os Ministros Francisco Resek (relator), Maurício Corrêa e Néri da Silveira, decidiu pela declaração de suspensão liminar de vigência do Decreto 1.719/95. Ementário de Jurisprudência do STF nº 1957-1, p. 40-60, DJ 06.08.1999.

empresas privadas de *serviços de telecomunicações via satélite geostacionário* e o *Serviço Móvel Celular*. Havia, entretanto, um vício de inconstitucionalidade, pois o Decreto 1.719/95 acabava usurpando a função reservada a lei ordinária, de regulamentação da prestação de serviços de telecomunicações em base comercial autorizados pela Emenda Constitucional n.8/95.

Além do controle concentrado de constitucionalidade das leis infraconstitucionais, há, no Brasil, o chamado *controle difuso* efetuado por qualquer juiz federal ou estadual, que, para julgamento das causas perante eles suscitadas, entenda necessária a declaração incidental da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de leis.

Compete à justiça federal julgar, em geral, ações em que participem a União, autarquia federal ou empresa pública federal. A característica pública dos serviços de telecomunicações prestados pelas concessionárias de serviços de telecomunicações não é suficiente para levar suas causas à justiça federal. Assim, via de regra, as causas envolvendo telecomunicações no Brasil são julgadas pelas justiças estaduais.

Com o advento dos juizados especiais na estrutura dos Judiciários estaduais brasileiros, iniciou-se um segundo embate de definição de sua competência para julgamento de ações pertinentes ao setor de telecomunicações. O argumento das operadoras de telefonia, cada vez mais questionadas por esta via facilitada de acesso ao Judiciário, contra o julgamento pelos juizados especiais de ações envolvendo telecomunicações, advém do afastamento de certas matérias pelas leis criadoras destes juizados em face da *complexidade da causa*. Assim, as operadoras recorrido ao Supremo Tribunal Federal para invalidação das causas perdidas em juizados especiais estaduais. Entretanto, o STF entendeu que a definição da complexidade da causa “está adstrita ao âmbito da interpretação de norma infraconstitucional”⁹. A jurisprudência não foi ainda uniformizada, mas, atualmente, questões envolvendo cobranças indevidas vêm sendo aceitas pelos Juizados Especiais de Pequenas Causas do Distrito Federal e Territórios e da Bahia, dentre outros. Por outro lado, questões como a de se saber se a ‘habilitação’ de telefones celulares sofreria incidência de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) têm sido levadas pelas operadoras de telefonia para a Justiça Comum estadual¹⁰.

Estrutura constitucional

A estrutura do texto constitucional auxilia na compreensão da posição dos serviços de telecomunicações no direito brasileiro. Trata-se de uma constituição analítica contendo *títulos* ordenados sistematicamente, quais sejam: princípios fundamentais; direitos e garantias fundamentais; organização do Estado; organização dos Poderes; defesa do Estado e das instituições democráticas; tributação e orçamento; ordem econômica e financeira; ordem social; disposições constitucionais

⁹AgRAI - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 405.728-2 (DJ 04/04/2003, Ementário do STF n.2105-11, 2ª Turma, j.11/03/2003, relator Min. Gilmar Mendes, relatório do relator). “Os critérios de identificação das ‘causas cíveis de menor complexidade’ e dos ‘crimes de menor potencial ofensivo’, a serem confiados aos Juizados Especiais, constitui matéria de Direito Processual, da competência legislativa privativa da União.” (ADIMC 1.807, Pleno do STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05/06/1998, ementa).

¹⁰STJ, Apelação Cível 19980110442286, julgada em 11-10-1999, 2ª Turma Cível, relatora Nancy Andrigui, DJU 23-02-2000 – decisão pela incidência sim a partir do Convênio ICMS 69/98.

gerais; disposições constitucionais transitórias (Figura 2). A partir desta estrutura, pode-se verificar a inserção das telecomunicações em dois espaços claramente definidos: nas normas de *organização do Estado*; e nas normas pertinentes à *ordem social*. Quanto à *organização do Estado*, os serviços de telecomunicações vêm atribuídos à União. Já, no tocante à *ordem social*, o capítulo da *comunicação social* delimita o formato dos meios de comunicação social, inclusive da *radiodifusão* e da chamada *comunicação social eletrônica*¹¹. Dispositivos com referência expressa às comunicações constam do título de tributação e orçamento, especialmente no que se refere à chamada *imunidade setorial* mais à frente abordada.

Histórico constitucional das telecomunicações

O olhar sobre as alterações sofridas pelas telecomunicações em âmbito constitucional auxiliará a compreensão das dificuldades jurídicas atuais na classificação dos serviços. Nem sempre foi da União a competência privativa de operacionalização¹² e normatização¹³ do setor de telecomunicações.

Nas constituições anteriores, tratava-se dos serviços de telecomunicações como um todo monolítico. Na CF/1891¹⁴, havia apenas a referência à competência tributária da União e dos Estados para taxar os *correios e telégrafos*, de onde se deduzia a competência para disciplinar o serviço de telegrafia. As Constituições de 1934¹⁵ e de 1937¹⁶ dedicavam um único inciso aos *serviços de telégrafos, radiocomunicação, navegação aérea e vias férreas*. A Constituição Federal de 1946¹⁷, por sua vez, divisou a *radiodifusão* e a *telefonía* dos tradicionais serviços de *telégrafos* e de *radiocomunicação*. Com a Constituição de 1967¹⁸ e a Emenda

¹¹“Art.222. (...) § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.” (Constituição Federal brasileira de 1988, com parágrafo acrescido pela Emenda Constitucional nº 36, de 28/05/2002).

¹²Art. 8º, XV, *a* da CF/67 e EC1/69; art. 21, XI e XII, *a* da CF/88.

¹³Art. 8º, XVII, *i* da CF/67 e EC1/69; art. 22, IV da CF/88.

¹⁴Constituição Federal de 1891: “Art. 7º É da competência exclusiva da União decretar: 4º Taxas dos correios e telegraphos federaes; Art. 9º É da competência exclusiva dos Estados decretar impostos: §1º Também compete exclusivamente aos Estados decretar: 2º Contribuições concernentes aos seus telegraphos e correios.” (CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 752-753).

¹⁵Constituição Federal de 1934: “Art. 5º Compete privativamente à União: VIII, explorar ou dar em concessão os serviços de telegraphos, radio-comunicação e navegação aerea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-ferreas que liguem, directamente portos marítimos a fronteiras nacionaes, ou transponham os limites de um Estado.” (CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 683-684).

¹⁶Constituição Federal de 1937: “Art. 15. Compete privativamente à União: VII – explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, rádio-comunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas que liguem directamente portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado.” (CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 599).

¹⁷Constituição Federal de 1946: “Art. 5º Compete à União: XII – explorar, directamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas, que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado.” (CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 474).

¹⁸Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional nº 1, de 1969: “Art. 8º Compete à União: XV – explorar, directamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações;”

Constitucional nº 1, de 1969, passou-se a disciplinar a competência da União para os *serviços de telecomunicações* como um todo, sem outras especificações.

Inovando, a Constituição Federal de 1988¹⁹ introduziu a distinção de tratamento *inicialmente* entre ‘*serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens*’ de um lado, e os ‘*serviços públicos de telecomunicações*’, de outro, enumerando, expressamente, os *telefônicos*, os *telegráficos*, e os *de transmissão de dados* como serviços públicos. Mais tarde, a EC8/95²⁰ introduziu a distinção entre ‘*serviços de telecomunicações*’ e ‘*serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens*’. Além desta distinção entre os serviços nomeados de telecomunicações pelo diploma maior e os apartados deste rol comum e denominados de radiodifusão, promoveu-se a um nítido tratamento diferenciado das concessões, permissões e autorizações de radiodifusão submetidas ao art. 223 da CF/88.

O movimento de segregação entre os serviços de radiodifusão e os serviços *comuns* de telecomunicações foi seguido de disciplina infraconstitucional dada pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), que submeteu todos os serviços de telecomunicações às suas disposições *exceto* os serviços de *radiodifusão*, cujo tratamento normativo permaneceu submisso ao antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) à exceção da competência da ANATEL sobre a alocação, fiscalização e questões correlatas ao espectro eletromagnético.

Estas distinções visíveis no ambiente constitucional ombream com inúmeras outras distinções entre serviços de telecomunicações implementadas em foro infraconstitucional advindas da evolução tecnológica e das peculiaridades de tratamento normativo exigidas por cada espécie de serviço de telecomunicações, que começaram sua especialização a partir do Código Brasileiro de Telecomunicações, de 1962. Hoje existem diversas subdivisões de serviços de telecomunicações em âmbito infraconstitucional: *telefônico fixo comutado; TV a cabo; distribuição de sinais multiponto multicanal; distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite; especial de televisão por assinatura; especial de radiochamada; avançado de mensagem; especial de radiorecado; especial de frequência padrão; especial de boletim meteorológico; especial de sinais horários; móvel por satélite; radiocomunicação aeronáutica; móvel celular; rede de transporte de telecomunicações; móvel especializado; rádio taxi especializado; telestrada; especial para fins científicos e experimentais; especial de radioautocine; limitado privado; limitado de radioestrada; limitado estações itinerantes; móvel aeronáutico; rádio do cidadão; radioamador; especial de radiodeterminação; especial de supervisão e controle; especial de rádio acesso; limitado especializado; rede especializado; circuito especializado; móvel marítimo dentre outros.*²¹

(CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13^aed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 384 e 256-257).

¹⁹Constituição Federal de 1988: “Art. 21. Compete à União: XI – explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União; XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações.”

²⁰Constituição Federal de 1988, com a redação da Emenda Constitucional nº 8, de 1995: “Art. 21. Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens.”

²¹Cf. Ato nº 3.807, de 23 de junho de 1999, da ANATEL, que dispõe sobre a classificação dos serviços de telecomunicações quanto aos interesses que atendem.

A multiplicação dos serviços de telecomunicações refletiu na produção normativa infraconstitucional e infralegal (decretos, portarias, resoluções, atos, dentre outros), gerando vasta regulamentação tanto mais específica quanto mais específicos os serviços a que se referem. Este movimento de *submissão incondicional às demandas de evolução tecnológica* encontrou certa sistematização normativa na *Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei 9.472/97)*, cujas disposições divisaram os serviços de telecomunicações em tópicos com efeitos jurídicos distintos capazes de desenhar blocos de serviços com características comuns, hierarquizando serviços e permitindo a racionalização regulamentar por intermédio de conceitos tais como os de público e privado, de interesse coletivo e de interesse restrito. Além destas distinções entre os serviços de telecomunicações, a LGT dispôs sobre três outros conceitos, que refletem o ambiente de transmissão e transporte de informações: as redes de telecomunicações; a radiofrequência; e as órbitas.

O estudo deste conjunto – serviços de telecomunicações e ambiente de operação dos serviços de telecomunicações, este último dividido didaticamente em redes de telecomunicações, espectro de radiofrequência e recursos de órbita – fornece o instrumental necessário à compreensão das especificidades e políticas públicas concernentes ao setor de telecomunicações.

Constituição Federal de 1988, Emenda Constitucional nº 8 e os serviços de telecomunicações

A Constituição de 1988 nasceu em meio a uma postura de reação do Poder Executivo à divisão constitucional entre serviços públicos prestados por entes controlados pelo Estado e outros serviços públicos e privados passíveis de prestação por particulares. O Governo brasileiro procurava ampliar o leque de serviços passíveis de prestação por particulares. Neste contexto, houve a tentativa de afastamento dos serviços celulares, então nascentes, da regra constitucional delimitadora da prestação de serviços de telefonia por empresas com controle acionário estatal (art.21, XI pré Emenda Constitucional nº8/95). O Decreto nº 97.057, de 10 de novembro de 1988 – pouco mais de um mês após a promulgação da Constituição Federal de 1988 –, alterou dispositivos do antigo Regulamento Geral do Código Brasileiro de Telecomunicações (Decreto 52.026/63), acrescentando a possibilidade de emissão, pelo Executivo, de regulamento específico para os *serviços público-restritos*, já editado cerca de um mês antes da Constituição Federal de 1988 (Decreto 96.618, de 31 de agosto de 1988). Eles eram uma categoria tradicional de serviços de telecomunicações específicos diferenciados em razão da finalidade e facultados “ao uso dos passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicações”,²².

Mesmo fechada a hipótese de prestação de serviços públicos de telecomunicações por empresas privadas a partir da Constituição Federal de 1988²³, procurou-se implantar uma *concorrência intramonopólio* nos serviços de

²²Art. 6º, item 51 do Regulamento do Código Brasileiro de Telecomunicações aprovado pelo Decreto 52.026, de 20 de maio de 1963.

²³“Art.21. Compete à União. (...) XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.” (Constituição Federal brasileira de 1988)

comunicação de dados por intermédio da Portaria 525/88²⁴, do Ministério das Comunicações, que estendia às demais empresas do Sistema Telebrás a exploração de dito serviço antes restrito à Embratel. Acusa-se²⁵ *lobby* da Embratel, à época, de introduzir em dita portaria a exigência de que as operadoras regionais somente pudessem utilizar *redes dedicadas* passíveis de uso viável somente por clientes intensivos, embora a vocação dessas empresas estivesse voltada ao tráfego de varejo não-contínuo em face de sua alta capilaridade. Não fosse isso bastante, a evolução tecnológica já permitia a utilização de redes de dados comutadas e não-dedicadas para criação de *redes virtuais permanentes* mais confiáveis e mais baratas que as redes dedicadas, praticamente inviabilizando qualquer espécie de ameaça à Embratel por parte das operadoras locais.²⁶

O início da década de 1990 foi caracterizado por *iniciativas espasmódicas* no setor de telecomunicações. A Lei 8.029, de 12 de abril de 1990, já esboçava o caminho da desestatização, pois autorizou a TELEBRÁS a reduzir para oito o número de suas operadoras, exceto a Embratel, por meio de fusões e incorporações dentro do Sistema TELEBRÁS, passando, cada uma delas a operar em *macrorregiões* definidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.²⁷

Ao lado disso, no ambiente internacional:

“Em 5 de junho de 1990 (...), em Genebra, na Suíça, realizava-se uma reunião sobre o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (Gatt). Nela, os Estados Unidos apresentaram uma proposta de criação de ‘um novo tipo de telecomunicações, o *business telecommunication service*, ou serviço comercial, completamente diferenciado e separado legalmente da operação pública’. Dentro deste novo conceito, estariam os serviços de valor agregado (*enhanced services*), que representam o que há de mais lucrativo e mais moderno no setor.”²⁸

Nesse ambiente ocorreu o embate das correntes *pró* e *contra* desestatização do setor de telecomunicações parcialmente paralizado em razão do *impeachment* do ex-presidente Collor em finais de 1992. No segundo semestre de 1992, a FITTEL (Federação Interestadual dos Trabalhadores em Telecomunicações) divulgou cartilha contendo os argumentos do *Movimento em Defesa da TELEBRÁS*.²⁹

²⁴Portaria nº 525, de 8 de novembro de 1988: “II – As demais empresas do Sistema TELEBRÁS, controladas ou associadas, compete: (...) c) Observado o disposto nos itens I e III [competências da Embratel e da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos] da presente Portaria, explorar os serviços: (...) 2 – Intraestadual por linha dedicada telefônico, telegráfico, e de comunicação de dados, especializados e não especializados, em suas áreas de operação;”.

²⁵Cf. REGO, Luiz Carlos Moraes. *As lições da liberalização*, p. 51. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 48-53.

²⁶Cf. REGO, Luiz Carlos Moraes. *As lições da liberalização*, p. 51. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 48-53.

²⁷Lei 8.029, de 12 de abril de 1990: “Art. 16. É o Poder Executivo autorizado a promover: I - por intermédio da Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás), a fusão ou a incorporação das empresas de telecomunicações, exceto a Embratel, integrantes do respectivo Sistema, de modo a reduzir para oito empresas de âmbito regional, as atualmente existentes, observado o que dispõe o parágrafo único do art. 14 desta lei, quanto ao referencial para a delimitação das regiões;”

²⁸VIANNA, Gaspar. **Privatização das telecomunicações**. 3ªed., Rio de Janeiro: Notrya, 1993, p. 255-256 – grifos nossos.

²⁹O texto do documento, juntamente com respostas aos argumentos da Fittel, encontra-se em: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 131-155.

De outro lado estavam as constatações de analistas do setor, em 1993, que refletiam a deterioração do Estado, acusando-o de ter perdido sua *função modernizadora*³⁰. A *radicalização*³¹ do debate foi rebatida à época e as análises comparativas do atraso brasileiro em telecomunicações evidenciavam a urgência de medidas que revertessem os índices de densidade telefônica e de digitalização das redes.³² Embora as propostas estivessem, em regra, direcionadas à determinação da melhor forma de desestatização e introdução de modelos regulatórios normativos na estrutura da Administração Pública federal brasileira, houve propostas voltadas a adaptar o modelo monopolista a antiga autonomia gerencial por intermédio do controle pelos resultados viabilizados com o instrumento administrativo do *contrato de gestão*.³³ Em 25 de setembro de 1992, foi assinado pelo Ministro dos Transportes e Comunicações e pelo representante do Banco Mundial para a América Latina e Caribe o *Memorando de entendimento relativo à reestruturação do setor de telecomunicações*, que incluía subcapítulo específico destinado a resumir o compromisso do governo brasileiro na privatização do Sistema Telebrás.³⁴

A par destes acontecimentos, o setor de telefonia móvel estava em plena pauta do dia patrocinada por movimentos do Executivo para sua paulatina transferência à iniciativa privada. O espaço aberto pelo Decreto 96.618, de 31/08/1988, que regulamentava os Serviços Público-Restritos, evidenciava o interesse governamental de dar tratamento diferenciado ao Serviço Móvel Celular, remetendo-o à prestação privatizada. Em março de 1989, editais de licitação para escolha dos fornecedores de terminais do serviço móvel celular da subfaixa “A” foram publicados para São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília. A licitação de São Paulo foi anulada por iniciativa da TELEBRÁS, que alegou terem, as propostas apresentadas, preços excessivos além da impossibilidade de prestação do serviço de telefonia móvel na frequência de 800MHz, que, à época, estava alocada para o controle de tráfego aéreo. Nos casos de Rio de Janeiro e Brasília, recursos administrativos das empresas derrotadas nas licitações protelaram o início das operações celulares para 1990 e 1991. A *Nec*, vencedora da licitação no Rio de Janeiro, vendeu seu primeiro telefone celular portátil no Brasil em dezembro de 1990. A Portaria 117, de 07/12/1990, do

³⁰Cf. MANCINI, Luciana. *O Estado e as telecomunicações*, p. 126. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 124-129.

³¹Alencastro e Silva lamentava, em 1993, que “à semelhança do que aconteceu quando se discutiu no país a política do petróleo, liderada pela corrente nacionalista, com seu *slogan* ‘O petróleo é nosso’, o debate sobre o problema da privatização das telecomunicações vem sendo radicalizado” (ALENCASTRO E SILVA, José Antônio. *Prefácio*, p. 4. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 4-7).

³²O Brasil ocupava, no início de 1992, o 42º lugar em densidade telefônica, com 6,56 linhas por 100 habitantes, abaixo da média mundial de então de 9,77 linhas por 100 habitantes e da média latino-americana de 7,31 linhas por grupo de 100 habitantes. Cf. SIQUEIRA, Ethevaldo. *Brasil, décimo na América Latina*, p.26. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 24-29. O autor utilizou como fontes estatísticas a UIT – União Internacional de Telecomunicações (*Blue Book*), o *Anuário International Telecom Statistics 1992* da Siemens, um levantamento internacional elaborado pela Revista Nacional de Telecomunicações (RNT) e pela *Telepress Lationamericana* de 1993.

³³Atacava-se o controle estatal comum à primeira metade da década de 1990 evidenciada na “tutela primária da restrição de meios. É absurdo que empresas do porte de uma Telesp ou de uma Telepar tenham que ser submetidas a regrinhas até para a admissão de engenheiros, cabistas, técnicos ou telefonistas” (SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 174).

³⁴Texto integral do *Memorandum of understanding relating to the restructuring of the brazilian telecommunications sector* em: VIANNA, Gaspar. **Privatização das telecomunicações**. 3ªed., Rio de Janeiro: Notrya, 1993, p. 271-274.

então Ministério da Infra-Estrutura, publicou minuta da *Norma Específica de Telecomunicações – NET*, finalmente aprovada pela Portaria 31, de 25/02/1991, voltada a disciplinar a forma de *permissão* da prestação do Serviço Móvel Celular pela iniciativa privada na segunda rodada de licitações dirigidas para as cidades de São Paulo, região de Campinas, Belo Horizonte, Salvador, Recife e Fortaleza, indicando a atuação destas permissionárias em subfaixa de frequência³⁵ não-coincidente³⁶ a da prestadora de *Serviço Público de Telecomunicações*. Este esforço privatizante, entretanto, foi obstruído por ações judiciais apoiadas na proibição constitucional de prestação de serviços públicos de telecomunicações por empresas que não fossem de maioria acionária estatal.³⁷ Somente em janeiro de 1993, foi definido o vencedor (*Nec*) da concorrência para o fornecimento de equipamentos do serviço móvel celular para a TELESP. Em razão de recursos administrativos, a operação seria protelada para alguns meses mais tarde. Isso não impediu a expansão do serviço móvel celular pelo interior de São Paulo e por outras regiões do país. Em 1994, o serviço móvel celular abrangia várias regiões.³⁸

Já em meados de 1990, com o intuito de dinamizar a prestação de serviços de telecomunicações, que encontravam obstáculos de investimentos privados a partir do texto constitucional³⁹, a equipe chefiada pelo então Ministro das Comunicações⁴⁰, propôs a prestação dos serviços de telecomunicações não mais centrada na figura do *Estado-prestador*, mas remetida ao potencial de investimentos privados, que deveriam ser *canalizados* por padrões de *qualidade e universalização* das telecomunicações, cuja demanda reprimida via-se bem caracterizada nos antigos *planos de expansão*. Os desejosos da privatização do conhecido *Sistema Telebrás* encontraram obstáculos de natureza jurídica, cujas limitações pretenderam extirpar mediante dispositivos normativos introduzidos na ordem jurídica brasileira⁴¹, seguindo-se cartilha

³⁵A definição das Subfaixas “A” e “B” vinha definido na Norma 004/88 (*Regulamento do Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Restrito Celular/Serviço Móvel Celular*) aprovada pela Portaria nº6, de 16/01/1989, do Ministério das Comunicações.

³⁶Norma Específica de Telecomunicações (NET), veiculada pela Portaria nº 31, de 25/02/1991: “Edital de Habilitação para a Exploração do Serviço Móvel Celular (...) 3.6 Dados do edital. 3.6.1 Dados obrigatórios. O Edital deve conter, entre outros, os dados a seguir indicados: b) a faixa de frequências para utilização na respectiva área, que será, entre as duas disponíveis na faixa de 800MHz, aquela não destinada à empresa prestadora de Serviço Público de Telecomunicações;”

³⁷“Na prática, até o início de 1993, só os serviços celulares de faixa A estavam sendo implantados. E todas as tentativas para exploração da faixa B (...) haviam sido impedidas judicialmente por iniciativa de grupos de interesse político-sindicais, com base no inciso XI do artigo 21 da Constituição da 1988” (REGO, Luiz Carlos Moraes. *As licções da liberalização*, p.51. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 48-53). “Medidas judiciais anularam a desregulamentação dos serviços de telefonia celular” (PADILHA, Marcos Lopes. **Análise setorial: telefonia fixa em perspectiva**. Vol.I, São Paulo: Gazeta Mercantil, 2001, p. 23).

³⁸Cf.PADILHA, Marcos Lopes. **Análise setorial: telefonia móvel**. Vol.I, São Paulo: Gazeta Mercantil, 2000, p. 9.

³⁹“Consultados pelas grandes corporações internacionais, os advogados que, no Brasil, a elas prestam assessoria jurídica especializada, têm sido unânimes [em 1993], em seus pareceres técnicos, em desaconselhar qualquer investimento substancial nas telecomunicações brasileiras, até que, verdadeiramente, haja uma mudança na Constituição Federal e naquelas duas leis [Lei do Programa de Privatização e de Política de Exploração das telecomunicações públicas]” (VIANNA, Gaspar. **Privatização das telecomunicações**. 3ªed., Rio de Janeiro: Notrya, 1993, p. 261).

⁴⁰Cf.PRATA, José; BEIRÃO, Nirlando; TOMIOKA, Teiji. **Sergio Motta: os bastidores da política e das telecomunicações no governo FHC**. São Paulo: Geração editorial, 1999, p. 323-408.

⁴¹Dentre as inovações normativas mais relevantes, estão: a Lei 8.977, de 06/01/1995, que disciplinou o serviço de TV a Cabo e sua outorga; a Emenda Constitucional n.º 8, de 15/08/1995, que possibilitou a prestação de serviços de telecomunicações mediante autorização ou permissão e retirou a exigência de que somente fossem transferidos às empresas sob controle acionário estatal; o Regulamento de Outorga

internacional para dinamização setorial⁴². Munida desta nova perspectiva de prestação de serviços públicos, a base aliada do Executivo no Congresso Nacional deu prosseguimento às transformações normativas referentes aos serviços de telecomunicações, iniciadas pela retirada do óbice constitucional à flexibilização dos serviços de telecomunicações, que vinham qualificados pela Constituição Federal de 1988 como serviços *públicos*, tendo adquirido nova feição com a Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995.

Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 15/08/95

Art.21. Compete à União:

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

Buscaram a adaptação da legislação às demandas de *globalização* do sistema de telecomunicações, de certa forma impostas por políticas de empréstimos internacionais⁴³, e voltadas à mudança do papel do Estado na economia, mediante o

de Concessão ou Permissão para Exploração de Serviços de Telecomunicações em Base Comercial minutado pela Portaria 223, de 1º/09/1995 e aprovado pelo Decreto 1.719, de 28/11/1995; a Lei 8.987/95, que deu novo tratamento aos institutos da concessão e permissão de serviços públicos conforme art.175 da Constituição Federal de 1988; a Lei 9.074/95, que estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões, possibilitando também a transferência da prestação de serviços públicos mediante privatização (as duas últimas expressamente afastadas pela Lei 9.472/97, mas que servem para revelar a direção do esforço histórico do Executivo); a Lei 9.295/96, conhecida como Lei Mínima, que basicamente veio solucionar, a título provisório, a abertura da telefonia móvel celular ao capital privado; a Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que revogou a quase totalidade do antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), excepcionando as disposições relativas à radiodifusão e as referentes à matéria penal. A tudo isto, soma-se um conjunto gigantesco de Portarias do Ministério das Comunicações e Resoluções posteriores da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que disciplinam a prestação dos serviços de telecomunicações em específico, existindo a proposta de que tal regulamentação seja substituída por disposições que tratem do *meio de transmissão* em detrimento do *tipo de serviço prestado*.

⁴²O texto significativo a respeito é intitulado *The Blue Book* e é resultado de um esforço conjunto do *Telecommunication Development Bureau (BDT)* integrante da União Internacional de Telecomunicações (UIT) em colaboração com a Comissão Interamericana de Telecomunicações (CITEL) integrante da Organização dos Estados Americanos (OEA). O *livro azul* busca sintetizar recomendações oriundas de encontros internacionais para potencializar o desenvolvimento do setor de telecomunicações. O trecho a seguir transcrito é significativo quando aplicado ao sistema introduzido no Brasil: “*The telecommunication legislation should also set forth the basic policies and requirements that will apply to the services, facilities and operators within its scope. Typically, these provisions might include: public or social obligations that the dominant operator in the public telecommunication network generally has to meet, such as the duty to offer service on a non-discriminatory basis, to provide universal service, to make emergency and disaster relief services available, or to meet predefined quality or reliability requirements*” (ITU & CITEL. **Telecommunications for the Americas: the Blue Book**. Genebra, 2000, p. 9).

⁴³Esclarecedora a posição exarada pelo Banco Mundial na *Americas Telecom 2000*, realizada entre 10 e 15 de abril de 2000, no Rio de Janeiro, quando seu representante, Carlos Braga, foi questionado pelo Governo de Porto Rico sobre a ausência de linhas de crédito para empresas estatais prestadoras de serviços de telecomunicações. A resposta transmitiu decisão do Banco Mundial em somente fomentar o desenvolvimento de empresas privadas de telecomunicações em mercados livres, pois partiu do

conceito do *Estado Regulador* em detrimento do *Estado Prestador*. Evidenciou-se a transformação da política estatal, abandonando a idéia de regulação operacional centralizada em nome de uma regulação operacional descentralizada. Esta mudança de perspectiva da função estatal foi acompanhada do fortalecimento da *regulação normativa* refletida na criação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

As modificações normativas descritas acima, acompanhadas das desestatizações, permitiram um salto expressivo dos investimentos privados no setor com a convergência do interesse internacional⁴⁴ para a demanda reprimida brasileira de serviços de telecomunicações.

Após a abertura feita pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/1995, o Poder Executivo federal tentou regulamentar diretamente por Decreto o que chamou de *exploração de serviços de telecomunicações em base comercial*. O Decreto 1.719, de 28/11/1995, aprovou o *Regulamento de Outorga de Concessão ou Permissão para Exploração de Serviços de Telecomunicações em Base Comercial*. Com base nele, o Ministro das Comunicações aprovou a Portaria nº 327⁴⁵, de 19/12/1995, que submetia à *consulta pública prévia as características técnicas básicas* exigidas para a *autorização de meios de prestação de serviços de telecomunicações via satélite geostacionário*. Também fundada no Decreto 1.719/95, a Portaria nº 48, do Secretário de Serviços de Comunicações do Ministério das Comunicações, submetia à consulta pública prévia a proposta de ato normativo sobre *critérios e procedimentos contábeis para a prestação de Serviço Móvel Celular*. O Decreto 1.719/95 pretendia regulamentar a transferência da prestação de serviços públicos de telecomunicações para particulares conforme autorizado pela EC8/95, mas foi acusado de inconstitucionalidade, já que a Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/95) e a Lei 9.074/95, não se aplicavam ao setor de telecomunicações⁴⁶. Como o art. 21, XI da Constituição Federal de 1988 exigia a disciplina por lei do regime de autorização, concessão ou permissão inseridos pela EC8/95, o Supremo Tribunal Federal

pressuposto de que a concentração do serviço de telecomunicações nas mãos do Estado não satisfaria as exigências de tecnologia e dinamização em um mundo globalizado.

⁴⁴Tal convergência do interesse internacional ficou evidente na maciça presença das multinacionais na privatização do Sistema Telebrás e dos ágios pagos. Para a telefonia fixa, a Tele Centro-Sul obteve ágio de 6,15%, vendida por R\$2,07bilhões para Telecom Itália e Opportunity enquanto a Telesp sofreu ágio de 64,29%, vendida por R\$5,783bilhões para Telefônica, RBS Iberdrola, Portugal Telecom e BBV. No campo da telefonia celular, a Tele Leste Celular obteve ágio de 242,40% com preço de R\$428milhões, a Tele Sudeste Celular, de 138,59%, vendida por R\$1,36bilhão, a Tele Centro-Oeste Celular, um ágio de 91,36%, vendida por R\$440milhões, a Telesp Celular, um ágio de 226,18%, vendida por R\$3,588bilhões, a Tele Nordeste Celular, de 193,33%, vendida por R\$660milhões, a Telemig Celular, de 228,69%, vendida por R\$756milhões e a Tele Celular Sul, um ágio de 204,34%, vendida por R\$700milhões. (Fonte: Gazeta Mercantil de 30/07/1998: Encarte especial d ‘O leilão da Telebrás’, p. 1).

⁴⁵Portaria 327, de 19/12/1995, publicada no DOU de 21/12/1995, p. 21801/21802.

⁴⁶A Medida Provisória nº 890, de 13/02/1995, definia, em seu art. 1º, quais *atividades econômicas* estariam sujeitas aos regimes de concessão e permissão previstos na Lei 8.987, também de 13 de fevereiro de 1995, gerando, com isso, a interdependência entre os dois instrumentos normativos. O inciso III do art. 1º da MP nº 890/95 previa expressamente a aplicação dos dispositivos da Lei 8.987/95 às telecomunicações. Antes da promulgação da EC8/95, dita medida provisória foi analisada pelo Congresso Nacional, que considerou inconstitucional a inclusão das telecomunicações no rol comum de serviços públicos passíveis de concessão ou permissão da Lei 8.987/95. Como já estava em discussão a EC8/95, uma negociação entre Executivo e Legislativo resultou no compromisso de veto do inciso III do art. 1º da Lei 9.074, de 07/07/1995, que resultou da conversão da última reedição da MP 890, numerada como MP 1.017, de 08/06/1995. Desta forma, as duas leis – Lei 8.987/95 e Lei 9.074/95 – tornaram-se inaplicáveis aos serviços de telecomunicações.

suspendeu liminarmente a vigência do Decreto 1.719/95, em 27 de novembro de 1996 (ADIn 1.435/DF)⁴⁷, sob a alegação de que ele desrespeitara a reserva legal imposta pelo texto constitucional.

O julgamento do Supremo Tribunal Federal ocorreu quando já em vigor a chamada Lei Mínima (Lei 9.295, de 19/07/1996), que serviu como disciplina legislativa inicial dos serviços de telecomunicações tidos por mais urgentes e de alta atratividade econômica: subfaixa “B” do serviço móvel celular; serviços via satélite; serviços de *trunking*; serviços de *paging*; e, regulação da utilização de rede pública de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado. Quando da aprovação do Decreto 1.719/95, não havia sido editada a Lei Mínima, que supria, em parte, a exigência de disciplina legal do art. 21, XI da Constituição Federal de 1988. Cogitou-se, no julgamento, na perda de objeto da ação direta de inconstitucionalidade movida contra o Decreto 1.179/95, alegando-se a sua revogação pela Lei 9.295/96, mas prevaleceu afinal a decisão de suspensão liminar de vigência do Decreto questionado. Poucos dias após a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Decreto 1.719/95 foi revogado.⁴⁸

Nos dois meses finais de 1996, já sob o manto da Lei 9.295/96, foi regulamentado o Serviço Móvel Celular pelo Decreto 2.056, de 04/11/1996, e alteradas as regras de privatização do serviço celular pela Medida Provisória nº 1.531. O território brasileiro foi dividido, pelo Governo, em 10 áreas de concessão para as operadoras da Banda “B”, cuja licitação ocorreu em 4 de junho de 1997, mas que somente foi fechado, em razão de discussões jurídicas e dificuldades de se encontrarem interessados para certas regiões, em 19 de outubro de 1998, quando o consórcio formado pela Tele Centro Oeste da Banda A de telefonia móvel celular e a Inepar arremataram a concessão da área 8 da Banda B de telefonia móvel celular.

Para o processo de desestatização, a União federal já contava com o funcionamento do *órgão regulador* previsto pela EC8/95 para o setor. Isto possibilitou a prévia estruturação estratégica do Estado para o enfrentamento das novas condições de regulação normativa centralizada, que foram impostas no modelo de prestação de serviços públicos e privados de telecomunicações por intermédio de particulares.

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL foi criada pela *Lei Geral de Telecomunicações – LGT* (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997) como *autoridade independente* (art.9º), assumindo a forma jurídica de entidade integrante da Administração Indireta da União, espécie de autarquia, sob supervisão do Ministério das Comunicações, e com características de ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo de seus dirigentes e autonomia financeira (art.8º, §2º). Em outubro do mesmo ano, o Presidente da República aprovou, por meio do Decreto 2.338, de 7 de outubro de 1997, o *Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações*, que viabilizou a instalação efetiva da ANATEL, cujo início de funcionamento aguardou até novembro do mesmo ano pelas nomeações e

⁴⁷Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.435-8/DF, relatada pelo Min. Francisco Resek e requerida pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Sessão plenária, de 27 de novembro de 1996, por maioria, vencidos os Ministros Francisco Resek (relator), Maurício Corrêa e Néri da Silveira, decidiu pela declaração de suspensão liminar de vigência do Decreto 1.719/95. Ementário de Jurisprudência do STF nº 1957-1, p. 40-60, DJ 06.08.1999.

⁴⁸Decreto 2.087, de 4 de dezembro de 1996. Publicado no DOU de 05/12/1996, p. 25.847.

preenchimento de 4 dos 5 cargos do Conselho Diretor.⁴⁹ Somente em janeiro de 1999, o último cargo vago foi preenchido.⁵⁰

Coube à ANATEL, por expressa disposição legal (art.97 da LGT), manifestar-se previamente à *cisão, fusão, transformação, incorporação, redução do capital* ou *transferência de controle acionário* das empresas concessionárias de serviços públicos de telecomunicações. A par disto, também foi estabelecido pela Lei Geral de Telecomunicações⁵¹ a competência da ANATEL para *aprovar editais de licitação, homologar adjudicações e decidir sobre a prorrogação, transferência, intervenção e extinção* das outorgas voltadas à prestação de serviços de telecomunicações no regime público. Os dispositivos citados exigiram a presença da ANATEL, mediante sua necessária manifestação sobre a transferência do controle societário das empresas federais de telecomunicações, que se deu pelos Atos 672 a 683 da ANATEL, de 3 de agosto de 1998.

Divisão constitucional de titularidade de atividades em geral

A discussão jurídica surgida quando da alteração do art.21, XI e XII da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n.8/95 centrou-se sobre o *regime jurídico* de prestação dos serviços de telecomunicações. Tais serviços estariam submetidos, por inteiro, ao regime público? Estariam submetidos, por inteiro, ao regime privado? Ou, estariam submetidos a um duplo regime público e privado?

Para compreensão destas indagações, dois conceitos devem ser esclarecidos: regime jurídico; e titularidade constitucional das atividades econômicas em sentido amplo.

Regime é o sistema de uma disciplina jurídica. Assim, é o conjunto de regras jurídicas integradas para consecução de uma finalidade comum. Quando esta finalidade é de *interesse público* em meio a uma *relação vertical*⁵² caracterizada pela manifestação de *poder extroverso*⁵³ estatal, chama-se dito sistema de *regime público*.

⁴⁹O primeiro Presidente do Conselho Diretor da ANATEL (Renato Navarro Guerreiro), com mandato inicial de 3 anos, foi nomeado pelo Decreto sem número de 4 de novembro de 1997, publicado no DOU de 5/11/1997, empossado no dia da publicação pelo Ministro das Comunicações, Sérgio Motta. Seguindo a ordem do art.25 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) de não-coincidência de mandatos, os outros 3 conselheiros nomeados nesta data tiveram mandatos de durações distintas: Luiz Francisco Tenório Perrone (mandato de 4 anos); José Leite Pereira Filho (mandato de 5 anos); Antônio Carlos Valente da Silva (mandato de 7 anos), todos também nomeados por Decretos do mesmo dia 4/11/1997 e empossados no dia 05/11/1997.

⁵⁰O Decreto sem número de 7 de janeiro de 1999 nomeou o último conselheiro (Luiz Tito Cerasoli), fixando para 04/11/2003 o término do mandato correspondente. O termo de posse foi assinado pelo Ministro das Comunicações João Pimenta da Veiga Filho, em 10 de janeiro de 1999.

⁵¹Art. 22, V da Lei Geral de Telecomunicações, reproduzido no art. 35, VI do Regulamento da ANATEL aprovado pelo Decreto 2.338, de 07/10/1997.

⁵²Diz-se da relação em que o Estado detém uma posição privilegiada, gerando efeitos de subordinação. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p.68.

⁵³Poder extroverso é a possibilidade de imposição de deveres ao outro sujeito da relação jurídica sem sua concordância. Decorre do poder público, da prevalência do interesse público e da possibilidade do uso da força física e sua exclusividade pelo Estado. Trata-se da manifestação do poder político assim entendido quando um centro de imputação normativa interfere unilateralmente na esfera jurídica de outrem. Poder extroverso é, portanto, a possibilidade de obrigar unilateralmente a terceiros. Opõe-se, portanto, ao chamado *poder interno*, que é o poder próprio das relações privadas consubstanciado na possibilidade do sujeito de direitos contranger sua própria esfera jurídica.

Um dos elementos fundamentais para determinação do regime a ser aplicação a uma relação jurídica qualquer é a natureza da atividade em jogo. Se a atividade for considerada *exclusiva* do Estado, ou mesmo *privativa* do Estado, automaticamente, o regime jurídico aplicável será o público, em maior ou menor extensão conforme o caso. Se a atividade for considerada um *serviço social*, o regime variará conforme a pessoa prestadora. Finalmente, se a atividade estiver caracterizada como *atividade econômica*, o regime a ela aplicável será o privado.

Embora a distinção acima apresentada seja relativamente clara, a definição da natureza das atividades não o é. O índice mais seguro para se estabelecer a distinção provém do texto constitucional. É dele que se extrai a titularidade das atividades em geral.

Há atividades que são atribuídas ao Estado de forma *exclusiva*, tais como as atividades de trato soberano (jurisdição, poder de polícia, tributação, dentre outros). São titularizadas pelo Estado e são impassíveis de transferência para os particulares.

Próximas às atividades *exclusivas* estão as atividades *privativas* do Estado. Elas são titularizadas pelo Estado mas a própria constituição permite a transferência de sua prestação ao particular. Como somente a prestação de ditas atividades pode ser transferida aos particulares por intermédio de contratos administrativos de concessão ou de permissão (art.175 da CF/88), o Estado continua responsável subsidiariamente por sua prestação.

Dentre as atividades *privativas*, está a parcela dos *serviços de telecomunicações* compreendidos como *essenciais* à sociedade. Também se enquadram nesta categoria alguns serviços pertinentes aos setores de energia elétrica, mineração, transportes, dentre outros.

Há uma categoria especial de serviços, que são titularizados integralmente tanto pelo Estado como pelos particulares, como os serviços de saúde e de educação. Quando prestados pelo Estado diretamente, ou por intermédio de terceiros, submetem-se a regime público. Se, entretanto, forem prestados por conta e risco dos particulares, submetem-se a regime privado.

Finalmente, o campo das *atividades econômicas* é residual. Enquadram-se nesta categoria todas as atividades não expressamente definidas como atividades *exclusivas*, *privativas* ou *sociais* pela Constituição Federal de 1988.

O conceito de serviço público surge então como um elemento aglutinador das atividades titularizadas pelo Estado, e, por consequência, tidas como *essenciais* à sociedade.

Tradicionalmente, os serviços de telecomunicações, no Brasil, foram considerados *serviços públicos* e, portanto, submetidos, via de regra, a regime especial administrativo (regime público). Com a modificação implementada pela Emenda Constitucional n.8, de 1995, o tratamento dos serviços de telecomunicações exprimiu claramente uma cisão do setor em atividades submetidas a regime público e atividades submetidas a regime privado, pois a emenda constitucional introduziu a competência da União para *autorização* do serviço de telecomunicação. Ao lado, portanto, dos contratos administrativos de concessão e de permissão de serviços públicos de telecomunicações, surgiu a possibilidade de mera liberação de amarras administrativas ao exercício da atividade econômica de telecomunicações. É nesta novidade constitucional que se apoia todo o sistema brasileiro atual de regulação de telecomunicações.

Especificadas as características constitucionais básicas úteis à qualificação dos serviços de telecomunicações, a seguir serão tratados temas constitucionais de interesse do setor.

TÓPICOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES ÀS TELECOMUNICAÇÕES

A disciplina jurídica das telecomunicações apresenta várias faces, muitas delas enunciadas diretamente no texto constitucional. A seguir, serão tratados algumas destas matérias constitucionais pertinentes às telecomunicações.

Sigilo de comunicações

O direito ao *sigilo* situa-se dentre os *direitos fundamentais*. Como elementos centrais para compreensão do sigilo, estão os conceitos de *vida privada* e *intimidade*.

A *vida privada* é definida em oposição à *vida pública*; à vida de conhecimento do público; à vida impassível de encobrimento; à vida composta de acontecimentos de natureza não reservada e, portanto, dentro do alcance da coletividade. A *vida privada* ainda detém relação com a *vida social*, mas se apresenta como *vida social de acesso restrito* ao grupo social que dela fazem parte (família, no espaço da residência; colegas de trabalho, no espaço de trabalho; alunos, no espaço de aprendizado). O direito à vida privada protege a pessoa da exposição de informações compartilhados por um grupo social em que esteja inserida. O grupo social correspondente terá acesso a tais informações em decorrência do inevitável convívio, mas não terá o direito de divulgá-las para além daquela esfera privada de conhecimento. O *direito à intimidade*, por sua vez, é um espaço ainda mais estreito dentro da vida privada: é “o direito que permite subtrair-se a personalidade de alguém, de maneira física ou psíquica, da exposição em relação à esfera da vida pública e à esfera da vida privada, compreendidas estas como sendo a vida social de conhecimento notório de todos e a vida social de acesso restrito a um determinado grupo, respectivamente”⁵⁴. O conceito de intimidade garante, portanto, uma esfera de participação de pessoas nas quais o titular do direito deposita *confiança* em conversações íntimas. É nesta esfera que se produzem as questões mais sensíveis sobre o sigilo (correspondência, comunicação reservada, dados reservados). Embora a doutrina alemã faça ainda uma subdivisão da intimidade em esfera do *segredo*, tal distinção não foi pleiteada pela Constituição Federal de 1988, que engloba o *segredo da vida privada* na intimidade. Assim, como categorias autônomas de direitos, constam da Constituição Federal de 1988 a *vida privada* e a *intimidade* (art.5º,X)⁵⁵.

Entendidas vida privada e intimidade como direitos fundamentais, quaisquer violações autorizadas pelo ordenamento jurídico em nome de outros bens

⁵⁴VALENTE, Christiano Mendes Wolney. **Sigilo bancário: obtenção de informações pela administração tributária federal**. Monografia de Final de Curso de Especialização em Direito Tributário da AEUDF. Brasília, 2003, p. 51.

⁵⁵“Art.5º (...). X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

constitucionalmente protegidos terão apenas a extensão necessária de fins legítimos de instrução criminal ou proteção de outros direitos fundamentais. Assim, a divulgação dos fatos oriundos da violação terão por destinatários somente os legítimos interessados, como, por exemplo, o juiz, o promotor da causa, os membros da respectiva Comissão Parlamentar de Inquérito ou a Receita Federal.

O sigilo se insere nesta temática de vida privada e intimidade como uma *segunda blindagem*, que dispensa a verificação direta do vazamento de informações propriamente, de conteúdo privado ou íntimo. A proteção contida no art.5º, XII da Constituição Federal de 1988 refere-se à própria conduta de violação de correspondências, de comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, sejam estas atentatórias ou não à vida privada ou à intimidade. Evidentemente, os casos que fogem da dupla proteção dos direitos à vida privada e ao sigilo, por sua raridade, serão desprezados nesta análise.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A previsão da inviolabilidade do sigilo de comunicações telefônicas “salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” gerou intensa discussão no meio jurídico após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Todos os casos de interceptação telefônica levados aos tribunais antes da regulamentação deste art. 5º, XII foram invalidados como prova criminal⁵⁶. Somente em julho de 1996, a Lei 9.296 regulamentou a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, possibilitando a *interceptação telefônica*, por ordem judicial, seguidos certos requisitos⁵⁷. As demais proteções contidas no art.5º, XII – referentes ao sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, e de dados – não tiveram o tratamento rígido destinado às comunicações telefônicas. Tais garantias puderam e podem ser suspensas desde que presentes razões de interesse público (segurança pública, interesse da administração fiscal). A par destas constatações, ainda se implementou na jurisprudência a distinção entre *interceptação telefônica* e *escuta telefônica* ou *gravação clandestina*. A escuta telefônica autorizada por um dos interlocutores não constitui violação do sigilo de comunicações telefônicas, desde que haja razão justificável amparada na legítima defesa⁵⁸. Finalmente, quanto à extensão do significado do sigilo das *comunicações telefônicas* constante do texto constitucional, entende-se que elas abrangem todo *fluxo* de informações caracterizado pela *instantaneidade* e *ausência de vestígios*. Assim,

⁵⁶Supremo Tribunal Federal, HC69912-0/RS, Tribunal Pleno, j.30/06/1993, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

⁵⁷Dentre os requisitos necessários para justificar a interceptação telefônica ou mesmo a interceptação de fluxo de comunicações em sistemas de informática ou telemática, estão: presença de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal dos investigados; inexistência de outro meio de prova cabível; que o fato investigado constitua infração penal punível com pena de reclusão; determinação da interceptação por decisão judicial mediante requisição de autoridade policial ou do representante do Ministério Público.

⁵⁸Supremo Tribunal Federal, HC74.678/SP, 1ª Turma, j.10/06/1997.

alcançam todos os sistemas de tráfego de informações por via telecomunicacional – telefônico, informático ou telemático. Por isso, o acesso a informações de chamadas telefônicas contidas em registros eletrônicos armazenados em prestadoras de serviços de telecomunicações não diz respeito ao *sigilo de comunicações telefônicas*, mas ao *sigilo de dados* do cliente. O princípio constitucional de *reserva de jurisdição* aplica-se expressamente somente às comunicações telefônicas e semelhantes fluxos de informática e telemática. Somente o juiz pode determinar sua violação. Já, os dados armazenados dizem respeito ao sigilo de dados, que não sofre tal reserva. Uma Comissão Parlamentar de Inquérito, por exemplo, pode adentrar justificadamente o sigilo fiscal, bancário ou de dados telefônicos de um investigado. Não pode, entretanto, decretar a suspensão do sigilo de comunicações telefônicas por se tratar de prerrogativa do Poder Judiciário. A matéria do sigilo ainda é polêmica, existindo quem diga que a referência do art.5º, XII ao sigilo *de dados* seria destinada a proteger em absoluto a *comunicação* de dados.⁵⁹ Este posicionamento parece estar fadado a ser superado em virtude dos avanços tecnológicos, que impõem a interpretação do art.5º, XII, no mínimo facultando-se a suspensão, por decisão judicial, da comunicação telefônica digitalizada em protocolos de internet.⁶⁰

Imunidade setorial

Outro tema de interesse para o setor de telecomunicações e de foro constitucional foi objeto da discussão sobre a imunidade tributária do setor prevista no art.155, §3º, da Constituição Federal. As modificações sofridas por esse parágrafo evidenciam a dimensão dos interesses em jogo. A redação original do §3º do art.155 previa a não-incidência de outros tributos que não fossem os impostos de importação, exportação e o ICMS⁶¹ sobre “operações relativas a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais”.

Em 17 de março de 1993, foi aprovada a Emenda Constitucional n.3, que, dentre outras modificações, acrescentou ao §3º, do art.155, o termo “*serviços de telecomunicações*” como beneficiários da imunidade ali prevista.

Em 11 de dezembro de 2001, nova Emenda Constitucional de n. 33 modificou o texto daquele mesmo parágrafo para substituir a proibição de instituição de outros “tributos” por “impostos”.

Abaixo são transcritos os três momentos descritos:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (redação original)

Art.155. (...)

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso I, b, do "caput" deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo incidirá sobre operações relativas a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais do País.

EMENDA CONSTITUCIONAL N.3, de 17/03/1993

⁵⁹Considerando o sigilo de dados como sigilo de comunicações de dados imune a suspensão por decisão judicial, vide: voto do Min. Nelson Jobim (STF, RE 219.780/PE, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10.09.99, p.23). Considerando o sigilo de dados como passível de suspensão unicamente por decisão judicial, vide: voto do Min. Marco Aurélio de Mello (STF, Pet577QO/DF, DJ de 23.04.93).

⁶⁰Vide: voto do Min. Néri da Silveira, ADIMC n.1488/DF.

⁶¹Trata-se de imposto estadual intitulado imposto sobre operações de relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art.155. (...)

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II, do "caput" deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

EMENDA CONSTITUCIONAL N.33, de 11/12/2001**Art.155. (...)**

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

O esforço político de introdução das telecomunicações no art.155, §3º justificou-se, em termo jurídicos, pelo afastamento da incidência de *contribuições* sobre o faturamento, folha de salários, dentre outros símbolos econômicos das operadoras do setor. Os argumentos das operadoras de telecomunicações centrou-se na qualificação das *contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico* como tributos, como indica o art.149 da CF/88. Por outro lado, os argumento do Governo Federal para permanência da cobrança do PIS, COFINS, contribuições do sistema "S", entre outros, das operadoras de telecomunicações resumiam-se a três: **a)** não caberia às operadoras afastarem-se do dever de contribuir com contribuições sociais porque distribuídas solidariamente por toda a sociedade para manutenção da seguridade social; **b)** a proibição do art. 155, §3º seria para *operações* de mineração, energia elétrica, telecomunicações ou referentes a combustíveis líquidos e gasosos. Não se dirigiria, portanto, para outras hipóteses de incidência, tais como o faturamento da empresa ou a folha de salário de seus empregados; **c)** a finalidade do art. 155, §3º da Constituição Federal de 1988 seria unicamente a de se evitarem *empréstimos compulsórios* sobre atividades que onerassem a cadeia produtiva do país como evidenciou a expressa exceção prevista no art. 34, §12 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.⁶²

A batalha judicial foi vencida pelo Governo, que manteve a imunidade dos setores de telecomunicações, energia, minerais e combustíveis apenas às *operações*, resguardando as contribuições sociais destinadas à manutenção da seguridade social e demais impostos não-incidentes sobre ditas operações. A questão foi definitivamente ganha quando a Emenda Constitucional n.33/2001 alterou o art.155,§3º da CF/88 substituindo a proibição de "tributos" pela proibição de novos "impostos" sobre serviços de telecomunicações.

Repasse econômico de contribuições sociais

O sucesso do contrato firmado entre a Agência Nacional de Telecomunicações e as concessionárias de serviços de telecomunicações depende da preservação de uma das únicas cláusulas propriamente contratuais do *contrato de concessão*: o equilíbrio econômico-financeiro. Como índice sempre presente nas discussões envolvendo este aspecto da relação jurídica ANATEL-Concessionária,

⁶²O art.34, §12 do ADCT da Constituição Federal de 1988 prevê a manutenção do *empréstimo compulsório* incidente sobre o consumo de combustíveis em favor das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás) como exceção provisória à proibição do art.155, §3º de tributação das operações de energia elétrica além dos impostos de importação, exportação e do ICMS.

tem-se a fixação da *tarifa* do serviço. Ela é o preço máximo fixado pelo poder público como contraprestação aos serviços de telecomunicações prestados pelas empresas concessionárias do setor. Até aqui, tudo está claro. O problema surge quando se agregam a esses itens, complicadores.

As normas legais e contratuais que procuram manter o equilíbrio econômico-financeiro em razão de alterações do contexto da prestação de serviços de telecomunicações acabam introduzindo ditos complicadores. A cláusula 1.2 do Plano Básico do Serviço Local do Modelo de Contrato de Concessão do STFC Local é polêmica. Ela dita, *in verbis*: “As tarifas apresentadas são máximas, líquidas de impostos e contribuições sociais”. Daqui poder-se-iam retirar duas hipóteses: a) seriam líquidas, pois os gastos das empresas com os impostos e contribuições sobre elas incidentes não estariam cobertos pela tarifa, autorizando, assim, o acréscimo de impostos e contribuições ao valor tarifário; b) seriam líquidas, pois o cálculo das tarifas já teria integralizado as deduções devidas a gastos com impostos e contribuições incidentes sobre a empresa, e, portanto, impossibilitando seu acréscimo ao valor tarifário.

A questão aparentemente complexa fica mais clara a partir de um pressuposto: o de que a fixação do sujeito passivo da obrigação tributária – do contribuinte – não pode ser influenciada por cláusulas de índole contratual administrativa. Tais cláusulas não detêm status normativo para alterar o contribuinte de uma relação tributária. Ao contrário, é a natureza do tributo que define o contribuinte. Se o tributo vem especificado na legislação com o formato de um tributo dito *direto*, decorre daí a proibição da transferência do encargo tributário. Nesse caso, o contribuinte de direito – previsto na norma – será o mesmo do contribuinte de fato – que arca com o pagamento do tributo. Se, por outro lado, o tributo estiver formatado como um tributo *indireto*, isso significa que o ordenamento jurídico permitiu a transferência do encargo tributário para a pessoa seguinte da cadeia produtiva; ele incide sobre uma dualidade de sujeitos; sobre uma operação. Esse é o pressuposto para compreensão da questão da possibilidade ou não de acréscimo à tarifa máxima do valor de contribuições sociais como vem sendo demandado pelas concessionárias de serviços de telecomunicações no Brasil.

A partir dessas constatações de índole tributária, pode-se, desde já concluir que as contribuições sociais, como tributos diretos que são, não permitem sua transferência direta para outros contribuintes, ou seja, não permitem sua transferência para pagamento efetivo pelo usuário do serviço de telecomunicação. Isso não significa, entretanto, que aumentos de contribuições não repercutam no valor da tarifa e é exatamente isto que diversas outras cláusulas contratuais e legais prevêm.⁶³

Assim, como os tributos são custos de tarifação, não podem ser, em regra, somados como agregados diferenciados da tarifa, muito embora eles *servam* para o cálculo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Os tributos diretos não *compõem*, como unidades autônomas, o valor tarifário, mas servem como índices para o seu cálculo. Sendo, assim, também não podem ser acrescidos às tarifas para serem arcados pelos usuários do serviço. Já os tributos indiretos, porque incidentes sobre a operação de prestação de serviços de telecomunicações, são transferidos para o usuário como agregado à tarifa por ele paga.

⁶³Nesse sentido: Lei 8.987/95, art.9º, §3º; Lei 9.472/97, art.108, *caput* e §3º; Cláusula 12.3 do Modelo de Contrato de Concessão do STFC Local.

Fundo Nacional de Telecomunicações

O estudo do destino reservado ao Fundo Nacional de Telecomunicações, criado na década de 1960 para expansão e melhoramento dos serviços de telecomunicações brasileiros é fundamental para compreensão da progressiva desestruturação do antigo Sistema Telebrás.

Este fundo era constituído por sobretarifas instituídas pelo Conselho Nacional de Telecomunicações – CONTEL, criado pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (art.14), limitadas ao prazo de 10 anos a partir do início de sua cobrança e ao montante de 30% das tarifas de quaisquer serviços de telecomunicações, inclusive tráfego mútuo, taxas terminais e taxas de radiodifusão e radioamadorismo, fazendo parte do orçamento de empresa pública federal (art. 42, §5º, *b*), que deveria ser criada pela União para o fim de explorar industrialmente os serviços de telecomunicações (art. 42, *caput*). Esta empresa pública prevista no Código Brasileiro de Telecomunicações foi efetivada em 1965 com o nome de EMBRATEL constante do Regulamento Geral daquele Código aprovado pelo Decreto 52.026, de 20 de maio de 1963.

Ainda em 1963, o Decreto 53.352, de 26 de dezembro daquele ano, regulamentou o *Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT*, determinando que as sobretarifas de telecomunicações seriam definidas, dentro dos limites legais, por portaria do *Conselho Nacional de Telecomunicações – CONTEL*.

A partir de 1966, os usuários dos serviços de telecomunicações passaram a contribuir para o *Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT*, projetando o término de sua cobrança para 1º de maio de 1976.

Em 1972, ao lado da autorização⁶⁴ para constituição, pela Lei 5.792/72, das *Telecomunicações Brasileiras S.A. – TELEBRÁS*, sociedade de economia mista federal voltada a gerir a participação acionária da União nas empresas de telecomunicações do país, o Executivo federal também foi autorizado⁶⁵ a transferir ao patrimônio daquela pessoa jurídica as ações e créditos de todas as empresas federais de serviços públicos de telecomunicações e o próprio *Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT*, que ficaria “à disposição da TELEBRÁS”⁶⁶ para aplicação segundo as diretrizes emanadas do Ministério das Comunicações. A mesma lei facultou⁶⁷ ao Executivo federal transformar a *Empresa Brasileira de Telecomunicações – EMBRATEL* em sociedade de economia mista, fato que se consolidou com o Decreto 70.913, de 2 de agosto de 1972, seguido, no mesmo dia do Decreto 70.914, que instituía a TELEBRÁS também como sociedade de economia mista.

No Governo Geisel, em 1974⁶⁸, foi criado o *Fundo Nacional de Desenvolvimento – FND*, instituído pela Lei 6.093/74, tendo como uma de suas fontes as sobretarifas dos serviços de telecomunicações destinadas ao *Fundo Nacional de*

⁶⁴Art.2º, §3º da Lei 5.792, de 11 de julho de 1972. O Decreto 70.914, de 2 de agosto de 1972 concretizou a criação da TELEBRÁS.

⁶⁵Art.5º, da Lei 5.792, de 11 de julho de 1972.

⁶⁶Art.10, da Lei 5.792, de 11 de julho de 1972.

⁶⁷Art.11, da Lei 5.792, de 11 de julho de 1972.

⁶⁸Neste ano, foi implantado o *Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento* na esteira do modelo de *planos e programas nacionais de desenvolvimento* introduzidos pela Constituição Federal de 1967 (art.46, III), que consistiam no “conjunto de decisões harmônicas destinadas a alcançar, no período fixado, determinado estágio de desenvolvimento econômico e social” (art.2º, da Lei Complementar nº3, de 7 de dezembro de 1967).

Telecomunicações – FNT.⁶⁹ O *Fundo Nacional de Desenvolvimento* de então previa aplicação dos recursos que não fossem repassados aos fundos setoriais em *infra-estrutura*, principalmente de *minas e energia, transportes e comunicações*, demonstrando que o setor não estava completamente desassistido⁷⁰, mas a criação deste *fundão* – como ficou conhecido à época – evidenciou a submissão das estratégias de investimentos do setor de telecomunicações aos reveses políticos. A desvinculação operada entre as *sobretarifas de telecomunicações* e os deveres estatais de melhoramento e expansão dos serviços de integração nacional das redes gerou a inconstitucionalização das cobranças, que somente vieram a sofrer posicionamento definitivo do STF em 1990. A corrosão dos recursos vinculados às telecomunicações era progressiva no tempo, iniciando-se em 1975, com 10%, para, em 1979, estabilizar-se em 50% dos valores das sobretarifas.⁷¹ Para viabilizar a continuidade das entradas no novo fundo recém-criado, foi promulgada a Lei 6.127, de 6 de novembro de 1974, que prorrogou, por prazo indeterminado, o limite de dez anos fixado no art. 51 da Lei 4.117/62 referente ao período máximo de cobrança das sobretarifas de telecomunicações.

No Governo Figueiredo, foi determinado, pelo Decreto-lei 1.754/79, o aumento dos percentuais de transferência do *Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT* para o *Fundo Nacional de Desenvolvimento – FND* fixados em 50%, no ano de 1982, e em 100%, no ano de 1983, bem como houve o endurecimento das regras de movimentação dos fundos nacionais.⁷² A previsão de extinção do *Fundo Nacional de Desenvolvimento – FND* havia sido prenunciada pelo Decreto-lei 1.754/79 para o ano de 1983. A partir de então, a totalidade dos recursos do *Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT* passaria a compor a lei orçamentária como “recursos ordinários do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, fundo ou despesa”⁷³. Ocorreu, todavia, que a extinção deste *Fundão*, como era chamado o

⁶⁹Lei 6.093, de 29 de agosto de 1974: “Art. 2º Integrarão o FND: (...) III – as parcelas do (...) produto da arrecadação das sobretarifas a que se refere a alínea a do art. 51 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.”

⁷⁰A preocupação com o setor estava esboçada na redução de tributos. O Decreto-lei 1.330, de 31 de maio de 1974, três meses antes da criação do Fundo Nacional de Desenvolvimento, reduziu a alíquota do imposto de renda das empresas concessionárias de serviços públicos de telecomunicações. O Decreto-lei 1.331, de mesma data, concedeu isenção do IPI dos produtos empregados no sistema de telefonia adquiridos pela Telebrás e por empresas autorizadas ou concessionárias de serviços de telecomunicações.

⁷¹Lei 6.093, de 29 de agosto de 1974: “Art.3º Dos montantes de cada espécie dos recursos de que trata o item III, do artigo 2º, serão automaticamente transferidos para os respectivos Fundos, como subcontas do FND, consoantes as vinculações legais existentes e sem prejuízo das normas que regem sua administração, os seguintes percentuais: I – em 1975 – 90% (noventa por cento); II – em 1976 – 80% (oitenta por cento); III – em 1977 – 70% (setenta por cento); IV – em 1978 – 80% (oitenta por cento); V – a partir de 1979 – 50% (cinquenta por cento).”

⁷²Decreto-lei 1.174, de 31 de dezembro de 1979: “Art.2º - Do produto da arrecadação a que se referem os itens III e V do artigo 2º da Lei nº 6.093, de 29 de agosto de 1974, serão transferidos à conta do Fundo Nacional de Desenvolvimento, a partir de 1981, os seguintes percentuais: I - em 1981 - 50% (cinquenta por cento); II - a partir de 1982 - 100% (cem por cento); Art.4º - Os orçamentos de todos os fundos de qualquer natureza serão aprovados antes de iniciado o exercício financeiro à que se referirem. (...); ★ estas limitações não se aplicam às receitas previstas nos arts.7 e 8 do DL 1.437, de 17 de dezembro de 1975, e também não se aplicam aos programas especiais dos DLs 1.106, de 16 de junho de 1970, e 1.179, de 6 de julho de 1971★. Art.5º É vedado empenhar, transferir ou levar a crédito de qualquer fundo, recursos orçamentários que não lhe forem especificamente destinados em lei orçamentária, ou em créditos adicionais.”

⁷³Decreto-lei 1.174, de 31 de dezembro de 1979: “Art.7º A partir do exercício financeiro de 1983, inclusive, fica extinto o Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND), e os recursos que o integram

FND, foi adiantada pelo Decreto-lei 1.859/81 para o ano de 1982, o que antecipou a corrosão dos valores totais do *Fundo Nacional de Telecomunicações* prevista apenas para 1983.⁷⁴ Assim, em 1982, o *Fundo Nacional de Telecomunicações* foi extinto mediante seu esvaziamento, muito embora se continuasse a cobrar as sobretarifas de telecomunicações, que, a partir de então, passavam a integrar o Tesouro Nacional.

Em dezembro de 1984, a sobretarifa que recaía até então nos serviços de telecomunicações foi substituída pelo *Imposto sobre Serviços de Comunicações – ISSC* com o advento do Decreto-lei 2.186/84, que revogou expressamente o art.51 da Lei 4.117/62 e a Lei 6.127/74. Estes dispositivos revogados, respectivamente, criavam o *Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT* e prorrogavam por prazo indeterminado a cobrança das sobretarifas de telecomunicações. O novo tributo incidia sobre os *serviços públicos e serviços público-restritos* de telecomunicações, excluindo-se, portanto, dentre outros, os serviços postais, de radiodifusão sonora e de sons e imagens, serviços limitados, serviços de radioamador e serviços especiais. As dificuldades ocasionadas pela ausência da fonte financiadora tradicional do *Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT* passaram a ombrear com o acréscimo daquele imposto de alíquota de 25% sobre o preço do serviço⁷⁵ incidente, no linguajar de direito tributário, *por dentro*, o que projetou a alíquota real para mais de 30%. Justiça seja feita que o Decreto criador do ISSC também salvaguardou a obrigação do Estado de arcar com os encargos financeiros das dívidas da Telebrás contraídas até 1984.⁷⁶

O Sistema Telebrás, em meados da década de 1980, já não detinha mais nenhuma parcela dos recursos antes destinados ao *Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT*.

Basicamente, eram três as posições jurisprudenciais ventiladas no julgamento das *sobretarifas sobre qualquer serviço de telecomunicação*, principais fontes mantenedoras do *Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT*: a) inconstitucionalidade de cobrança das sobretarifas citadas desde sua criação pela Lei 4.117/62; b) constitucionalidade plena; c) inconstitucionalidade a partir da vigência da Lei 6.093/74 até o advento do Decreto-lei 2.186/84, criador do imposto sobre serviços de comunicações.

Toda a polêmica foi reforçada pela sucessão de dispositivos normativos que alteraram a destinação dos recursos do *Fundo Nacional de Telecomunicações –*

continuarão compondo a lei orçamentária como recursos ordinários do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, fundo ou despesa.”

⁷⁴Decreto-lei 1.859, de 17 de fevereiro de 1981: “Art.1º A partir do exercício financeiro de 1982, inclusive, fica extinto o Fundo Nacional de Desenvolvimento – FND, criado pela Lei nº 6.093, de 29 de agosto de 1974, e o produto da arrecadação de que trata o Decreto-lei nº 1.754, de 31 de dezembro de 1979, em seu artigo 2º e item II, passará a compor as leis orçamentárias e constituirá recursos ordinários do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, programa, fundo ou despesa.”

⁷⁵Decreto nº 2.186, de 20 de dezembro de 1984: “Art. 1º O imposto sobre serviços de comunicações tem com fato gerador a prestação de serviços de telecomunicações destinados ao uso do público (art. 6º, letras “a” e “b”, da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962); Art. 2º A alíquota do imposto é de vinte e cinco por cento; Art. 3º Contribuinte do imposto é o prestador do serviço; Art. 4º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço. §1º O preço do serviço será representado pela quantia total paga pelo usuário ao prestador do serviço. §2º O montante do imposto integra a base de cálculo a que se refere este artigo.”

⁷⁶Decreto nº 2.186, de 20 de dezembro de 1984: “Art. 9º O Poder Executivo fará consignar, nas Propostas de Orçamento da União relativas aos exercícios de 1986 a 1989, dotação anual equivalente ao valor dos encargos financeiros dos empréstimos, internos e externos, contraídos até 31 de dezembro de 1984 pela Telecomunicações Brasileiras S/A (TELEBRÁS) e suas controladas, para investimentos destinados à expansão e melhoramento dos serviços de telecomunicações.”

FNT, culminando com a criação do imposto sobre serviços de comunicações, em 1984.

A análise de constitucionalidade das sobretarifas recaiu na determinação de sua natureza jurídica – tributo *versus* tarifa. Se fossem consideradas acréscimos de tarifas para reinvestimento em expansão e melhoramento dos serviços, integrando, portanto, a propriedade do prestador do serviço tarifado, seria constitucional sua criação pelo Conselho Nacional de Telecomunicações. Se, por outro lado, fossem consideradas cobranças compulsórias estatais qualificadas como tributos, a ausência do requisito de definição, por lei, de fato gerador, contribuinte e alíquota, implicaria sua inconstitucionalidade. A par destes dois argumentos de peso, circulava o argumento da mudança de destinação dos recursos das contestadas sobretarifas de serviços de telecomunicações a influenciar sua natureza jurídica.

Para os defensores da inconstitucionalidade plena *ab initio* de cobrança de *sobretarifa sobre qualquer serviço de telecomunicação* da Lei 4.117/62, a mudança de destinação do produto da arrecadação das sobretarifas de telecomunicações não teria alterado sua natureza, pois significaria simples fenômeno financeiro referente ao campo da *despesa pública*. Logo, as sobretarifas, a despeito das mudanças de legislação, permaneceriam as mesmas e se sua instituição carecesse de constitucionalidade, a mudança de destinação dos recursos não poderia saná-la. A Lei 4.117/62, que previu o *Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT*, apenas autorizou a cobrança de *sobretarifas*, remetendo sua criação para ato do *Conselho Nacional de Telecomunicações – CONTEL*, incompetente para criação de tributos. Nessa linha de raciocínio, os defensores da inconstitucionalidade plena das *sobretarifas de telecomunicações* entendiam que elas se apresentavam, embora com roupagem de *preço público*, como tributos, conforme definição do Código Tributário Nacional de 1966. As tarifas teriam destinação constitucional expressa voltada a remunerar as concessionárias de serviços públicos de telecomunicações. Como as *sobretarifas de telecomunicações* não estariam configuradas na legislação para remunerar as concessionárias de serviços públicos (exigência constitucional das tarifas), elas somente poderiam estar inseridas no campo dos tributos.

A tese oposta da constitucionalidade plena das sobretarifas de telecomunicações foi esposada com base em outro embasamento teórico. A diferenciação entre taxa e preço público adviria, para esta corrente, principalmente do caráter compulsório de seu pagamento pela sociedade. A despeito de ser considerado um serviço essencial às funções estatais e, portanto, público, o serviço de telecomunicação tradicionalmente teria sido explorado como monopólio industrial sem a característica básica das taxas, que importam em imposição unilateral de exação. Ninguém estaria obrigado a ter uma linha telefônica. Por isso, as contraprestações ligadas aos serviços de telecomunicações não se poderiam enquadrar como tributos, mas como preços públicos. Tal como na argumentação dos defensores da inconstitucionalidade plena das sobretarifas de telecomunicações, entendia-se que a mudança de destinação dos recursos daí advindos não interferiria na natureza da cobrança, que continuaria a ser preço público. A *sobretarifa de telecomunicação* seria *tarifa adicional*. O art.167 da Emenda Constitucional nº1/69 dispunha sobre o *regime das empresas concessionárias de serviços públicos*, remetendo à lei a disciplina de *tarifas que permitissem a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurassem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato*. Como as *sobretarifas de telecomunicações* estavam destinadas,

expressamente, pela Lei 4.117/62⁷⁷, dentre outras coisas, ao melhoramento e expansão dos serviços, sua cobrança por determinação do Conselho Nacional de Telecomunicações seria constitucional. Sendo o serviço monopolizado, a União poderia cobrar um *preço social*⁷⁸ para sua expansão e melhoramento e, portanto, acima do custo do serviço. Não se estaria também ferindo os direitos dos acionistas privados das empresas estatais do setor de telecomunicações, pois os valores para reinvestimento e, dentre eles, também as sobretarifas, viriam escriturados em rubrica especial na contabilidade das empresas (art.102 da Lei 4.117/62).

Finalmente, havia a posição intermediária⁷⁹, segundo a qual a inconstitucionalidade de cobrança da *sobretarifa das telecomunicações* somente ocorreria após a entrada em vigor da Lei 6.093/74, que criou o *Fundo Nacional de Desenvolvimento – FND*. Segundo esta linha de pensamento, a Lei 6.093/74 teria descaracterizado a natureza e destinação da tarifa, que passara a ser exigida de forma compulsória à semelhança de um imposto. A legalidade da cobrança deste novo tributo somente teria sido alcançada no exercício financeiro seguinte ao da vigência do Decreto-lei 2.186/84, que criou o *Imposto sobre Serviços de Comunicações – ISSC*. Essa interpretação levava à constatação de que somente parcelas das *sobretarifas* questionadas eram inconstitucionais, restringindo-se àquelas que tivessem sido transferidas do *Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT* para o *Fundo Nacional de Desenvolvimento – FND*.

Quando o tema foi levado ao Supremo Tribunal Federal (RE117.315-RS, Tribunal Pleno, julgado em 19.04.1990), os argumentos jurisprudenciais precedentes foram melhor esmiuçados para refletir, basicamente, duas posições: a) inconstitucionalidade plena da sobretarifa, pois constituiria tributo camuflado já que o preço público, para existir, demanda uma correspondência entre o serviço prestado e a cobrança, que deve integrar o patrimônio do prestador; b) constitucionalidade inicial da sobretarifa, como preço público destinado a cobrir a expansão e melhoramento do serviço de integração da rede nacional de telecomunicações como dever estatal fixado no Plano Nacional de Telecomunicações de 1963, mas cuja cobrança tornara-se inconstitucional na medida dos percentuais repassados ao Fundo Nacional de Desenvolvimento e, depois, ao Tesouro Nacional, após o advento da Lei 6.093/74, que adulterou a aplicação dos recursos advindos das sobretarifas de telecomunicações, desviando-as do destino legítimo de melhoramento da rede nacional integrada, que seria de responsabilidade da União. A segunda posição esposada pelo ministro

⁷⁷Lei 4.117/62: “Art.101. Os critérios para determinação da tarifa dos serviços de telecomunicações, excluídas as referentes à Radiodifusão, serão fixados pelo Conselho Nacional de Telecomunicações de modo a permitirem: a) cobertura das despesas de custeio; b) justa remuneração do capital; c) melhoramentos e expansão dos serviços (Constituição, art. 151, parágrafo único). §1º. As tarifas dos serviços internacionais obedecerão aos mesmos princípios deste artigo, observando-se o que estiver ou vier a ser estabelecido em acordos e convenções a que o Brasil esteja obrigado. §2º. Nenhuma tarifa entrará em vigor sem prévia aprovação pelo Conselho Nacional de Telecomunicações.”; “Art.102. A parte da tarifa que se destinar a melhoramentos e expansão dos serviços de telecomunicações, de que trata o art. 101, letra c, será escriturada em rubrica especial na contabilidade da empresa.”

⁷⁸Cf.Voto do Ministro Torreão Braz na Arguição de Inconstitucionalidade no REO nº107.525-0/PB do antigo Tribunal Federal de Recursos transcrito no RE nº117.315-7/RS do Supremo Tribunal Federal de relatoria do Ministro Moreira Alves, julgado em 19.04.1990, no Tribunal Pleno. Ementário do Serviço de Jurisprudência do STF nº1586-3, p. 599.

⁷⁹Cf.Voto do relator, Ministro Pedro Acioli, na Arguição de Inconstitucionalidade no REO nº107.525-0/PB do antigo Tribunal Federal de Recursos transcrito no RE nº117.315-7/RS do Supremo Tribunal Federal de relatoria do Ministro Moreira Alves, julgado em 19.04.1990, no Tribunal Pleno. Ementário do Serviço de Jurisprudência do STF nº1586-3, p. 592.

Sepúlveda Pertence sucumbiu frente à posição majoritária do restante do plenário, que votou nos moldes definidos pelo relator do processo, ministro Moreira Alves.

As discutidas *sobretarifas de telecomunicações* previstas na composição do *Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT* estavam dirigidas, originariamente, pela Lei 4.117/62, à cobertura de melhoramentos e expansão dos serviços de telecomunicações, que viriam determinados no *Plano Nacional de Telecomunicações* a ser elaborado pelo *Conselho Nacional de Telecomunicações – CONTEL*. Esta constatação era reforçada pela previsão constitucional⁸⁰ de que os *lucros* das concessionárias de serviços públicos e, portanto, a margem de tarifa excedente aos custos de prestação (sobretarifa), deveriam atender às necessidades de melhoramentos e expansão dos serviços.

Código Brasileiro de Telecomunicações
(Lei 4.117/62)

Art.42. É o Poder Executivo autorizado a constituir uma entidade autônoma, sob a forma de empresa pública, de cujo capital participem exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, bancos e empresas governamentais, com o fim de explorar industrialmente serviços de telecomunicações postos, nos termos da presente lei, sob o regime de exploração direta da União.

§5º Os recursos da nova entidade serão constituídos:

b) dos recursos do Fundo Nacional de Telecomunicações criado no art. 51 desta lei, cuja aplicação obedecerá ao Plano Nacional de Telecomunicações elaborado pelo Conselho Nacional de Telecomunicações e aprovado por decreto do Presidente da República;

Art.51. É criado o Fundo Nacional de Telecomunicações constituído dos recursos abaixo relacionados, os quais serão arrecadados pelo prazo de 10 (dez) anos ... (vetado) ... para serem aplicados na forma prescrita no Plano Nacional de Telecomunicações, elaborado pelo Conselho Nacional de Telecomunicações e aprovado por decreto do Presidente da República:

a) produto de arrecadação de sobretarifas criadas pelo Conselho Nacional de Telecomunicações sobre qualquer serviço de telecomunicação, ... (vetado) ..., inclusive tráfego mútuo, taxas terminais e taxas de radiodifusão e radioamadorismo, não podendo, porém, a sobretarifa, ir além de 30% (trinta por cento) da tarifa;

Art.101. Os critérios para determinação da tarifa dos serviços de telecomunicações, excluídas as referentes à Radiodifusão, serão fixados pelo Conselho Nacional de Telecomunicações de modo a permitirem:

a) cobertura das despesas de custeio;
b) justa remuneração do capital;
c) melhoramentos e expansão dos serviços (Constituição, art. 151, parágrafo único).

Art.102. A parte da tarifa que se destinar a melhoramentos e expansão dos serviços de telecomunicações, de que trata o art. 101, letra c, será escriturada em rubrica especial na contabilidade da empresa.

O Decreto 53.352, de 26 de dezembro de 1963, que regulamentou o *Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT*, determinou a arrecadação conjunta das sobretarifas pelos estabelecimentos arrecadadores dos serviços de telecomunicações

⁸⁰Constituição Federal de 1946: “Art.151. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único. Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender a necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços (...)”

(art.4º, §1º), bem como a obrigatoriedade de recolhimento das *sobretarifas*, conforme indicado na Lei 4.117/62 (art.51, alínea “a”), pelas concessionárias, autorizatárias e permissionárias de serviços de telecomunicações. As sobretarifas deveriam ser recolhidas diretamente do usuário do serviço de telecomunicações no Banco do Brasil a crédito do Fundo Nacional de Telecomunicações dentro de 20 dias da expedição da conta (art.4º, §3º). Este Fundo seria aplicado pela EMBRATEL, e após 1972, pela TELEBRÁS, da forma prescrita no Plano Nacional de Telecomunicações (art.8º, parágrafo único).

Vê-se que as *sobretarifas de telecomunicações* eram dirigidas ao *Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT*, cuja administração, pautada nas determinações do Ministério das Comunicações, estava à cargo primeiramente da EMBRATEL, seguida da TELEBRÁS, que embora detivesse um domínio quase absoluto das telecomunicações brasileiras, convivia com outras prestadoras menores privadas.

A partir do momento que os serviços de telecomunicações se apresentam como típicos *serviços públicos facultativos*, sua prestação espelha uma contraprestação de preço público. A relação que daí surge é uma *relação de bilateralidade* entre o serviço prestado e a contraprestação que o remunera. A essa bilateralidade agrega-se o aspecto *contratual* dos preços públicos, que os distingue dos tributos, estes típicas cobranças compulsórias estatais.

A posição predominante do plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que quando as sobretarifas de telecomunicações, apesar de inicialmente travestidas de acréscimos às contraprestações pelos serviços de telecomunicações para os fins de sua expansão e melhoramento, não se puderam caracterizar como *propriedade* da concessionária para reaplicação nos serviços, perderam sua característica de preço público, transmutando-se em imposto, que somente poderia ter sido criado por lei definidora dos elementos essenciais à sua cobrança para garantia do contribuinte.

Agregam-se a estes argumentos as disposições constitucionais de 1946⁸¹, 1967⁸² e 1969⁸³ pertinentes às *tarifas* de telecomunicações, que determinavam sua fixação no montante necessário para cobrirem as despesas com melhoramentos e expansão dos serviços. Logo, tais objetivos já estariam supridos com o montante das tarifas, não cabendo acréscimos tarifários aos serviços de telecomunicações para os fins de reinvestimento no setor. As tarifas já corresponderiam às necessidades do prestador do serviço para seu melhoramento e expansão.

A conformação jurídica das *sobretarifas de telecomunicações* aproximava-se tanto de um imposto, que, em 1966, o Decreto 59.698, de 8 de dezembro de 1966, acrescentou os parágrafos 7º e 10 ao art.4º do Decreto 53.352/63. No parágrafo 10, determinou que os serviços prestados ao governo ou a representações diplomáticas e outras entidades governamentais, seriam *isentos* de quaisquer taxas ou *sobretarifas*. A isenção é instituto próprio de tributos.

Foram principalmente estas razões, em conjunto, que fizeram com que a cobrança das tradicionais *sobretarifas de telecomunicações* fossem declaradas

⁸¹CF/46: “Art.151. (...) Parágrafo único. Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender a necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços”.

⁸²CF/67: “Art.160 (...): II – tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato”.

⁸³CF/69: “Art.167 (...): II – tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;”

inconstitucionais pelo STF. Caso elas tivessem sido incorporadas ao patrimônio das prestadoras dos respectivos serviços de telecomunicações tarifados (verdadeiros destinatários dos preços públicos cobradas), mesmo que vinculadas ao fim de reaplicação no melhoramento e expansão dos serviços, não padeceriam da inconstitucionalidade que percorreu toda sua existência.

Isonomia tributária

O art. 150, VI, *a* da Constituição Federal de 1988⁸⁴ dispõe sobre o que se convencionou chamar, na doutrina e na jurisprudência nacionais, de *imunidade recíproca*. Consiste na proibição imposta aos entes federados (União, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios) de instituírem impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros. Tal imunidade alcança também as respectivas descentralizações destes entes: as *autarquias* e as *fundações públicas instituídas e mantidas pelo poder público*.⁸⁵ Uma fundação pública municipal não sofre cobrança, por parte da União, do imposto de renda. Em sentido oposto, uma fundação pública federal não sofre incidência de imposto sobre propriedade territorial urbana sobre seus imóveis.

Antes da desestatização do Sistema Telebrás, discutia-se a extensão deste benefício da *imunidade recíproca* para as empresas estatais prestadoras de serviços de telecomunicações. O argumento utilizado pelos defensores desta posição era de que havia uma condição especial das empresas estatais prestadoras de serviços públicos: sua delegação por lei ao contrário do ocorrido no modelo de contratos administrativos que regem hoje a prestação de serviços públicos de telecomunicações por empresas privadas.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro pronunciou-se sobre o tema na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.1.089-1/DF relatada pelo Min. Francisco Resek, julgada em 04/08/1994. Lá ficou definido que empresas estatais não se beneficiariam da imunidade recíproca.

A desestatização do Sistema Telebrás afastou ainda mais as pretensões das empresas do setor se beneficiarem da imunidade recíproca.

O princípio da isonomia tributária, entretanto, não exige que as empresas prestadoras de serviços públicos tenham mesmo tratamento das prestadoras de serviços privados. Como em telecomunicações convivem os dois sistemas – público e privado –, surge a questão de se saber se outros benefícios de natureza tributária afora a imunidade recíproca podem incidir sobre o setor.

A questão que existe é se há proibição para criação de isenções tributárias (em nível infraconstitucional) dirigidas unicamente às prestadoras de serviços públicos de telecomunicações. O obstáculo apresentado pelo modelo de telecomunicações está na política pública adotada em meados da década de 1990, de promoção da competição no setor. Mas exatamente a preservação da igualdade de condições entre as prestadoras de serviços públicos e privados de telecomunicações justifica o tratamento tributário diferenciado. As concessionárias de serviços públicos

⁸⁴“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;” (Constituição Federal de 1988).

⁸⁵“Art.150 (...). § 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

de telecomunicações ocupam um espaço diferenciado no setor. São destinatárias de deveres de universalização, e, portanto, suportam um ônus não extensível às empresas prestadoras de serviços privados. Este ônus hoje vem compensado pelo ganho de escala das concessionárias, dentre outros fatores de cunho econômico, bem como da previsão de financiamento estatal, por intermédio do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST, dos deveres de universalização do serviço não suportados expressamente nos contratos de concessão do setor. Certamente, o meio mais oneroso para financiamento da universalização. A opção aberta pelo sistema tributário para implementação da universalização de forma menos onerosa para a cadeia produtiva e para a própria carga tributária está na possibilidade de substituição da nova carga tributária (contribuição para o FUST) por isenções das cargas tributárias já incidentes sobre as concessionárias de serviços públicos de telecomunicações. O caminho aberto não foi o escolhido pela política pública em andamento.

REGULAMENTAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL

Telecomunicações e serviços de telecomunicações

Para a compreensão do significado de *serviços de telecomunicações*, tem-se de partir da evolução da disciplina normativa sobre o tema. O primeiro diploma legal codificador das *telecomunicações* no Brasil (Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei 4.117/62) dispunha dos *serviços de telecomunicações* em sentido amplo como *transmissão, emissão ou recepção* de qualquer tipo de significado por processo eletromagnético, divisando entre a transmissão de *escritos*, por meio de um código de sinais (telegrafia) e a transmissão da *palavra falada ou de sons* (telefonía).

Lei 4.117/62, de 27/08/1962

Código Brasileiro de Telecomunicações

Art.4º Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais. Telefonía é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons.

Na regulamentação da Lei 4.117/62, o Decreto 52.026/63 remetia indistintamente aos conceitos de *telecomunicações* e *serviços de telecomunicações*, equiparando os termos e aplicando a definição de *serviços de telecomunicações* dada pelo Código ao conceito de *telecomunicação* como toda *transmissão, emissão ou recepção* de significado por meio eletromagnético.

Decreto 52.026, de 20/05/1963

Regulamento Geral do Código Brasileiro de Telecomunicações

Art.4º. Os serviços de telecomunicações, para os efeitos deste Regulamento Geral, dos Regulamentos Específicos e dos Especiais, compreendendo a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético, assim se classificam: (...)

Art. 6º Para os efeitos deste Regulamento, os termos que figuram a seguir têm os significados definidos após cada um deles:

56 - TELECOMUNICAÇÃO - é toda transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético.

A imprecisão conceitual, que igualava *serviços de telecomunicações e telecomunicações*, foi afastada com a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97). Esta firmou o entendimento de que a disciplina normativa deveria estar centrada nos *serviços de telecomunicações* como o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”⁸⁶, evidenciando a distinção entre os *serviços* e a *telecomunicação* em sim. O *serviço de telecomunicações* é, portanto, algo mais amplo; é a atividade suficiente para o funcionamento das telecomunicações. Tem caráter funcional de conjunto orientado a finalidades. Assim, afigura-se no complexo de atividades orientadas à função de realização das telecomunicações; orientadas à *transmissão, emissão e recepção* de significados por via eletromagnética.

**Lei 9.472, de 16 de julho de 1997
(Lei Geral de Telecomunicações)**

Art.60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Entendido o serviço de telecomunicações como o conjunto de atividades orientado à realização das *telecomunicações*, a perfeita compreensão destas últimas surge como seu requisito conceitual. Enfim, em que consiste a *telecomunicação*?

A definição doutrinária clássica é de que *telecomunicação* é “comunicação à distância, realizada por processo eletromagnético”⁸⁷. Embora aparentemente esclarecedora, ela acaba por simplificar demais a questão. Não se sabe que distância é essa. Além disso, pior do que não se saber que distância é esta, não existe este elemento conceitual na legislação. A *distância* é criação doutrinária decorrente da etimologia de *telecomunicação*. Poder-se-ia argumentar que esta *distância* seria mensurável como aquela necessária a configurar a comunicação, contrapondo-se portanto ao auto-esclarecimento do interlocutor, mas os casos práticos de pessoas que se comunicam de duas salas comerciais vizinhas, cujo espaço entre eles é de poucos metros, evidencia que o termo *distância* não participa da essência da *telecomunicação* moderna, embora seja ínsita à sua história. Nos tempos atuais, a introdução do conceito de *distância* encobre os verdadeiros termos elucidadores da *telecomunicação*: transmissão de significados e eletromagnetismo. A prática e evolução da *telecomunicação* esvaziou o significado da distância inerente à sua

⁸⁶ Art.60, *caput* da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97).

⁸⁷ ESCOBAR, J. C. Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 21.

etimologia. Tanto a distância hoje é irrelevante, sob o ponto de vista jurídico, que há possibilidade de telecomunicação nos limites de uma mesma edificação.⁸⁸

O art. 6º, do Decreto 52.026/63, já transcrito, qualificava a telecomunicação como *transmissão* de símbolos realizada por *processo eletromagnético*. Estes elementos conceituais das telecomunicações foram reproduzidos no art. 60, §1º da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97). Para que se identifique a telecomunicação, há necessidade, portanto, da presença de dois elementos conceituais: transmissão e eletromagnetismo.

Elementos conceituais da telecomunicação

Transmissão

Dos dispositivos legais enunciados e do contexto normativo das telecomunicações, pode-se extrair a necessidade de uma *atividade* central denominada *transmissão*. Diplomas legais e infralegais sempre sintetizaram seu significado como “emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”⁸⁹. Ela traduz todo o fenômeno de transporte de *convenções culturais* com ou sem armazenagem intermediária, incluindo aí a emissão e a recepção. Este transporte é viabilizado pela noção da díade comunicativa, que, por sua vez, é esclarecida por distinções sociais de espaço e tempo. Utilizando-se o termo *sinal* em sentido amplo para abarcar toda convenção de *símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons e informações*, pode-se entender por *sinal transportado* todo “fenômeno físico em que uma ou mais de suas características variam para representar informação”⁹⁰.

A partir da concepção de transmissão como transporte de convenções, entendidas como variação de características aptas a traduzirem informações, como também a partir da constatação de que toda transferência de sinais adequados a representarem informações implicam comunicação, a transmissão de que se fala no ambiente de telecomunicações é, naturalmente, uma transmissão comunicativa, que, no mínimo, comunica a falta de viabilidade da conexão. O silêncio também faz parte da transmissão pois detém sentido significativo e essencial à comunicação, podendo, assim, ser regulado. Da mesma forma, a transmissão de convenções para si próprio também está no campo das telecomunicações, por ver-se possibilitada pelos elementos de espaço e tempo.

Eletromagnetismo e transmissão eletromagnética

A transmissão, por si só, não é suficiente para caracterizar a telecomunicação. Para isso, a transmissão há de ser qualificada pelo *processo*

⁸⁸Confirmando esta posição, exemplifica-se dispositivo da Lei Geral de Telecomunicações: “Art.75. Independência de concessão, permissão ou autorização a atividade de telecomunicações restrita aos limites de uma mesma edificação ou propriedade móvel ou imóvel, conforme dispuser a Agência.”.

⁸⁹Art. 4º da Lei 4.117/62; art. 4º e art.6º, item 56 do Decreto 52.026/63; art. 60, §1º da Lei 9.472/97.

⁹⁰PABLO, Marcos M. Fernando. **Derecho general de las telecomunicaciones**. Madri: COLEX, 1998, p. 38. Tradução livre do original: “*fenómeno físico en el que una o más de sus características varían para representar información*”.

eletromagnético. Assim, o eletromagnetismo é uma forma de transmissão apta a apresentá-la como telecomunicação. Ele se manifesta a partir de variação de um campo elétrico e de um campo magnético para produção de propagações intermitentes no espaço conhecidas como *ondas eletromagnéticas*. Ao contrário das *ondas mecânicas*, produzidas por perturbação em meios materiais, tais como ondas em líquidos, vibração de tambores de caixas de som ou mesmo a voz humana, as ondas eletromagnéticas apresentam-se como propagações, que independem de meio material, o que lhes possibilita serem transmitidas até mesmo no vácuo.

A abrangência do conceito jurídico de telecomunicação advém do significado de eletromagnetismo, entretanto não significa simplesmente eletromagnetismo ligado à transmissão de convenções. Delimitar de forma precisa todo o universo de alcance da regulamentação de telecomunicações exige a presença de um conjunto de fatores.

A seguir, lança-se mão de casos práticos para auxiliar a precisão do conceito de telecomunicação.

O som reproduzido pelo ar, água ou outro meio físico, embora possa ser originado por processo eletromagnético e gere transmissão de convenções, é conduzido por perturbação realizada pela frequência de vibrações eletromagnéticas em meios físicos, produzindo, portanto, ondas mecânicas. Até o momento de transformação das ondas eletromagnéticas em ondas mecânicas, desde que presentes outros fatores abaixo enunciados, está-se diante de telecomunicações. A partir do momento em que há conversão dos sinais eletromagnéticos em efeitos sonoros, não se trata mais de telecomunicação, embora o conceito de comunicação à distância possa estar presente.

Da mesma forma, os sinais visuais dos responsáveis pelo táxi aéreo em um aeroporto não significam transmissão de convenções por via eletromagnética, já que o processo em si de criação de significado é meramente mecânico. Os mesmos gestos do responsável pelo táxi aéreo, quando realizados com bandeiras e cones luminosos, também não se traduzem em telecomunicação, porque a finalidade da luz, neste caso, embora ela em si seja frequência eletromagnética, não é a de ser o meio significativo de transmissão da informação. Não se interpretará, no caso, a luz nas suas diversas intensidades, mas o fenômeno mecânico de movimentação das bandeiras e cones luminosos. Neste caso, à semelhança de placas de trânsito iluminadas, não se interpreta a luz, apesar de, às vezes, sua cor ser significativa. Interpreta-se o que a luz permite visualizar: o conteúdo da placa de trânsito ou dos movimentos do responsável pelo táxi aéreo. A luz serve apenas para visualização da placa não importando sua intensidade. A variação da luz não modifica o conteúdo da placa de trânsito, enquanto que, na telecomunicação, a *modulação do sinal portador* é essencial para a definição do conteúdo da mensagem. Nas placas de trânsito de luminosidade intermitente, a intermitência tem a função de chamar a atenção do motorista, mas ela, em si, não pretende reproduzir a complexidade do conteúdo da placa, que pode ser o mais diversificado possível. Assim, a modulação do sinal portador deve ser *significativa* em dois sentidos: carregar significado próprio; e que este significado seja o mais próximo possível do conteúdo total da mensagem.

Há, entretanto, outros casos que não se contentam com esta explicação. Letreiros luminosos, que transmitem propaganda de forma semelhante a uma programação de televisão, têm modulação do sinal portador significativa, pois a variação dos pontos de luz modifica o conteúdo da mensagem. Não é suficiente, portanto, a característica de *modulação do sinal portador significativa*. Urge a identificação de outro elemento diferenciador: a *codificação e decodificação da*

transmissão. Apesar de estarmos sempre *decodificando* os sinais externos do mundo, pode-se entender a codificação e decodificação essenciais às telecomunicações como o tipo especial de decifração apto à inteligibilidade das mensagens. Se assim for, o mecanismo de geração dos sinais e sua transmissão para a placa de efeitos luminosos é um fenômeno de telecomunicação, mas não sua percepção pelos espectadores, que não utilizam mecanismos decodificadores para tanto.

É bem verdade que a prática social e a complexidade dos fenômenos acaba por minar uma distinção absoluta de telecomunicação, que, como toda definição jurídica, tem certo grau de imprecisão compatível com a mobilidade do objeto controlado. Outro exemplo de aplicação do conceito de eletromagnetismo na transmissão de convenções que não se caracteriza como telecomunicação, hoje, mas que pode vir a ser qualificado como telecomunicação mais tarde, é o código morse passado à distância por holofotes. Neste caso, há codificação e decodificação acompanhados de modulação significativa do sinal portador, embora binária.⁹¹ A única oposição aqui possível para sua caracterização como telecomunicação é a ausência do conceito de *rede* como conjunto operacional contínuo de circuitos e equipamentos de transmissão. Por isso mesmo, pode-se imaginar telecomunicação por holofotes e receptores de código morse em rede, muito embora seja fato improvável. Nada improvável, entretanto, é a transmissão de informações operada por via de feixes luminosos segundo as características das telecomunicações. Felizmente, a necessidade de transmissão em alta velocidade, o avanço da tecnologia e a elevação dos custos de instalação dos cabos de fibras ópticas tornaram viáveis as redes que utilizam emissores e receptores entre arranha-céus mediante a tecnologia de FSO (*free-space optics*)⁹², evidenciando que o sentido de telecomunicação exige a presença dos fatos para sua precisão conceitual.

Logo, há elementos essenciais que caracterizam a transmissão eletromagnética, tornando-a apta aos fins de classificação jurídica das telecomunicações: modulação significativa do sinal portador; codificação e decodificação; conjunto operacional contínuo de circuitos de emissão e recepção.

Conceito de serviço de telecomunicação

A partir da definição de *telecomunicação*, pode-se precisar o conceito de *serviço de telecomunicação* como o conjunto de atividades pertinente à *transmissão* de informação por *processo eletromagnético*, que é aquele que se utiliza do campo eletromagnético para geração de sinais de comunicação, caracterizado pelos conceitos de modulação significativa do sinal portador, codificação e decodificação, e de um conjunto operacional contínuo de circuitos de emissão e recepção. Sempre que tais elementos conceituais estiverem presentes, haverá serviço de telecomunicação, exceto os serviços expressamente excluídos por lei.

⁹¹A intensidade do sinal importa, embora importe somente duas intensidades: o sim, ou o não e a duração do sinal também interessa (embora limitada a duas durações: curto e longo). A existência, ou o vazio de existência na transmissão são ambos significativos para a composição do código.

⁹²Cf. WILLEBRAND, Heinz A. & GHUMAN, Baksheesh S. *Fiber optics without fiber: beaming light through the air offers the speed of optics without the expense of fiber*. In: **IEEE Spectrum**. Vol. 38, n. 8, New York: The Institute of Electrical and Electronics Engineers, agosto de 2001, p. 40-45. O artigo compara o sistema FSO de comunicação em alta velocidade com as tradicionais tecnologias de fibras ópticas, que demandam cinco vezes mais investimentos de instalação e acenam com maiores facilidades de funcionamento por não exigirem aprovação municipal de uso do solo.

Serviços de Valor Adicionado (SVA): exclusões legais expressas dos serviços de telecomunicações

A primeira questão jurídica que surge refere-se à possibilidade de dispositivo infraconstitucional diminuir a extensão de competência inscrita na constituição e dirigida à União (art. 21, XI). Ao remeter à competência da União a exploração dos *serviços de telecomunicações, nos termos da lei*, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a pauta diretiva da evolução do ordenamento de telecomunicações. A reserva legal aberta pelo texto constitucional, embora qualificada por indicativos pouco precisos, tais como a exigência de disciplina sobre a *organização dos serviços, criação de órgão regulador e outros aspectos institucionais*, não permite a manipulação do conceito de serviço de telecomunicação por disposição legal. O limite de pertinência lógica dos serviços disciplinados por lei regulamentadora do art. 21, XI da CF/88 devem ombrear com a adequação da qualificação dos serviços como de telecomunicações ou de valor adicionado. Por isso, uma das questões mais espinhosas da regulamentação de telecomunicações está centrada na delimitação da fronteira entre os serviços de telecomunicações e os serviços que apenas lhes adicionam valor ou utilizam de suas redes.

A Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei 9.472/97), no seu art. 61, *caput*, firmou posição a respeito e definiu quais serviços distinguem-se dos serviços de telecomunicações apesar de se aproximarem muito deles. A LGT considerou como *Serviço de Valor Adicionado – SVA* toda atividade que acrescenta novas utilidades a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde. Estas *utilidades* devem estar relacionadas ao *acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações*. Apartados dos serviços de telecomunicações, os serviços de valor adicionado submetem-se apenas aos controles necessários à garantia de integridade das vias de telecomunicação e serviços correspondentes, pois seus provedores classificam-se como *usuários* (art. 61, §1º da LGT) com os direitos e deveres inerentes a esta condição.

Estes usuários de serviço de telecomunicações são *especiais*. Em geral, têm potencial elevado de utilização de capacidade operacional das redes, gerando maiores cuidados e garantias tanto para disciplina de seu acesso quanto para disciplina de seus limites.⁹³ A própria LGT, no art. 61, §2º, garante o acesso dos provedores de serviços de valor adicionado às *redes de serviços de telecomunicações*. Apesar de não estar expresso, estas redes de disponibilidade obrigatória somente poderão ser as qualificadas como de *interesse coletivo*. Por isso, a regulamentação de serviços de valor adicionado concentra-se no *Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC*, no *Serviço Móvel Celular – SMC*, no *Serviço Móvel Pessoal – SMP* e nos serviços de comunicação de massa, tais como TV a Cabo, MMDS, DTH e TVA. *Provedores* de SVA e *operadoras* de serviço de telecomunicações contratam a utilização, em geral,

⁹³Um provedor de internet pode ter milhares de usuários conectados simultaneamente e ininterruptamente. Essa circunstância exige planejamento estratégico e prévio da operadora de telefonia que contratar sua capacidade de transmissão com o provedor. Da mesma forma, os serviços de 0800 e 0900, principalmente quando ligados a promoções televisadas ou transmitidas por estações de rádio, geram oscilações rápidas e de magnitude no número de ligações da região que ocupam, influyendo decisivamente no índice de completamento de chamadas da operadora contratada.

de códigos de acesso específicos e o fornecimento do registro das chamadas destinadas aos provedores.

Mesmo antes da *Lei Geral de Telecomunicações – LGT*, a Norma nº 004/95, aprovada pela Portaria nº 148/95⁹⁴, do Ministério das Comunicações, dispunha sobre o *Uso de Meios da Rede Pública de Telecomunicações para Acesso à Internet*, principalmente focada no relacionamento entre as *Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações – EESPTs* e os *Provedores de Serviço de Conexão à Internet – PSCIs*. Mantida a disciplina normativa específica para os serviços de conexão à internet, a Norma nº 004/97, aprovada pela Portaria nº 251/97, do Ministério das Comunicações, previu o *Uso da Rede Pública de Telecomunicações para Prestação de Serviços de Valor Adicionado*. Esta norma dirigia-se aos serviços de valor adicionado em geral providos por intermédio da rede pública (hoje restrita a parcela do serviço telefônico fixo comutado) excluídos certos serviços de valor adicionado submetidos a tratamento específico: uso da rede pública para acesso à internet (Norma 004/95); serviços de utilidade pública, caracterizados como aqueles serviços prestados por órgãos da União, Estados-Membros e Municípios ou por entidades sem fins lucrativos voltadas a serviços de *emergência* (defesa civil, corpo de bombeiros, polícia etc) e *apoio ao cidadão* (receita federal, assistência ao idoso, assistência à criança, abastecimento alimentar etc); e, serviços prestados através de recursos intrínsecos à rede pública de telecomunicações, que complementam o serviço básico prestados pelas então chamadas *Entidades Exploradoras do Serviço Telefônico Público*. A mesma Norma 004/97 (item 6.1) disciplina os direitos básicos do assinante de serviço público de telecomunicação frente aos serviços de valor adicionado em geral: livre acesso aos serviços dos provedores; e o direito de bloqueio ou desbloqueio destes serviços sem ônus.

Outros serviços correlatos aos de telecomunicações

A par dos *Serviços de Valor Adicionado – SVA*, a prática dos serviços de telecomunicações revela a proximidade de outros serviços, que demandam estudos particularizados para seu nivelamento com os de telecomunicação ou sua diferenciação. Foi o ocorrido com os serviços de *provimento de capacidade de satélite e habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações*. Ambos apresentam-se como conjunto de operações necessárias à telecomunicação comercial, mesmo que indiretamente, mas foram excluídos do rol de serviços de telecomunicações pelo *Regulamento dos Serviços de Telecomunicações*, aprovado pela Resolução 73/98, da ANATEL. Sem o provimento de capacidade de satélite, os serviços de telecomunicações que dela se utilizam restariam inutilizados. Sem habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações, estes serviços perderiam sua viabilidade de difusão de massa. Da mesma forma, sem os serviços oferecidos por usuários comerciais, tais como a oferta de produtos e serviços, que em nada se aproximam das telecomunicações, pouco da capacidade instalada de telecomunicações teria sentido.

Enfim, este caminho a procura do sentido do *serviço de telecomunicações* como conjunto de atividades voltado a prover telecomunicação parece não ter fim sem que se estabeleça uma fronteira pautada em características essenciais ao conceito.

⁹⁴Portaria nº148, de 31/05/1995. Publicada no DOU de 01/06/1995, p. 7875-7876.

O texto legal (art. 60, *caput* da LGT) fala em serviço de telecomunicações como *conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações*. Se levada às últimas conseqüências, a análise textual da *possibilidade* de oferta de telecomunicações envolve todo serviço capaz de se confundir com a utilidade do serviço mínimo de transmissão eletromagnética, levando a considerá-lo tão essencial quanto a própria transmissão. Volta-se, portanto, ao ponto de partida nada alentador de que tudo ligado direta ou indiretamente à telecomunicação seria serviço de telecomunicação.

A solução deste problema exige raciocínio institucional. O serviço de telecomunicações, como competência estatal expressa, é uma instituição de caráter objetivo, que, por isso mesmo, não tem, nem pode ter, caráter absoluto. Se enunciada no texto constitucional como reserva de atividades da União em ambiente de liberdade individual e respeito à livre iniciativa, ou seja, em ambiente de equilíbrio entre o individual e o social, não se pode daí extrair uma interpretação extensiva do conceito de serviços de telecomunicações. Ditos serviços serão somente aqueles necessários à consecução dos fins sociais estampados na viabilidade de comunicação eletromagnética e de acesso igualitário.

Sob este enfoque, o conjunto de atividades que *possibilita* telecomunicação deve ser entendido como conjunto de atividades *necessárias e suficientes* à boa prestação da utilidade de intercomunicação. Assim, o conceito de serviço de telecomunicações permanece ligado umbilicalmente aos conceitos de *transmissão e eletromagnetismo*. Somente o serviço bastante à realização de transmissão eletromagnética caracterizada pelos elementos citados linhas atrás (modulação significativa, codificação e rede) pode qualificar-se como serviço de telecomunicação. Todos os demais acréscimos de utilidades são serviços que lhes adicionam valor ou refletem passos capazes de vincular o usuário ao serviço central.

Fixado o conceito de serviço de telecomunicação a partir dos enunciados constitucional e legal, deve-se deixar claro que o papel da ANATEL na determinação dos serviços não integrantes do conceito de serviço de telecomunicações segue parâmetros superiores definidos em lei em sentido formal. O papel do *Conselho Diretor* da agência neste aspecto está na orientação de sua estrutura interna e na antecipação de segurança jurídica para os atores do setor de telecomunicações sobre as inúmeras implicações da classificação ou não de um serviço como serviço de telecomunicações. Por isso, a presença, no *Regulamento dos Serviços de Telecomunicações* (Resolução 73/98), de elenco resumido de serviços não caracterizados como serviços de telecomunicações.

Há, contudo, naquele regulamento, dispositivo gerador de dúvida. Trata-se do parágrafo único do art.3º, que possibilita o estabelecimento, pela ANATEL, de outras situações que não constituam serviços de telecomunicações além das já previstas no *caput* do mesmo artigo.

Resolução 73/98 da ANATEL
(Regulamento dos serviços de telecomunicações)

Art.3º Não constituem serviços de telecomunicações:

(...)

Parágrafo único – A Agência poderá estabelecer outras situações que não constituam serviços de telecomunicações, além das previstas neste artigo.

O *parágrafo único* citado gera imprecisão desnecessária. Ou a ANATEL expressa a exclusão de mais serviços além dos já enunciados no art.3º do *Regulamento dos Serviços de Telecomunicações* por meio de *resolução*, que modifique o próprio *Regulamento*, o que torna inútil a presença do parágrafo único

citado, ou ele lá estaria para indicar que a ANATEL poderia fazê-lo por outro ato administrativo qualquer, que, por definição, é incompatível com a normatização ínsita a uma decisão como esta, que delimita a extensão do texto legal e mesmo constitucional. Vê-se, portanto, que o único sentido útil possível daquele parágrafo único somente pode ser o de efeito esclarecedor de que o rol de exceções aos serviços de telecomunicações não é taxativo, mas meramente exemplificativo, dependendo, entretanto, de pronunciamento expresso do *Conselho Diretor* da agência para vincular sua estrutura frente à argüição de novas categorias ali não contempladas.

Classificações dos serviços de telecomunicações

Analisado o conceito de serviços de telecomunicações como conjunto de atividades *suficientes* à oferta de telecomunicação, bem como o de telecomunicação como transmissão eletromagnética pautada por diversos fatores (modulação significativa do sinal portador, codificação e decodificação, redes operacionais), o ordenamento jurídico brasileiro de telecomunicações introduz divisões entre modalidades de serviços capazes de suscitar efeitos jurídicos distintos, tais como aplicação de regimes jurídicos *público* ou *privado*, ou mesmo a ampliação ou diminuição do âmbito de liberdade dos prestadores.

A partir da reestruturação e codificação do direito das telecomunicações brasileiro obtidas por intermédio da Lei 4.117/62 (*Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT*) e do Decreto 52.026/63, que a regulamentou, procurou-se dividir os serviços de telecomunicações segundo três critérios: natureza; fins a que se destinam; e âmbito de aplicação. Quanto à natureza, somente o Decreto 52.026/63⁹⁵ previa as seguintes espécies de serviços: *telefonía*; *telegrafia*; *telex*; *difusão de sons e imagens*; *transmissão de dados*; *fac-símile*; *telecomando*; e *radiodeterminação*. Quanto aos fins visados, tanto o CBT⁹⁶ quanto o Decreto regulamentador⁹⁷ distinguiram: *serviço público*, destinado ao uso do público em geral; *serviço público restrito*, facultado ao uso dos passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicações; *serviço limitado*, executado por estações não abertas à correspondência pública, como, por exemplo, serviços de segurança, regularidade, orientação e administração dos transportes em geral, serviços de múltiplos destinos, serviço rural e serviço privado; *serviço de radiodifusão*, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão; *serviço de radioamador*, orientados ao estudo e prática da radiotécnica unicamente a título pessoal sem cunho pecuniário ou comercial; *serviço especial*, relativos a determinados serviços de interesse geral, não abertos à correspondência pública e não incluídos nas classificações anteriores, como, por exemplo, o de sinais horários, o de frequência padrão, o de boletins meteorológicos, o que se destine a fins científicos ou experimentais, o de música funcional e o de radiodeterminação. Finalmente, quanto ao âmbito, os serviços de telecomunicações eram divididos pelo CBT⁹⁸ e pelo seu Decreto regulamentador⁹⁹ em: *serviço interior*, estabelecido entre estações brasileiras, fixas ou móveis, dentro dos limites da jurisdição territorial da

⁹⁵ Art. 4º, item 1, do Decreto 52.026, de 20 de maio de 1963.

⁹⁶ Art. 6º da Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962.

⁹⁷ Art. 4º, item 2, do Decreto 52.026, de 20 de maio de 1963.

⁹⁸ Art. 5º, da Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962.

⁹⁹ Art. 4º, item 3, do Decreto 52.026, de 20 de maio de 1963.

União; e *serviço internacional*, estabelecido entre estações brasileiras, fixas ou móveis, e estações estrangeiras, ou estações brasileiras móveis, que se achem fora dos limites da jurisdição territorial brasileira.

A *Lei Geral de Telecomunicações – LGT* (Lei 9.472/97) inovou nas classificações. Diferentemente do Código Brasileiro de Telecomunicações, de 1962, que distinguia os serviços segundo os fins visados e o âmbito, a LGT revelou especial atenção aos efeitos jurídicos das classificações e divisou os serviços de telecomunicações segundo o *regime jurídico* e a *abrangência*¹⁰⁰. As classificações do antigo CBT e da atual LGT têm pouco em comum. O critério dos *fins visados* constante do CBT e o critério da *abrangência* constante da LGT, estão ambos pautados na presença ou ausência de abertura à correspondência pública em razão da abrangência dos interesses suscitados pelo serviço. Por isso, a antiga divisão *detalhada* dos serviços de telecomunicações quanto aos fins visados indicada no CBT (*serviços limitados, serviços de radioamador, serviços especiais*, dentre outros) ter sido remetida, na atual conjuntura, a mera identificação, pela ANATEL¹⁰¹, de quais deles se submetem, quanto à abrangência, aos regimes de interesse coletivo e restrito. A antiga classificação quanto ao *âmbito* prevista no CBT foi degradada a mera condição de mapeamento do território para distribuição das outorgas estatais dos serviços de telecomunicações.¹⁰² Finalmente, a classificação prevista no Decreto 52.026/63 quanto à natureza do serviço foi assimilada de modo simplificado pela LGT como *formas de telecomunicação*.¹⁰³

¹⁰⁰Esta classificação *quanto à abrangência* é definida como classificação *quanto aos interesses a que atendem* os serviços de telecomunicações, conforme dispõe o *Regulamento dos Serviços de Telecomunicações* aprovado pela Resolução nº 73, de 25/11/1998, da ANATEL.

¹⁰¹O Ato nº 3.807, de 23 de junho de 1999, da ANATEL, dispõe sobre a classificação dos serviços de telecomunicações quanto aos interesses que atendem, elencando um rol (especial de radiochamada, especial de frequência padrão, TV a cabo, dentre outros) de serviços de interesse coletivo, outro rol (rádio táxi privado, limitado de radioestrada, especial para fins científicos e experimentais) de serviços de interesse restrito, e, finalmente, outro rol (rede especializado, especial de radiodeterminação, limitado especializado) passível de prestação tanto como interesse coletivo quanto como interesse restrito.

¹⁰²O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) dividia os serviços em internos e internacionais. A Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) assimila a distinção para firmar noções de espaços territoriais aptos a abrigar distinções de tratamento normativo. O art. 65, §2º da LGT prevê a utilização dos *âmbitos regional, local ou de áreas determinadas* para a fixação da exclusividade ou concomitância de prestação de serviços de telecomunicações em regime público ou privado. O art. 69 da LGT indica que as modalidades de serviço de telecomunicações serão definidas pela ANATEL em função também de seu âmbito de prestação.

¹⁰³“Forma de telecomunicação é o modo específico de transmitir informação, decorrente de características particulares de transdução, de transmissão, de apresentação da informação ou de combinação destas, considerando-se formas de telecomunicação, entre outras, a telefonia, a telegrafia, a comunicação de dados e a transmissão de imagens.” (LGT, art. 69, parágrafo único).

BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA:

Livros

- I. CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13^aed., São Paulo: Atlas, 1999.
- II. ESCOBAR, J. C. Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999
- III. ITU & CITEI. **Telecommunications for the Americas: the Blue Book**. Genebra, 2000.
- IV. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.
- V. PABLO, Marcos M. Fernando. **Derecho general de las telecomunicaciones**. Madri: COLEX, 1998.
- VI. PRATA, José; BEIRÃO, Nirlando; TOMIOKA, Teiji. **Sergio Motta: os bastidores da política e das telecomunicações no governo FHC**. São Paulo: Geração editorial, 1999.
- VII. SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993.
- VIII. VALENTE, Christiano Mendes Wolney. **Sigilo bancário: obtenção de informações pela administração tributária federal**. Monografia de Final de Curso de Especialização em Direito Tributário da AEUDF. Brasília, 2003.
- IX. VIANNA, Gaspar. **Privatização das telecomunicações**. 3^aed., Rio de Janeiro: Notrya, 1993.
- X. WILLEBRAND, Heinz A. & GHUMAN, Baksheesh S. *Fiber optics without fiber: beaming light through the air offers the speed of optics without the expense of fiber*. In: **IEEE Spectrum**. Vol. 38, n. 8, New York: The Institute of Electrical and Electronics Engineers, agosto de 2001, p. 40-45.

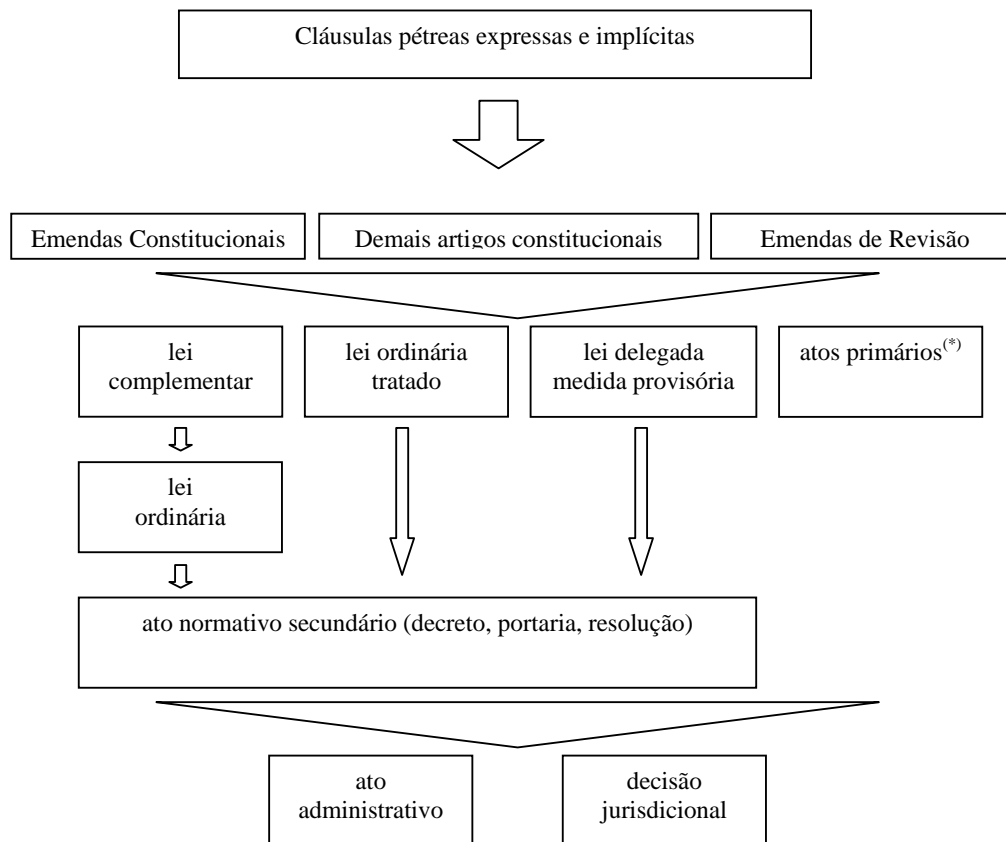
Instrumentos normativos (ordem cronológica)

1. Código Brasileiro de Telecomunicações: Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962.
2. Regulamento do Código Brasileiro de Telecomunicações aprovado pelo Decreto 52.026, de 20 de maio de 1963.
3. Lei 5.792, de 11 de julho de 1972.
4. Lei 6.093, de 29 de agosto de 1974.
5. Decreto-lei 1.174, de 31 de dezembro de 1979.
6. Decreto-lei 1.859, de 17 de fevereiro de 1981.
7. Decreto nº 2.186, de 20 de dezembro de 1984.
8. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988, atualizada até a Emenda Constitucional n.º 36, de 28 de maio de 2002.
9. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.
10. Lei 9.295, de 19 de julho de 1996.
11. Lei Geral de Telecomunicações: Lei 9.472, de 16 de julho de 1997.
12. Decreto 2.534, de 2 de abril de 1998.
13. Decreto 2.592, de 15 de maio de 1998.
14. Resolução nº 73, de 25/11/1998, da ANATEL.
15. Ato nº 3.807, de 23 de junho de 1999, da ANATEL.
16. Decreto 4.769, de 27 de junho de 2003.

Julgados

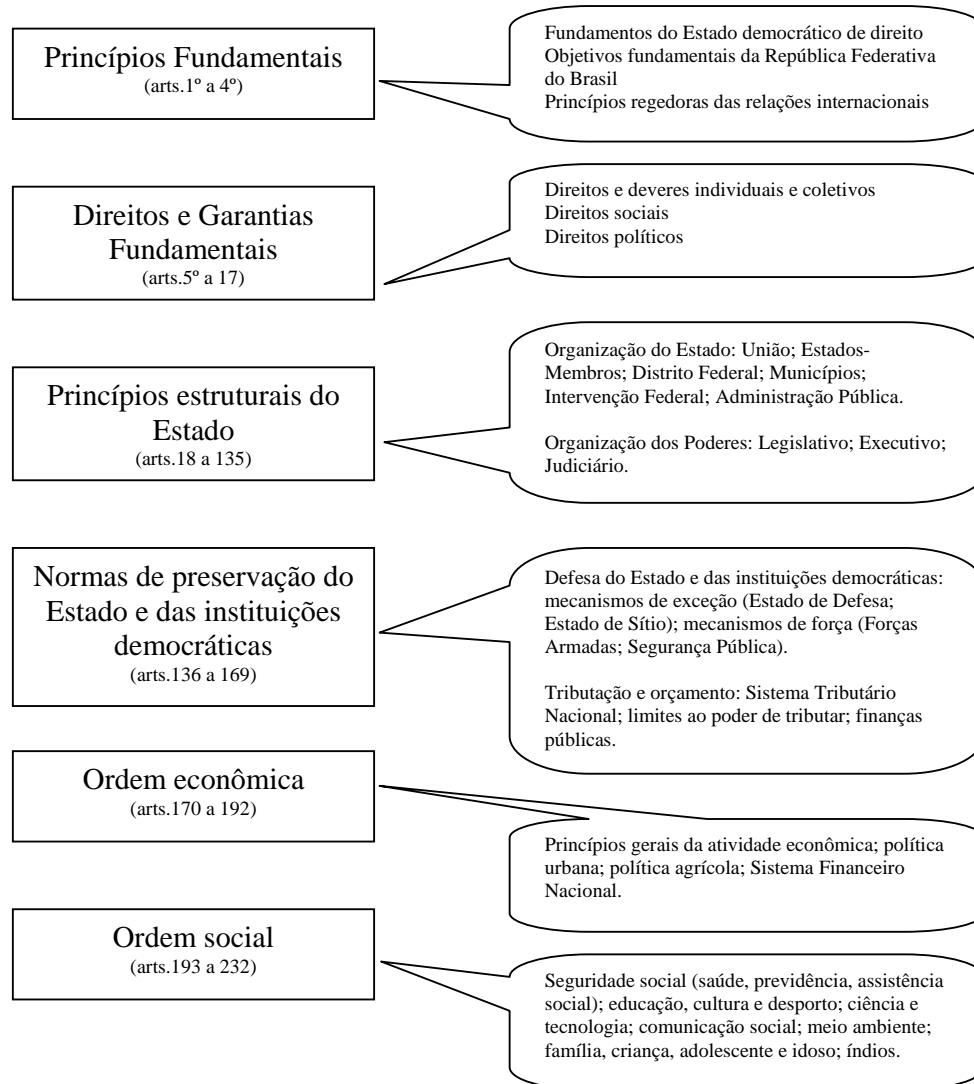
- 1) STF, ADI nº 1.435-8/DF, plenário, j.27/11/1996. (Ementário de Jurisprudência do STF nº 1957-1, p. 40-60, DJ 06.08.1999).
- 2) STF, AgRAI nº 405.728-2, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes (Ementário do STF n.2105-11, j.11/03/2003, DJ 04/04/2003).
- 3) STF, ADIMC 1.807, plenário, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05/06/1998.
- 4) STJ, Apelação Cível 19980110442286, julgada em 11-10-1999, 2ª Turma Cível, relatora Nancy Andrigui, DJU 23-02-2000.
- 5) STF, HC 69912-0/RS, plenário, j.30/06/1993, rel. Min. Sepúlveda Pertence.
- 6) STF, HC 74.678/SP, 1ª Turma, j.10/06/1997.
- 7) STF, RE 219.780/PE, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10.09.99.
- 8) STF, Pet577QO/DF, DJ de 23.04.93.
- 9) STF, ADIMC n.1488/DF.
- 10) STF, RE nº117.315-7/RS, plenário, rel. Min. Moreira Alves, j.19.04.1990 (Ementário do Serviço de Jurisprudência do STF nº1586-3).

FIGURA 1 – Hierarquia normativa brasileira



(*)Atos primários são atos que não exigem prévia lei em sentido formal, que lhes autorizem existir. Sua existência é autorizada diretamente pela Constituição Federal de 1988. São exemplos destes atos: *decreto legislativo* para disciplina das relações jurídicas decorrentes de medidas provisórias que perderam eficácia (art.62,§3º); *decreto* presidencial para alteração da organização e funcionamento da administração federal (art.84,VI,a); *decreto* presidencial de Estado de Defesa (art.136) ou de Intervenção Federal (art.84,X); *regimentos* das casas parlamentares e órgãos judiciários (art.51,III; art.52,XII; art.57,§3º,II; art.96,I,a; art.102,I,h).

FIGURA 2 – Estrutura constitucional brasileira



Universidade de Brasília
Curso de Regulação em Telecomunicações
Tema: **Concessões de serviços públicos e autorizações no Brasil**

Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
Professor da Faculdade de Direito da UnB
Procurador do Distrito Federal
Advogado
Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil

“FUNDAMENTOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL”

APOSTILA

1. Localização do tema

Os serviços públicos, no Brasil, compõem prestigiado tema do Direito Público, com fortes traços de dois ramos do Direito - Constitucional e Administrativo.

No texto constitucional da República de 1988, a referência maior aos serviços públicos está contida no art. 175, o qual preconiza o seguinte, *verbis*:

“Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - a política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

A Constituição considera serviços públicos, por exemplo: a) o transporte coletivo (art. 30, V); b) os serviços telefônicos e telegráficos (art. 21, XI); e c) a energia elétrica (art. 21, XII).

No campo do Direito Administrativo, de natureza infraconstitucional, a matéria relacionada aos serviços públicos vem tratada em textos legais esparsos, não relacionados a qualquer forma de codificação.

Visando a concretizar o art. 175 da Constituição da República de 1988 (... *a lei disporá...*), sobreveio a Lei (federal) nº 8.987/95, que contém normas gerais sobre a concessão e permissão de serviços públicos, aplicáveis tanto à União, quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, os quais, não obstante isso, poderão elaborar normas específicas, já que as normas gerais de contratação, em todas as modalidades, por força do que dispõe o art. 21, XXVII, competem exclusivamente à União.

Por sua vez, a Lei (federal) nº 9.074/95 relaciona os serviços públicos de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações.

Para outros tipos de concessão - segundo MEDAUAR (p. 345) - podem ser ainda relacionadas as seguintes leis:

a) *concessão de serviço de TV a cabo*, disciplinada na Lei nº 8.987/95, na qual, além da concessionária, outras empresas privadas realizam parcelas das atividades desse serviço (por exemplo: operadora de TV a cabo, programadora); o usuário tem o nome de assinante e recebe o serviço mediante contrato, com pagamento mensal, de regra;

b) *concessão de serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens*, à qual não se aplica a Lei nº 8.987/95 (art. 41); nesse tipo inexistente a remuneração direta do usuário ao concessionário; o serviço é gratuito para os donos de aparelhos de rádio e TV;

c) *concessão para serviços de telecomunicações*, disciplinada pela Lei nº 9.472/97.

2. Conceito

Em sentido amplo, entende-se por “serviços públicos” toda a atividade que emana da Administração Pública, relacionando-se, ainda, as atividades dos Poderes Judiciário e Legislativo.

Levando-se em consideração o sentido amplo de “serviços públicos”, ensina MEDAUAR (p. 337), todo o Direito Administrativo conteria um único capítulo, denominado “serviço público”, pois todas as atividades da Administração aí se incluiriam.

Ensina a doutrinadora que como capítulo do Direito Administrativo, a expressão “serviço público” diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se a *atividade prestacional*, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como por exemplo: água, energia elétrica, transporte urbano. As atividades-meio, tais como arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza e vigilância de repartições, pois, não se incluem na acepção técnica de serviço público.

MEDAUAR (p. 338), dada a multiplicidade de atividades desempenhadas pela Administração, afirma a existência de um “núcleo pacífico dos serviços públicos”, a saber: água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas, correio. E que finalidades diversas levam a considerar certa atividade como serviço público, dentre as quais: retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico.

Do ponto de vista técnico, “serviços públicos” não se confundem com “serviços de utilidade pública”. Nos últimos, realizados por particulares, não há vínculo orgânico com a Administração. Não incumbem ao poder público, o qual apenas reconhece que tais atividades trazem benefícios à população (p. 339).

BANDEIRA DE MELLO (p. 18-9), ao tratar do conceito de serviço público, à luz do sistema constitucional, sustenta que sua noção “há se se compor necessariamente de dois elementos: um deles, que é seu *substrato material*, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; o outro, *traço formal* indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um *específico regime de direito público*, isto é, numa ‘unidade normativa’ formada por princípios e regras caracterizados pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e por restrições especiais, firmados uns e outros em função da defesa de valores especialmente qualificados no sistema normativo”.

3. Regime jurídico

BANDEIRA DE MELLO (p. 18) salienta que como toda e qualquer noção jurídica, esta - serviço público - “só tem préstimo e utilidade se corresponder a um dado sistema de princípios e regras; isto é, a um regime, a uma disciplina peculiar. Daí que só merece ser designado como serviço público aquele concernente à prestação de atividade e comodidade material fruível diretamente pelo administrado, desde que tal prestação se conforme a um determinado regime: o regime de Direito Público”.

A partir do momento em que determinada atividade é rotulada como serviço público - ainda que prestada por particulares - fortes conseqüências jurídicas advêm.

MEDAUAR (p. 339) apresenta os elementos comuns às atividades relacionadas como serviços públicos, a saber:

a) *Vínculo orgânico com a Administração*, o que não quer significar, absolutamente, que a atividade seja executada por órgão público. Tal vínculo enseja:

- 1) Presunção de serviço público - quando a atividade prestacional é exercida pelo poder público presume-se que se trata de serviço público.
- 2) Relação de dependência entre a atividade e a Administração ou presença orgânica da Administração; quer dizer, a Administração está vinculada a essa atividade, exercendo controle permanente sobre o executor do serviço público; sua intervenção, portanto, é maior do que a aplicação de medidas decorrentes do poder de polícia, porque a Administração é responsável pela atividade.

b) A atividade de prestação é submetida total ou parcialmente ao direito administrativo; mesmo que seja realizada por particulares, em tese sujeita a regras do direito privado, se a atividade for qualificada como serviço público, tem notas de diferenciação; não há serviços públicos submetidos exclusivamente ao direito privado.

4. Princípios

Além dos gerais, aos quais deve estrita atenção a Administração Pública, especialmente os elencados no art. 37 da Constituição (Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência), podem ser destacados como princípios específicos, regedores dos serviços públicos, os seguintes:

- a) Igualdade de todos perante o serviço público;
- b) Funcionamento contínuo;
- c) Possibilidade de alteração do modo de execução;
- d) Funcionamento eficiente.

MEDAUAR (p. 340-1) ressalta que vinculada à questão da igualdade está a da gratuidade, mas que a última não pode ser tida como princípio do serviço público, muito embora o ordenamento jurídico (constitucional) a afirme em casos como o do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 206, IV, da CF/88), o do ensino fundamental obrigatório (art. 208, I, da CF/88) e o dos transportes coletivos urbanos a maiores de 65 anos (art. 230, § 2º, da CF/88).

Sobre a continuidade do funcionamento, adverte a jurista (p. 341) sobre a existência do direito de greve, o qual, segundo o texto constitucional, será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar.

5. Classificação

Ensina MEIRELLES (p. 312-5) que, levando-se em conta a essencialidade, a adequação, a finalidade e os destinatários, os serviços podem ser classificados de variadas formas.

Interessa-nos, sobretudo, as seguintes distinções:

- a) Próprios X Impróprios;
- b) Gerais (*uti universi*) X Individuais (*uti singuli*).

Os **Serviços Próprios do Estado** são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene, saúde pública, etc.) e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por tal

razão, não podem ser prestados por delegação a particulares, mas sim pelo por órgãos ou entidades públicas.

Os **Serviços Públicos Impróprios do Estado**, de sua vez, são justamente os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e, por isso, a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais), ou delega sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários. Esses serviços, normalmente, são rentáveis e podem ser realizados com ou sem privilégio (não confundir com monopólio!), mas sempre sob regulamentação e controle do Poder Público competente.

Por **Serviços Gerais** (*uti universi*), devem ser entendidos aqueles prestados pela Administração sem que se tenha em mira determinados usuários, para atender a coletividade como um todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento, etc. Tais serviços satisfazem indiscriminadamente a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção para seu domicílio, para sua rua ou para seu bairro. São indivisíveis, isto é, não-mensuráveis na sua utilização. Daí porque devem ser custeados mediante impostos e não por taxas ou tarifas.

Os **Serviços individuais** (*uti singuli*) são os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário, como ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliares. Tais serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares. São sempre serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, pelo que devem ser remunerados por taxa (tributo) ou tarifa (preço público), e não por imposto.

Ao destacar a tipologia dos serviços, MEDAUAR (p. 341-2) classifica-os, ainda, quanto ao responsável, em federais, estaduais e municipais, anotando, entretanto, a existência excepcional de serviços públicos comuns, a exemplo dos que são prestados por regiões metropolitanas, sendo certo que a competência para a prestação de serviços públicos decorre da repartição de competências prevista na Constituição Federal e que além dos serviços de competência exclusiva, há serviços concorrentes (por exemplo: assistência médica) e serviços passíveis de delegação. A jurista relembra, ainda, a existência de serviços

públicos cuja responsabilidade cabe totalmente ao poder público, mesmo se executados por particulares - correio, água, gás canalizado, radiodifusão sonora e por imagens.

6. Formas e meios de prestação

Segundo o texto constitucional (art. 175), os serviços públicos podem ser prestados direta ou indiretamente pelo Estado. Nos dizeres de MEIRELLES (p. 322-4): a prestação do serviço público ou de utilidade pública pode ser *centralizada, descentralizada*, e sua execução, *direta e indireta* (não se confunda com Administração direta e indireta).

Serviço centralizado é o que o Poder Público presta por seus próprios órgãos em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade. Em tais casos o Estado é, ao mesmo tempo, titular e prestador do serviço, que permanece na Administração direta (Decreto-lei nº 200/67, art. 4º, I).

Serviço descentralizado é todo aquele em que o Poder Público transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por *outorga* ou *delegação*, a autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou particulares individualmente. Há *outorga* quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, *por lei*, determinado serviço público ou de utilidade pública. Há *delegação* quando o Estado transfere, *por contrato* ou *ato unilateral*, unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal.

Serviço desconcentrado é todo aquele que a Administração executa centralizadamente, mas o distribui entre vários órgãos da mesma entidade, para facilitar sua realização e obtenção pelos usuários. A desconcentração é uma técnica de simplificação e aceleração do serviço dentro da mesma entidade, diversamente da descentralização, que é técnica de especialização, consistente na retirada do serviço dentro de uma entidade e transferência a outra para que o execute com mais perfeição e autonomia.

Execução direta do serviço é a realizada pelos próprios meios da pessoa responsável pela sua prestação ao público, seja esta pessoa estatal, autárquica, fundacional, empresarial, paraestatal, ou particular. Considera-se serviço em execução direta sempre que o

encarregado de seu oferecimento ao público o realiza pessoalmente, ou por seus órgãos, ou por seus prepostos (não por terceiros contratados). Para tal execução não há normas especiais, senão aquelas mesmas constantes da lei instituidora do serviço, ou consubstanciadora da outorga, ou autorizadora da delegação a quem vai prestá-lo aos usuários.

Execução indireta do serviço é aquela cometida a terceiros para realização nas condições regulamentares. Serviço próprio ou delegado, feito por outrem, é execução indireta. Quer a Administração direta, quer a indireta (autarquias, Fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), como também os entes de cooperação (serviços sociais autônomos, organizações sociais, etc.), ou as empresas privadas e particulares que receberem serviços públicos para prestação aos destinatários, pode, em certos casos, executar indiretamente o serviço, contratando-o (não delegando!) com terceiros.

MEDAUAR (p. 342-3 e 352-3) chama-nos a atenção para a existência de outras formas de prestação de serviços públicos:

a) **Consórcios públicos** – para gestão de serviços de interesse comum dos consorciados (em geral Municípios), podendo ou não ser criada entidade intergovernamental para essa finalidade. No caso, os integrantes transferem ao consórcio a execução de alguns serviços que lhes competem;

b) **Arrendamento** – pelo qual o Poder Público transfere a gestão operacional de um serviço público a particular (arrendatário), para que este o explore por sua conta e risco, colocando à sua disposição um imóvel público ou um complexo de bens públicos, vinculados ao serviço (Ex.: Porto de Antonina, Paraná). No arrendamento, pode-se ajustar o pagamento à Administração, de importância previamente determinada ou de percentual sobre o que for recebido pelo arrendatário na exploração do serviço;

c) **Franquia** – pela qual o Poder Público igualmente transfere ao particular (franqueado) a execução de serviços públicos que devem ser realizados de modo padronizado (instalações físicas, horários, organização das atividades, etc.). O franqueado tem participação na receita ou, então, a ele pertence a receita, mas deve remunerar o franqueador mediante quantia fixa ou percentual sobre as importâncias

recebidas. No Brasil, embora não disciplinada de modo específico, a franquia deve sujeitar-se a licitação. O caso mais conhecido é o dos serviços de correio.

7. Concessão, permissão e autorização

Formas mais usuais de transferências de serviços públicos à iniciativa privada, a concessão, a permissão e a autorização merecem exame especial.

7.1. Concessão

Foi criada para serviços que exigiam grandes investimentos financeiros e/ou pessoal técnico especializado, a exemplo de transporte ferroviário, água, gás, eletricidade e transporte coletivo urbano, com longo prazo de duração, a fim de viabilizar o retorno dos vultosos investimentos que acarretavam.

No Brasil, depois de certo declínio, a concessão ganhou força no contexto da reforma do Estado, a partir de privatizações que concretizassem a prestação de serviços públicos complexos sem ônus financeiro para os combalidos cofres públicos.

A figura é regulada em minúcias pela Lei nº 8.987/95. Promulgou-se, também, a Lei nº 9.074/95, que enumera serviços e obras de competência da União, passíveis de concessão ou permissão, e dispõe sobre os serviços de energia elétrica. As Leis nºs 8.987/95 e 9.074/95 foram parcialmente alteradas pela Lei nº 9.648/98, sendo certo que a Lei nº 8.987/95 foi mais uma vez modificada pela Lei nº 9.791/99.

DI PIETRO (p. 69) aduz que a competência legislativa, nessa matéria, cabe à União, no que diz respeito às normas gerais, e aos Estados e Municípios, no que se refere às normas suplementares. Trata-se, então, de competência concorrente da União, Estados e Municípios.

Nos termos do art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.987/95, define-se a concessão de serviço público como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de

concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Para DI PIETRO (p. 72), embora satisfatório, o conceito legal é omissivo quando não se refere à concessão como contrato e não indica a forma de remuneração que lhe é característica, a saber, a tarifa paga pelo usuário ou outra fonte de receita ligada à própria exploração do serviço. No entanto, outros dispositivos da lei permitem concluir que tais características estão presentes (arts. 4º, 18, VIII e 23, IV). De outro lado, o conceito legal contém formalidades que normalmente não se contém nas concessões - requisitos relativos à “licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho”. Doutrinariamente, a concessão pode ser definida como “o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”.

Amparada nas lições de George Vedel e Pierre Delvolvé, DI PIETRO (p. 73) realça um dado que é fundamental para o entendimento de vários aspectos da concessão de serviços públicos, o de que “a concessão de serviço público se constrói sobre duas idéias antitéticas, cujo equilíbrio constitui toda a teoria do contrato de concessão; trata-se:

- de um lado, de um serviço público que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da Administração;
- de outro lado, de uma empresa capitalista que comporta, no comportamento daquele que está a sua testa, o máximo de proveito possível”.

DI PIETRO (p. 73-4) apresenta, então, as conseqüências de tais aspectos:

- Do fato de a concessão ter por objeto a execução de um serviço público:

- a) Existência de cláusulas regulamentares no contrato;
- b) Outorga de prerrogativas públicas ao concessionário;
- c) Sujeição do concessionário aos princípios inerentes à prestação de serviços públicos: continuidade, mutabilidade, igualdade dos usuários;

- d) Reconhecimento de poderes à Administração concedente, como encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais da empresa concessionária, poder de direção e controle sobre a execução do serviço, poder de aplicar sanções e decretar a caducidade;
- e) Reversão de bens da concessionária para o poder concedente, ao término da concessão;
- f) Natureza pública dos bens afetados à prestação do serviço;
- g) Responsabilidade civil regida por normas publicísticas;
- h) Efeitos trilaterais da concessão de serviço público: sobre o poder concedente, o concessionário e os usuários.

- Do fato de ser a concessionária uma empresa capitalista que visa ao lucro:

- a) Natureza contratual da concessão de serviço público;
- c) Direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

DI PIETRO (p. 74) assinala, ademais, que do duplo aspecto da concessão decorre outra peculiaridade: a submissão da empresa concessionária a um regime jurídico híbrido. Como **empresa privada**, atua, em regra, segundo as normas do direito privado no que diz respeito à sua organização, a sua estrutura, às suas relações com terceiros (art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95), ao regime de trabalho dos seus empregados, submetido a CLT; como **prestadora de serviço público**, sua relação com a Administração concedente se rege inteiramente pelo direito público, já que a concessão é contrato tipicamente administrativo.

E mais: em matéria de responsabilidade civil por danos causados a terceiros, submete-se à norma do art. 37, § 6º, da CF/88. Também seu patrimônio fica submetido a regime jurídico híbrido: como empresa privada, ela dispõe de bens particulares, que podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito privado, como alienação, locação, permuta, penhora, usucapião, etc.; como concessionária de serviço público ela dispõe de uma parcela de bens afetados à prestação do serviço, os quais, por serem indispensáveis à continuidade do serviço público, podem ser considerados coisas *extra commercium* e, portanto, fora do comércio jurídico de direito privado; são coisas inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, como os bens públicos pertencentes às pessoas jurídicas de direito público.

Forma especial de concessão é a de obra pública, denominada na Lei nº 8.987/95 (art. 2º, III) de **concessão de serviço público precedida da execução de obra pública**. Para DI PIETRO (p. 117), trata-se “de contrato administrativo pelo qual o poder público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração pega pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona”.

7.2. Permissão

Para DI PIETRO (p. 118), o vocábulo possui sentido amplo, que designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público por terceiros. Daí sua dupla acepção: permissão de serviço público e permissão de uso.

MEDAUAR (p. 351) esclarece que nunca foi fácil a distinção substancial entre concessão e permissão, porque ambas implicam prestação de serviços públicos por particulares, com remuneração assegurada pela tarifa que os usuários pagam, mas que, ante a Lei 8.987/95, a referência está restrita a dois aspectos:

a) A concessão é atribuída a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto a permissão é atribuída a pessoa física ou jurídica;

b) A concessão destinar-se-ia a serviços de longa duração, inclusive para propiciar retorno de altos investimentos da concessionária; a permissão supõe média ou curta duração.

Arremata MEDAUAR (p. 351-2) que para veicular a permissão de serviço público foi criado o *contrato administrativo de adesão* (art. 40, da Lei nº 8.987/95), o que fez desaparecer por inteiro a clássica distinção entre concessão e permissão no sentido de que a primeira se efetivava por contrato e a segunda por ato administrativo discricionário, precário e revogável, em princípio a qualquer tempo. Aliás, o art. 175, da Constituição Federal de 1988, já estabelecera a exigência de licitação para ambas, o que indicava a natureza contratual também da permissão.

DI PIETRO (p. 121), de sua vez, assinala que a Lei nº 8.987/95 em nada ajudou a distinguir os dois institutos. No art. 2º, inciso IV, define a permissão de serviço público como “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”. Já no art. 40, determina que “a permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas atinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente”. O parágrafo único manda aplicar às permissões o disposto na lei.

Num tal contexto, DI PIETRO (p. 121) aponta as características da permissão:

- a) Precariedade no ato de delegação;
- b) Natureza do contrato de adesão;
- c) Revogabilidade unilateral pelo poder concedente;
- d) Possibilidade de a permissão ser feita a pessoa física, o que não está previsto para a concessão.

Diz, mais, que a possibilidade de o serviço público ser precedido de obra pública está prevista apenas com relação à concessão, o que se justifica plenamente, porque a realização de obra pública é incompatível com a precariedade que a lei pretendeu imprimir à permissão.

7.3. Autorização

A Constituição Federal, em seu art. 175, não se refere à autorização como forma de prestação de serviços públicos. Entretanto, no art. 21 (inciso XII), revela serviços que a União pode executar diretamente ou por meio do instituto em comento.

Ensina DI PIETRO (p. 122-3) que, no direito brasileiro, a autorização administrativa tem várias acepções. Designa o ato unilateral e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos. Trata-se da autorização como ato praticado no exercício do poder de polícia. De outro lado, é o ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso

privativo de bem público, a título precário. Trata-se da autorização de uso. Na terceira acepção, que nos interessa, é “o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário”. Trata-se da autorização de serviço público.

Ao lado da concessão e da permissão, a autorização é forma de delegação da execução de serviço público ao particular.

Explica MEDAUAR (p. 352) que quanto à autorização, permanece sua formalização por ato administrativo discricionário e precário. Em geral, pela autorização se transferem ao particular serviços de fácil execução, de regra sem remuneração por tarifas; é o caso da autorização para conservação de praças, jardins ou canteiros de avenidas, em troca da afixação de placa com o nome da empresa. Tal modalidade não é objeto da Lei nº 8.987/95.

DI PIETRO (p. 124-5) assinala que precisamente por ser a autorização dada no interesse exclusivo do particular, não há necessidade de que lhe sejam delegadas prerrogativas públicas. O Poder Público titular do serviço dá a autorização com base no poder de polícia do Estado e, com base nesse mesmo poder, estabelece as condições em que a atividade será exercida e fiscaliza o exercício da atividade. E que, “sendo a autorização, por definição, um ato precário, a rigor deve ser outorgada sem prazo, de tal forma que o Poder Público pode revogá-la, a qualquer momento, sem direito à indenização; a fixação de prazo poderá investir o beneficiário de direito subjetivo oponível à Administração, consistente em perdas e danos, em caso de revogação extemporânea”.

Arremata MEIRELLES (p. 376) que “a modalidade de *serviços autorizados* é adequada para todos aqueles que não exigem execução pela própria administração, nem pedem especialização na sua prestação ao público, como ocorre com os serviços de táxi, de despachantes, de pavimentação de ruas por conta dos moradores, de guarda particular de estabelecimentos ou residências, os quais, embora não sendo uma atividade pública típica, convém que o Poder Público conheça e credencie seus executores e sobre eles exerça o necessário controle no seu relacionamento com o público e com os órgãos administrativos a que se vinculam para o trabalho”.

8. Agências Reguladoras

Explica MEIRELLES (p. 334) que com a nova política governamental de transferir para o setor privado a execução de serviços públicos, reservando ao Estado a regulamentação, o controle e a fiscalização desses serviços, houve a necessidade de criar, na Administração, agências especiais destinadas a esse fim, no interesse dos usuários e da sociedade. Tais agências têm sido denominadas de *agências reguladoras* e foram instituídas como *autarquias sob regime especial*, com o propósito de assegurar sua autoridade e autonomia administrativa.

Com tal propósito, foram criadas as seguintes agências:

a) A Lei nº 9.427/96 instituiu a *Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL*, para regular e fiscalizar o setor de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica;

b) A Lei nº 9.472/97 instituiu a *Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL*, para regular e fiscalizar o setor de telecomunicações;

c) A Lei nº 9.478/97 instituiu a *Agência Nacional do Petróleo - ANP*, para regular e fiscalizar as atividades antes realizadas pela Petrobrás em regime de monopólio;

d) A Lei nº 9.782/99 instituiu a *Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVS*, com a finalidade de proteger a saúde da população, mediante o controle sanitário da produção e comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, tais como medicamentos, alimentos, cosméticos, laboratórios, planos de saúde, etc.;

e) A Lei nº 9.984/00 instituiu a *Agência Nacional de Águas - ANA* com competência para supervisionar, controlar e avaliar as atividades decorrentes do aproveitamento dos recursos hídricos, bem como outorgar, mediante autorização, o direito de uso da água em rios de domínio da União.

Salienta MEIRELLES (p. 334-5) que todas essas agências foram criadas como autarquias especiais, considerando-se o *regime especial* como “o conjunto de privilégios específicos que a lei outorga à entidade para a consecução de seus fins. No caso das *agências reguladoras* até agora criadas no âmbito da Administração Federal esses privilégios caracterizam-se basicamente pela *independência administrativa*,

fundamentada na estabilidade de seus dirigentes (mandato fixo), *autonomia financeira* (renda própria e liberdade de sua aplicação) e *poder normativo* (regulamentação das matérias de sua competência)”.

Acrescenta o autor que a Lei nº 9.986/00 dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, estabelecendo que elas terão relações de trabalho regidas pela CLT e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público. E para resguardar sua independência proíbe aos empregados, requisitados, ocupantes de cargos comissionados e dirigentes o exercício de qualquer outra atividade profissional, inclusive gestão operacional de empresa, ou direção político-partidária, excetuados os casos admitidos em lei. Com relação a compras e contratações de serviços, estende a todas as agências reguladoras o regime especial de licitação antes somente concedido à ANATEL, possibilitando que elas se utilizem das modalidades de consulta e pregão, nos termos de regulamento próprio. Excetuam-se apenas as contratações referentes a obras e serviços de engenharia, que ficam subordinadas às normas gerais de licitação e contratação da Administração Pública.

Bibliografia referida

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 1999.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

Universidade de Brasília
Curso de Regulação em Telecomunicações
Tema: **Regulamentação da prestação de serviços de telecomunicações**

Francisco Ribeiro Todorov
Master of Laws pela Universidade de Columbia, Nova Iorque
Advogado da Trench, Rossi e Watanabe em Brasília,
especializado em direito da concorrência e em direito das telecomunicações

“CONCORRÊNCIA EM TELECOMUNICAÇÕES”

APOSTILA

PARTE I - INTRODUÇÃO

As reformas introduzidas no sistema brasileiro de telecomunicações a partir da Emenda Constitucional n. 8/95, que eliminou o monopólio estatal no setor, tinham como um dos seus objetivos principais, senão o principal, a promoção da concorrência nos serviços de telecomunicações. Desta forma, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT), Lei n. 9.472/97, e as regulamentações que a seguiram, podem ser interpretadas como normas concorrenciais, no sentido em que visam a promover, e a proteger, a concorrência na prestação dos serviços.

Entretanto, para melhor entender o sistema normativo brasileiro das telecomunicações, é preciso compreender as peculiaridades deste setor que exigem a adoção de normas específicas para garantir a concorrência, visto que na maioria dos setores da economia a competição não requer um regime de normas impositivas de obrigações, mas apenas um conjunto de regras visando a impedir abusos. Neste sentido, é necessário entender como o sistema brasileiro de telecomunicações anterior ao da reforma foi formado, considerando-se os aspectos econômicos que propiciavam a formação do monopólio (a questão do monopólio natural), com os aspectos políticos que determinavam que este monopólio deveria ser de propriedade do Estado.

A partir deste cenário é possível melhor entender as regras de promoção da concorrência incluídas na LGT e nas regulamentações posteriores, verificando-se exatamente quais obstáculos à instauração da concorrência elas pretendem eliminar, e qual a eficácia e qual a “justiça” dessas regras.

Cabe ainda analisar a relação entre a regulação das telecomunicações e o sistema de defesa da concorrência. Ou seja, até que ponto as normas gerais de defesa da concorrência são aplicáveis ao setor de telecomunicações, considerando-se que a regulação da área foi desenhada exatamente para promover e proteger a concorrência? Se há algum espaço para essas normas gerais de defesa da concorrência, qual é este espaço? Neste tocante, iremos analisar o sistema brasileiro de defesa da concorrência, seus institutos e procedimentos, e sua aplicação ao setor das telecomunicações.

Começemos com um breve histórico das telecomunicações no Brasil.

1.1 – BREVE HISTÓRICO

A história das telecomunicações no Brasil pode ser dividida em três períodos – (i) o período anterior ao da edição do Código Brasileiro das Telecomunicações, por meio da Lei 4.117/62; (ii) o período entre a edição do Código Brasileiro das Telecomunicações (CBT) e a edição da LGT; e (iii) a fase atual, inaugurada a partir da edição da LGT. As três fases contém elementos interessantes do ponto de vista de um análise concorrencial.

Conforme exposto na Exposição de Motivos do projeto de lei que gerou a LGT (“Exposição de Motivos”), antes da edição do CBT, o Brasil vivia um sistema curioso. Um grande número de prestadores de serviços de telecomunicações (mais de 1200!), e uma precariedade significativa na prestação de serviços. A Exposição de Motivos explica que:

“No início da década de 1960, vigendo a Constituição de 1946, cabia à União, aos Estados e aos Municípios a exploração, de acordo com o seu âmbito, dos serviços de telecomunicações, diretamente ou mediante a correspondente outorga. Descentralizada da mesma forma era também a atribuição de fixar as tarifas correspondentes. Havia então cerca de 1.200 empresas telefônicas no País, a grande maioria de médio e pequeno porte, sem nenhuma coordenação entre si e sem compromisso com diretrizes comuns de desenvolvimento e de integração dos sistemas, o que representava grande obstáculo ao bom desempenho do setor.

Os serviços telefônicos concentravam-se na região centro-leste do País, onde se situavam mais de 60% dos terminais, explorados pela CTB – Companhia Telefônica Brasileira, de capital canadense. Os serviços telefônicos interurbanos eram precaríssimos, baseados apenas em algumas ligações em microondas de baixa capacidade, interligando o Rio de Janeiro, São Paulo, Campinas, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Brasília, e em poucos circuitos de rádio na faixa de ondas curtas. As comunicações telefônicas e telegráficas internacionais, que também não atendiam às necessidades do País, eram exploradas por empresas estrangeiras.”

A edição do CBT teve por objetivo alterar profundamente este cenário. O CBT propunha a criação de um sistema nacional de telecomunicações, concentrando a competência para regular os serviços apenas na União. Além disso, determinou a criação da Embratel, que seria responsável por administrar os troncos integrantes do sistema nacional de telecomunicações, e por prestar, na forma de monopólio, os serviços de longa distância nacional e internacional. A interligação das cidades brasileiras para a prestação dos serviços de longa distância nacional se iniciou a partir da constituição efetiva da Embratel, em 1965. Os serviços internacionais foram assumidos pela Embratel entre 1966 e 1973, na medida em que as concessões então vigentes expiravam. O primeiro pilar do sistema nacional de telecomunicações estava constituído – o estabelecimento de uma única empresa para integrar o País com serviços de longa distância nacional e internacional.

Entretanto, as mudanças trazidas pelo CBT não foram suficientes para resolver as dificuldades encontradas na prestação dos serviços de telefonia local. A solução encontrada foi a criação da Telebrás, ocorrida em 1972. A Telebrás, que passou a

controlar a Embratel, começou a adquirir as diversas prestadores de serviço local então existentes, consolidando-as em níveis estaduais. Constitui-se, então, o segundo pilar do sistema de telefonia – constituição de monopólios estaduais controlados pela União.

Desta forma, de um estágio inicial de fragmentação da prestação dos serviços, passou-se a ter um regime de monopólio federal na prestação desses serviços, por meio das empresas do sistema Telebrás. Esta mudança – de um regime concorrencial fragmentado e ineficiente para um regime monopolista estatal – foi fundamental para o desenvolvimento das telecomunicações no País. É certo que estas mudanças tiveram um fundamento político-ideológico – o Brasil vivia uma fase de estatização em diversos setores da economia. Entretanto, a razão maior para o sucesso da mudança pode ser explicada por conceitos econômicos tão simples como fundamentais.

1.2 – O MONOPÓLIO NATURAL

A doutrina econômica estabelece, como regra, que o regime concorrencial é o mais benéfico para a sociedade, pois a concorrência estimula reduções de preço nos produtos e serviços, melhoria da qualidade, redução dos custos, e, em geral, a alocação mais eficiente possível dos escassos recursos naturais. Este conceito é intuitivo – se há apenas um fornecedor de um determinado produto ou serviço, e se não há substitutos adequados para tal produto/serviço, o único fornecedor terá liberdade para impor livremente os seus preços. O preço será imposto no patamar que maximizar a lucratividade deste fornecedor. Desta forma, o fornecedor estará disposto a sacrificar um determinado volume de vendas, se isto for necessário para obtenção de um lucro maior¹.

Por outro lado, em um regime concorrencial os fornecedores não tem como aumentar seus lucros por um aumento de preços, visto que eles não têm como influenciar os preços do mercado. Desta forma, a única maneira de aumentar os lucros é por meio de uma redução de custos de produção, possibilitando uma margem maior de lucro nas vendas do produto, e/ou uma redução dos preços, aumentando a quantidade vendida, e, assim, o retorno final. Como estes incentivos são comuns a todos os fornecedores do mercado, a tendência natural é a de que o preço de mercado será praticamente o preço de custo de produção mais um lucro mínimo e suficiente para manter o interesse por aquele mercado, e a de que a quantidade vendida do produto seja em um patamar superior àquele caso o mercado fosse monopolizado.

Esta é a lógica da maioria dos mercados. Entretanto, existem determinados mercados em que, por sua estrutura e características, esta lógica simplesmente não funciona. Há casos em que a configuração mais eficiente é exatamente a de um monopólio – são os chamados monopólios naturais. Considera-se que um mercado será um monopólio

¹ Considerando um fornecedor monopolista que não pode discriminar preços entre seus consumidores, quanto o menor preço cobrado do produto/serviço, maior será a demanda por tal produto/serviço. Como o objetivo do monopolista é o de maximizar o seu lucro, ele irá buscar fixar o preço em um patamar em que a relação preço x quantidade vendida x custo de produção maximize o seu lucro. Normalmente isto significará que a quantidade vendida do produto/serviço será menor do que a quantidade que seria vendida em um regime de concorrência.

natural se os custos fixos² de um produtor sejam extremamente elevados, sendo que, entretanto os seus custos marginais³ sejam mínimos. Isto significa que quanto maior a produção, menor o custo médio total⁴ do produto. Ou seja, os custos de produção diminuem na medida em que a escala de produção aumenta. Em um monopólio natural não há um limite nesta relação, sendo que o custo de um produtor para atender a todo o mercado será menor do os custos de dois ou mais produtores para atender o mesmo mercado⁵.

A prestação de serviço de telefonia fixa local sempre foi considerada pela doutrina especializada, e pelas autoridades públicas dos diversos países, como um monopólio natural. Vejamos. O custo fixo de entrada neste mercado é altíssimo. Faz-se necessário construir uma rede de telecomunicações em toda a cidade, para oferecer os serviços a toda a população. O custo de construir e de manter a rede é muito alto. E ele independe do número de pessoas efetivamente usando o serviço. Se a empresa tem apenas dois clientes, mas eles estão em lados opostos da cidade, ainda assim é necessário construir uma rede que atravessa a cidade para conectá-los. E o custo de construir esta rede e mantê-la é basicamente o mesmo se houver dois ou duzentos mil usuários.

Por outro lado, uma vez construída a rede naquela cidade, o custo adicional acarretado pelo oferecimento do serviço a cada um dos habitantes é muito pequeno. Como o incremento de custo é baixo, quanto maior o número de usuários, menor será o custo médio total para a prestação do serviço.

Caso um outro fornecedor pretenda competir na prestação de serviço de telefonia naquela cidade, deveria, em tese, estabelecer a sua própria rede local. Ou seja, seria necessário duplicar a infra-estrutura já existente para competir no mercado. Mesmo que o entrante incorra nos elevados custos de construção e manutenção de uma nova rede, o problema maior resta no fato de que terá que dividir a base de clientes existente com o fornecedor já estabelecido. Tendo em vista que o custo marginal de atendimento do cliente é baixo, o resultado é que o custo médio total de cada um dos dois provedores para o provimento do serviço de telefonia local será muito mais alto do que o custo médio total para o provimento do serviço caso houvesse apenas um fornecedor. Isto significa que não é economicamente viável estabelecer uma rede local concorrente, o que indica que a prestação de serviços de telefonia fixa local é um monopólio natural – pois esta é a configuração de mercado que é mais eficiente.

² Custos fixos são aqueles que são incorridos pelo fornecedor apenas por estar presente no mercado, e que não variam de acordo com a quantidade do produto que é fabricado. Por exemplo, os custos de instalação e manutenção de uma fábrica de automóveis são custos fixos, pois o fornecedor deverá arcar com eles independentemente de estar produzindo um ou mil automóveis por mês.

³ Custo marginal é aquele incorrido pela produção de uma unidade adicional de um produto ou serviço. No exemplo anterior, custo marginal seria aquele incorrido pela produção de um automóvel adicional, excluindo-se todos os custos fixos que são incorridos de qualquer maneira.

⁴ Custo de produção de cada unidade produzida, que é obtido pela divisão do custo total de produção (custos fixos + custos variáveis) pela quantidade total produzida.

⁵ Perceba-se que esta relação não é verdadeira no exemplo do automóvel. Muito embora considerando-se que em uma fábrica já instalada o custo médio total é reduzido na medida em que aumenta a produção daquela fábrica, esta relação só é verdadeira até o limite de produção daquela fábrica em particular. Com um aumento elevado na demanda, o fabricante seria forçado a construir outra fábrica, incorrendo, então, em altos custos fixos adicionais para atender o incremento daquela demanda. Além disso, a escala de eficiência de uma fábrica de automóveis indica que o aumento da produção para certos níveis muito elevados pode gerar custos marginais maiores, e não menores.

A compreensão da questão do monopólio natural é fundamental para entender a história da regulação da telefonia, e também para compreender o modelo brasileiro atual. Conforme veremos, os esforços de promoção da concorrência levam em consideração as limitações causadas pela existência do monopólio natural, e alternativas regulatórias são indicadas para superar esta dificuldade.

1.3 – OS EFEITOS DE REDE (*NETWORK EFFECTS*)

Há ainda outra explicação econômica para justificar as medidas de consolidação do sistema de telefonia adotadas nas décadas de 60 e 70 no Brasil. Em determinados mercados, o valor do produto ou serviço aumenta na medida em que aumenta o número de consumidores ou usuários do produto ou serviço. Estes são os *network effects*, ou as externalidades de rede. Um exemplo típico de mercado em que isto se verifica é o mercado de sistemas operacionais, no qual o “Windows”, da Microsoft, é o programa dominante (com mais de 90% do mercado). O principal elemento que hoje torna o Windows indispensável nos computadores ao redor do mundo não é a qualidade intrínseca do programa, mas sim o fato de que todas as pessoas o utilizam. Como todas as pessoas utilizam este programa, é mais vantajoso para qualquer consumidor utilizá-lo também, pois não haverá qualquer problema com a transferência de seus arquivos para terceiros, ou com o recebimento de arquivos de terceiros. Além disso, há uma maior facilidade para adquirir software para utilizar com o Windows, visto que a grande parte dos softwares são desenvolvidos para uso nesta plataforma. E o são porque este sistema operacional é o mais usado em todo o planeta.

Ou seja, o fato de o Windows ser o sistema operacional mais usado é o fator principal de escolha para o consumidor e para os programadores de software, e o fato de os programadores de software criarem novos programas para uso com o Windows, e a contínua escolha de novos consumidores, garantem que o Windows continuará a ser o sistema operacional mais utilizado. Note-se que isto não se dá pelo fato de o Windows ser o “melhor” sistema operacional disponível, mas sim pelo fato de ser o mais usado. Quanto mais usado, maior o seu valor, e maior a garantia de que continuará a ser o mais usado.

Essas externalidades de rede também estão presentes em um sistema de telefonia. O objetivo do consumidor do serviço de telefonia é se comunicar com terceiros. Quanto maior o número de pessoas que pode ser acessada pelo consumidor como seu telefone, maior o valor que o consumidor dará a este serviço. Se na década de 60 no Brasil havia mais de 1200 prestadores de serviços de telefonia, que não necessariamente estavam conectados uns aos outros, é óbvio que o resultado era o de que o valor do serviço prestado era reduzido. Desta forma, por meio da criação de um sistema único de telefonia no País, e com a criação da Embratel e do Sistema Telebrás, foi possível aumentar o valor do serviço prestado – garantindo a possibilidade de comunicação entre pessoas nos mais diversos cantos do país. E a escala trazida pela integração possibilitou a realização de investimentos para o incremento da rede.

Embora hoje se questione a lógica do monopólio natural, e a LGT tenha por objetivo promover a competição nos serviços, o entendimento da essencialidade da ligação

entre as redes de telefonia para garantir o valor da prestação do serviço permanece, por meio da garantia e obrigatoriedade de interconexão entre as redes de prestadores de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

1.4 – A MUDANÇA DO PARADIGMA NAS TELECOMUNICAÇÕES – A PRIVATIZAÇÃO E A INTRODUÇÃO DA CONCORRÊNCIA

Muito embora a integração do sistema, e a estatização, dentro do contexto da época, tenham sido fundamentais para o desenvolvimento das telecomunicações no Brasil, o modelo não atingiu plenamente os objetivos iniciais, principalmente o de universalização do serviço de telefonia. A falta de recursos públicos disponíveis para investimento no crescimento das redes, aliada a uma política tarifária estabelecida com objetivos políticos e macroeconômicos (leia-se, controle da inflação) e às restrições gerenciais impostas às empresas estatais, impossibilitaram à Telebrás fazer crescer a rede de telefonia constantemente para atender a demanda também crescente por esses serviços. Mas a Exposição de Motivos mensagem presidencial que acompanhou o projeto de lei que gerou a LGT traz também outro fator:

“Uma outra [justificativa], de importância igual ou maior, deve ser citada: é a acomodação resultante do monopólio, da ausência de competição. A necessidade de conquistar e manter clientes, em ambiente de competição, funciona como poderoso estimulante à busca de soluções inovadoras para o melhor atendimento à demanda, para a redução custos e para a melhoria da qualidade. Esse estímulo, as empresas estatais da área de telecomunicações não tiveram”.

Ou seja, os fatores apontados pelos idealizadores da reforma dos anos 90, considerados impeditivos ao crescimento das telecomunicações no Brasil, após o incrível avanço dos anos 60 e 70 foram: o controle estatal e o regime monopolista de competição. Por isso, o objetivo da Emenda Constitucional n. 8/95 e da LGT era exatamente o de privatizar o Sistema Telebrás e promover concorrência nos serviços. A decisão sobre a privatização do Sistema Telebrás está ligada a todo o projeto de privatização ocorrido nos anos 90 no Brasil, com o realinhamento do papel do Estado na economia para uma função regulatória e não de participação direta na atividade econômica. O movimento de introdução de competição nos serviços de telecomunicações acompanhou uma tendência mundial, também nos anos 90, de redefinição dos modelos regulatórios do setor, e de revisão dos conceitos existentes sobre o monopólio natural.

Como vimos, a prestação de serviços locais de telefonia fixa tem características claras de monopólio natural. Entretanto, a telefonia fixa local é apenas um dos diversos serviços de telecomunicações existentes, e há vários outros em que não há qualquer justificativa econômica para a manutenção de um monopólio. Por exemplo, a telefonia celular ingressou no Brasil efetivamente no início dos anos 90. Tratava-se de um serviço novo de telefonia, no qual as regras técnicas e econômicas vigentes para a telefonia local não se aplicavam. Como a telefonia móvel dispensa a instalação de redes físicas significativas dentro das cidades (visto que a transmissão do sinal ocorre por transmissões pelo ar), os custos fixos de instalação eram bem menores do que os da telefonia tradicional. Desta forma, não mais era possível dizer que seria impossível duplicar a rede de telefonia móvel em uma determinada cidade. Com efeito, o que se

vê hoje no Brasil é a prestação deste serviço por até quatro provedores em determinadas localidades.

Além disso, houve uma reavaliação sobre a necessidade de manutenção de monopólio em relação a outros serviços de telefonia – como os serviços de telefonia de longa distância e internacional. Mais uma vez, aqui a lógica do monopólio natural não se aplica, visto que nada impede a existência de mais de uma rede de transmissão de sinais telefônicos em diversas regiões do País ou para o exterior. Com efeito, há alternativas tecnológicas para a transmissão dos sinais – seja por meio de satélite ou por meio de cabos de fibras óticas, por exemplo.

Um fator relevante para esta reavaliação do modelo foi avanço tecnológico ocorrido nas últimas décadas. Soluções anteriormente inexistentes passaram a ser apresentadas para desmoralizar argumentos em prol do monopólio. Por exemplo, a introdução de alternativas de transmissão de sinais à longa distância – mais notadamente por meio de cabos de fibras óticas – trouxe uma solução inexistente na década de 60, reduzindo os custos de transmissão, e, assim, facilitando a introdução de um regime de concorrência na telefonia de longa distância.

Este então era o cenário existente na definição do novo modelo regulatório – esgotamento da capacidade de investimento do Estado; acomodação trazida pela prestação dos serviços de telecomunicações em regime de monopólio; inovações tecnológicas permitindo soluções anteriormente impensáveis; e redefinição do papel do Estado na economia.

O desafio, entretanto, era, e ainda é, o de garantir que o regime de concorrência não iria prejudicar o objetivo maior de garantia de acesso dos serviços básicos de telecomunicações a toda população brasileira – a universalização dos serviços. Conforme veremos abaixo, a universalização sempre foi financiada por políticas de subsídios cruzados, por meio dos quais os usuários de serviços de telefonia de longa distância subsidiavam a prestação do serviço local, os usuários urbanos subsidiavam os usuários rurais, e as receitas trazidas pela exploração em monopólio viabilizavam a expansão dos serviços⁶. O regime concorrencial inviabiliza uma política de subsídios cruzados, conforme veremos. A questão, então, era saber como introduzir a concorrência sem prejudicar os objetivos com a universalização dos serviços.

1.5 – OBJETIVOS DA REFORMA

⁶ A mensagem que acompanhou o projeto de lei que gerou a LGT critica este entendimento: “A receita média gerada atualmente pelos terminais em serviço tem cerca de 43% provenientes dos serviços locais e 57% dos serviços de longa distância, enquanto os custos distribuem-se 81% para os serviços locais e 19% para os de longa distância. Esse desequilíbrio é consequência da política de subsídios cruzados adotada no Brasil (e também em outros países) em situação de monopólio, sob o argumento principal de que, transferindo-se receita dos serviços interurbano e internacional, em princípio utilizados pelas empresas e pelas camadas da população de maior renda, estar-se-ia subsidiando as camadas menos favorecidas do povo, usuárias essencialmente apenas dos serviços locais. Como já mostrado anteriormente, esse argumento é falacioso, de vez que, no Brasil, as camadas mais pobres da população não dispõem de atendimento telefônico individualizado, de modo que o subsídio acabou beneficiando mesmo as classes sociais mais favorecidas. Ao onerar as empresas com custos mais elevados para os serviços que elas mais usam – interurbano e internacional – esse subsídio às avessas acabou significando uma penalização às classes mais pobres, pois certamente o diferencial de custos foi repassado aos preços dos produtos que elas consomem”.

A Exposição de Motivos resume os objetivos da reforma: *“De forma sucinta, esses objetivos poderiam ser vistos como a consolidação de dois princípios essenciais: a introdução da competição na exploração dos serviços e a universalização do acesso ao serviço básico”*. Entretanto, outro objetivo foi também apresentado, em possível contradição aos anteriores – a maximização do valor de venda das empresas estatais de telecomunicações. Explica a Exposição de Motivos: *“Esse objetivo expressa a intenção de que o processo de privatização das atuais operadoras estatais seja planejado de forma que os objetivos essenciais ligados à introdução da competição e à promoção do acesso universal aos serviços básicos sejam alcançados, sem, contudo, provocar impactos negativos importantes no valor de venda dos ativos a serem vendidos”*.

Analisemos, primeiramente, a questão da maximização dos ativos na privatização, e de que maneira isto afetou os objetivos principais da reforma – competição e universalização.

1.6 – O MODELO DA PRIVATIZAÇÃO

O Sistema Telebrás incluía empresas de âmbito estadual que prestavam serviços de telefonia local e serviços móveis (como o celular – massificado a partir dos anos 90), e a Embratel, que prestava serviços de telefonia de longa distância e internacional. Em preparação à privatização, as empresas estaduais foram reunidas em apenas três⁷, e colocadas à venda juntamente com a Embratel (como monopolista do serviço de longa distância inter-regional e internacional). A questão era saber quando seria permitida a introdução de competição, e em que termos. A resposta a esta pergunta afetaria diretamente o valor de venda do Sistema Telebrás: quanto mais rápida a introdução de competidores – o que aparentemente seria benéfico, visto que a introdução da concorrência era o objetivo básico do sistema -, menor seria o valor de venda das empresas. Por outro lado, quanto maior a proteção garantida aos novos proprietários maior seria o valor que estariam disposto a pagar pelas empresas.

Neste sentido, as seguintes “linhas de ação” foram adotadas, conforme recomendado na Exposição de Motivos:

- “a) o órgão regulador [ANATEL] deverá ser criado antes da privatização e do início da competição, para garantir que, desde o começo, se tenha disponíveis a infra-estrutura e as habilidades necessárias à definição das regras de competição e à solução objetiva de conflitos;*
- b) a competição não deverá começar antes da privatização, de modo a dar às operadoras atuais condições de se prepararem para competir, dentro das fronteiras estabelecidas pelo órgão regulador, sem as restrições de gestão a que se encontram atualmente sujeitas, na condição de empresas estatais;*
- c) deverão ser realizados, conjugados com o processo de outorga das novas licenças, leilões de espectro, de modo a assegurar aos operadores, antigos e novos, oportunidade de acesso aos recursos de que necessitam para concorrer com sucesso;*

⁷ Telesp – incluindo o estado de São Paulo; Telemar – incluindo a maioria dos estados costeiros; TeleCentroSul – incluindo a região sul e a maioria dos estados localizados no interior.

d) as operadoras das regiões menos atrativas poderão contar com um período de proteção legal, antes do início da competição, para melhorar sua atratividade ao capital privado. Todas as regiões em que o Brasil vier a ser dividido terão, na prática, um período de monopólio de fato, devido ao tempo que os novos operadores precisarão para preparar sua infra-estrutura e para atrair consumidores. O período de proteção legal seria, portanto, adicional a esse prazo de monopólio de fato. [...]” (grifos daqui)

Percebe-se claramente que optou-se por garantir um poder de monopólio privado inicial aos investidores, como incentivo para a aquisição das empresas, e, também, como forma de maximização de receitas com a privatização. É claro que outros objetivos poderiam ter sido privilegiados – as licenças para concorrentes poderiam ter sido concedidas antes da privatização exatamente para possibilitar o estabelecimento de um concorrente viável antes da transferência do operador tradicionalmente monopolista para o setor privado.

Além disso, poder-se-ia ter privilegiado na privatização as ofertas dos investidores que maximizassem os objetivos de universalização, em detrimento do valor puro e simples a ser pago pelas licenças. Desta forma, estar-se-ia buscando alcançar, de forma mais expedita, o outro objetivo da reforma – garantia da universalização dos serviços básicos de telecomunicações.

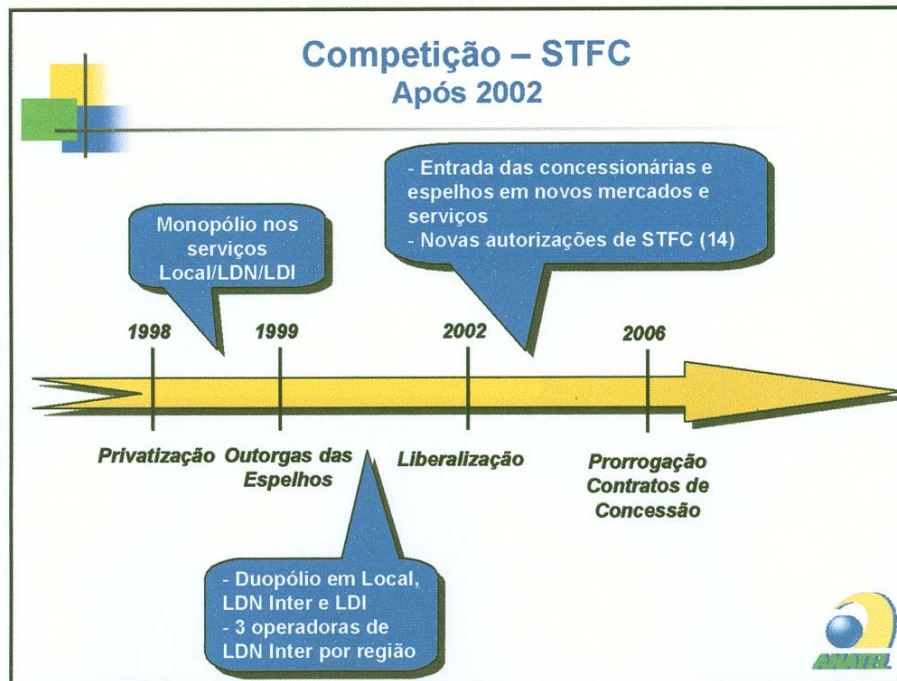
Entretanto, optou-se por maximizar o retorno financeiro imediato pela venda das empresas, em detrimento dos objetivos básicos da reforma – concorrência e universalização. Neste sentido, pode-se dizer que os investidores pagaram ao Estado pelo direito de explorar em regime de monopólio por um determinado período de tempo.

Pode-se discutir se esta decisão foi ou não foi correta, sendo que, contudo, seria difícil imaginar a viabilidade política de uma privatização que não gerasse um retorno financeiro imediato ao Estado, tendo vista a existência de oposição (tanto à época como ainda agora) à reforma, sob o argumento de que estaria havendo uma entrega do patrimônio nacional ao setor privado.

A reforma, então, previa a transferência das empresas re-estruturadas para o setor privado, com a conseqüente emissão de licença para apenas um concorrente para cada uma dessas empresas (novamente, preponderância do objetivo de obtenção de recursos financeiros com o processo). Haveria então um regime de duopólio legal por um determinado período de tempo, até o momento em que não mais haveria limite para a concessão de licenças para prestação do serviço. Após esta fase inicial, haveria, ao menos no plano regulatório, as condições para o estabelecimento definitivo de concorrência em todos os serviços.

O quadro abaixo⁸ demonstra a evolução do regime de competição na telefonia fixa:

⁸ Extraído dos slides da palestra intitulada “Concorrência, tarifas e consolidação de mercado: o papel do agente regulador”, proferida pelo Presidente da ANATEL, Luiz Guilherme Schymura de Oliveira, ([http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/biblioteca/releases/2003/anexo_release_11_04_2003\(3\).pdf](http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/biblioteca/releases/2003/anexo_release_11_04_2003(3).pdf))



PARTE II - A REGULAÇÃO PARA A PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA

A introdução de concorrência em mercados monopolizados é extremamente difícil. Mesmo desconsiderando-se as dificuldades de instalação de uma nova empresa, faz-se necessário enfrentar o fato de que o fornecedor já estabelecido (incumbente) tem uma marca consolidada e reconhecida pelos consumidores. No setor de telecomunicações, mais especificamente em telefonia fixa, as dificuldades são ainda maiores. O incumbente está fisicamente ligado ao consumidor, por meio da linha telefônica. Além disso, os elementos de monopólio natural do mercado tornam a duplicação da rede instalada impossível (no caso dos acessos locais), sendo necessário que o novo entrante dependa de acesso à rede do seu concorrente, que, assim, tem possivelmente uma vantagem adicional para impedir a concorrência efetiva no mercado.

Desta forma, não basta a eliminação de barreiras legais para o acesso ao mercado. A regulação precisa ser pró-ativa, visando exatamente à promoção da concorrência. Este é o propósito da LGT e das regulamentações editadas a partir dela. De acordo com a LGT (Art. 2º, III), “o Poder Público tem o dever de adotar medidas que promovam a competição e a diversidade de serviços”. O Art. 6º. da LGT expõe claramente o princípio da promoção da competição, reconhecendo que, no setor de telecomunicações, em muitos casos ela pode ser imperfeita:

“Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.”

A LGT reconhece as dificuldades para a introdução da concorrência. A Exposição de Motivos já listava claramente quais os desafios que precisavam ser enfrentados para o estabelecimento do regime concorrencial nos serviços de telecomunicações:

“Com relação às regras básicas para assegurar que a competição seja justa, elas podem ser resumidas nas seguintes:

- *interconexão obrigatória das redes que prestam serviços destinados ao público em geral;*
- *acesso não discriminatório dos clientes aos prestadores de serviços que competem entre si;*
- *plano de numeração não discriminatório;*
- *possibilidade de acesso dos concorrentes às redes abertas em condições adequadas;*
- *eliminação dos subsídios cruzados entre serviços;*
- *regulação tarifária dos operadores dominantes;*
- *direitos de passagem não discriminatórios;*
- *resolução dos conflitos entre operadores pelo órgão regulador”.*

Passamos a analisar de que maneira a LGT e a regulamentação subsequente aborda cada um desses elementos.

2.1 – Interconexão

Conforme exposto acima, o mercado de telecomunicações se caracteriza pela presença de network effects. Quanto maior o número de pessoas que possam ser alcançadas pelo uso do serviço telefônico prestado por uma companhia, maior será o valor desse serviço. Entretanto, na ausência de uma obrigação de se realizar a interconexão entre os usuários do serviço prestado pela incumbente com o usuário do novo concorrente, é óbvio que não seria possível a implementação da concorrência, pois o serviço prestado pela nova empresa não teria qualquer valor para o usuário. Desta forma, não há possibilidade de estabelecimento de concorrência sem uma obrigação clara de interconexão das redes.

Ademais, a interconexão das redes é fundamental também para ligar provedores não concorrentes localizados em diversas localidades, e também para ligar provedores de serviços distintos (provedores de serviço móvel celular⁹ e provedores de outros serviços de telefonia). Desta forma, a interconexão serve também para maximizar o valor dos serviços de telecomunicações em geral.

A interconexão é definida pelo parágrafo único do Art. 146 da LGT: *“Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponível”.*

A obrigação de interconexão está prevista no Art. 146, I, da LGT (*“é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação”*), sendo que a forma pela qual a interconexão será realizada está prevista nos Arts. 152 e 153 da LGT:

⁹ Agora Serviço Móvel Pessoal – SMP.

“Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.

§1º O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado.

§2º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão.”

Algumas considerações são necessárias. Primeiramente, as condições de interconexão não podem ser discriminatórias, i.e., as mesmas condições de preço e de acesso devem ser oferecidas a todos os prestadores que a ela fazem jus. Caso contrário, seria possível ao incumbente regular a concorrência, favorecendo a interconexão para alguns em prejuízo a outros. Pode-se dizer, em regra, que o provedor de serviço ao qual é solicitada a interconexão não pode se aproveitar da sua posição para negociar a interconexão de forma a distorcer a concorrência¹⁰. Com efeito, de acordo com o Regulamento Geral de Interconexão (Resolução n. 40/98, alterada pela Resolução n. 130/99), os contratos de interconexão devem ser homologados pela ANATEL sendo que, contudo, *“a homologação será negada se o contrato for prejudicial à ampla, livre e justa competição”* (Art. 41, §1º).

Além disso, os preços devem ser “justos”. Entretanto, a LGT não diz que preço é justo, e também não estabelece que a interconexão deve ser oferecida a preço de custo, o que significa que o incumbente poderia cobrar uma margem de lucro (não definida, mas “justa”) para a interconexão. A definição do preço para a interconexão é um dos elementos mais complexos na questão da promoção da concorrência no mercado de telecomunicações, tendo em vista que, obviamente, o incumbente acha justo um preço que é superior ao que considera justo o novo entrante. As mesmas discrepâncias ocorrem na relação entre os provedores de serviço local e de serviço de longa distância, ou entre os provedores de serviço local ou longa distância e os provedores de serviços de telefonia celular. As tensões causadas pela dificuldade de se chegar a um consenso sobre o preço a ser pago tendem a sobrecarregar a ANATEL para o arbitramento desses valores.

¹⁰ Neste sentido, cabe notar o disposto no Art. 8º do Regulamento Geral de Interconexão: “Nas negociações destinadas a estabelecer os contratos de interconexão são coibidos os comportamentos prejudiciais à livre, ampla e justa competição entre prestadoras de serviço, no regime público e privado, em especial: I – prática de subsídios, para redução artificial de tarifas ou preços; II – uso não autorizado de informações obtidas de concorrentes, decorrentes de contratos de interconexão; III – omissão de informações técnicas e comerciais relevantes à prestação de serviço por outrem; IV – exigência de condições abusivas para a celebração de contrato de interconexão, tais como, cláusulas que impeçam, por confidencialidade, a obtenção de informações solicitadas pela ANATEL ou que proíbam revisões contratuais derivadas de alterações na regulamentação; V – obstruir ou protelar intencional das negociações; VI – coação visando à celebração do contrato de interconexão; VII – a imposição de condições que impliquem em uso ineficiente das redes ou equipamentos interconectados”.

O Decreto n. 4.733/2003¹¹, que dispõe sobre as políticas públicas de telecomunicações, estabelece que, a partir da renovação dos contratos de concessão de telefonia fixa (Art. 7, I), “*a definição das tarifas de interconexão [...] dar-se-á por meio da adoção de modelo de custo de longo prazo [...]*”. O objetivo é deixar a regra para a fixação do preço mais clara, e possivelmente reduzir o valor desta cobrança por meio de fixação do preço com base em modelos ideais (e não necessariamente reais) de custos, em benefício da promoção da concorrência. Entretanto, é possível ainda prever que a definição deste preço continuará sendo um tema difícil para a ANATEL.

2.2 – Acesso aos Diferentes Prestadores de Serviços

De forma a que a concorrência seja possível, é necessário garantir o direito de escolha dos usuários nos diferentes serviços. Isto vai além da simples possibilidade de definir qual será o provedor de acesso local na telefonia fixa, ou de definir qual será o seu prestador de serviço de telefonia móvel. Considerando que o provedor de telefonia fixa local é o único fisicamente ligado ao usuário, é necessário que este acesso privilegiado não permita que o provedor do serviço local distorça a concorrência na prestação dos demais serviços, ou não onere o usuário, por exemplo, em suas ligações a usuários de serviços concorrentes.

Neste sentido, é interessante notar o disposto no Art. 3º., II, da LGT, que estabelece que “*o Usuário dos serviços de telecomunicações tem direito à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço*”. Este direito é repetido de forma mais específica no Art. 12, II, do Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado (Resolução n. 85/98), que estabelece que o “*Usuário do STFC [telefonia fixa] tem direito à liberdade de escolha de sua Prestadora de serviço, em suas várias modalidades*”.

Desta forma, é interessante notar o disposto no Art. 39, parágrafo único, da Resolução n. 86/98, que estabelece claramente que o oferecimento de alternativas aos consumidores para a seleção de prestadoras de serviços de telecomunicações é uma obrigação de natureza concorrencial:

“A não implementação, até 31 de dezembro de 1999, da possibilidade de escolher, a cada chamada, a prestadora de STFC na modalidade longa distância nacional ou internacional, será caracterizada como ato prejudicial à competição, sujeitando a prestadora às sanções previstas na regulamentação.”

Esta regulamentação é extremamente positiva para estimular a concorrência, na medida em que permite o usuário fazer a escolha do prestador de serviço de longa distância e internacional cada vez que realiza uma ligação telefônica. Desta forma, em princípio, os provedores desses serviços não têm clientes “cativos”, sendo que o preço a ser cobrado pelo serviço acaba sendo de grande importância na escolha para a realização da ligação. Este modelo é um avanço em relação ao modelo norte-americano, por exemplo. Nos Estados Unidos existe também concorrência nos serviços de longa distância, sendo que, entretanto, o usuário escolhe o provedor desses serviços, e, a partir da escolha, todas as ligações serão feitas por meio desse provedor.

¹¹ Existe uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN nº 2901-1) em análise no Supremo Tribunal Federal, que questiona a competência do Presidente da República para a edição deste decreto, diante da alegada existência de autonomia da ANATEL.

Há liberdade para troca de provedor sendo que, entretanto, existe uma comodidade em se manter o mesmo provedor, o que prejudica de alguma forma a concorrência¹².

Em um primeiro momento a possibilidade de escolha do provedor de serviços de longa distância estava limitada às ligações feitas por telefones fixos. A partir da entrada em vigor do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal¹³, tal possibilidade foi estendida também aos usuários deste serviço (telefonia móvel celular). Dispõe o Art. 75 do regulamento:

“O Usuário do SMP, no exercício do seu direito de escolha, deve selecionar a prestadora de STFC de sua preferência para encaminhamento de chamadas de Longa Distância a cada chamada por ele originada.”

2.3 – Plano de Numeração Não Discriminatório

Os números de telefone, ou códigos de acesso conforme tratados pela regulamentação, são ativos importantes na prestação do serviço de telecomunicações. Os concorrentes que oferecerem numerações mais atraentes para os usuários terão uma vantagem competitiva importante. Fatores que podem ser relevantes são a simplicidade para memorização dos números, eventuais superstições referentes a números etc.. Por isso, é fundamental que a alocação desses números às diversas prestadoras de serviço seja feita de forma não discriminatória, para garantir a isonomia na relação concorrencial entre as empresas. Neste sentido estabelece o Art. 151 da LGT:

“A Agência disporá sobre os planos de numeração dos serviços, assegurando sua administração de forma não discriminatória e em estímulo à competição, garantindo o atendimento aos compromissos internacionais”.

No mesmo sentido dispõe o Art. 11 do mesmo Regulamento de Numeração (Resolução n. 83/98):

“Na Destinação, Atribuição e Designação de Recursos de Numeração devem ser considerados o seu emprego racional, eficiente, não discriminatório, em estímulo à competição e sem interferências prejudiciais aos serviços de telecomunicações prestados”.

Uma outra questão, talvez mais fundamental sob o ponto de vista da concorrência, referente à numeração, é a questão da portabilidade dos códigos de acesso quando há troca de prestador do serviço de telefonia fixa local, ou de telefonia móvel. Esta é uma questão bastante polêmica, não em relação ao princípio em si, mas às dificuldades técnicas e os custos de se garantir este direito aos usuários.

¹² Neste sentido, diz-se que há “switching costs” que reduzem a propensão do usuário de escolher outro provedor para o serviço, o que não ocorre no modelo brasileiro. Esses custos estão presentes, e são significativos, nos serviços de telefonia local e celular, principalmente pela questão da necessidade de alteração do número do telefone do usuário (conforme veremos abaixo).

¹³ Anexo à Resolução n. 245/2000. O Serviço Móvel Pessoal (SMP) é o substituto do Serviço Móvel Celular (ambos tratam de serviços de telefonia móvel). Nem todos os prestadores desse serviços “migraram” para o SMP. A possibilidade de seleção do prestador de serviço de telefonia de longa distância é restrita aos usuários do SMP.

A questão da portabilidade é de grande importância para a análise concorrencial, pois o desejo ou mesmo a necessidade de se manter o mesmo número telefônico pode ser o fator decisivo para determinar que o usuário não decida mudar o seu prestador de serviço local. Neste sentido, o “switching cost” existente na mudança de prestador – necessidade de mudar o código de acesso – pode efetivamente representar uma significativa barreira à concorrência.

Para usuários residenciais, a manutenção do mesmo código de acesso pode muitas vezes ser apenas uma questão de conforto. Ainda assim, é possível que grande parte dos usuários esteja disposta a manter a relação contratual com um prestador de telefonia local, mesmo que o concorrente apresente condições de prestação mais vantajosas. Se isto pode ser verdadeiro para os usuários residenciais, não há dúvidas de que o é para os usuários comerciais. Nestes casos, o número de telefone representa mesmo um fundo de comércio (“goodwill”), e a mudança deste número pode em muitos casos significar prejuízos financeiros com perda de negócios. Desta forma, é possível que tais usuários (que são os mais lucrativos para os operadores) sequer cogitem mudar de prestador caso não possam manter o mesmo número de telefone.

A LGT não prevê o direito à portabilidade do código de acesso. Entretanto, há uma tentativa de se contornar a dificuldade causada aos usuários pela mudança do código de acesso. Estabelece o parágrafo único do já citado Art. 151:

“A Agência disporá sobre as circunstâncias e as condições em que a prestadora de serviço de telecomunicações cujo usuário transferir-se para outra prestadora será obrigada a, sem ônus, interceptar as ligações dirigidas ao antigo código de acesso do usuário e informar o seu novo código”.

Entretanto, outros regulamentos são mais ousados ao indicar a necessidade de estabelecer o direito à portabilidade. Estabelece o Art. 84 do Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado (Resolução n. 85/98):

“A Prestadora deve assegurar o direito do Assinante, de forma onerosa, à portabilidade de Código de Acesso, no prazo e condições definidos na regulamentação”.

Já o acima mencionado Decreto n. 4.733/2003 estabelece, em seu Art. 7º, que na renovação dos contratos de concessão, em 2006, deve-se garantir, entre outras diretrizes, *“a possibilidade de ser assegurada aos assinantes de serviços de telecomunicações, residenciais e não residenciais, a portabilidade do número local”.*

Em cumprimento ao disposto no Decreto, as minutas dos novos contratos de concessão a serem assinados em 2006 estabelecem, no Capítulo X – Do Plano de Numeração, que:

“Cláusula 10.1. A Concessionária se obriga a obedecer ao Regulamento de Numeração do Serviço Telefônico Fixo Comutado, devendo assegurar ao assinante do serviço a portabilidade de códigos de acesso, nos termos da regulamentação.

§1º A Concessionária arcará com os custos decorrentes da regulamentação referida no caput desta cláusula.

§2º Os custos referentes aos recursos necessários para permitir a implantação e a operação da portabilidade de códigos de acesso deverão ser integralmente assumidos pela Concessionária quando se tratar de sua própria rede.

§3 Os custos referentes aos recursos comuns necessários à implantação e operação da portabilidade de códigos de acesso serão assumidos pelas prestadoras, nos termos da regulamentação.

[...]”.

Não é difícil imaginar que esta proposta será alvo de grandes discussões a partir de agora. Como dito acima, o princípio da portabilidade não é questionado, mas a dificuldade é a “justa” alocação dos custos decorrentes. É certo que impor o custo ao usuário é o mesmo do que não garantir o direito, pois trata-se claramente de uma barreira para a mudança. Por outro lado, resta saber qual é o equilíbrio correto da distribuição dos custos entre o prestador que está perdendo o cliente, e aquele que está ganhando.

2.4 – Acesso dos Concorrentes às Redes Abertas – “Unbundling”

Esta questão é de extrema importância na implementação da concorrência no serviço de telefonia fixa local. Como discutido acima, a rede local de telefonia fixa é um elemento de monopólio natural. Não há viabilidade econômica, diante do estado atual da tecnologia, de reprodução desta rede para viabilizar a concorrência. A reprodução da rede, além de ser tecnicamente muito difícil pelo problema de espaço nas grandes cidades, é economicamente inviável. Como visto, neste tipo de mercado os custos médios totais caem com o aumento do número de usuários do serviço. Desta forma, a reprodução da rede, com a divisão dos usuários entre dois prestadores, irá gerar um aumento de custos na prestação dos serviços, com um decorrente aumento de preços – ou seja, seria um uso extremamente ineficiente de recursos.

Por outro lado, com a nova concepção (no Brasil e em outros países) sobre a necessidade de se instituir concorrência em todos os serviços telefônicos, busca-se uma maneira de viabilizar a entrada de novos prestadores apesar das limitações trazidas pela lógica do monopólio natural. A solução regulatória/tecnológica identificada é a do “unbundling”. A rigor, “unbundling” significa a possibilidade de acesso de novos concorrentes a determinados elementos de rede de seus concorrentes em relação aos quais não há viabilidade econômica de reprodução¹⁴.

Pelo conceito do “unbundling”, as incumbentes estariam obrigadas a oferecer elementos de suas redes para uso por suas concorrentes, mediante uma remuneração “justa”. A LGT estabelece o princípio do “unbundling” no seu Art. 155:

“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”.

¹⁴ Na doutrina da concorrência, entende-se que, nestas situações, estes elementos são intitulados “facilidades essenciais” (*essential facilities*). Nestes casos, o acesso a essas *facilities* é essencial para a existência da concorrência, o que gera no proprietário das *facilities* uma obrigação de oferecê-las aos interessados em bases não discriminatórias.

O Regulamento dos Serviços de Telecomunicações também estabelece, em seu Art. 61, que:

“Quando uma prestadora de serviço de telecomunicações contratar a utilização de recursos integrantes da rede de outra prestadora, para constituição de sua rede de serviço, fica caracterizada situação de exploração industrial”.

Mais uma vez, assim como acontece na interconexão, a questão fundamental é saber qual o preço a ser cobrado pelo unbundling. Novamente, é esperado que o incumbente e o novo entrante tenham visões bastante distintas sobre qual deva ser o preço a ser cobrado. Para o novo entrante, é óbvio, o interesse será pagar o menor valor possível. Já para o incumbente a questão pode ser tanto obter a remuneração que entende justa tendo em vista o investimento feito na rede no decorrer dos anos, como também simplesmente impor um preço que torne a entrada do concorrente inviável.

Cabe, ao final, à ANATEL arbitrar um valor que remunere corretamente o uso da rede da incumbente, mas que não seja um impeditivo ao acesso de concorrentes no mercado. Caso o preço fixado seja elevado, não haverá possibilidade de concorrência. Caso seja muito baixo, não haverá qualquer estímulo à incumbente de investir na qualidade e expansão da sua rede.

Estas dificuldades encontradas no compartilhamento da rede local leva alguns a argumentar que a solução seria separar a operação da rede de telecomunicações da prestação dos serviços. Desta forma, o proprietário da rede (que não teria permissão para prestar serviços que utilizassem aquela rede) não teria qualquer incentivo para impor condições discriminatórias de acesso à rede, e todos os provedores disputariam o mercado local nas mesmas condições. Este modelo, *mutatis mutandis*, é adotado em alguns sistemas regulatórios de energia, com a separação da propriedade de geradoras de eletricidade da propriedade das redes de transmissão e distribuição. No mercado de energia elétrica, entende-se que existe um monopólio natural na transmissão e distribuição de energia, mas não na geração¹⁵. Entretanto, não se discute no Brasil a necessidade de separação da propriedade da rede da propriedade do prestador do serviço, embora tenha se discutido (mas não tenha sido adotada) a necessidade de separação entre as pessoas jurídicas (que, entretanto, poderiam continuar sendo detidas pelo mesmo grupo econômico)¹⁶.

O já citado Decreto n. 4.733/2003, que define os critérios para a renovação dos contratos de concessão, estabelece claramente a obrigação do unbundling, no seu Art. 7º, V:

¹⁵ No Reino Unido houve uma separação entre a propriedade das linhas ferroviárias da propriedade das empresas que prestam serviços de transporte ferroviário de cargas e passageiros. A analogia com os serviços de telecomunicações é bastante adequada. Entretanto, a experiência não foi muito bem sucedida, e a empresa proprietária das linhas não se viabilizou financeiramente, e acabou sendo reestatizada, em um processo que gerou, e ainda, gera, grande polêmica naquele país.

¹⁶ O momento ideal para adoção da separação teria sido o da privatização, sendo que, entretanto, tal modelo traria além de enormes desafios técnicos e regulamentares, uma significativa redução nos valores de venda das empresas, sendo, portanto, provavelmente politicamente inviável.

“O acesso ao enlace local pelas empresas exploradoras concorrentes, prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, será garantido mediante a disponibilização de elementos de rede necessários à adequada prestação do serviço”.

O preço a ser cobrado, à exemplo do acima indicado para as tarifas de interconexão, seria baseado no modelo de custo de longo prazo (Art. 7, I). A minuta do novo contrato de concessão, a ser assinado em 2006, vai ainda mais adiante, estabelecendo que:

“Cláusula 16.11 A Concessionária, mediante solicitação, tornará disponível às prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, com as quais possua interconexão de rede, os serviços de faturamento, cobrança, atendimento e arrecadação, em condições isonômicas, justas e razoáveis, nos termos da regulamentação e da legislação fiscal aplicável.”

Neste caso, a obrigação do unbundling seria ainda maior, visto que abrangeria outros elementos que não apenas os da rede física de telecomunicações, como serviços e atividades relacionadas ao contato direto com o usuário, que não necessariamente constituem *essential facilities*.

2.5 – Eliminação dos Subsídios Cruzados entre Serviços

Conforme exposto anteriormente, o modelo anterior era baseado no conceito de que por meio da adoção de subsídios cruzados seria possível favorecer os usuários de baixa renda, por meio de preços mais reduzidos para a prestação de serviços locais, cobrando-se preços maiores para os serviços de longa distância e internacional. Pode-se discutir a inteligência do modelo (criticado na Exposição de Motivos), mas o fato é que a adoção de subsídios cruzados era visto, em diversos países, como a melhor forma para garantir a universalização dos serviços básicos de telecomunicações. Neste conceito, o usuário comercial pagava um valor superior pelo serviço do que o usuário residencial; o usuário das cidades pagavam o mesmo valor dos serviços do que os usuários em locais mais distantes, muito embora os custos para provimento do acesso às áreas mais remotas sejam muito superiores dos custos para o provimento do acesso nas grandes cidades; o usuário do serviço de longa distância pagava um valor elevado, como subsídio para o provimento do acesso local às áreas em que o valor cobrado não era suficiente para cobrir os custos do provimento do serviço. Os subsídios cruzados sempre balizaram a prestação dos serviços de telefonia.

Entretanto, a lógica de que o subsídio cruzado pode ser utilizado para financiar a universalização dos serviços não funciona em um regime concorrencial. Isto porque os novos concorrentes irão imediatamente oferecer serviços aos usuários que estão arcando com a universalização (principalmente as empresas, que pagam mais pelo acesso local e são as principais usuárias dos serviços de longa distância). Esta concorrência focada nos usuários mais rentáveis força o provedor já estabelecido a reduzir seus preços, inviabilizando este tipo de financiamento da universalização.

Por outro lado, o incumbente que pratica subsídios cruzados pode reduzir seus preços na prestação de serviços em que há concorrência, aumentando os preços nos serviços em que, por uma razão ou outra, a concorrência ainda não está estabelecida (nos

limites permitidos pela regulação). Este tipo de prática é bastante comum em mercados em que um provedor monopolista de um produto ou serviço busca entrar em um outro mercado no qual não dispõe de posição de liderança.

No sistema brasileiro ainda há permissão para cobrança diferenciada entre o usuário residencial e o usuário comercial (vide, por exemplo, o Anexo 3 dos contratos de concessão de telefonia local). Trata-se de previsão inserida no Art. 81, parágrafo único, da LGT que estabelece que:

“Enquanto não for constituído o fundo a que se refere o inciso II do caput¹⁷, poderão ser adotadas também as seguintes fontes:

I – subsídio entre modalidades de serviços de telecomunicações ou entre segmentos de usuários;

II – pagamento de adicional do valor de interconexão”

Entretanto, trata-se da exceção, e não da regra, visto que o Art. 103, §2º, estabelece que *“são vedados os subsídios entre modalidades de serviços e segmentos de usuários”*, havendo, contudo, a ressalva expressa do disposto no Art. 81.

Além disso, as concessionárias devem cobrar exatamente a mesma tarifa dos seus usuários residenciais, independentemente dos custos específicos para o atendimento de cada um (o atendimento aos usuários localizados em pequenas cidades, representa um custo maior ao prestador do que o atendimento aos usuários das grandes cidades).

Entretanto, o acirramento da concorrência na prestação de serviço local (o que ainda não aconteceu, talvez pelas dificuldades técnicas e transacionais da implementação efetiva do unbundling, problema que não é restrito ao Brasil), irá por em cheque esta política de diferenciação de preço, visto que os novos entrantes deverão focalizar suas atividades (como, aliás, já se percebe) no chamado mercado “corporativo”, de maior rentabilidade. Resta saber se de que maneira a perda de receita pelos concessionários na prestação a estes clientes irá afetar a habilidade do prestador de atingir suas metas de universalização (referentes à prestação de serviços, em princípio, bem menos lucrativos).

No tocante à prática de subsídio para redução de preços em mercados competitivos, às custas de aumentos de preços em mercado em que o prestador do serviço tenha um monopólio, a LGT é clara, em seu Art. 70:

“Serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviços, no regime público ou privado, em especial:

I – a prática de subsídios para redução artificial de preços”

2.6 – Regulação Tarifária dos Operadores Dominantes

A questão da regulação tarifária dos operadores dominantes está inserida em um contexto mais abrangente – o da assimetria regulatória na prestação de serviços de

¹⁷ Trata-se do fundo de universalização dos serviços de telecomunicações, FUST, estabelecido pela Lei n. 9.998/00.

telefonia fixa. Tendo em vista que, no modelo brasileiro, houve a privatização dos operadores já estabelecidos – incumbentes, seguida da edição de licenças para prestadores concorrentes, havia, de início, uma grande diferença nas posições competitivas entre os prestadores concorrentes. O primeiro já contava com uma estrutura montada e com uma marca estabelecida, enquanto que o novo entrante precisava iniciar suas atividades sem qualquer base existente. Desta forma, uma das maneiras encontradas para reduzir de alguma maneira a grande desvantagem existente foi a de submeter os concorrentes a regimes jurídicos distintos. O incumbente estaria prestando o serviço no regime público, com obrigações de universalização e sob controle tarifário, enquanto que o novo entrante estaria prestando o serviço em regime privado, sem obrigações de universalização e sem controle tarifário. Desta forma, o novo entrante teria maior flexibilidade para montar sua estratégia competitiva.

Por outro lado, a necessidade de controle tarifário dos prestadores de serviço no regime público é um reconhecimento da posição dominante destes prestadores nos seus mercados de atuação. Diante da existência desta posição dominante, faz-se necessário haver um controle dos preços a serem cobrados, para se evitar que haja aumentos “excessivos” nesses preços. Por outro lado, tendo em vista que o novo concorrente não detém posição dominante, não estaria de qualquer forma em condição de impor preços elevados para a prestação dos serviços.

Interessante, neste sentido, notar o disposto no Art. 104 da LGT, que estabelece que:

“Transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato, a Agência poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária”.

Considerando-se que os novos entrantes na telefonia fixa local detém, em média, menos de 5% de participação em seus mercados, pode-se dizer que a competição, neste serviço, não é nem ampla e nem efetiva. Existe maior concorrência nos serviços de longa distância e internacional, sendo que, contudo, a restrição tarifária permanece.

2.7 – Direitos de Passagem não Discriminatórios

A questão de maior relevância é o direito de acesso a infraestrutura de propriedade de outro provedor de serviço, caso isto seja necessário para a prestação do serviço concorrente. O tema é semelhante ao já discutido em relação à interconexão e ao unbundling. Caso seja necessário o acesso a uma infra estrutura existente de propriedade de terceiro, este terceiro deverá disponibilizá-la, na medida do possível e em condições não discriminatórias, a todos os seus concorrentes. O interessante é notar que tal obrigação se estende a prestadores de outros serviços públicos que não os de telecomunicações – como os prestadores de serviços de eletricidade e petróleo e gás.

Dispõe o Art. 73 da LGT:

“As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros

serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis”.

As condições de acesso à infraestrutura de um prestador devem ser definidas pelo órgão regulador ao qual tal prestador esteja submetido. As três principais agências reguladoras interessadas e afetadas por este dispositivo editaram uma norma conjunta para regulamentar este compartilhamento de infra-estrutura. Trata-se da Resolução Conjunta n. 1/99, que aprova o Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, que estabelece, em seu Art. 4º, que:

“O agente que explora serviços públicos de energia elétrica, serviços de telecomunicações de interesse coletivo ou serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, tem direito a compartilhar infraestrutura de outro agente de qualquer destes setores, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, na forma deste Regulamento”.

Mais uma vez, a questão básica é saber quais preços e condições serão “justos e razoáveis”, o que, em caso de disputa entre os envolvidos, deve ser arbitrado pelas agências reguladoras¹⁸. Outra questão que se discute é até que ponto a infra-estrutura em questão suporta, técnica e fisicamente, o compartilhamento.

2.8 – Resolução de Conflitos entre Operadoras pela ANATEL

As iniciativas para a promoção da concorrência no setor de telecomunicações, conforme anteriormente indicado, envolvem a necessidade de se criar um relacionamento comercial entre concorrentes. Como visto, a interconexão das redes e o *unbundling* são elementos essenciais de qualquer processo de promoção de concorrência, e ambos dependem da celebração de acordos entre os concorrentes. Tendo em vista o potencial conflito na realização desses contratos (o que, aliás, é a regra), faz-se necessário que o órgão regulador intervenha e determine as regras para tais contratos caso as partes não consigam fazê-lo.

Conforme já anteriormente mencionado, a LGT estabelece claramente, no Art. 153, §2º, a interferência da ANATEL para determinar as condições para interconexão. O mesmo ocorre, a rigor, em qualquer situação que envolva a necessidade, por força de determinação regulatória, de realização de acordos comerciais entre os concorrentes (ou mesmo entre prestadoras de serviços complementares – como no caso do serviço local e de longa distância).

PARTE III – A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NAS TELECOMUNICAÇÕES

¹⁸ Conforme disposto no Art. 23 do Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo: “Eventuais conflitos surgidos em matéria de interpretação e aplicação deste Regulamento, quando do desenvolvimento das negociações de contratos de compartilhamento, serão equacionados pelas Agências, no exercício da função de órgãos reguladores, através de processo de arbitragem a ser definido em regulamento conjunto que será expedido pelas Agências” – trata-se do determinado pela Resolução Conjunta n. 2.

Conforme exposto acima, há enormes desafios para a promoção da concorrência em determinados serviços de telecomunicações. Entretanto, não basta haver um conjunto de normas impositivas de obrigações para a introdução da concorrência, é preciso também haver um conjunto de regras para garantir que esta concorrência não seja inviabilizada por práticas abusivas dos prestadores já estabelecidos, os incumbentes. Este é o campo do direito da concorrência. Geralmente, as normas de defesa da concorrência são aplicáveis a todos os setores da economia, sem distinção e sem diferenciação. Nos setores regulados, entretanto, há normas específicas criadas para a promoção e também para a defesa da concorrência. Esta duplicidade de normas pode muitas vezes levar a um conflito sobre qual norma deva ser aplicada em um caso concreto, e sobre qual o agente público competente para aplicá-la. Além disso, resta saber até onde vai a regulação, e onde começa a defesa da concorrência propriamente dita. A questão sobre a aplicação do direito da concorrência em setores regulados é muito discutida em diversas jurisdições, não sendo o Brasil uma exceção.

O entendimento predominante é o de que as normas gerais de defesa da concorrência são aplicáveis nos setores regulados de maneira subsidiária. Ou seja, na medida em que determinada questão relativa à concorrência não é expressamente normatizada pelo órgão regulador, cabe a aplicação das normas gerais de defesa da concorrência. Por outro lado, se há norma expressa no âmbito regulatório determinando que os prestadores de serviço façam ou deixem de fazer alguma coisa, seria bastante difícil a aplicação do direito da concorrência, visto que não haveria o que se adjudicar – a questão já estaria resolvida pela regulação.

Este é o caso das telecomunicações. Como visto na Parte II, a LGT foi desenhada com o objetivo de promoção da concorrência. Desta forma, tanto a LGT como as regulamentações posteriores, e mesmos os termos de autorização ou contratos de concessão, estabelecem normas sobre a proteção da concorrência, e, na medida em que tais normas sejam violadas, está-se diante de uma questão primordialmente regulatória (violação de obrigações objetivamente previstas nas normas do setor) e não concorrencial (aquí entendida como a aplicação das normas gerais de defesa da concorrência). Esta questão pode ficar mais clara com um exemplo. Na prestação dos serviços de telecomunicações no regime público há controle tarifário¹⁹. Neste sentido, o concessionário do serviço não pode cobrar uma tarifa maior do que a autorizada pela ANATEL, considerando-se, por outro lado, legítima a cobrança da tarifa nos limites autorizados pela agência. Desta forma, jamais seria possível acusar uma concessionária de estar cobrando preços excessivos, que seria uma violação às normas de defesa da concorrência²⁰, caso os preços tenham sido aprovados pela ANATEL. A questão, aí, é meramente regulatória, não havendo espaço para a aplicação das normas gerais de defesa da concorrência.

Por outro lado, imaginemos a seguinte situação: a concessionária do serviço de telecomunicações, preocupada com os efeitos da concorrência promovida por sua concorrente direta, a autorizatária do mesmo serviço na mesma localidade, entra em um acordo com esta última para que nenhuma delas cobre um preço que seja inferior à

¹⁹ “Art. 103 Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço. §3 As tarifas serão fixadas no contrato de concessão, consoante edital ou proposta apresentada na licitação”.

²⁰ Art. 21 da Lei n. 8.884/94 – “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: XXIV – impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço”.

tarifa máxima permitida pela ANATEL. Aqui a situação já é bastante diferente. Neste caso, a discussão não é sobre a abusividade da tarifa em si, mas sim o acordo firmado entre concorrentes para aumento (ou não redução) de preços. Não há uma norma regulatória expressa que abranja esta questão. Neste caso, a questão não é regulatória, mas sim primordialmente concorrencial²¹, e assim será tratada.

Entretanto, na maioria dos casos a distinção entre o que é uma questão regulatória ou o que é uma questão concorrencial é bem mais difícil, havendo um grande espaço para conflito entre a aplicação dos dois conjuntos de normas.

Passamos a analisar quais são as competências legais da ANATEL e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)²² nas questões de defesa da concorrência no setor de telecomunicações. Entretanto, cabe primeiramente uma breve descrição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

3.1 – O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)

A lei de defesa da concorrência no Brasil é a Lei n. 8.884/94 que estabelece, em seu Art. 1º:

“Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

A lei é aplicável a todos os setores da economia, exceto quando houver lei específica que determine o contrário²³. O Art 15 da lei estabelece também seu alcance de aplicação:

“Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

Resta claro, portanto, que somente outras normas legais podem limitar o alcance de aplicação da Lei n. 8.884/94.

O SBDC é formado por três órgãos distintos. O mais importante é o CADE, que é responsável pela tomada de decisão em todos os processos relacionados à Lei n. 8.884/94, sem que haja possibilidade de recurso no âmbito do Poder Executivo. As atividades principais do CADE são a análise de atos de concentração econômica

²¹ Esta seria uma violação ao Art. 21, I, da Lei n. 8.884/94, que proíbe a prática de “fixar ou praticar, em acordo com concorrentes, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços”.

²² Autarquia ligada ao Ministério da Justiça responsável pela análise de concentrações econômicas e violações ao direito da concorrência no Brasil.

²³ Discute-se até que ponto esta lei é aplicável ao sistema financeiro, tendo em vista o disposto na Lei n. 4595/64 (Art. 18, § 2º), que define caber ao Banco Central defender a concorrência no setor, editando suas próprias normas.

(fusões ou aquisições de empresas, formações de joint ventures etc.), e o julgamento de processos administrativos de infração à ordem econômica (formação de cartéis e abusos de posição dominante em geral). O CADE é um órgão colegiado, composto por seis conselheiros e o presidente.

O segundo órgão que compõe o SBDC é a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça. A SDE não tem personalidade jurídica própria, fazendo parte da administração direta da União. Compete à SDE a instauração e instrução de processos administrativos de apuração de infração à ordem econômica, assim como a divulgação e elaboração de parecer não-vinculativo em processo de concentração econômica.

O terceiro órgão é a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, que tem a competência de emitir pareceres não-vinculativos tanto em processos de investigação de infração à concorrência como em processo de análise de concentrações econômicas. À SEAE cabe fazer a análise do impacto econômico tanto das condutas investigadas como das concentrações econômicas propostas.

Como já indicado, o SBDC tem duas funções primordiais – a análise e aprovação de concentrações econômicas e a investigação e punição de infrações à concorrência. O Art. 54 da Lei n. 8.884/94 estabelece quais atos estão sujeitos à uma aprovação do CADE:

“Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”

Esta é a regra geral para a apresentação de atos ao CADE. O § 3º deste artigo estabelece regras objetivas para a verificação do enquadramento do ato no disposto no caput do artigo:

“Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique em participação de empresa ou grupo de empresas resultantes em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”.

Desta forma, o parágrafo 3º estabelece os critérios objetivos para a apresentação do ato para aprovação do CADE, enquanto que o caput do Art. 54, que é mais amplo, estabelece o critério subjetivo (“quaisquer” atos que possam prejudicar a concorrência).

Os chamados “atos de concentração econômica” são apresentados à SDE, com cópia à SEAE e ao CADE. A SEAE e a SDE emitem seus pareceres não vinculativos, nesta ordem. Cabe ao CADE tomar a decisão sobre a aprovação ou não da transação

proposta, não sendo necessário seguir o entendimento da SDE e da SEAE. Como dito, não cabe recurso administrativo das decisões do CADE.

As infrações à concorrência estão definidas no Art. 20 da Lei n. 8.884/94:

“Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

O Art. 21 da lei exemplifica condutas que podem caracterizar a infração à ordem econômica, na medida em que gerem algumas das conseqüências previstas no Art. 20.

Os chamados “processos administrativos”, que analisam infrações à concorrência, são instaurados pela SDE. Cabe à SDE realizar a investigação e colheita de provas. A SEAE pode emitir um parecer sobre os impactos econômicos da conduta investigada, sendo que, contudo, este parecer não é obrigatório. Ao final da investigação, a SDE decide arquivar o processo, recorrendo de ofício ao CADE, ou recomendar ao CADE que imponha uma penalidade à(s) empresa(s) envolvida(s), caso entenda caracterizada a infração à concorrência. O CADE então julga o processo, podendo determinar a realização de instrução complementar, caso entenda necessário. Em qualquer circunstância a decisão final caberá ao CADE.

3.2 – A atuação da ANATEL nos procedimentos previstos na Lei n. 8.884/94

O procedimentos legais para a análise e aprovação de atos de concentração e para a investigação de infrações à concorrência são distintos no setor das telecomunicações, conforme veremos a seguir. Entretanto, há previsão clara na LGT sobre a aplicação do disposto na lei de defesa da concorrência, na medida em que não haja uma outra disposição específica na LGT sobre a questão:

“Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por meio do órgão regulador.

§3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e

serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”.

Definida a aplicação do direito material da defesa da concorrência ao setor de telecomunicações, na medida em que não haja conflito com as normas regulatórias do setor, restava à LGT definir qual papel caberia à ANATEL na defesa da concorrência. Desta forma, o Art. 19 da LGT estabelece que:

“À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

XIX – exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.”

Ou seja, na defesa da concorrência no setor das telecomunicações, cabe à ANATEL exercer o papel que, em todos os demais setores da economia, é exercido pela SDE e pela SEAE.

Passamos então a analisar o procedimento e a atuação da ANATEL na análise de concentrações econômicas e na repressão às infrações à concorrência.

3.2.1 – A análise das concentrações econômicas

Esta é uma questão interessante sobre a relação entre a regulação e a concorrência no setor das telecomunicações. Conforme a disposição legal acima mencionada, cabe à ANATEL, no tocante às concentrações econômicas no setor, exercer sua função regulatória, e também concorrencial. Vejamos de que maneira estas funções acabam por se confundir, tornando análise concorrencial, e até mesmo a atuação do CADE, muitas vezes de pouca relevância prática.

As concentrações econômicas cuja análise cabe à ANATEL são as envolvendo os prestadores de serviços de telecomunicações (conforme estabelecido no já citado § 1º do Art 7º). Na análise concorrencial, que é iniciada pela ANATEL, e concluída pelo CADE (por força do disposto no inciso XIX do Art. 19), a principal questão a ser discutida é se a concentração econômica irá limitar a concorrência existente naquele mercado específico, em um espaço geográfico determinado²⁴. Ou seja, se houver apenas dois concorrentes em um determinado espaço geográfico, e eles realizarem uma fusão, a concorrência naquela região estará completamente eliminada, e haverá grandes possibilidades de que o CADE não irá aprovar tal fusão. Por outro lado, se houver diversos concorrentes, e a fusão entre dois deles não impactar o cenário

²⁴ Ou, na linguagem concorrencial, no chamado “mercado relevante”. Mercado relevante é aquele que deverá ser analisado para avaliar os impactos concorrenciais de determinada concentração econômica ou conduta sob investigação. O mercado relevante é composto de um produto/serviço, ou de um conjunto de produtos/serviços substitutos, e de uma área geográfica onde determinados provedores concorrem para oferecer os produtos/serviços aos consumidores. Por isso, diz-se que o mercado relevante tem dois aspectos – o produto relevante e o espaço geográfico relevante.

concorrencial, provavelmente a fusão será aprovada. Esta é a análise que é feita pelo CADE – saber qual é o impacto de qualquer concentração econômica no cenário concorrencial de um determinado mercado, em uma determinada região.

Entretanto, conforme passamos a ver, a mesma análise acaba sendo feita pela ANATEL no exercício de sua função regulatória, quando analisa os pedidos de aprovação de transferência de licença ou de aprovação de transferência de controle acionário das empresas detentoras de licença de prestação de serviços de telecomunicações.

Vejam os disposto no Art. 71 da LGT:

“Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões ou autorizações”.

Ora, seria exatamente este o objetivo de uma análise concorrencial de uma concentração econômica – saber até que ponto tal concentração limita a competição efetiva, e a imposição de eventuais restrições ou mesmo a negativa de aprovação da concentração, caso necessário para garantir a efetiva concorrência no mercado.

Vejam ainda outro dispositivo da LGT, sobre a impossibilidade de acumular licenças para a prestação do serviço em uma mesma área, ao impor regra para outorga de concessão a prestador de serviço no regime público:

“Art. 87 A outorga a empresa ou grupo empresarial que, na mesma região, localidade ou área, já preste a mesma modalidade de serviço, será condicionada à assunção do compromisso de, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de assinatura do contrato, transferir a outrem o serviço anteriormente explorado, sob pena de sua caducidade e de outras sanções previstas no processo de outorga”.

Neste sentido também o disposto no Art. 133 da LGT:

*“São condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse coletivo pela empresa:
[...]
IV – não ser, na mesma região, localidade ou área, encarregada de prestar a mesma modalidade de serviço.”*

Trata-se claramente de uma preocupação em se evitar a redução de concorrência na prestação do serviço na mesma região. O Art. 97 estabelece ainda outra restrição às eventuais transferências de propriedade do prestador de serviço no regime público:

“Art. 97 Dependendo de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.

Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição, e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.”

Cabe registrar, também, o disposto nos seguintes artigos da Resolução n. 101/99 da ANATEL:

“Art. 5º Caracterizará transferência de Controle o negócio jurídico que resultar em cessão parcial ou total, pela Controladora, de Controle da prestadora de serviço de telecomunicações.

Art. 6º Deverá ser submetida previamente à Anatel alteração que possa vir a caracterizar transferência de Controle, especialmente:

I – quando a Controladora ou um de seus integrantes se retira ou passa a deter participação inferior a cinco por cento no capital votante da prestadora ou de sua controladora;

II – quando a Controladora deixa de deter a maioria do capital votante da empresa;

III – quando a Controladora, mediante acordo, contrato ou qualquer outro instrumento, cede, total ou parcialmente, a terceiros, poderes para condução efetiva das atividades sociais ou de funcionamento da empresa.”

Note-se que todos estes dispositivos referem-se à aprovação regulatória, que cabe à ANATEL, e não ao parecer que é emitido pela ANATEL na análise de concentração econômica feita com base no Art. 54 da Lei n. 8.884/94.

Há também a possibilidade de uma transferência do contrato de concessão como um todo, desde que, mais uma vez, não haja prejuízo à competição²⁵. Note-se que a mesma regra é aplicável na transferência de autorizações (nos casos de prestação de serviços no regime privado, por força do Art. 136, §2º, da LGT).

Ou seja, diante de tantas restrições regulatórias às transferências de autorizações e concessões, e às consolidações de prestadores de serviços em determinada região, resta saber qual o papel que terá a análise concorrencial em uma concentração no setor de telecomunicações se as normas regulatórias são mais restritivas do que as normas concorrenciais.

Com efeito, conforme visto acima, sequer existe a possibilidade regulatória de um prestador de um determinado serviço de telecomunicações adquirir outro prestador do mesmo serviço, na mesma área de atuação. Neste sentido, entende-se que não existe a possibilidade regulatória de haver uma “concentração horizontal”²⁶. Entretanto, em uma análise concorrencial típica, as concentrações horizontais são comumente aceitas, e mesmo as transações que venham a limitar a concorrência podem ser aprovadas caso tragam benefícios que superem os prejuízos causados à concorrência²⁷.

²⁵ “Art. 98 O contrato de concessão poderá ser transferido após a aprovação da Agência desde que, cumulativamente: [...] III – a medida não prejudique a competição e não coloque em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei”.

²⁶ Que, no jargão concorrencial, é exatamente a união de dois fornecedores de um mesmo produto/serviço, em uma mesma área geográfica.

²⁷ Vejamos o disposto no §1 do Art. 54 da Lei n. 8.884/94: “O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput [atos que possam limitar a concorrência], desde que atendam as seguintes condições: I –

Isto porque existe uma diferença substancial entre a análise concorrencial e a análise regulatória. Na regulação, as regras são definitivas – ou a fusão pode acontecer, se não ferir uma regra objetiva da regulação; ou não pode acontecer, caso vá de encontro a uma norma específica. Não existe, na prática, uma apreciação significativa de razoabilidade. Na análise concorrencial as regras são mais fluídas. Existe sempre a possibilidade de uma transação que restrinja a concorrência ser aprovada, caso traga outros benefícios econômicos (como a eficiência, por meio de redução de custos e melhoria de qualidade) .

Desta forma, caso uma transação envolvendo prestadores de serviços de telecomunicações passe pelo filtro regulatório da ANATEL, ela certamente será aprovada pelo CADE, visto que não trará uma limitação à concorrência. Por outro lado, caso traga alguma limitação à concorrência, é ainda possível que pudesse ser aprovada pelo CADE sendo que, contudo, como a aprovação regulatória não seria concedida a transação não poderia prosseguir de qualquer maneira. Na prática, o que se percebe é que os atos de concentração que são encaminhados ao CADE pela ANATEL (por envolverem prestação de serviços de telecomunicações) são aprovados sem restrições pelo CADE. Já as transações que seriam vedadas pela regulamentação da ANATEL sequer chegam ao CADE, visto que não são consumadas pela certa negativa de aprovação da ANATEL.

De qualquer maneira, passamos a detalhar o procedimento de análise de concentrações econômicas feita pela ANATEL.

A Norma n. 07/99, aprovada pela Resolução n. 195/99, e a Norma n. 04/98, aprovada pela Resolução n. 76/98, estabelecem o procedimento de análise dos atos de concentração no setor de telecomunicações.

Estabelece o Art. 61 da Norma n. 07/99:

“Os atos de que trata o artigo 54, da Lei n. 8.884/94, envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, deverão ser submetidos à apreciação do CADE, por meio da Anatel, nos termos e prazos estabelecidos pela Norma n. 4/98 da Anatel”

Estabelece a Norma n. 04/98, em seu artigo 3º, que:

“Os atos de que trata o artigo 54 da Lei n. 8.884/94 deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, em duas vias, perante a Anatel, encaminhados à sua Procuradoria, por meio do preenchimento integral dos documentos e informações relacionados no Anexo I, considerando as definições constante do Anexo III”.

tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.”

Interessante notar o disposto no parágrafo primeiro do referido Art. 3º da Norma n. 04/99:

“No caso dos atos de que trata o artigo 54 da Lei n. 8.884/94 que se enquadrem no previsto nos arts. 97, 98 ou 136, §2º, da Lei 9.472/97, as requerentes deverão solicitar a aprovação da Anatel, previamente à constituição do ato, por meio da prestação integral dos documentos e informações relacionados no Anexo I, considerando as definições constantes do Anexo III, e da prestação de outros documentos ou informações que a Anatel solicitar.”

Note-se que a aprovação a que se refere o parágrafo primeiro é a aprovação regulatória que compete à ANATEL, e não a aprovação de caráter concorrencial que compete ao CADE. Esta é a razão da referência aos artigos da LGT que tratam da transferência das licenças ou do controle dos concessionários. Nestes casos, a ANATEL irá aprovar, no exercício de sua função regulatória, e também emitir um parecer para auxiliar a apreciação que será feita pelo CADE, do ponto de vista concorrencial. Mais uma vez, é difícil imaginar em que circunstâncias o CADE poderia negar aprovação ao ato uma vez já aprovado, no âmbito da regulação, pela ANATEL, pelos argumentos levantados acima²⁸.

Nos casos, todavia, em que o ato de concentração envolver prestadores de serviços de telecomunicações, e fizer referência a determinado serviço de telecomunicações, mas não envolver transferência de licenças, ou mudança no controle acionário de prestadores de serviços de telecomunicações, a ANATEL irá apenas emitir um parecer não-vinculativo, a ser apreciado pelo CADE. Entretanto, esses casos são geralmente mais simples, sendo difícil imaginar de que maneira poderia o CADE, ou mesmo a ANATEL, apresentar qualquer oposição a eles.

Após a apresentação do ato de concentração, incluindo as informações e documentos constantes no Anexo I²⁹, a ANATEL inicia sua análise dos efeitos da transação. Em princípio, por força do Art. 64 da Norma n. 07/99, a ANATEL deveria emitir seu parecer sobre o ato em 60 dias:

“O Conselho Diretor da ANATEL se manifestará em sessenta dias, contados do recebimento da documentação nos termos da Norma n. 4/98 da Anatel, e

²⁸ É interessante notar a regra estabelecida no Art. 68 da Norma n. 07/99: “No caso dos atos contemplados pelos arts. 97, 98 e das transferências previstas no §2º do artigo 136, da Lei n. 9.472, quando se enquadrarem no previsto no art. 54, da Lei n. 8.884/94, terão a sua eficácia condicionada à aprovação do CADE, nos termos do parágrafo 7º, do Art. 54 da Lei n. 8.884/94, mesmo quando aprovados previamente pela Anatel sem ressalvas”. Neste sentido, este artigo tenta compatibilizar a necessidade de aprovação regulatória e concorrencial, visto que a aprovação regulatória, neste caso, precisa ser ratificada pela aprovação concorrencial do CADE. Entretanto, permanece o fato de que, na prática, é muito difícil imaginar uma situação em que a aprovação regulatória seja concedida, mas a concorrencial não.

²⁹ O Anexo I, que é uma cópia do Anexo I da Resolução n. 15/98 do CADE, identifica as informações e documentos necessários para a apreciação de um ato de concentração, incluindo informações gerais sobre as partes envolvidas na transação e também informações sobre o mercado afetado pela transação – o mercado relevante.

em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE”.

Entretanto, não há qualquer consequência pelo não cumprimento do prazo. Além disso, caso outras informações sejam necessárias para a análise do processo, a critério da ANATEL, este prazo fica suspenso, na forma do parágrafo único do mesmo Art. 64 da Norma n. 07/99. Com efeito, é muito comum a solicitação de comentários sobre terceiros a respeito da transação proposta, principalmente de concorrentes, fornecedores e consumidores. Estabelece, neste sentido, o Art. 6 da Norma 04/98:

“A Anatel poderá solicitar das requerentes a prestação de informações constantes no Anexo II³⁰, ou outras que considerar necessárias para efeito de instrução do processo ou da elaboração de parecer técnico que encaminhará ao Cade, bem como realizar Consulta Pública sobre o caso submetido à análise”.

A realização de uma Consulta Pública formal sobre o ato de concentração não é comum, e não acontece nos atos analisados pela SDE e pela SEAE. Entretanto, conforme dito, é comum a solicitação de comentários de determinados terceiros, como concorrentes diretos, fornecedores e consumidores.

A prática tem demonstrado que a ANATEL vem sendo extremamente lenta na análise de atos de concentração, superando, muitas vezes, o tempo combinado que levam a SEAE e a SDE para emitir seus pareceres em um processo que não envolve o setor de telecomunicações. Entretanto, como a aprovação concorrencial não é condição para a conclusão da operação no Brasil (ao contrário da aprovação regulatória que compete exclusivamente à ANATEL), não há consequência prática na demora.

A análise concorrencial que é feita pela ANATEL não difere muito da análise regulatória, que a antecede, e que efetivamente determina o futuro da transação. É normal que o parecer concorrencial apenas repita, na sua substância, a essência da análise regulatória. E nem poderia ser diferente, pois, como visto, o Art. 71 da LGT obriga a ANATEL a fazer também uma análise do impacto concorrencial das solicitações de emissão e transferência de licenças.

Após a apresentação do ato de concentração à procuradoria da ANATEL, o processo é encaminhado para a Superintendência responsável pelo serviço de telecomunicações afetado pela transação, onde recebe uma análise técnica. O parecer final do órgão é emitido pelo Conselho Diretor. Vejamos o disposto no Art. 63 da Norma n. 07/99:

“A Procuradoria encaminhará a documentação, recebida em cumprimento ao disposto no art. 61 desta Norma, ao Superintendente da Superintendência que acompanha a prestação do serviço envolvido no ato submetido a análise, sendo este Superintendente responsável pela instauração e instrução do correspondente processo, pela remessa imediata de uma via da documentação

³⁰ Trata-se de uma relação de informações complementares que seriam solicitadas nos casos mais complexos. Entretanto, a prática demonstra que a ANATEL não costuma exigir a apresentação de todas as informações do Anexo II, mas somente daquelas que entende necessárias para a análise do caso concreto.

recebida ao CADE e pela elaboração de parecer técnico que submeterá ao Conselho Diretor da Anatel.”

Cabe notar que compete à ANATEL exercer as funções estritamente concorrenciais apenas nos casos envolvendo algum mercado de prestação de serviços de telecomunicações. Isto significa que nem todos os atos de concentração que envolvem prestadoras de serviços de telecomunicações será analisado pela ANATEL. Com efeito, tem sido comum a realização de transações efetuadas por prestadores de serviços de telecomunicações em mercados de serviços de valor adicionado³¹ (como prestadores de serviços de Internet). Nestes casos, a ANATEL não tem competência para analisar a transação, que é revista pela SEAE, SDE e depois julgada pelo CADE.

Outra questão interessante é quando uma mesma transação envolve um mercado de prestação de serviços de telecomunicações, e outro mercado em outro setor. Nestes casos, a rigor, a ANATEL somente teria competência para analisar os impactos no mercado de prestação de serviços de telecomunicações, sendo que caberia à SEAE e à SDE a análise dos impactos concorrenciais no outro mercado. A decisão final, do ponto de vista concorrencial, caberia ao CADE de qualquer maneira.

3.2.2 – A investigação de infrações à concorrência

A segunda forma de atuação da ANATEL na defesa da concorrência é por meio da investigação de condutas adotadas por prestadores de serviços de telecomunicações que possam violar o direito da concorrência. Neste sentido, cabe à ANATEL apenas a fase de investigação, sendo a decisão final sobre a imposição de penalidades de competência exclusiva do CADE.

Esta atuação da ANATEL não tem caráter regulatório, visto que o papel a ANATEL é investigar a existência de infração às normas gerais de defesa da concorrência (previstas na Lei n. 8.884/94), e não eventuais infrações à LGT, seus regulamentos ou aos contratos de concessão ou termos de autorização. A questão, então, é saber quando a ANATEL deve atuar como um agente de defesa da concorrência, e quando deve atuar como o órgão regulador com poder final de decisão, considerando-se que, como visto, grande parte da regulação no setor de telecomunicações é referente à promoção da concorrência. Em alguns casos, como exposto acima, a distinção é de fácil caracterização. Uma discussão sobre a validade da tarifa cobrada por um concessionário de serviços de telecomunicações prestado no regime público é uma questão meramente regulatória. Por outro lado, uma investigação sobre a existência de acordo de preços entre concorrentes é uma questão meramente concorrencial. A dificuldade está em fazer a distinção entre a natureza das infrações, por exemplo, em discussões sobre compartilhamento de redes e interconexão, onde as questões regulatórias (normas impostas pela ANATEL) e concorrenciais (acesso não discriminatório às facilidades essenciais) se confundem.

Neste sentido, é interessante notar o disposto no Art. 3º da Norma n. 07/99:

³¹ Art. 61: “Serviço de valor adicionado é a atividade de acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”. §1º: “Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.”

“As condutas, atos ou contratos que implicarem descumprimento de legislação ou regulamentação específica do setor de telecomunicações, de contrato de concessão, de termo de permissão ou de ato ou termo de autorização, serão julgadas pela Anatel que aplicará as sanções correspondentes, não cabendo de suas decisões recurso ao CADE, segundo estabelecido no inciso XXV, do art. 19, da Lei n. 9.472/97”.

A inexistência de recurso ao CADE decorre do fato de estas serem infrações regulatórias, não tendo o CADE competência para analisar tais questões. O §1º deste artigo traz considerações adicionais, tornando a questão um pouco mais complexa:

“As condutas, atos e contratos mencionados neste artigo que configurem hipótese de infração à ordem econômica nos termos dos arts. 20 e 21, da Lei n. 8.884/94, ou ato previsto no art. 54, da mesma Lei, serão submetidos, por meio da Anatel, também à apreciação do CADE, para julgamento no âmbito de sua competência”

Ou seja, haveria a possibilidade de existir duas investigações distintas, conduzidas pela ANATEL, sobre a mesma conduta – uma estritamente regulatória, e outra concorrencial. Entretanto, a natureza regulatória ou regulatória/concorrencial de uma determinada infração ficaria a cargo exclusivamente da ANATEL, visto que a ela compete a abertura de processo para apuração de infração à ordem econômica no setor de telecomunicações.

3.2.2.1 – Averiguações Preliminares

A investigação sobre infração à ordem econômica pode ser iniciada pela ANATEL de ofício ou a partir de representação formulada por qualquer interessado. Uma vez recebida a representação, a ANATEL poderá determinar a abertura de averiguações preliminares ou de um processo administrativo propriamente dito. As averiguações preliminares são iniciadas quando há elementos de prova que indicam a possibilidade de haver alguma infração à ordem econômica, mas esses indícios não são suficientes para a abertura de um processo administrativo propriamente dito³². Este é o disposto no Art. 11 da Norma n. 07/99:

“A Anatel promoverá averiguações preliminares, das quais não se fará qualquer divulgação, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração não forem suficientes para a instauração imediata de processo administrativo”.

As averiguações preliminares são instauradas por decisão do Superintendente responsável pelo serviço afetado pela investigação (Arts. 13 e 14), sendo que, contudo, a decisão sobre a abertura de processo administrativo ou arquivamento das averiguações preliminares cabe ao Superintendente Executivo da ANATEL (Art. 16). Cabe notar, entretanto, que a decisão de arquivamento das averiguações preliminares

³² Considerando-se que um processo administrativo traz um claro desgaste à empresa investigada, e gera significativos custos administrativos de apuração, deve-se ter parcimônia na decisão de abertura de um processo.

deve ser ratificada pelo CADE, por força do Art. 31 da Lei n. 8.884/94 e Art. 16 da Norma 07/99, que assim estabelece:

“Recebido o parecer ao que faz referência o art. 13, o Superintendente Executivo, em decisão fundamentada, determinará o encerramento das averiguações preliminares e a instauração de processo administrativo de proteção à ordem econômica se presentes indícios de infração à ordem econômica ou o seu arquivamento, recorrendo a Anatel de ofício ao CADE neste último caso.”

3.2.2.2 – Processo Administrativo

O processo administrativo propriamente dito pode ser instaurado de ofício, ou a partir de representação apresentada por qualquer terceiro. Note-se que não há necessidade de realização de averiguações preliminares para a determinação de abertura de um processo. Em havendo indícios suficientes de existência de infração à concorrência, o processo administrativo pode ser aberto imediatamente.

É interessante notar que o Art. 23 da Norma 07/99 estabelece quais seriam alguns indícios, dentre outros, que justificariam a abertura de um processo administrativo. A lista, que contém quatorze hipóteses, refere-se basicamente a sinais externos identificáveis no mercado que podem indicar a existência de fatores estranhos a um regime de livre concorrência que, por isso, mereceriam uma investigação³³. Dois desses elementos são especialmente interessantes, diante das discussões que já se identifica na prática:

“XII – existência de acordos de interconexão que estipulem condições favorecidas ou privilegiadas, para empresas determinadas, em relação às oferecidas às demais atuantes no mercado;

XIII – existência de acordos para o compartilhamento de infra-estrutura que estipulem condições favorecidas ou privilegiadas, para empresas determinadas, em relação às oferecidas às demais atuantes no mercado;”

Como discutido no início deste trabalho, a prestação de serviços de telefonia fixa no plano local tem características de monopólio natural, no qual o incumbente controla meios que precisam ser acessados por terceiros para a implementação da concorrência (ou no plano local, ou mesmo nas ligações de longa distância, que são originadas ou terminadas sempre em uma rede local). Neste sentido, a existência de condições discriminatórias para a interconexão de redes oferecida por um provedor de acesso local, que favoreçam um provedor de serviços de longa distância em detrimento de outro, pode ter o condão de afetar a concorrência no mercado de telefonia de longa distância. O mesmo pode ocorrer com o oferecimento de condições discriminatórias para o compartilhamento de infra-estrutura (ou mesmo de elementos de rede, no caso do unbundling). Esta discriminação pode ter o efeito de prejudicar ou distorcer a concorrência no mercado dos serviços para os quais o acesso à infra-estrutura ou à rede é fundamental.

³³ Como, por exemplo, a “estabilidade prolongada das participações relativas de empresas concorrentes no mercado” (I), a “estabilidade prolongada dos níveis ou estruturas de preços dos serviços, ou paralelismos nas variações de preços” (II), a “discriminação de preços ou de condições da prestação de serviços que privilegiem determinadas empresas, em detrimento das demais atuantes no mercado” etc..

Considerando-se que a ANATEL tem o dever de “acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante do setor de telecomunicações, para prevenir infrações da ordem econômica” (Art. 2º, I, Norma 07/99), decorre naturalmente que, em se identificando distorções no mercado, deve a ANATEL iniciar investigações sobre eventual existência de infração à concorrência.

O processo administrativo deve ser instaurado por decisão do Superintendente Executivo da ANATEL, sendo que a efetiva instrução do processo será conduzida pela superintendência do serviço alegadamente afetado pela prática em investigação. A empresa investigada – a representada – terá possibilidade de apresentar sua defesa, juntando documentos, e de solicitar a realização de diligências para apuração de fatos relevantes para o deslinde da discussão, solicitando a realização de provas testemunhais ou periciais, conforme for o caso.

Quaisquer terceiros interessados na causa podem intervir, apresentando também informações e documentos para análise. A empresa que se sente prejudicada por determinada prática comercial da representada provavelmente irá exercer ingresso no processo como “terceira interessada”, tendo, normalmente, papel fundamental na apresentação de provas que possam ser usadas para a condenação da representada.

Estabelece ainda o Art. 45 da Norma n. 07/99 que *“antes da tomada de decisão, diante da relevância da questão, poderá ser realizada Audiência Pública, por decisão do Conselho Diretor, para debate sobre a matéria do processo”*.

Ao final da instrução, a(s) representada(s) terá(ão) oportunidade de apresentar suas alegações finais, nas quais poderão analisar todas as provas produzidas no processo. Após a apresentação das alegações finais, quando então não haverá mais produção de novas provas, *“o Conselho Diretor [da ANATEL], [...] em relatório circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos ao CADE para julgamento, ou pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE nesta última hipótese, considerando o disposto no art. 3º desta norma”*.

O procedimento para avaliação e julgamento pelo CADE do relatório da ANATEL (seja pelo arquivamento do processo ou pela aplicação de penalidade, é definido pela Lei n. 8.884/94. De acordo com o disposto no Art. 42 desta lei, o processo é distribuído para um dos seis conselheiros do CADE (excluindo o presidente), que, então, será o conselheiro relator do processo.

O conselheiro relator deve abrir vistas do processo para parecer da Procuradoria do CADE. De acordo com o Art. 43 da lei, o conselheiro relator pode também *“determinar a realização de diligências complementares ou requerer novas informações, [...] bem como facultar à parte a produção de novas provas, quando entender insuficientes para a formação de sua convicção os elementos existentes nos autos”*.

Concluía a instrução complementar, o conselheiro relator deve colocar o processo na pauta de julgamento do plenário do CADE. A decisão deve ser tomada por voto da maioria absoluta dos conselheiros (pelo menos quatro votos). Caso o CADE decida

pela existência de infração à concorrência, deverá impor penalidades previstas no Art. 23 da Lei n. 8.884/94. Basicamente, deverá condenar a representada ao pagamento de multa de 1 a 30% de seu faturamento bruto no ano anterior ao da abertura do processo. Note-se que os dirigentes da empresa envolvidos na prática infrativa também estão sujeitos à investigação, podendo, assim, ser condenados ao pagamento de multa (de 10 a 50% da multa imposta à empresa). De acordo com o Art. 24 da lei, quando “*assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral*” outras penalidades poderão ser impostas à representada, como, por exemplo, a proibição de contratar com a Administração Pública (II), determinação de cisão da representada, transferência do seu controle acionário, venda de ativos, cessação parcial de atividades, ou “*qualquer outro ato ou providência necessária para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica*” (V) ocasionados pela prática infrativa.

Finalmente, cabe notar que, de acordo com o Art. 50 da Lei n. 8.884/94, “*as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições*”³⁴.

3.2.2.3 – Medidas Preventivas

Estabelece o Art. 49 da Norma 07/99 que:

“Em qualquer fase do processo administrativo, a Anatel poderá, por decisão do Conselho Diretor, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar o mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.”

Os dois requisitos para a imposição de medida preventiva, assim como ocorre no processo civil em geral, são a existência de *periculum in mora* e de *fumus boni iuris*. Ou seja, faz-se necessário haver elementos de prova suficientes para caracterizar uma possibilidade de existência de infração à concorrência na conduta sob investigação, e também é necessário que haja urgência na imposição da medida, sob pena de haver danos irreparáveis à concorrência pela demora, tornando ineficaz a decisão final a ser tomada pelo CADE. Note-se que o *periculum in mora* a ser demonstrado não é o referente à empresa que se sinta prejudicada pela prática em investigação, mas sim em relação ao interesse público, visto que o CADE, e também a ANATEL, não tem por finalidade proteger interesses privados.

É interessante notar que o Art. 52 da Lei n. 8.884/94 também estabelece a possibilidade de imposição de medida preventiva:

“Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente,

³⁴ De acordo com a Lei n. 8.137/90, algumas práticas que caracterizam violação à concorrência caracterizam também infrações criminais. Neste sentido, caso haja condenação no âmbito do CADE por prática de tais condutas (principalmente no caso de prática de cartel), faz-se necessária a comunicação ao Ministério Público para que este promova a ação penal, se for o caso.

cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo”.

Cabe notar que o Art. 52, também aplicável aos processos envolvendo prestadores de serviços de telecomunicações, estabelece uma competência aparentemente dupla para a imposição de medida preventiva – tanto o Conselho Diretor da ANATEL (ao invés do Secretário da SDE, por força do inciso XIX do Art. 19 da LGT) quando o conselheiro relator do processo no CADE teriam competência para a impor a medida. Entretanto, cabe notar que a competência do conselheiro-relator do CADE inicia-se com a remessa do processo da ANATEL. Enquanto o processo está apenas no âmbito da ANATEL, somente o Conselho Diretor pode impor a medida preventiva³⁵.

Tanto a Norma n. 07/99 como a Lei n. 8.884/94, estabelecem que da decisão que impõe a medida preventiva cabe recurso ao plenário do CADE. Diz o Art. 51 da Norma n. 07/99:

“Da decisão do Conselho Diretor que adotar medida preventiva, caberá recurso, no prazo de cinco dias, ao plenário do CADE, sem efeito suspensivo”.

Esta determinação está contida também no §2º do Art. 52 da Lei n. 8.884/94.

Mais uma vez, da decisão final do plenário do CADE sobre o pedido de revisão de medida preventiva não cabe recurso no âmbito administrativo, sendo possível, é claro, apresentação de ação judicial para desconstituir a medida. Note-se, ainda, que o próprio Conselho Diretor, e também o plenário do CADE, podem rever sua decisão, caso haja uma mudança nos fatos que justifique a revisão da decisão.

3.2.2.4 – Compromisso de Cessação

Estabelece o Art. 55 da Norma n.07/99 que:

“Em qualquer fase do processo administrativo, poderá ser celebrado pela Anatel, por decisão do seu Conselho Diretor e ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.”

Neste caso, *“o processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação, e será arquivado ao término do prazo fixado³⁶, se atendidas toas as condições estabelecidas no termo respectivo”* (Art. 59).

³⁵ Entretanto, este não tem sido o entendimento de determinados conselheiros do CADE, que vêm analisando pedidos de medida preventiva antes mesmo do término da instrução do processo na ANATEL, ao entendimento de que a competência seria “concorrente”. Entretanto, antes de haver a distribuição do processo no CADE, o que somente ocorre após a emissão do relatório final da ANATEL, não há que se falar em “conselheiro relator”, não havendo, portanto, competência legal para a imposição de medida.

³⁶ Para as obrigações que serão assumidas pela representada durante o cumprimento do termo do compromisso de cessação.

A representada tem o direito de negociar o compromisso de cessação, sendo obrigação da ANATEL discuti-lo, de boa-fé. Evidentemente, não existe a obrigação da celebração do compromisso, se os termos negociados não atendam ao interesse público. A vantagem para a ANATEL com a celebração deste acordo é garantir que a prática sob investigação seja imediatamente terminada, não havendo, ainda, o risco de a representada ser absolvida (por falta de prova ou por inexistência da infração). Para a representada a celebração do compromisso, apesar de poder acarretar em altos encargos para o cumprimento das obrigações dele decorrentes, evita o risco de uma condenação.

A Lei n. 8.884/94 estabelece possibilidade semelhante, acrescentando que o compromisso pode também ser celebrado diretamente pelo CADE, caso o processo já não mais esteja na esfera da SDE (ou da ANATEL, no caso do setor de telecomunicações).

Finalmente, cabe registrar que, por força do § 5º do Art. 53 da Lei n. 8.884/94, a possibilidade de celebração do compromisso não existe nos casos de investigação da prática de cartel.

Nestes casos, na forma do Art. 35-B da Lei n. 8.884/94, a representada pode solicitar a celebração do acordo de leniência, por meio do qual a lei permite uma redução de um a dois terços da multa a ser aplicada pelo CADE caso a representada confesse a prática e apresente provas também contra outros participantes do cartel. Caso sequer haja uma investigação em curso, a celebração do acordo de leniência pode significar a concessão de imunidade total à denunciante e a seus administradores, inclusive em relação às implicações criminais da Lei n. 8.137/90. Entretanto, a leniência somente é disponível ao primeiro denunciante da prática, e, ainda assim, não é possível a concessão do benefício caso o denunciante tenha sido o líder da prática infrativa. Apesar de não haver previsão do instituto da leniência na Norma n. 07/99 da ANATEL, a agência tem competência para celebrar o acordo nos casos de cartel no setor de telecomunicações, tendo em vista que a ANATEL tem as competências legais da SDE previstas na Lei n. 8.884/94, por força do já citado inciso XIX do Art. 19 da LGT.

Jaqueline Mainel Rocha
Advogada
Consultora da UIT
Membro do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB

“REGULAMENTAÇÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO – STFC”

APOSTILA

1. DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DO STFC

1.1. O serviço telefônico fixo comutado – STFC – é definido, no ordenamento jurídico brasileiro, como “o serviço de telecomunicações que, por meio da transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia”.¹

1.2. Dentro da sistemática trazida pela Lei Geral de Telecomunicações – LGT – Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, marco regulatório para o setor, o STFC classifica-se como modalidade de serviço de interesse coletivo, prestado tanto no regime público quanto no regime privado.²

1.3. A importância da definição do regime de prestação está no fato de a União ter de assegurar a existência, universalização e continuidade dos serviços prestados em regime público.³ A própria LGT, nesse sentido, define as obrigações de universalização e continuidade.⁴

1.4. A LGT previu que ao menos as modalidades de STFC, destinadas ao público em geral, seriam prestadas em regime público.⁵ E assim foi confirmado pelo PGO, ao mencionar que aos demais serviços que não o STFC se aplicaria o regime jurídico privado disciplinado no Capítulo III, Título III da LGT.⁶ O Regulamento dos Serviços de Telecomunicações – Resolução Anatel n.º 73, de 25 de novembro de 1998 – corroborou as disposições da LGT e do PGO e esclareceu-as nos arts. 13 e 14:

¹ Art. 1º, §1º, Plano Geral de Outorgas – PGO– Decreto n.º 2.534, de 02 de abril de 1998.

² Art. 1º PGO: “Art. 1º. O serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral será prestado nos regimes público e privado, nos termos dos arts. 18, inciso I, 64 e 65, inciso III, da Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, e do disposto neste Plano Geral de Outorgas.”

³ Art. 64 LGT: “Art. 64. 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.”

⁴ Art. 79 LGT: “Art. 79. Art. 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

§ 1º 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 sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

§ 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

⁵ Art. 64, parágrafo único LGT: “Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.”

⁶ Art. 3º PGO: “Aos demais serviços de telecomunicações, não mencionados no art. 1º, aplica-se o regime jurídico previsto no Livro III, Título III, da Lei n.º 9.472, de 1997.

Art. 13. Serviços de telecomunicações explorados no regime público são aqueles cuja existência, universalização e continuidade a própria União compromete-se a assegurar, incluindo-se, neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.

Art. 14. Os serviços de telecomunicações explorados no regime privado não estão sujeitos a obrigações de universalização e continuidade, nem prestação assegurada pela União.

1.5. Além do regime de prestação, o STFC foi classificado no PGO nas modalidades de serviço local, serviço de longa distância nacional e serviço de longa distância internacional, nos termos do §2º do art. 1º do PGO.⁷

2. DESESTATIZAÇÃO E ÁREAS DE PRESTAÇÃO

2.1. A LGT autorizou o Poder Executivo⁸ a promover a reestruturação e a desestatização das empresas federais de telecomunicações, listadas no art. 187, a fim de dar cumprimento ao disposto na Emenda Constitucional n.º 8, de 1995 e ao disposto no art. 2º da LGT.

2.2. Estipulou o art. 207 da LGT, que no prazo máximo de sessenta dias a contar de sua publicação, as então prestadoras do STFC – as empresas federais de telefonia, listadas no art. 187 – deveriam pleitear a celebração de contrato de concessão.

2.3. Para lançar as bases de um ambiente concorrencial futuro, o País foi dividido em quatro regiões para prestação do STFC, a fim de atender o disposto nos artigos 201 e 202 da LGT.⁹ Desse modo, no momento da desestatização das empresas federais de telecomunicações componentes do Sistema Telebrás, em abril de 1998, foram elas agrupadas em quatro conjuntos.

2.4. Nos termos do art. 4º do PGO¹⁰, as regiões I, II e III comporiam áreas distintas entre si, das quais poderiam ser originadas chamadas locais e longa distância nacional intra-regional. A região IV, por sua vez, teria caráter nacional, e a empresa concessionária prestaria serviço de longa distância nacional e longa distância internacional.

2.5. As regiões foram então compostas da seguinte maneira, em correspondência com as áreas geográficas seguintes:

⁷ Art. 1º, § 2º PGO: “§ 2o. São modalidades do serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral o serviço local, o serviço de longa distância nacional e o serviço de longa distância internacional, nos seguintes termos:
I - O serviço local destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados situados em uma mesma Área Local;
II - O serviço de longa distância nacional destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados situados em Áreas Locais distintas no território nacional; e
III - O serviço de longa distância internacional destina-se à comunicação entre um ponto fixo situado no território nacional e um outro ponto no exterior.”

⁸ Art. 106 e ss. da LGT.

⁹ Art. 201. Fica vedada, no decurso do processo de desestatização, a aquisição, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, do controle, direto ou indireto, de empresas atuantes em áreas distintas do plano geral de outorgas.

Art. 202. As transferências do controle acionário ou da concessão, após a desestatização, somente poderá efetuar-se quando transcorrido o prazo de cinco anos, observado o disposto nos incisos II e III do art. 98 desta Lei.

§ 1º Vencido o prazo referido no *caput*, a transferência de controle ou de concessão que resulte no controle, direto ou indireto, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, de concessionárias atuantes em áreas distintas do plano geral de outorgas, não poderá ser efetuada enquanto tal impedimento for considerado, pela Agência, necessário ao cumprimento do plano.

§2º A restrição à transferência da concessão não se aplica quando efetuada entre empresas atuantes em uma mesma área do plano geral de outorgas.

¹⁰ Art. 4º. O território brasileiro, para efeito deste Plano Geral de Outorgas, é dividido nas áreas que constituem as quatro Regiões estabelecidas no Anexo I.

§1º Para fins do disposto nos arts. 201 e 202 da Lei 9.472, de 1997, as Regiões referidas no Anexo I constituem áreas distintas entre si.

§2º As Regiões I, II e III são divididas em Setores, conforme Anexo 2.

§3º As áreas de concessão ou de autorização estabelecidas neste Plano Geral de Outorgas não serão afetadas por desmembramento ou incorporação de Município, Território, Estado-membro ou Distrito Federal.

- (i) 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;
- (ii) região II: Distrito Federal e Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre;
- (iii) região III: Estado de São Paulo;
- (iv) região IV: nacional.

2.6. Para garantir a manutenção da independência entre as prestadoras de regiões diversas, durante e após o processo de desestatização, foram impostas algumas limitações à transferência do controle societário dessas prestadoras, que podem ser encontradas nos arts. 201, 202 (vide nota 9) e 209 da LGT, além do art. 7º do PGO:

Art. 209. Ficam autorizadas as transferências de concessão, parciais ou totais, que forem necessárias para compatibilizar as áreas de atuação das atuais prestadoras com o plano geral de outorgas.

Art. 7º. Após a desestatização de que trata o art. 187 da Lei n.º 9.472, de 1997, e de acordo com o disposto no art. 209 da mesma Lei, só serão admitidas transferências de concessão ou de controle societário que contribuam para a compatibilização das áreas de atuação com as Regiões definidas neste Plano Geral de Outorgas e para a unificação do controle societário das concessionárias atuantes em cada Região.

3. PANORAMA DAS PRESTADORAS DE STFC: CONCESSIONÁRIAS E AUTORIZATÁRIAS

3.1. Como definido na LGT e no PGO, art. 1º, o STFC seria o único a ser prestado em regime público, o que significa que ao menos uma prestadora estaria submetida ao regime de concessão de serviço público, com todos os ônus e deveres inerentes a este contrato (item 1.3). A prestação em regime público significa também que o Estado assegura a sua prestação, em atenção ao princípio da continuidade do serviço público.

3.2. Assim, nos moldes estabelecidos pela LGT, as empresas federais de telefonia assinaram contratos de concessão e foram privatizadas. O Estado, por sua vez, na figura da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, assumiu a posição de regulador da atividade.

3.3. Por outro lado, como a previu o art. 1º do PGO, o STFC seria prestado tanto em regime público quanto em regime privado, este último materializado através do instituto da autorização.

3.4. Para dar efetividade a este preceito, o art. 9º do PGO¹¹ dispôs que a desestatização de empresas ou grupo das empresas federais de telecomunicações implicaria a imediata instauração pela Anatel de processo licitatório para expedição de autorizações para prestação, relativamente às regiões I, II e III, do serviço local e do serviço de longa distância nacional de âmbito intra-regional; e relativamente à região IV, do serviço de longa distância nacional de qualquer âmbito e do serviço de longa distância internacional.

3.5. Em decorrência dessa previsão, firmaram-se as seguintes prestadoras de STFC:

1. região I: Telemar, concessionária, CTBC Telecom, concessionária do setor 3 da região I do PGO, e Vésper S.A, autorizatória;
2. região II: Brasil Telecom, concessionária, e GVT, autorizatória;
3. região III: Telefônica, concessionária, Sercomtel, concessionária no setor 20 da região III do PGO (local e LDN) e Vésper SP, autorizatória;

¹¹ Art. 9º. A desestatização de empresas o grupo de empresas, citadas no art. 187, da Lei n.º 9.472, de 1997, implicará, para a respectiva Região, a imediata instauração, pela Agência Nacional de Telecomunicações, de processo licitatório para: I – relativamente às Regiões I, II e III, expedição, em cada Região, para um mesmo prestador, de autorizações para exploração do serviço local e do serviço de longa distância nacional de âmbito intra-regional; II – relativamente à Região IV, expedição, para um mesmo prestador, de autorizações para exploração do serviço de longa distância nacional de qualquer âmbito e do serviço de longa distância internacional.

4. região IV: Embratel, concessionária, e Intelig, autorizatória.

3.6. Foi previsto, ainda, no *caput* do art. 10 do PGO¹² que a partir de 31 de dezembro de 2001, deixaria de haver limite quanto ao número de prestadores de STFC, ressalvados a vedação de que a mesma pessoa jurídica explore, na mesma região, direta ou indiretamente, uma mesma modalidade de serviço nos regimes públicos e privado; os casos de impossibilidade técnica ou quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação do serviço.

3.7. Além disso, conforme previu o § 1º do art. 10 do PGO, as empresas titulares de autorizações conferidas nos termos do art. 9º do PGO (vide item 3.4), bem com suas controladoras, controladas ou coligadas, puderam, a partir de 31 de dezembro de 2002, ou anteriormente, em 31 de dezembro de 2001, caso houvessem cumprido integralmente as obrigações de expansão e atendimento que deveriam ser cumpridas até 31 de dezembro de 2002, pleitear novas autorizações para prestação do STFC.

3.8. Para as concessionárias de STFC foi previsto, no § 2º, que a prestação de serviços de telecomunicações em geral poderia ser objeto de novas autorizações por titular de concessão, bem como sua controladora, controlada ou coligada, somente a partir de 31 de dezembro de 2003 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se todas as concessionárias de sua região houvessem cumprido integralmente as obrigações de universalização e expansão que, segundo seus contratos de concessão, deveriam ser cumpridas até 31 de dezembro de 2001. Para fixar os parâmetros de aferição do cumprimento das metas de universalização por parte das concessionárias, foi editada a Resolução n.º 280, de 15 de outubro de 2001.

3.9. Para regulamentar a entrada das novas autorizatórias, em um ambiente sem limite ao número de concorrentes, foi editada a Resolução n.º 283, de 28 de novembro de 2001, que fixa condições gerais e específicas para a expedição de novas autorizações.

3.8. Atualmente, considerando-se concessões e autorizações, há mais de 50 prestadoras de STFC, contando-se as modalidades local, longa distância nacional e longa distância internacional.¹³

4. CONTRATO DE CONCESSÃO DE STFC

4.1. Definição

4.1.1. A outorga do contrato de concessão é requisito prévio para exploração de serviço de telecomunicações em regime público.¹⁴ Como o único serviço prestado em regime público é, (vide itens 1.3 e 1.4), a definição de concessão somente tem interesse prático, no regime da LGT, para o STFC.

4.1.2. A concessão de serviço de telecomunicações é definida na LGT como “a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar”.¹⁵

4.2. Condições Subjetivas para outorga

4.2.1. Há duas condições subjetivas básicas para a outorga de concessão a uma determinada prestadora.

4.2.2. A primeira delas, definida no art. 86 da LGT, reza que “a concessão somente poderá ser outorgada a empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País, criada para explorar exclusivamente os serviços de telecomunicações objeto da concessão”. Admite-se, contudo, que haja participação, na licitação para outorga, de quem não atenda a este dispositivo, sob a

¹² Art. 10. A partir de 31 de dezembro de 2001, deixará de existir qualquer limite ao número de prestadores do serviço a que se refere o art. 1º, ressalvado o disposto nos arts. 68 e 136 da Lei n.º 9.472, de 1997.

¹³ Fonte: Relação prestadoras STFC – Anatel.

¹⁴ Art. 83 da LGT: “Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

¹⁵ Art. 83, *caput*, da LGT.

condição de, “antes da celebração do contrato, adaptar-se ou constituir empresa com as características adequadas”.¹⁶

4.2.3. A segunda condição subjetiva constitui-se em uma vedação. É proibido que haja “outorga a empresa ou grupo empresarial que, na mesma região, localidade ou área, já preste a mesma modalidade de serviço”. Nesse caso, só é admitida a concessão “condicionada à assunção do compromisso de, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data da assinatura do contrato, transferir a outrem o serviço anteriormente explorado”.¹⁷

4.3. Condições objetivas para outorga

4.3.1. Dentre as condições objetivas, estão a necessidade de realização de licitação para a outorga¹⁸ e a vedação de participação na licitação ou do recebimento de outorga por parte da “empresa proibida de licitar ou contratar com o Poder Público ou que tenha sido declarada inidônea, bem como aquela que tenha sido punida nos dois anos anteriores com a decretação de caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviços de telecomunicações, ou a caducidade de direito de radiofrequência”.¹⁹

4.4. Cláusulas essenciais

4.4.1. Como é típico dos contratos de concessão em geral, há cláusulas que são consideradas essenciais ou necessárias. Há algumas cláusulas essenciais aos contratos de concessão de serviço público em geral, mencionadas na Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, conhecida como Lei de Concessões.²⁰ Essas cláusulas dizem respeito ao serviço prestado, aos direitos e obrigações do poder concedente, do concessionário e do usuário; à prestação de contas; à fiscalização; e ao fim da concessão. Caracterizam, portanto, o próprio contrato.

4.4.2. No caso dos serviços de telecomunicações, a LGT se encarregou de listar expressamente as cláusulas essenciais do contrato de concessão, adaptando-as à realidade setorial, nos termos do art. 93:

Art. 93. O contrato de concessão indicará:

I - objeto, área e prazo da concessão;

II - modo, forma e condições da prestação do serviço;

III - regras, critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da implantação, expansão, alteração e modernização do serviço, bem como de sua qualidade;

IV - deveres relativos à universalização e à continuidade do serviço;

V - o valor devido pela outorga, a forma e as condições de pagamento;

VI - as condições de prorrogação, incluindo os critérios para fixação do valor;

VII - as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios para seu reajuste e revisão;

VIII - as possíveis receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;

IX - os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, da Agência e da concessionária;

X - a forma da prestação de contas e da fiscalização;

XI - os bens reversíveis, se houver;

XII - as condições gerais para interconexão;

XIII - a obrigação de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação exigidas na licitação;

XIV - as sanções;

XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

Parágrafo único. O contrato será publicado resumidamente no Diário Oficial da União, como condição de sua eficácia.

¹⁶ Art. 83, parágrafo único, da LGT.

¹⁷ Art. 87 LGT.

¹⁸ Art. 88 LGT: “Art. 88. As concessões serão outorgadas mediante licitação.”

¹⁹ Art. 90 LGT.

²⁰ Art. 23. da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

4.4.3. Dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço de telecomunicações, há algumas que se mostram específicas para a atividade, e que merecem maiores esclarecimentos.

4.5. Objeto, prazo da concessão e prorrogação dos contratos

4.5.1. O objeto do contrato de concessão de STFC é a prestação de STFC, destinado ao público em geral, conforme definido no item 1. Além da prestação do serviço em si, são incorporados como objeto do contrato a implantação de utilidades ou comodidades relacionadas com a prestação do serviço objeto de concessão.²¹ Nos termos da cláusula 1.1 do Modelo de Contrato de Concessão do STFC, modalidade Local (aqui tomado como parâmetro de estudo), veiculado através da Resolução Anatel n.º 26, de 27 de maio de 1998 – doravante denominado apenas Modelo de Contrato Local –, o objeto do contrato é a “concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado, destinado ao uso o público em geral, prestado em regime público, na modalidade de serviço local, na área geográfica definida na cláusula 2.1, nos termos do Plano Geral de Outorgas”.

4.5.2. Além da prestação do serviço em si, são também definidos como objeto do contrato: a implantação e exploração de utilidades ou comodidades inerentes à plataforma do serviço (cláusula 1.3) e o atendimento às metas de universalização e qualidade previstas no contrato (cláusula 1.5).

4.5.3. Os arts. 99 e 207, §1º da LGT prevêem que os contratos, que foram firmados com as então prestadoras do STFC, terão termo final fixado para o dia 31 de dezembro de 2005, assegurado o direito à prorrogação única por vinte anos, a título oneroso, desde que observadas as regras pertinentes aos serviços prestados em regime público, constantes da própria LGT. Tais diretrizes são consolidadas nas cláusulas 3.1 e 3.2 do Modelo de Contrato Local.

4.5.4. Os arts. 99 e 207 da LGT disciplinam também que a manifestação expressa sobre o interesse na prorrogação deve se dar com, pelo menos, 30 (trinta) meses antes de sua expiração (cláusula 3.2 do Modelo de Contrato Local). Assim, foi editada a Resolução Anatel n.º 341, de 23 de junho de 2003, que convocou as concessionárias de telefonia fixa para, até o dia 30 de junho, manifestarem o interesse na prorrogação dos contratos que lhes foram outorgados. No mesmo ato foram aprovados também os novos modelos de contratos estabelecidos nas modalidades de serviço Local, Longa Distância Nacional (LDN) e Longa Distância Internacional (LDI) e o novo Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Telefônico Fixo Comutado (PGMQ), com vigência a partir de janeiro de 2006.

4.5.5. Todas as concessionárias do STFC (Brasil Telecom, Telemar, Telefônica, Embratel, Sercomtel e CTBC Telecom) manifestaram interesse em prorrogar os contratos de concessão, agregados aos novos Planos de Qualidade, veiculado pela Resolução Anatel n.º 341, de 20 de junho de 2003 – que resultou da Consulta Pública n.º 426, de 26 de dezembro de 2002 –, e Universalização, editado pelo Decreto Presidencial n.º 4.769, de 27 de junho de 2003. Também foi editado o Decreto Presidencial n.º 4.733, de 10 de junho de 2003, que dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações e fixa pontos importantes para os novos contratos de concessão.

4.5.6. A principal alteração nos novos contratos diz respeito ao índice de correção das tarifas, que deixa de ser o IGP-DI, que tem forte vinculação com a variação do dólar, e passa a ser um índice setorial, que leve em conta variações específicas suportadas pelas prestadoras. As demais alterações serão tratadas ao longo dos comentários sobre as cláusulas essenciais.

4.6. Universalização

4.6.1. As concessionárias de STFC assumem, pelo regime público de prestação, obrigações de universalização, nos termos do art. 63, parágrafo único, da LGT. Mais adiante, no art. 79, §1º da LGT, as obrigações de universalização são definidas como aquelas que “objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público”. No Modelo de Contrato Local a

²¹ Resolução 26, de 27 de maio de 1999, que traz modelos de contratos de concessão para a prestação do STFC.

universalização é definida como traço essencial do regime de prestação do serviço de STFC, que estará caracterizado “pelo atendimento uniforme e não discriminatório de todos os usuários e pelo cumprimento das metas constantes do Plano Geral de Metas de Universalização” (cláusula 7.1).

4.6.2. A LGT prevê, ainda, que as “obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo”.²² Essas metas vieram definidas no Plano Geral de Metas de Universalização do STFC, veiculado através do Decreto n.º 2.592, de 15 de maio de 1998. Dentre as metas definidas no PGMU, encontram-se disposições sobre: metas de acessos individuais e metas de acessos coletivos, além de referências à disponibilidade de instalações, e ao atendimento a deficientes físicos, a instituições de caráter público ou social, a regiões remotas e a áreas rurais ou de urbanização precária. A cláusula 7.3 do Modelo de Contrato Local prevê, com base no art. 2º, §2º do PGMU, que a concessionária “assume a obrigação de implementar metas de universalização previstas” no contrato e “que venham a ser requeridas pela Anatel”, em observância ao referido artigo do PGMU.

4.6.3. Para controle do atendimento às metas de universalização, constantes na regulamentação e nos contratos de concessão, as prestadoras devem apresentar relatórios periódicos sobre o atendimento às metas. Comprovado o não cumprimento das obrigações relacionadas à universalização, a LGT prevê a aplicação das sanções multa, caducidade ou decretação de intervenção, nos termos do art. 82.²³

4.6.4. Nos contratos de concessão consta referência expressa ao regime de fiscalização nas cláusulas 19.1 e 19.2.

4.6.5. Recentemente, visando a estabelecer as regras para os novos contratos de concessão, foi editado, por meio do Decreto n.º 4.769, de 27 de junho de 2003, o novo Plano Geral de Metas de Universalização, que entrará em vigor a partir de 1º de janeiro de 2006 (vide item 5.6).

4.7. Continuidade do serviço

4.7.1. Além de assumir obrigações de universalização, as concessionárias de STFC têm de cumprir com obrigações de continuidade na prestação. Nos termos do art. 79, § 2º da LGT, as obrigações de continuidade “são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar a disposição dos usuários, em condições adequadas de uso”. A cláusula 6.1 do Modelo de Contrato Local fixa como critérios indicadores de qualidade e continuidade do serviço a regularidade, a eficiência, a segurança, a atualidade, a generalidade, a cortesia e a modicidade das tarifas.

4.7.2. A obrigação de continuidade do serviço das concessionárias deve-se ao fato da prestação se dar em regime público, que segundo o art. 175 da Constituição Federal, é norteador pelo princípio da continuidade, também contemplado na Lei n.º 8.997, de 13 de fevereiro de 1995, conhecida com Lei Geral de Concessões. Vale lembrar, ainda, que a União, caso haja impedimento da concessionária, se compromete a manter a continuidade do STFC prestado em regime público, tendo em vista a sua essencialidade (vide item 1.3).

4.7.3. Assim, além da obrigação contratual para com o usuário, a concessionária de STFC está submetida a um regime administrativo especial, em que somente casos excepcionais podem justificar a interrupção do serviço. O serviço não pode ser descontinuado, em atenção ao interesse público, sob pena de sanções administrativas à concessionária. Contudo, há determinadas situações excepcionais que admitem a interrupção do serviço, conforme previsão do Regulamento do STFC – Resolução Anatel n.º 85, de 30 de dezembro de 1998, em que há um capítulo dedicado ao tema – Capítulo VI.

²² Art. 80, *caput*, da LGT.

²³ Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.

4.7.4. Além de só se justificar a interrupção do serviço em situações excepcionais²⁴, dispõe o Regulamento do STFC que “é vedado à Prestadora interromper a execução do serviço alegando o inadimplemento de qualquer obrigação por parte da Agência ou da União”.²⁵ Tal norma é um desdobramento do princípio da supremacia do interesse público, que confere à Administração Pública poderes ditos exorbitantes em relação ao particular que com ela contrata.

4.7.3. Nos casos em que a interrupção é admitida, a prestadora deverá notificar o público em geral e ao assinante, “comunicando-lhe a interrupção, seus motivos, as providências adotadas para o restabelecimento dos serviços, e a existência de meios alternativos para minimizar as conseqüências advindas da interrupção”, nos termos do art. 25 do Regulamento do STFC.

4.7.4. Apesar de o usuário de STFC ter direito à não suspensão do serviço sem sua solicitação, o Regulamento do STFC prevê, nos termos dos arts.12, inciso VIII e 67 e ss., que o serviço poderá ser suspenso por “débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de deveres constantes do artigo 4º da Lei n.º 9.472, de 1997”.²⁶

4.7.5. O art. 67 do Regulamento do STFC prevê que a “prestadora pode suspender o provimento do serviço ao Assinante que não honrar o pagamento de débito diretamente decorrente da utilização da modalidade do serviço prestado, após transcorridos 30 (trinta) dias de inadimplência”. Contudo, o usuário tem o direito de contestar os débitos em até 5 (cinco) dias úteis contados da notificação que a prestadora deverá fazer ao assinante em caso de não pagamento, em quinze dias após o vencimento.²⁷ Transcorridos 30 (trinta) dias de inadimplência, “a Prestadora pode suspender, parcialmente, o provimento do STFC, com bloqueio das chamadas originadas”.²⁸ Decorridos no mínimo 30 (trinta) dias de suspensão parcial do serviço, a prestadora pode proceder à suspensão total do provimento do STFC, “inabilitando-o a originar e receber chamadas”, sendo que a prestadora deve informar ao assinante, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, a suspensão total do provimento do serviço.²⁹ Após 30 (trinta) dias de suspensão total do provimento do serviço, a prestadora pode rescindir o contrato, nos termos do art. 70 do Regulamento do STFC (cláusula 8.3 do Modelo de Contrato Local).

4.8. Qualidade e modernização do serviço

4.8.1. A preocupação com a qualidade do serviço vem acompanhada com o intuito de garantir a modernização do mesmo, nos termos do art. 93, inciso III da LGT.

4.8.2. Diversamente das obrigações de universalização e continuidade, o atendimento a metas de qualidade do STFC deve ser cumprido tanto por concessionárias, quanto por autorizadas, que prestam o serviço em regime privado.

4.8.3. Assim, foi editado através da Resolução Anatel n.º 30, de junho de 1998, o Plano Geral de Metas de Qualidade do STFC – PGMQ, que, segundo seu art. 1º, “estabelece metas de qualidade, a

²⁴ Dispõe o art. 24 do Regulamento do STFC acerca das interrupções excepcionais: “Art. 24. São interrupções excepcionais do serviço as decorrentes de situação de emergência, as motivadas por razões de ordem técnica ou por razões de segurança das instalações, conforme a seguir:

I – situação de emergência: situação imprevisível decorrente de força maior ou caso fortuito, que acarrete a interrupção da prestação do serviço, sem que se possa prevenir sua ocorrência;

II – razões de ordem técnica: aquelas que, embora previsíveis, acarretem obrigatoriamente a interrupção do serviço como condição para a reparação, modificação, modernização ou manutenção dos equipamentos, meios e Redes de Telecomunicações; e

III – razões de segurança das instalações: as que, previsíveis ou não, exijam a interrupção dos serviços, entre outras providências, visando impedir danos ou prejuízos aos meios, equipamentos e Redes de Telecomunicações da Prestadora ou de terceiros.”

²⁵ Art. 25 Regulamento STFC.

²⁶ Art. 12, inciso VIII do Regulamento do STFC.

²⁷ Art. 67, §4º do Regulamento do STFC.

²⁸ Art. 68 do Regulamento do STFC.

²⁹ Art. 69 do Regulamento do STFC.

serem cumpridas pelas prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado, destinado ao uso do público em geral (STFC), prestado nos regimes público e privado”.

4.8.4. O PGMQ estabelece metas a serem cumpridas pelas prestadoras de STFC com o fim de melhorar a qualidade do serviço. Importante ressaltar que são fixadas metas progressivas com o tempo, a fim de melhorar sempre o atendimento ao usuário. São fixadas metas relativas à solicitação de reparo, à solicitação de mudança de endereço, metas do atendimento por telefone ao usuário, metas de qualidade par telefone de uso público, metas de informação do código de acesso do usuário, metas de atendimento à correspondência do usuário, metas de atendimento pessoal ao usuário, metas de emissão de contas e metas de modernização de rede.

4.8.5. O não cumprimento destas metas por parte das prestadoras acarretará punições, conforme previsão do art. 42 do PGMQ. A aplicação de sanções se dá através da instauração de processo administrativo por descumprimento de obrigação – PADO, nos termos do Regimento Interno da Anatel - Resolução Anatel n.º 270, de 19 de julho de 2001. Atualmente foi editada a Resolução n.º 344, de 18 de julho de 2003, que estabelece o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas.

4.8.6. Nos contratos de concessão, são fixados como pressupostos para a qualidade do serviço prestado regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas. (cláusula 6.1 do Modelo de Contrato Local).

4.8.7. Nos termos de autorização para prestação do STFC são fixados os mesmos critérios para aferição da qualidade do serviço, com exceção da modicidade das tarifas, nos termos dos Modelos de Termos de Autorização para a Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado na Modalidade Local, cláusula 5.1.

4.8.8. Recentemente foi editado o novo Plano Geral de Metas de Qualidade, por meio da Resolução n.º 341, de 23 de junho de 2003, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2006, para os novos contratos de concessão.

4.9. Regime tarifário

4.9.1. Apesar do contrato de concessão ser firmado entre Poder Público e empresa privada, esta última será remunerada principalmente pelo usuário, configurando-se uma relação trilateral. Firmado o contrato de concessão, a prestadora se torna responsável pelos riscos empresariais da atividade, “remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar”, nos termos do art. 83, parágrafo único da LGT. Dispõe ainda o Plano Geral de Metas de Universalização que todos os custos relacionados com o cumprimento das metas previstas neste plano serão suportados, exclusivamente, pelas concessionárias, nos termos do art. 2º, §1º do PGMU do STFC.

4.9.2. O art. 2º, inciso I, da LGT reza, por sua vez, que o Poder Público tem o dever de garantir a toda a população o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas. Seguindo esse preceito, a fixou-se um regime de controle tarifário para os serviços prestados pelas concessionárias, nos termos dos arts. 103, §3º e 108 da LGT, pelo qual as tarifas serão fixadas no contrato de concessão, consoante edital ou proposta apresentada na licitação e também os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas serão previstos nos contratos. Ademais, nos termos do art. 29 do Regulamento do STFC, corroborado pela cláusula 10.1 do Modelo de Contrato Local, a prestadora de STFC deve oferecer um Plano Básico de Serviço, “entendido como o Plano de Serviço de oferta obrigatória e não discriminatória a todos os Usuários ou interessados no STFC”.³⁰ A operadora pode oferecer, contudo, Planos Alternativos de Serviços, disponíveis a todos os Usuários ou interessados, cujas tarifas são de livre proposição pela concessionária, mas homologadas previamente à Agência, nos termos dos arts. 30 e 32 do Regulamento do STFC e da cláusula 10.2 e do Modelo de Contrato Local.

4.9.3. Apesar da previsão de controle tarifário em um primeiro momento, o art. 104 da LGT autoriza que, transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato, a Agência poderia submeter as

³⁰ Art. 29 do Regulamento do STFC.

concessionárias ao regime de liberdade tarifária, se existisse ampla e efetiva competição entre as prestadoras de serviço. Tal liberalização de fato não aconteceu, e as tarifas permanecem controladas pelos mecanismos instituídos nos contratos de concessão. Tais mecanismos constituem-se em fórmula³¹ fixada na cláusula 11.1, que autoriza o reajustamento das tarifas do Plano Básico de Serviços a cada 12 (doze) meses, por iniciativa da Anatel ou da concessionária. Como índice de correção foi escolhido o Índice Geral de Preços, Disponibilidade Interna, divulgado pela Fundação Getúlio Vargas.

4.9.4. Nos novos contratos, a serem assinados com as atuais concessionárias, foi estabelecido índice setorial como fator de correção, de modo a considerar o aumento de custos realmente suportado pelas empresas e não onerar demasiadamente o usuário, denominado Índice de atualização de tarifas composto a partir de índices de preços existentes, nos termos da regulamentação – IST. As bases de cálculo permanecem praticamente inalteradas.³²

4.9.5. Como as concessionárias desempenham atividade empresarial e visam ao lucro, estão submetidas a áleas (ou variações) econômicas ordinárias, inerentes a todo negócio privado. Todavia, a LGT lhes confere o direito à revisão do contrato, e conseqüentemente do regime tarifário, nos casos de “oneração causada por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como pelo aumento dos encargos legais ou tributos”, nos termos do art. 108, §4º, com previsão nas cláusulas 12.1, 12.2 e 12.3 do Modelo de Contrato Local.

4.9.6. Além de prever a revisão contratual em caso de situações extraordinárias, a LGT dispõe que “os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas” serão compartilhados com os usuários.³³ Também os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, como as diminuições de tributos ou encargos legais e a edição de novas regras sobre os serviços, devem ser compartilhados com os usuários, só que tal transferência deve se dar de modo integral, nos termos do art. 108, §3º da LGT.

4.9.7. As reduções de tarifa por parte da concessionária também são possíveis. Contudo, ela deve fazê-lo de forma não discriminatória, de modo que a “redução se baseie em critério objetivo e favoreça indistintamente todos os usuários”.³⁴ Os descontos, igualmente, devem ser extensíveis a todos os usuários que se enquadrem em condições precisas e isonômicas.³⁵

4.10. Bens reversíveis

4.10.1. Em decorrência ao princípio da continuidade do serviço público, os bens essenciais à prestação do serviço permanecem a eles afetos mesmo depois do fim do contrato de concessão ou em caso de inviabilidade da empresa prestadora. O art. 102 da LGT dispõe que ocorrerá a transmissão automática à União da posse dos bens reversíveis. Tal fenômeno recebe a denominação de reversão (cláusula 22.1 e 22.2 do Modelo de Contrato Local).

4.10.2. A reversão dos bens ao final do contrato de concessão não enseja indenização à prestadora (cláusula 22.3 do Modelo de Contrato Local). Esta só ocorrerá, nos termos do parágrafo único do art. 102 da LGT, quanto a reversão dos bens ocorrer antes de expirado o prazo contratual, o que importará o “pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles vinculados, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido” (cláusula 22.3, parágrafos 1º e 2º)

³¹ Essa fórmula tem como base de cálculo a data proposta para o reajuste, a data do último reajuste, o valor médio da taxa de habilitação, o valor da taxa de habilitação do terminal residencial, do terminal não residencial, do terminal tronco, o valor do pulso, o percentual de assinantes residenciais do Plano Básico do Serviço, o percentual de assinantes tronco do Plano Básico de Serviços, o valor da assinatura média, o valor da assinatura residencial, o valor da assinatura não residencial, o valor da assinatura tronco e o número médio de pulsos faturados, nos termos da cláusula 11.1.

³² Cláusula 12.1 do Contrato de Concessão Modalidade Local – 2006, editado pela Resolução n.º 341, de 20 de junho de 2003.

³³ Art. 108, §2º da LGT.

³⁴ Art. 106 da LGT.

³⁵ Art. 107 da LGT.

4.11. Extinção da concessão

4.11.1. A LGT prevê, em seu art. 112, as seguintes formas de extinção da concessão: advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão e anulação (cláusula 26.1 do Modelo de Contrato de Concessão).

4.11.2. A concessão se extingue por advento do termo contratual, quando o prazo previsto no contrato finda sem que haja renovação no mesmo, por desinteresse da concessionária ou por negativa da Agência, especialmente nos casos em que não se admite mais prorrogação.

4.11.3. Encampação é a “retomada do serviço pela União durante o prazo da concessão, em face de razão extraordinária de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após o pagamento de prévia indenização”, nos termos do art. 113 da LGT.

4.11.4. Caducidade é a rescisão por inadimplência da concessionária, precedida pelo devido processo administrativo instaurado pela Agência, conforme dispõe o § 2º do art. 114. Os casos que autorizam a decretação da caducidade são os seguintes: mudança na organização societária da empresa ou no seu capital social vier a prejudicar, de qualquer forma, a livre competição, ou colocar em risco a execução do contrato; ou ainda dissolução ou falência da concessionária; transferência irregular do contrato; não cumprimento do compromisso de transferência a que se refere o artigo 87 da mesma lei; ou quando cabível a intervenção³⁶, mas inconveniente, inócua, injustamente benéfica à concessionária ou desnecessária a sua decretação (cláusula 26.4 do Modelo de Contrato de Concessão).

4.11.5. A rescisão, por sua vez, é de direito da concessionária, quando, “por ação ou omissão do Poder Público, a execução do contrato se tornar excessivamente onerosa”, segundo o art. 115 da LGT. Ela pode ser judicial ou amigavelmente.

4.11.6. A anulação será decretada pela Agência em situações de irregularidade insanável e grave do contrato de concessão. Como decorreu de irregularidade, pode ou não gerar obrigação de indenizar, dependendo se houve ou não má-fé por parte da concessionária.

4.11.7. Finda a concessão, a União retoma a delegação do serviço, mesmo porque nunca houvera deixado de ser a titular do mesmo.³⁷

4.12. Sanções

4.12.1. O art. 173 da LGT prevê as sanções administrativas aplicáveis às concessionárias (e também às autorizatárias) em função de infração a preceitos da LGT ou demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de autorização, sem prejuízo de outras sanções de natureza cível ou penal. Assim, dependendo da gravidade da infração, podem ser aplicadas: advertência, a multa, a caducidade e a declaração de inidoneidade da operadora.

4.12.2. As cláusulas 25.1 e seguintes do Modelo de Contrato Local especificam as penalidades para os casos de infrações aos regulamentos do STFC e cláusulas do próprio contrato, fixando, ainda, valores para as multas.

4.12.3. Para facilitar a aplicação das sanções, em termos procedimentais e de adequação, foi editada recentemente a Resolução n.º 344, de 18, de julho de 2003, que estabelece parâmetros e critérios para aplicação das sanções administrativas.

³⁶ Art. 110. Poderá ser decretada intervenção na concessionária, por ato da Agência, em caso de:

I - paralisação injustificada dos serviços;

II - inadequação ou insuficiência dos serviços prestados, não resolvidas em prazo razoável;

III - desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de má administração que coloque em risco a continuidade dos serviços;

IV - prática de infrações graves;

V - inobservância de atendimento das metas de universalização;

VI - recusa injustificada de interconexão;

VII - infração da ordem econômica nos termos da legislação própria.

³⁷ Art. 117 da LGT.

5. FUST

5.1. O Plano Geral de Metas de Universalização do STFC, em seu art. 2º §1º, estabelece que todos os custos das metas nele estabelecidas devem ser suportados, exclusivamente, pelas concessionárias por elas responsáveis. Entretanto, a LGT, em seu artigo 81, estabelece fontes complementares de recursos, “destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa recuperar com a exploração eficiente do serviço”.³⁸

5.2. Dentre estas fontes, encontra-se a previsão de “fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes públicos e privados, nos termos da lei (...)”.³⁹

5.3. Tal fundo, denominado Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações, foi instituído pela Lei n.º 9.998, de 17 de agosto de 2000, que foi regulamentada pelo Decreto n.º 3.624, de 5 de outubro de 2000.

5.4. Constituem receitas do Fundo, segundo o art. 6º da Lei n.º 9.998, de 2000: (i) as dotações designadas na lei orçamentária anual da União e seus créditos adicionais; (ii) cinquenta por cento de parcela dos recursos do Fundo de Fiscalização as Telecomunicações – Fistel, até o limite máximo anual de setecentos milhões de reais; (iii) preço público cobrado pela Anatel como condição para a transferência de concessão, de permissão ou de autorização de serviço de telecomunicações ou de uso de radiofrequência; (iv) contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins; (v) doações; (vi) outras que vierem a lhe ser destinadas.

5.5. Tanto a Lei (art. 5º) quanto o Decreto dispõem que os recursos do Fust serão aplicados em “programas, projetos e atividades que estejam em consonância com plano geral de metas de universalização de serviço de telecomunicações ou suas ampliações que contemplarão, entre outros”, relacionados aos seguintes objetivos: atendimento a localidades com menos de cem habitantes ou de baixo poder aquisitivo; implantação de acessos individuais para prestação do serviço telefônico, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde; implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, em condições favorecidas, a instituições de saúde, estabelecimentos de ensino e bibliotecas, incluindo, nas duas últimas, os equipamentos terminais para operação pelos usuários; redução das contas de serviços de telecomunicações de estabelecimentos de ensino e bibliotecas referentes à utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso do público, inclusive da internet; instalação de redes de alta velocidade, destinadas ao intercâmbio de sinais e à implantação de serviços de teleconferência entre estabelecimentos de ensino e bibliotecas; atendimento a áreas remotas e de fronteira de interesse estratégico; implantação de acessos individuais para órgãos de segurança pública; implantação de serviços de telecomunicações em unidades do serviço público, civis ou militares, situadas em pontos remotos do território nacional; fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a instituições de assistência a deficientes e a deficientes carentes; e implantação da telefonia rural.

³⁸ O art. 4º, §2º do próprio PGMU estabelece que a “Anatel poderá, excepcionalmente, propor fontes adicionais de financiamento para a parcela dos custos não recuperáveis pela exploração eficientes dos serviços referentes às metas indicadas nas alíneas *b* e *c* do inciso II deste artigo”. Há previsão, ainda, previsão a respeito na cláusula 7.2 do Modelo de Contrato Local: “Cláusula 7.2. À exceção do disposto na cláusula 7.4. deste Contrato e observado o § 2º do art. 4º do Plano Geral de Metas de Universalização, aprovado pelo Decreto n.º 2.592, de 15 de maio de 1998, a implementação das metas de universalização será financiada exclusivamente pela Concessionária, através da exploração do serviço, não lhe assistindo direito a ressarcimento ou subsídio”.

³⁹ Art. 81, inciso II da LGT.

5.6. Percebe-se que a grande inovação, em relação ao PGMU do STFC foi a inclusão de objetivos relacionados à acesso de serviços de redes digitais de informação, inclusive internet. Nesse sentido, o novo PGMU do STFC, editado por meio do Decreto n.º 4.769, de 27 de junho de 2003, que vigorará para os novos contratos de concessão, inclui metas relativas à instalação de Terminais de Acesso Público – TAPs. Cada Posto de Serviço de Telecomunicações, nos termos do art. 14 do referido Decreto, deverá dispor de, pelo menos, quatro Telefones de Uso Público – TUP, quatro TAPs e facilidades que permitam o envio e recebimento de textos, imagens e gráficos. O art. 13 fixa as metas para a instalação dos PSTs.

5.7. A Lei do Fust atribuiu competência ao Ministério das Comunicações para formular políticas, diretrizes gerais e prioridades que orientarão as aplicações do Fust, bem como para definir programas, projetos e atividades financiadas com recursos do Fust, nos termos do art. 5º da Lei.⁴⁰ Nesse sentido, o Ministério das Comunicações expediu a Exposição de Motivos n.º 595/MC, de 7 de novembro de 2000, a fim de definir as diretrizes e prioridades para aplicação dos recursos do Fust, e, na forma de anexo à EM, editou a Política para Aplicação do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações - Fust. Dentre as diretrizes traçadas, foram estabelecidos os seguintes programas, que contariam com a ação conjunta dos demais Ministérios relativos às áreas beneficiadas: Programa de Educação, Programa de Saúde, Programa de Telecomunicações, Programa de Atendimento a Deficientes, Programa de Segurança Pública, Programa para Regiões Remotas e de Fronteiras e Programa de Bibliotecas Públicas.

5.8. Os referidos programas foram regulamentados pelas seguintes Portarias do Ministério das Comunicações: Portaria n 2 de 17 de janeiro de 2001, que trata do Programa de Educação; Portaria nº 196 de 17 de abril de 2001, que trata do Programa de Saúde; Portaria n.º 245, de 10 de maio de 2001, que trata do Programa de Bibliotecas; Portaria nº 246, de 10 de maio de 2001, que trata do Programa de Atendimento a Deficientes; Portaria nº 834, de 23 de maio de 2002, que trata do Programa para Regiões Remotas e de Fronteiras; Portaria nº 1.979, de 1º de outubro de 2002, que trata do Programa de Telecomunicações; e Portaria nº 2272, de 24 de outubro de 2002, que trata do Programa de Segurança pública.

5.9. Foi atribuída à Anatel, por sua vez, competência para implementar, acompanhar e fiscalizar os programas, projetos e atividades que aplicarem recursos do Fust; elaborar a proposta orçamentária do Fust; e prestar contas da execução orçamentária e financeira do Fust, nos termos do art. 4º da Lei n.º 9.998, de 17 de agosto de 2000. Além dessas competências, o art. 3º do Decreto n.º 3.624, de 5 de outubro de 2000 – Regulamento do Fust, acrescentou a de arrecadar a contribuição sobre a prestação de serviços de telefonia para o Fust, além de aplicar as respectivas multas e sanções.

5.10. A contribuição de um por cento incidente sobre a receita operacional bruta decorrente da prestação de todos os serviços de telecomunicações, seja em regime ou privado⁴¹, excluídos ICMS, PIS e Cofins, constitui a maior fonte de recursos do Fundo. Sua natureza jurídica é de contribuição parafiscal de intervenção no domínio econômico, nos termos do art. 149 da Constituição Federal. Parafiscal porque, apesar de instituída pela União, é arrecadada por órgão da Administração Indireta, no caso a Anatel, e visa a cobrir atividade específica designada na Lei n.º 9.998, de 2000.

5.11. Os valores do Fust chegaram a R\$ 2,38 bilhões. Segundo levantamento da Anatel, entre os meses de janeiro e junho deste ano, o fundo teve uma arrecadação de R\$ 225 milhões. O valor arrecadado reflete uma queda significativa em relação aos anos anteriores, visto que em 2002 o valor foi de R\$ 1,09 bilhão e em 2001, R\$ 1,04 bilhão. Até hoje, porém, o fundo, não viu seus recursos aplicados nos programas que seriam subsidiados com eles, pois os valores estão quase que totalmente contingenciados para fazer caixa no Tesouro Nacional. Importante ressaltar que a liberação dos

⁴⁰ Art. 2º da Lei n.º 9.998, de 17 de agosto de 2000.

⁴¹ Isso significa que tanto autorizadas de STFC, que não têm obrigações de universalização, quanto prestadoras de outros tipos de serviços contribuem para o Fust.

recursos para a destinação específica do Fust depende de dotação na lei orçamentária anual, a ser votada todos os anos pelo Congresso Nacional, em decorrência de proposta do Poder Executivo.

5.12. A fim de regulamentar sua atividade de arrecadação⁴², e conforme previsão do parágrafo único do art. 3º do Decreto n.º 3.624, de 2000, a Anatel editou a Resolução n.º 247, de 14 de dezembro de 2000, instituindo o Regulamento para Arrecadação da Contribuição das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Fust. Segundo o Regulamento para Arrecadação, a prestação de contas das empresas deverá ser mensal, nos termos do art. 5º e o pagamento da contribuição, por sua vez, se dará através da rede bancária, nos termos do art. 6º.

5.13. Ainda em atendimento ao parágrafo único do art. 3º do Decreto n.º 3.624, de 2000 (vide nota de rodapé *infra*), a Anatel editou a Resolução n.º 269, de 9 de julho de 2001, para regulamentar o inciso I do art. 3º do mesmo Decreto, que trata da competência para implementar, acompanhar e fiscalizar os programas, projetos e as atividades que aplicarem os recursos do Fust. Essa Resolução faz referência, em seu art. 5º, à fixação das metas para universalização de serviços de telecomunicações cuja consecução utiliza recursos do Fust através de Planos de Metas para a Universalização de Serviços de Telecomunicações, a ser aprovado pelo Presidente da República. Nesse sentido, já foi editado o novo PGMU, por meio do Decreto n.º 4.769, de 27 de junho de 2003, que incorpora o espírito proposto pela Lei do Fust e pela sua regulamentação.

5.14. A Resolução n.º 269, de 2001 traz também elementos para implementar efetivamente a aplicação dos recursos do Fust em sua área de destinação originária. Dentre esses elementos, estabelece-se que a consecução dos objetivos do regulamento é responsabilidade conjunta de prestadoras contratadas, entidades beneficiadas, e usuários, fixando a todos atribuições (art. 7º); que a implementação se dará através do firmamento de termos de obrigações, com as prestadoras contratadas; e que competirá também à Anatel fiscalizar a aplicação dos recursos, bem como elaborar e submeter anualmente, ao Ministério das Comunicações, a proposta orçamentária do Fust, para inclusão no Projeto de Lei Orçamentária Anual a que se refere o § 5º do art. 165 da Constituição Federal, e emitir nota de empenho no valor total de ressarcimento para cada exercício financeiro (art. 18).

⁴² Além do disposto no inciso IV do art. 3º do Decreto n.º 3.624, de 2000, também se incluem com objeto da Resolução a regulamentação o disposto nos incisos II e III do referido artigo. “Art. 3º Compete à Agência Nacional de Telecomunicações:

I - implementar, acompanhar e fiscalizar os programas, os projetos e as atividades que aplicarem recursos do Fust;
II - elaborar e submeter, anualmente, ao Ministério das Comunicações, a proposta orçamentária do Fust, para inclusão no projeto de lei orçamentária anual a que se refere o § 5º do art. 165 da Constituição, levando em consideração o estabelecido no art. 13 deste Decreto, o atendimento do interesse público e as desigualdades regionais, bem como as metas periódicas para a progressiva universalização dos serviços de telecomunicações, a que se refere o art. 80 da Lei n.º 9.472, de 1997;

III - prestar contas da execução orçamentária e financeira do Fust;

IV - arrecadar a contribuição para o Fust de que trata o inciso IV do art. 7º deste Decreto, na forma indicada pelo art. 8º, bem como aplicar a multa e as sanções previstas nos §§ 1º e 2º do art. 8º.

Parágrafo único. Cabe à Agência Nacional de Telecomunicações expedir as regulamentações de operacionalização para os incisos I, II, III e IV deste artigo.

Juliana Oliveira Rezio
Advogada
Consultora da UIT
Membro do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB

“REGULAMENTAÇÃO DO SERVIÇOS MÓVEL CELULAR (SMC) E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL (SMP)”

APOSTILA

I – A Abertura do Mercado de Telefonia Móvel: um breve histórico

Até meados de 1995, o setor de telecomunicações do país constituía-se sob o regime de monopólio estatal, cujo serviço era prestado por meio das empresas integrantes do “Sistema Telebrás”, que eram incumbidas da prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), do Serviço Móvel Celular (SMC) e dos Serviços de Transmissão de Dados.

Em 15 de agosto de 1995, com a edição da Emenda Constitucional n.º 8, eliminou-se a exclusividade da concessão para a exploração dos serviços públicos a empresas sob o controle acionário estatal, abrindo o setor à participação de capitais privados. Dessa maneira, o regime constitucional de prestação de serviços de telecomunicações foi sensivelmente alterado, prevendo-se a possibilidade de prestação diretamente pelo Estado ou mediante autorização, concessão ou permissão e a criação de um órgão regulador para o setor. Embora parte do serviço de telefonia celular (a chamada Banda “B”¹) já tivesse sido privatizada antes da Emenda, a introdução da nova legislação abriu caminho para a prestação de serviços de telecomunicações por entes privados.

Em 1996, o primeiro passo concreto para a abertura do mercado ocorreu com a publicação da Lei n.º 9.295/97, denominada de Lei Mínima, que antecipou a regulamentação de alguns serviços de telecomunicações, em especial, a prestação do Serviço Móvel Celular (SMC), cindindo as companhias prestadoras do STFC e criando as companhias de telefonia celular (Banda “A”² - operadoras públicas privatizadas) para

¹ Operadoras que prestam o serviço móvel em regime privado e ingressaram no mercado para concorrer com as empresas integrantes do sistema Telebrás.

³ São faixas de frequência consignadas as empresas prestadoras do Serviço de Telefonia Celular. A faixa de frequência atribuída ao SMC, pela Norma Geral de Telecomunicações n.º 20/96, está subdividida em duas subfaixas (bandas) “A” e “B”. Isto permite que, em uma mesma localidade o serviço possa ser operado por

atender as necessidades de demanda e a ansiedade dos investidores. A Lei Mínima possibilitou a realização, em meados de 1997, das licitações para a concessão da Banda “B” do Serviço Móvel Celular, além de regulamentar a prestação dos Serviços Limitados, de Valor Adicionado e de Transporte de Sinais por Satélite.

Posteriormente, foi editada, em julho de 1997, a Lei n.º 9.427/96 (Lei Geral de Telecomunicações) que criou a Agência Nacional de Telecomunicações e desencadeou o processo de privatização das empresas do Sistema Telebrás, culminando, em 1998, com a alienação da participação acionária do Estado nas empresas prestadoras do serviço.

Como é cediço, com a edição da Lei Geral de Telecomunicações e da regulamentação decorrente, foi instituído um modelo legal e regulatório assentado em dois pilares: a competição entre as empresas prestadoras, por meio da criação de um mercado de ampla e livre concorrência e o benefício e proteção aos direitos dos usuários.

Cumprindo observar, que o modelo regulatório concebido para o setor de telecomunicações pauta-se em uma “assimetria” entre direitos e deveres impostos às prestadoras de serviço em regime público e privado, com o intuito de que a competição entre os distintos regimes possa ser implantada de maneira equilibrada. Na telefonia móvel, referida assertiva não foi observada, visto que as operadoras de Banda “B” ingressaram no mercado sem qualquer auxílio ou incentivo estatal, ao menos no que respeita ao aspecto regulatório dos serviços. Nada obstante, o equilíbrio na competição instituiu-se, em um curto espaço de tempo, haja vista a demanda crescente e a oferta escassa do serviço, bem como, das limitações de ordem técnica, de que se ressentiam as empresas de Banda “A”.

II – O Serviço de Telefonia Móvel

II.1 – SERVIÇO MÓVEL CELULAR (SMC)

➤ Conceito

“Serviço Móvel Celular é o serviço de telecomunicações móvel terrestre, aberto à correspondência pública, que utiliza sistema de radiocomunicações com técnica celular, conforme definido na regulamentação, interconectado à rede pública de telecomunicações, e acessado por meio de terminais portáteis, transportáveis ou veiculares.”³

O Serviço Móvel Celular (SMC) foi instituído pela Lei n.º 9.295/96 e regulamentado pelo Decreto n.º 2.950/96. As condições gerais para a sua exploração, em ambiente de competição entre as demais prestadoras, estão contidas na Norma Geral de Telecomunicações NGT n.º 20/96 – Serviço Móvel Celular, aprovada pela Portaria n.º 1.533/96, do Ministério das Comunicações.

duas prestadoras distintas, em regime de concorrência, uma ocupando a Banda “A” e outra ocupando a Banda “B”. Para a faixa de frequências de 824 MHz a 894 MHz, atribuída ao SMC, não existem outras bandas.

³ § 1º do art 1º da Lei n.º 9.295/96.

➤ Regime Jurídico de Prestação

A Lei Geral das Telecomunicações prevê que os serviços de telecomunicações podem ser prestados em regime *público* ou *privado*,⁴ ou em ambos concomitantemente, de acordo com o interesse que buscam alcançar, se coletivo ou restrito.⁵ Este deve ser prestado somente em regime privado, ao passo que aquele comporta prestação em ambos os regimes.

O Plano Geral de Outorgas⁶, aprovado pelo Decreto n.º 2.534/98, definiu a **telefonia fixa comutada** como o único serviço de telecomunicações a ser prestado obrigatoriamente em *regime público*, podendo, todavia ser prestado simultaneamente em *regime privado*. Tem-se, desta forma, operando em um mesmo mercado, um **concessionária** de serviço público, com obrigações expressas de *universalização* e *continuidade*- princípios informadores da prestação dos serviços públicos - concorrendo com outras operadoras, as **autorizatórias**, atuando estas em regime privado e em relação às quais “*hãõ de ser impostos condicionamentos e metas de interesse da coletividade, mas que basicamente, estarão submetidas aos princípios constitucionais da atividade econômica*”.⁷

Disso decorre, a necessidade em combinar, de um lado, a obrigatoriedade no cumprimento dos princípios da *universalidade* e *continuidade* pelas concessionárias, com as vantagens freqüentemente obtidas com a prestação dos serviços privados em regime de competição, como a inovação tecnológica e o barateamento dos custos.

Importante destacar que o Sistema Móvel de Telefonia não foi alcançado pela regra vez que pela Lei, o serviço móvel deve ser prestado em regime *privado*. Logo, todas as operadoras atuantes nesta modalidade móvel, deveriam, em tese, ser autorizatórias.

Ocorre, que no Brasil, atualmente, todas as operadoras da Banda “A” (ex-integrantes do Sistema Telebrás) bem como as operadoras da Banda “B” são concessionárias e isso decorre do fato de serem elas regidas pela Lei Mínima (Lei 9.295/96), anterior a LGT. Cabe destacar que todas as empresa criadas após a edição da LGT, são autorizatórias.

Nesse espírito, a LGT, em seu art. 214, IV, destacou que fica a cargo das empresas que quando da promulgação da Lei, se encontravam na posição de concessionárias, nela permanecerem ou tornarem-se autorizatórias.

➤ O Processo de Outorga e Condições Para a Exploração do Serviço

⁴ Art. 63 da Lei Geral de Telecomunicações.

⁵ Art. 62 da Lei Geral de Telecomunicações.

⁶ Instrumento normativo responsável pela regulamentação do Sistema de Telefonia Fixa Comutada (STFC).

⁷ Carvalho, Carlos Eduardo V. de. in: *Os Desafios Jurídicos no Setor de Telecomunicações*. Caderno Direito e Justiça. Correio Braziliense de 01/05/00.

Para prestar serviços no setor de telecomunicações, as empresas necessitam de outorgas, especificamente, concessões, permissões ou autorizações. As concessões, de natureza contratual, geralmente são usadas para serviços considerados de interesse público. Por sua vez, as autorizações são utilizadas no âmbito de serviços que são considerados de interesse privado.

As outorgas de concessão ou de autorização para a exploração do SMC deverão ser precedidas de licitação, na qual serão desconsideradas as ofertas, para uma mesma área, de pessoas jurídicas que, *“consorciadas participem através de mais de um consórcio ou também, isoladamente, sejam coligadas a outra participante, sejam exploradoras do SMC em área ou parte de área de concessão objeto da licitação ou sejam coligadas, controladas ou controladoras de entidade exploradora de SMC em área ou parte de área de concessão objeto da licitação”*.⁸

O Decreto n.º 2.950/96 que aprovou o Regulamento do Serviço Móvel Celular considera, para esse fim, uma pessoa jurídica coligada a outra, se detiver, direta ou indiretamente, ao menos 20 % (vinte por cento) de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em pelo menos 20% (vinte por cento) por uma mesma pessoa natural ou jurídica.⁹

A licitação segue, no que couber, os preceitos da Lei n.º 8.666/93 (Lei de Contratos e Licitações da Administração Pública) e da Lei n.º 8.987/95 (Lei de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos), realizando-se o julgamento com fulcro no art. 15 do último diploma legal mencionado: *menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado, maior oferta, nos casos de pagamento pela outorga da concessão ou combinação dos dois critérios*, bem como, dispuserem as normas complementares ou o edital.

A outorga para exploração do SMC é formalizada mediante contrato de concessão ou termo de autorização, consoante o regime jurídico de exploração, firmado pela ANATEL e publicado, em resumo, no Diário Oficial da União, como condição de eficácia.

No que diz respeito às condições para exploração importa destacar que o SMC dever ser explorado por empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País¹⁰, sendo vedada a exploração por uma mesma área geográfica por pessoas jurídicas coligadas ou por pessoa jurídica controladora e controlada¹¹. Para essa exploração, o Poder Público estabeleceu duas bandas de frequência, a Banda “A” - utilizada pelas operadoras públicas privatizadas, a Banda “B”, pelas operadoras que operam em regime privado, objetivando-se fomentar a competição pelo duopólio privado.

A exploração do SMC é outorgada pelo prazo de 15 (quinze) anos, podendo ser renovado, uma vez cumpridas, pela operadora, as condições da outorga, e desde que o interesse na renovação seja manifestado 30 (trinta) meses antes de expirar o prazo da

⁸ Incisos I a IV do Art. 10º do Decreto n.º 2.056/96.

⁹ § 1º do Art. 10º do Decreto n.º 2.056/96.

¹⁰ Art. 11 da Lei n.º 9.295/96.

¹¹ Art. 35 do Decreto n.º 2.056/96.

concessão ou autorização.¹² A renovação do prazo implica pagamento pelo direito de exploração do serviço e pelo uso das radiofrequências associadas. Na renovação, permanecem vigentes todas as cláusulas do contrato, ou do termo, salvo aquelas pertinentes à regulamentação do serviço que devam sofrer adaptações pela edição superveniente de novas normas.

Nos termos dos itens 9 e 10 da Norma Geral de Telecomunicações NGT n.º 20/96, caberá intervenção¹³, do Poder Concedente com o fim de assegurar a adequada prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento da regulamentação pertinente e do contrato de concessão. Ademais, extinguir-se-á a concessão nas condições previstas na Lei n.º 8.987/95 (Lei de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos) pelo *advento do termo contratual, encampação*¹⁴, *caducidade*¹⁵, *rescisão, anulação ou falência ou extinção da Concessionária de SMC*.

Por fim, pertine destacar que a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária somente poderá ser autorizada após o decurso do prazo de 60 (sessenta) meses, contado a partir do início da operação comercial do serviço. Ademais, a transferência demanda a anuência do poder concedente¹⁶, cuja ausência implicará a caducidade da concessão.

➤ **Plano de Serviço e Roaming**

Nos termos da legislação aplicável, assinante de SMC é toda pessoa física ou jurídica a quem ele é prestado de forma regular, continuada e especificamente regulada em instrumento contratual definidor de obrigações mútuas.

Impõe-se destacar que os nos termos da Lei n.º 8.987/95 prevê-se como meios de remuneração do concessionário, a tarifa e outras fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade.¹⁷ As tarifas são fixadas pelo preço da proposta vencedora da licitação e monitoradas pelo Estado. Cabe observar que a remuneração paga pelo usuário é uma idéia inerente ao instituto da concessão em sua forma original, constituindo a própria razão de ser dessa forma de gestão do serviço público, já que permite ao poder público prestar serviços de grande porte sem recorrer aos cofres públicos.

Os valores praticados junto ao assinante decorrem do Plano de Serviço a que estiver vinculado, conforme sua escolha. A prestadora é obrigada a oferecer a todos os interessados

¹² Art. 3º c/c Art. 42 do Decreto n.º 2.056/96.

¹³ Intervenção é a substituição temporária da concessionária pelo próprio poder concedente, com o objetivo de apurar irregularidades e assegurar a continuidade dos serviços. A intervenção obedecerá aos dispositivos da Lei n.º 8.987/95 (Lei de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos).

¹⁴ Encampação é a retomada do serviço pelo poder público por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento indenizatório.

¹⁵ Caducidade é a rescisão por inadimplemento contratual por parte da concessionária. Ocorre nas hipóteses do artigo 38, da Lei n.º 8987/95.

¹⁶ Arts. 39 e 40 do Decreto n.º 2.056/96.

¹⁷ Arts. 11 e 18, VI da Lei n.º 8.987/95.

no serviço e aos assinantes, a opção de vincular-se ao Plano de Serviço Básico, devendo ofertar, de forma não discriminatória, seus Planos de Serviço Alternativo aprovados pela ANATEL.

A Resolução n.º 64/98 – ANATEL aprovou a Norma n.º 03/98, que dispõe sobre os Critérios para Elaboração e Aplicação de Plano de Serviço Pré-Pago, no SMC. Os assinantes do SMC podem optar pelo sistema Pré-Pago, mantendo o Plano Básico¹⁸, os quais funcionarão em duas posições de linha. A vantagem do serviço é o usuário poder controlar os seus gastos, embora só possa fazer ligações dentro de uma área de abrangência limitada, caso a operadora não ofereça planos com *roaming*. No Pré-Pago não há *roaming* obrigatório e tampouco conta telefônica, que é substituída pelo cartão.

Quando em *roaming*, os assinantes do SMC pagam para receber chamadas locais, nacionais e internacionais **AD**¹⁹, por chamada e **DSL**²⁰, por unidade de tempo. Já, para originar chamadas, devem, os assinantes pagar **AD**, por chamada e **VC1**, **VC2** ou **VC3**²¹, por unidade de tempo. No que concerne às chamadas internacionais originadas paga-se o **AD** da operadora visitada, independentemente da duração da chamada, mais a duração da chamada vezes a tarifa da operadora de longa distância internacional.

Cumprе ressaltar que os valores para AD, VC1, VC2 e VC3 são os previsto no plano de serviço do assinante, sendo adotados normalmente os valores do plano básico de serviço da operadora visitada.

➤ Operadoras e Áreas de Prestação

A Norma Geral de Telecom NGT n.º 20/96, em seu item 5.2.6, dividiu o território brasileiro em 10 (dez) Áreas de Concessão para a prestação do SMC. Dessa maneira, as 27 empresas de telefonia celular, integrantes da Banda “A” (e, antigas do Sistema Telebrás), foram agrupadas em 10 *holdings* regionais com suas respectivas Áreas de Concessão.

Nesse diapasão, o item 4 da Resolução n.º 318/2002, que trata da adaptação dos Instrumentos de Concessão e de Autorização do Serviço Móvel Celular para o Serviço

¹⁸ É o Plano, homologado pela Anatel, disponível a todos os assinantes e interessados no serviço, cujos valores cobrados são estabelecidos no contrato de concessão ou termo de autorização, e sua estrutura definida em norma regulamentar.

¹⁹ O Adicional por Chamada (AD) é aplicado a cada comunicação destinada ao Assinante da Concessionária de SMC ou por ele originada, quando localizado fora de sua Área de Mobilidade. Na prática, as operadoras não cobram AD quando o *roaming* de seus clientes é feito em sua própria área de concessão.

²⁰ O Deslocamento (DSL) é o valor pago, por minuto, pelo assinante do SMC, quando recebe chamadas fora de sua Área de Mobilidade, porém dentro de sua área de numeração primária.

²¹ VC1 é o valor pago, por minuto, quando a ligação for feita para um assinante fixo na área de tarifação em que está a área de registro do assinante. VC2 é o valor pago, por minuto, quando a ligação for feita para um assinante fixo ou móvel fora da área de tarifação em que está a área de registro do assinante, mas com o primeiro dígito do código DDD igual ao da área de tarifação do assinante. VC3 é o valor pago, por minuto, quando a ligação for feita para um assinante fixo ou móvel com outro código DDD.

Móvel Pessoal (SMP)²², estabeleceu que “os contratos de concessão e termos e autorização para prestar o SMC que não forem adaptados na forma prevista nesta Norma permanecerão válidos pelos prazos neles previstos, condicionada, a prorrogação, ao disposto no inciso VI do art. 214 da LGT.”

Disso decorre, que as operadoras do Serviço Móvel Celular podem migrar²³, espontaneamente, para o Serviço Móvel Pessoal no intuito de oferecer novas vantagens tecnológicas aos seus usuários, ou esperar que a validade de seus Contratos de Concessão se expire para, então, obrigatoriamente realizarem a adaptação do serviço e da tecnologia. Nesse espírito, grande parte das operadoras de SMC já migraram para o novo serviço móvel (SMP) de 1.8 GHz de segunda geração que utiliza a tecnologia GSM (Global System for Mobile Communication).

O Brasil conta, hoje, com 3 (três) operadoras do Serviço Móvel Celular:

- BCP S.A, prestadora do SMC na Área 1²⁴, detentora da tecnologia TDMA;
- TELEMIG CELULAR PARTICIPAÇÕES S.A, prestadora do SMC na Área 4, detentora da tecnologia TDMA;
- TELEAMAZON CELULAR S.A, prestadora do SMC na Área 8, detentora da tecnologia TDMA;

➤ Padrões de Qualidade a serem observados pelas prestadoras de SMC

O Decreto n.º 2.950/96 preceitua, no art. 37, que a exploração do serviço pressupõe a sua prestação, adequadamente, ao pleno atendimento das necessidades dos usuários. Em seguida, no art. 38 preceitua que *o serviço adequado é aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade nas tarifas*. A atualidade, nos termos do § 1º do art. 38 do referido diploma legal, compreende a modernidade das técnicas, equipamentos, sistemas e a sua conservação, bem como, a melhoria e expansão do serviço. A regularidade e continuidade referem-se ao princípio da permanência do serviço que não pode ser interrompido senão por justa causa. A segurança impõe que seja certo e confiável, inclusive quanto aos deveres de preservação do sigilo. A modicidade implica que as tarifas devam ser fixadas, de maneira módica, economicamente com parcimônia, sem afronta à intrínseca proporcionalidade do suporte fático e a justa remuneração da operadora.

Oportuno, ainda, lembrar o Manual de Indicadores do SMC (Anexo II do Protocolo de Compromisso do SMC) que detalha os 9 (nove) indicadores estabelecidos para avaliação do SMC, padronizando e definindo o método de coleta e de consolidação desses dados. O

²² Serviço de telecomunicação móvel que veio suceder o SMC, trazendo vantagens aos usuários e às prestadoras, em especial pelo aumento do número de competidores no mercado.

²³ Nos termos do item 1.2 da Norma Geral de Telecomunicações NGT n.º 20/96, “considerar-se-á adaptado o instrumento de concessão ou autorização de SMC quando firmado o correspondente Termo de Autorização do instrumento substituído.”

²⁴ Conforme definido no item 5.2.6 da Norma Geral de Telecomunicações NGT n.º 20/96.

objetivo maior deste manual é o de atender os requisitos e anseios dos usuários quanto à confiabilidade e qualidade do serviço ofertado pelas prestadoras do SMC.

O Protocolo de Compromisso para Acompanhamento da Prestação do SMC foi o instrumento acordado entre a ANATEL e as prestadoras do SMC para permitir o adequado acompanhamento dos Indicadores de Qualidade do SMC. Fornece por meio de seus anexos (Anexo I - Metas de Qualidade a serem alcançadas pelas Prestadoras do Serviço Móvel Celular, Anexo III - Informações para Acompanhamento), informações adicionais sobre o conjunto de indicadores de qualidade atualmente aplicados e detalhados pelo Manual de Indicadores do SMC (Anexo II – Protocolo de Compromisso do SMC).

➤ **Direitos e Deveres no Serviço Móvel Celular**

Dispõe o art. 175²⁵ da Constituição Federal, nos incisos II e IV de seu parágrafo único, que a lei disporá sobre *os direitos do usuário e a obrigação de manter o serviço adequado*. O art. 55 da Lei n.º 8.666/93 (Lei de Contratos e Licitações da Administração Pública), prevê as cláusulas necessárias em todo contrato administrativo e o art. 93, IX da Lei Geral de Telecomunicações, estabelece que o contrato de concessão indicará os direitos, garantias e as obrigações dos usuários, da Agência e da concessionária. Nesse espírito, as cláusulas essenciais do contrato de concessão para o SMC foram disciplinadas em 18 (dezoito) incisos do art. 26 do Decreto n.º 2.056/96. Estipula, ainda, o art. 7º da Lei n.º 8.987/95 (Lei de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos) os direitos e obrigações dos usuários.²⁶

O item 6.1 da Norma Geral de Telecomunicações NGT n.º. 20/96 estipula como direito do Assinante aqueles estabelecidos na Lei n.º. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no art. 7º da Lei n.º 8.987/95, no Contrato de Tomada de Assinatura²⁷ e o de transferir a sua assinatura. Noutro passo, estabelece que são obrigações do Assinante aqueles estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, no art. 7º da Lei n.º 8.987/95, no Contrato de Tomada de Assinatura, bem como, o de levar ao conhecimento do poder público e da Concessionária de SMC as irregularidades de que tenha conhecimento referentes ao SMC e utilizar o SMC, dentro das limitações impostas pela tecnologia adotada e do regulamento do serviço, para transmitir outros sinais que não o de voz.

II.II – SERVIÇO MÓVEL PESSOAL (SMP)

²⁵ Dispõe o art. 175: “*Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”.

²⁶ São direitos e obrigações dos usuários: “*I - receber serviço adequado, II – receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos, III – obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente, IV – levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado, V – comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço e VI – contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços*”.

²⁷ A prestação do SMC é condicionada à celebração de Contrato de Tomada de Assinatura entra a operadora e o pretendente assinante, cabendo sua rescisão, a pedido do assinante, em qualquer tempo, ou por iniciativa da prestadora, se comprovado que o assinante descumpriu as obrigações contratuais por ele assumidas.

➤ **Conceito**

*“Serviço Móvel Pessoal é o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações, observado o disposto neste Regulamento”.*²⁸

O Serviço Móvel Pessoal (SMP) foi implementado pela Resolução n.º 235/2000, que aprovou as diretrizes para implementação do serviço. As condições gerais para a sua exploração, estão contidas nas Resoluções n.º 316/02, 317/02, 318/02, 320/02, 321/02 e 340/03 expedidas pela ANATEL.

➤ **Regime Jurídico de Prestação**

O Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução n.º 316/02, dispõe em seu art. 5º que *“o SMP é prestado em regime privado e sua exploração e o direito de uso das radiofrequências necessárias dependem de prévia autorização da Anatel”*.

Conforme adiantado no item II.I, operadoras que prestam o serviço móvel em regime privado criadas após a edição da LGT, serão enquadradas como autorizatárias. O § 1º do art. 131 da LGT salienta que *“autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas”*.

No ato vinculado, a lei estabelece que diante de determinada situação, atendidos determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Assim, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição do ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.

Impõe-se esclarecer que as condições objetivas podem ser vislumbradas, por exemplo, por meio da disponibilidade de radiofrequência necessária ou apresentação de projeto, tecnicamente, viável. De outro modo, as condições subjetivas exigem estar a operadora constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no país; não estar proibida de licitar ou contratar com o Poder Público; dispor de qualificação técnica, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal.

➤ **O Processo de Outorga e Condições Para a Exploração do Serviço**

As outorgas de autorização para a exploração do SMP deverão ser precedidas de licitação. Nos termos do art. 26 das Diretrizes do SMP, aprovadas pela Resolução n.º 235/00, a obtenção de autorização por empresa licitante ou consorciada que, diretamente ou por suas controladoras, controladas ou coligadas, já seja prestadora de SMP ou SMC em área contida na região licitada será condicionada *“à assunção de compromisso de transferência do seu instrumento de concessão ou autorização a outrem ou desvinculação*

²⁸ Art. 4º da Resolução n.º 316/00 (Regulamento do SMP)

societária, no prazo de até 6 (seis) meses contado a partir da data do Termo de Autorização, ou renúncia, nas áreas geográficas coincidentes, de nova autorização de serviço e de outorga de radiofrequências associadas.”

O Plano Geral de Autorizações do SMP, aprovado pela Resolução n.º 321/02, dividiu o território brasileiro em três Regiões²⁹ para fins de prestação do SMP. Previu, no § 1º do art. 15 que “*serão expedidas até três autorizações de SMP para cada uma das Regiões I, II e III, cujas áreas de prestação coincidirão com as respectivas regiões*”. Resta evidente que o objeto da ANATEL é compatibilizar as novas regras com as constantes no modelo adotado para a telefonia fixa, visto que o conceito geográfico adotado é o presente no Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto n.º 2.534/98, instrumento normativo responsável pela regulamentação do Sistema de Telefonia Fixa Comutada.

Dispõe, ainda, o § 2º do art. 21 das Diretrizes do SMP, aprovadas pela Resolução n.º 235/00, que “*cada empresa licitante vencedora terá direito a : I – uma autorização para a prestação de STFC³⁰, na modalidade de Longa Distância Nacional de qualquer âmbito, tendo por área de prestação o território nacional (...); e II- uma autorização para a prestação de STFC, na modalidade de Longa Distância Internacional de qualquer âmbito, tendo por área de prestação o território nacional*

A outorga para exploração do SMP é formalizada mediante termo de autorização e publicado no Diário Oficial da União, como condição de eficácia.

No que pertine às condições para exploração cumpre observar que o SMP somente poderá ser prestado por empresa constituída segundo a legislação brasileira³¹, observado o limite de participação de capital estrangeiro estabelecido na forma do art. 18, parágrafo único da LGT³². Para essa exploração, o Poder Público estabeleceu mais três bandas de frequências, as Bandas C, D e E que utilizam tecnologia GSM na frequência de 1.8 GHz e disponibilizam ao usuário uma gama de vantagens como o acesso à internet, transmissão de dados e voz, preços mais competitivos e escolha da operadora para a realização de ligações nacionais e internacionais.³³

A exploração do SMP é outorgada por prazo indeterminado. Já a autorização de uso de radiofrequência associada à autorização do serviço será outorgada pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável uma única vez por igual período. A renovação do prazo implica

²⁹ Região I: Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais, Amazonas, Roraima, Amapá, Pará, Maranhão, Bahia, Sergipe, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco e Alagoas. Região II: Estados do Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Goiás, Tocantins, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Rondônia, Acre e Distrito Federal. Região III: Estado de São Paulo.

³⁰ Serviço Telefônico Fixo Comutado.

³¹ Art. 3º do Plano Geral de Autorização do SMP.

³² “*O Poder Executivo, levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países, poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços de telecomunicações*”.

³³ A escolha da operadora para a realização, pelas empresas de telefonia móvel, de chamadas de longa distância nacionais e internacionais foi regulamentada pela Resolução n.º 339/03, que dispõe sobre os aspectos técnico-operacionais da implementação do Código de Seleção de Prestadora (CSP) no SMP.

pagamento pelo direito de exploração do serviço e pelo uso das radiofrequências associadas.

Cabe, ainda, destacar que não há prazo para a alteração de controle acionário no SMP. A interpretação decorre da conjugação dos arts. 8º e 35 do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução n.º 316/02 que dispõem que as prestadoras que adaptarem seus instrumentos de concessão e autorização poderão efetuar transferência de autorização ou de controle societário, inclusive por meio de fusão ou incorporação de empresas, que contribuam para a compatibilização das áreas de prestação com as regiões previstas no Plano Geral de Autorização do SMP (Regiões I, II e III) e para a unificação do controle societário das prestadoras atuantes em cada uma das regiões, observado o disposto no art. 8º do Regulamento do SMP³⁴.

➤ **Plano de Serviço e Roaming**

Conforme previsto, no art. 126 da LGT, a exploração de serviços de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica, o que implica preços livres (ou de mercado) estipulados pelas próprias operadoras de SMP.

Os valores praticados junto ao assinante decorrem do Plano de Serviço a que estiver vinculado, conforme sua escolha. A prestadora é obrigada a oferecer a todos os interessados no serviço e aos assinantes, a opção de vincular-se ao Plano de Serviço Básico, devendo ofertar, de forma não discriminatória, seus Planos de Serviço Alternativo aprovados pela ANATEL. Os Planos de Serviço encontram-se alcançados pelo Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução n.º 316/02. São eles classificados em Pós-Pago, com Planos Básico ou Alternativo de Serviço e Pré-Pago, nas modalidades de Plano de Referência do Serviço ou Alternativo de Serviço.

Aos assinantes do SMP aplicam-se as mesmas regras do SMC (já explicitado no item II.I), exceto para **VC2** e **VC3** que são aplicadas as tarifas das operadoras de longa distância, escolhidas chamada a chamada originada e na assinatura do contrato para chamadas recebidas em roaming. Dessa maneira, em virtude da ampliação da área geográfica, as chamadas tarifadas como **VC2** ou **VC3** no SMC serão, para o SMP, tarifadas como **VC1** dispensando o pagamento de **AD** e **DSL** e as chamadas do tipo **VC2, VC3** e internacionais passam a ter seus valores definidos pela prestadora de longa distância escolhida quando o usuário fizer a chamada.

➤ **Padrões de Qualidade a serem observados pelas prestadoras de SMP**

O Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Móvel Pessoal (PGMQ-SMP), aprovado pela Resolução n.º 317/02 estabelece as metas de qualidade a serem cumpridas pelas prestadoras do SMP, referindo-se, em sua maioria, às metas de atendimento ao

³⁴ “As alterações no controle societário de prestadora de SMP estarão sujeitas a controle pela Anatel para fins de verificação das condições indispensáveis à expedição e manutenção da autorização”.

usuário, de emissão de contas, prazos para interrupção do serviço, informação de dados físicos.

Cabe ressaltar que ocasionará sanções o não cumprimento por parte da prestadora das metas de qualidade previstas no PGMQ-SMP, bem como o envio de informações que possam levar a uma interpretação equivocada dos dados previstos nas informações de dados físicos.

A fiscalização relativa ao cumprimento das metas estabelecidas no PGMQ-SMP pode ser realizada por acompanhamento de indicadores, por parte da ANATEL, auditoria realizada pela Agência, pesquisas junto aos usuários dos serviços e utilização de ações de acompanhamento e avaliação realizadas por usuários ou grupo de usuários.³⁵

Cabe, também, lembrar do Regulamento de Indicadores de Qualidade do Serviço Móvel Pessoal, previsto na Resolução n.º 335/03, que estabelece as definições, métodos e frequência de coleta, consolidação e envio à Agência, dos 16 (dezesesseis) indicadores de qualidade com metas apresentadas no Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Móvel Pessoal - PGMQ - SMP, aprovado pela Resolução n.º 317/02. O objetivo maior das Resoluções, semelhante ao Manual de Indicadores proposto para o SMC, é o de atender os requisitos e anseios dos usuários quanto a confiabilidade e qualidade do serviço prestados por todas as prestadoras do SMP.

➤ **Direitos e Deveres no Serviço Móvel Pessoal**

Os direitos e deveres dos usuários estão previstos nos arts. 6º a 17 do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução n.º 316/02³⁶.

³⁵ Art. 19 do PGMQ-SMP.

³⁶ Dentre os **direitos do usuário**, destacam-se: - Prévio conhecimento da suspensão do serviço; - Privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora; - Resposta eficiente e pronta pela prestadora às suas reclamações e correspondências; - Encaminhamento de reclamações ou representações contra a prestadora junto à Anatel, outras entidades governamentais ou aos organismos de defesa do consumidor; - Reparação pelos danos causados pela violação dos seus direitos; - Não-divulgação de seu nome associado a seu número de celular, salvo expressa autorização; - Inviolabilidade e sigilo de sua comunicação, respeitadas as hipóteses e condições constitucionais e legais de quebra de sigilo de telecomunicações; - Conhecimento prévio de toda e qualquer alteração nas condições de prestação do serviço que lhe atinja; - Substituição de seu número de celular, desde que haja viabilidade técnica, sendo facultado à prestadora cobrança pela alteração; - Não ser obrigado a consumir serviços ou adquirir bens ou equipamentos que não sejam de seu interesse. No que pertine aos **deveres do usuário**, merece destaque: - Utilizar adequadamente o SMP, respeitadas as limitações tecnológicas; - Somente fazer uso de aparelho que possua certificação expedida ou aceita pela Anatel; - Manter o aparelho dentro das especificações técnicas segundo as quais foi certificada; - Indenizar a prestadora por todo e qualquer dano ou prejuízo a que der causa, por infringência de disposição legal, regulamentar ou contratual, independentemente de qualquer outra sanção. Já em relação aos **deveres da prestadora**, cumpre ressaltar: - Utilizar somente equipamentos cuja certificação seja expedida ou aceita pela Anatel; - Informar, esclarecer e oferecer dados a todos os usuários e pretendentes usuários sobre o direito de livre opção e vinculação ao Plano Básico de Serviço; - Ofertar, de forma não discriminatória, seus Planos Alternativos de Serviço; - Atender às solicitações de adesão de forma não discriminatória; - Garantir aos usuários a possibilidade de selecionar prestadora de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) de Longa Distância; - A prestadora deve cumprir as metas de qualidade fixadas no Plano Geral de Metas de Qualidade para o SMP (PGMQ - SMP), bem como nos respectivos Termos de Autorização; - A prestadora deve receber e solucionar as queixas e reclamações dos usuários nos prazos

fixados no PGMQ – SMP ; - A prestadora deve manter à disposição da Anatel e dos interessados um registro de queixas ou reclamações, por um período mínimo de 1 (um) ano; - A prestadora deve prestar informações à Anatel sobre reclamações e queixas dos usuários, quando esta solicitar, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis.

Universidade de Brasília
Curso de Regulação em Telecomunicações
Tema: **Regulamentação dos serviços de telecomunicações**

Gierck Guimarães Medeiros
Advogado
Consultor da UIT
Membro do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB

“REGULAMENTAÇÃO DA TV POR ASSINATURA”

APOSTILA

Análise do Setor (estrutura de tópicos)

CLASSIFICAÇÃO

- TV por Assinatura:
 - TVA (UHF codificado);
 - TV a Cabo (CATV);
 - MMDS (Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal ou *Wireless cable*);
 - DTH (*Direct to Home*).

ATUAL CENÁRIO DO SEGMENTO DE TV POR ASSINATURA

- Indústria de equipamentos pouco relevante: demanda nacional inexpressiva;
- Programação (US\$) x Receita (R\$);
- Verticalização do Segmento: (i) provedores de conteúdo; (ii) provedores de serviços; (iii) detentores de infra-estrutura;
- Baixa penetração: Custo do produto x Renda Familiar;
- SCM x TV por Assinatura:
 - Regulamento de SCM;
 - Carta ABTA p/ Presidente da Anatel;
 - Súmula Anatel nº 006 ;
- Superposição de redes (overbuilding) e serviços;
 - Plano de outorgas: Pluralidade de operadores para uma mesma área;
 - Concorrência entre MMDS e CATV;
- Exclusividade na aquisição de canais: Diferencial competitivo
- Must carry: canais básicos (Lei do Cabo);
- Venda casada de programação – (infração à ordem econômica) art. 21 XXIII, da Lei 8.884/94;
- Concessão ou autorização no regime de prestação do serviço de TV a Cabo? Concessão (doutrina clássica) x Concessão (LGT). Repercussões jurídicas;
- Alterações no segmento de TV por Assinatura;
- Acesso ao capital externo (previsto no projeto de Lei de Comunicação Eletrônica de Massa);

- Compartilhamento de infra-estrutura das concessionárias de serviços públicos (postes/dutos):
 - Abuso de Poder econômico;
 - Regulamento conjunto ANATEL, ANEEL e ANP (anexo à Resolução nº 002/01);
- Utilização da rede para prestação de outros serviços como forma de aumentar a receita:
 - Internet Banda Larga: cable modem (alto custo de instalação) x ADSL;
 - Telemetria;

PROPOSTAS DE SOLUÇÃO

- Proposta de criação de um único operador para toda a rede – separação entre rede e serviço;
- SWAP de licenças;
- Uso da rede de TV por Assinatura como móvel inicial de lançamento da TV Digital no Brasil:

Vantagens:

- as frequências destinadas ao “simulcast” via ar ficariam disponíveis, caso se utilizasse a rede de Tv paga para difusão da TV Digital;
- O segmento Cabo/MMDS tem capilaridade potencial suficiente (91%) para introduzir a TV Digital em um primeiro momento;
- a flexibilidade da rede quanto ao padrão a ser adotado;

Desvantagem:

- a pouca penetração nas classes B e C;
- Criação de empresa para a negociação conjunta e nacional de programação, equipamentos e publicidade (ex: PCTV-México);
 - Aquisição de programação nacional para o barateamento do custo com a programação.
 - Redução da Carga tributária como forma de alavancamento do Setor;
 - Conseqüente queda no valor da assinatura – maior penetração nas classes de baixa renda;
 - Fim da cláusula de exclusividade entre operadoras e programadoras;
 - Redução da venda casada de canais.

Histórico da Legislação

Regulamento Anexo ao Dec. 95.744/88 (TVA)

- Definição de Serviço Especial de Televisão por Assinatura: (Art. 2º)¹
- **Prazo da concessão: até 15 anos, prorrogável por igual período** (art. 17)
- **Outorga de concessão ou autorização: não há exclusividade** (art. 15)
- A competência antes era do MINICOM, por meio do já extinto DENTEL (art. 6º, § 1º). Hoje a fiscalização do seguimento de TV por Assinatura compete à ANATEL.
- Instrumentos de outorga: (i) autorização (art. 4º, incisos I e II, e parágrafo único) destinada às pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados e Municípios) e; às entidades da Adm. Púb. Indireta (Fundações públicas, Autarquias, Soc. Econ. Mista, Emp. Públicas)
 - (ii) **concessão (art.4º, incisos III e IV, e parágrafo único)** destinada às fundações não governamentais, constituídas e com sede e foro no País, instituídas e mantidas por brasileiros ou; às pessoas jurídicas que preencham os requisitos para exploração do TVA ou; às companhias nacionais, com ações exclusivamente nominativas, sociedades por cotas de responsabilidade limitada, desde que as ações ou cotas sejam subscritas, *exclusivamente, por brasileiros.*
- Requisitos para a obtenção do instrumento de outorga (art. 5º)²
- As autorizações podem ser transferidas diretamente, já as concessões podem ser transferidas direta e indiretamente (art. 44)
 - Diretamente – de 1 pessoa jurídica para outra (art. 44, § 1º)
 - Indiretamente – Quando é transferida a maioria das cotas ou ações (art. 44, § 2º)
- Vedação de transferência da concessão antes de 5 anos, contados da data de expedição da licença de funcionamento. Ressalvados os casos de sucessão hereditária (art. 46).

¹ Regulamento do Dec. 95.744/88, art. 2º: O Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA) é o serviço de telecomunicações, destinado a distribuir sons e imagens a assinantes, por sinais codificados, mediante utilização de canais de espectro radioelétrico, permitida, a critério do poder concedente, a utilização parcial sem codificação.

Parágrafo único. Não constitui TVA o encaminhamento de sinais codificados às suas estações repetidoras ou retransmissoras, por parte de concessionárias de serviços de radiodifusão de sons e imagens.

² Art. 5º As entidades pretendentes à execução do TVA deverão obedecer aos seguintes princípios gerais :

I – não podem ter como sócios ou acionistas:

a) as pessoas jurídicas, salvo os partidos políticos ou a União :

b) as pessoas naturais que estejam incapacitadas para a prática de atos da vida civil ou sob efeito de sentença condenatória criminal;

II – o diretor, administrador, gerente, sócio com poder de administração, procurador ou responsável, a qualquer título, pela orientação intelectual e administrativa, deve preencher, além dos requisitos comuns aos sócios, mais os seguintes :

a) ser brasileiro nato :

b) não ter prerrogativa de foro especial.*

* [Ex: CF/88 - art. 102, I, *b*:Presidente da República; Vice-Pres.da Rep.; Ministro de Estado; Membros do Congresso Nacional; Ministros do STF e; Procurador-Geral da Rep.

- art; 105, I, *a*: Governadores dos Estados e do DF; Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do DF; Membros dos Tribunais de Contas dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho; Membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.]

Portaria nº 250/89 – Dispõe sobre o Serviço de Distribuição de Sinais de TV por meio físicos – DiSTV (TV a Cabo):

- Regulou a utilização do serviço a cabo e a distribuição da programação;
- Definiu o serviço de TV a cabo como (DiSTV);
- Determinou a obrigação de captar e redistribuir todos os sinais de televisão emitidos em circuito nas faixas VHF e UHF;
- Determinou a proibição de veicular programação própria;
- Determinou a proibição de inserção de publicidade;
- A intenção do governo era transmitir a TV a cabo para as residências nas quais o sinal aberto estivesse debilitado.

Lei de TV a Cabo - Lei nº 8.977/95 – (TV a Cabo)

- Definição: (art. 2º)³
- **As autorizações de DiSTV foram transformadas em concessões para exploração de TV a Cabo. (art. 42).**
- A concessão conferida à pessoa jurídica de direito privado que satisfizer aos requisitos constantes no art. 7º⁴.
- **A concessão não terá caráter de exclusividade (art. 15);**
- **Prazo da concessão: 15 anos, renovável por períodos sucessivos e iguais (art. 6º);**
- A Rede de Transporte de Telecomunicações a ser utilizada pela operadora de TV a Cabo pertence às operadoras de telecomunicações (art. 16). Entretanto a operadora de TV a Cabo pode implementar sua Rede de Transporte, devendo, neste caso, suportar a utilização da capacidade disponível de sua rede pela operadora de Telecomunicações (Decreto 2.206/97, arts. 78, 79, 80 e 81).
- A Rede Local de Distribuição de sinais de TV pode ser da operadora de TV a cabo (i) ou (ii) da concessionária de telecomunicações (art. 17). No primeiro caso a concessionária de telecomunicações pode utilizar a Rede local da operadora de TV a Cabo, bem como esta pode utilizá-la quando estiver configurada a segunda hipótese, ou seja, quando pertencer à operadora de telecomunicações (Dec. 2.206/97, art. 82).
- **Há uma preocupação em se evitar a duplicidade de redes (*overbuilding*) entre as concessionárias de telecomunicações e de TV a Cabo (art. 18, § 2º). Atualmente o modelo de TV a Cabo sofre os efeitos da duplicidade de redes.**
- Há disposição expressa que exime a operadora de TV a Cabo da responsabilidade sobre a programação (art. 23, § 8º).
- O operadora de telecomunicações está obrigada a transportar sinais de TV em condições técnicas adequadas (art. 32).

³ Lei nº 8.977/95, art. 2º: “O Serviço de TV a Cabo é o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, a assinantes, mediante transporte por meios físicos” [cabos coaxiais ou cabos coaxiais/fibras óticas – HFC].

⁴ Art. 7º (...)

I - sede no Brasil;

II - pelo menos cinquenta e um por cento do capital social, com direito a voto, pertencente a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos ou a sociedade sediada no País, cujo controle pertença a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos.

- Define como crime a interceptação ou recepção não autorizada dos sinais de TV a Cabo (art. 35). A aplicação deste dispositivo é questionável ante o fato de não dispor a lei da respectiva pena cabível (contraposição ao princípios da reserva legal e da anterioridade, dispostos no art. 1º do Código Penal – “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”).
- **Impõe às operadoras de TV a Cabo a obrigação de disponibilizar os seguintes canais:**
 - Canais Básicos de Utilização Gratuita (ex.: canais de TV aberta, canal legislativo, canal universitário, canal educativo, canal comunitário... – art. 5º, VIII e Dec. 2.206/97, art. 69);
 - Canais destinados à prestação eventual de serviço (destinados à transmissão e distribuição eventual, mediante remuneração, de programas tais como manifestações, palestras, congressos e eventos, requisitada por qualquer pessoa jurídica - art. 5º, IX). Destinação de 02 canais , no mínimo (art. 23, § 6º, a);
 - Canais destinados à prestação permanente de serviços (destinados à transmissão e distribuição de programas e sinais a assinantes, mediante contrato, de forma permanente, em tempo integral ou parcial – art. 5º, X). Destinação de trinta por cento dos canais tecnicamente disponíveis, com programação de pessoas jurídicas não afiliadas ou não coligadas à operadora de TV a Cabo (art. 23, § 6º, b);
 - Canais de livre operação (destinados à oferta de programação da própria operadora, de coligadas, ou ainda adquirida de outras programadoras escolhidas pela operadora de TV a Cabo - art. 24 e Dec. 2.206/97, art. 67).

Regulamento de Serviços Especiais – Anexo Ao Dec. nº 2.196/97 - (TVA, MMDS e DTH)

- Definição (art. 1º)⁵;
- **Serviço explorado mediante permissão com prazo de 10 ou 15 anos, renováveis por iguais períodos (art. 3º);**
- **Podem ser explorados em distintas modalidades, a serem definidas e particularizadas pelo Ministério das Comunicações – atualmente Anatel (art. 4º);**
- **Tanto a outorga da permissão, quanto o uso de radiofrequência associada, são conferidos a título oneroso (art. 5º);**
- Fiscalização era atribuída ao Ministério das Comunicações (art. 6º). Atualmente é atribuição da Anatel;
- Outorga concedida mediante procedimento licitatório (art. 10), salvo caso de inexigibilidade ou dispensa constante na Lei nº 8.666/93 (art. 9º);
- Os serviços são enquadrados 3 grupos (A, B e C), baseados nas seguintes variáveis (art. 11):

⁵ Serviços de telecomunicações que tem por finalidade o atendimento de necessidades de comunicações de interesse geral, não aberto à correspondência pública (art. 1º, Regulamento anexo ao Dec. 2.196/97). O Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT -, em seu art. 6º, traz a classificação dos serviços de telecomunicações quanto aos fins e lá contempla o serviço especial como todo e qualquer serviço que não configure: [i] serviço público (matéria revogada pela Lei nº 9.472/97 – LGT); [ii] serviço público restrito; [iii] serviço limitado; [iv] serviço de radiodifusão e; [v] serviço de radioamador. Ex de serviço especial trazidos pelo CBT: a) serviço de sinais horários; b) serviço de frequência padrão; c) serviço de boletins meteorológicos; d) serviço que se destine a fins científicos ou experimentais; e) serviço de música funcional; f) serviço de radiodeterminação.

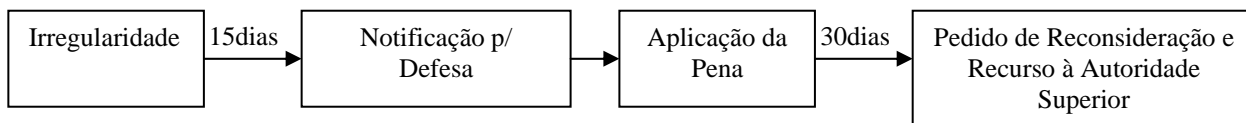
- I - complexidade tecnológica dos sistemas empregados;
 - II - população da área de prestação do serviço;
 - III - recursos em infra-estrutura e suporte técnico-administrativo relativos à exploração do serviço.
- A outorga da permissão será formalizada mediante contrato de adesão (art. 24);
 - **A outorga para exploração do serviço fica condicionada à disponibilidade de radiofrequência, não podendo a permissionária dispor das radiofrequências associadas ao serviço (art. 32). Em caso de não-utilização das referidas radiofrequências, estas poderão ser retomadas (art. 32, § 2º);**
 - No tocante às infrações, penalidades e extinção de permissões, utiliza subsidiariamente a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) e a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95).

Regulamento de Tv a Cabo – anexo ao Dec. nº 2.206/97 – (TV a Cabo)

- Regulamenta o disposto na Lei nº 8.977/95;
- Abrangência do serviço ⁶;
- **Reitera a concessão como instrumento de outorga (art. 7º);**
- Fiscalização competia ao Ministério das Comunicações (art. 8º). Após a LGT esta atribuição passou para a Anatel;
- A área de prestação do serviço e o número de concessões correspondentes (art. 12, parágrafo único) terão como parâmetros:
 - a densidade demográfica média da região;
 - o potencial econômico da região;
 - o impacto sócio-econômico na região;
 - a possibilidade de cobertura do maior número possível de domicílios;
 - o número de pontos de acesso público ao Serviço, através de entidades como universidades, escolas, bibliotecas, museus, hospitais e postos de saúde.
- Possibilidade de divisão de uma região ou localidade em mais de uma área de prestação de serviço, buscando a equivalência do potencial mercadológico entre as referidas áreas (art. 13);
- Outorga da concessão mediante procedimento licitatório (art. 15);
- Enquadramento do serviço (art. 17):

⁶ Art. 2º, § 1º Os sinais referidos neste artigo compreendem programas de vídeo e/ou áudio similares aos oferecidos por emissoras de radiodifusão, bem como de conteúdo especializado e que atendam a interesses específicos, contendo informações meteorológicas, bancárias, financeiras, culturais, de preços e outras que possam ser oferecidas aos assinantes do Serviço. Incluem-se neste Serviço a interação necessária à escolha da programação e outros usos pertinentes ao Serviço, tais como aquisição de programas pagos individualmente, tanto em horário previamente programado pela operadora como em horário escolhido pelo assinante. Aplicações não compreendidas neste parágrafo constituem outros serviços de telecomunicações, podendo ser prestados, mediante outorga específica, em conformidade com a regulamentação aplicável.

- Grupo A - comporta o Serviço de TV a Cabo explorado em áreas de prestação do serviço cuja população seja inferior a 300.000 habitantes;
 - Grupo B - comporta o Serviço de TV a Cabo explorado em áreas de prestação do serviço cuja população seja igual ou superior a 300.000 e inferior a 700.000 habitantes;
 - Grupo C - comporta o Serviço de TV a Cabo explorado em áreas de prestação do serviço cuja população seja igual ou superior a 700.000 habitantes.
- **Exigência de que pelo menos 51% do capital social com direito a voto pertença a brasileiros natos ou naturalizados, há mais de 10 anos ou pertença à sociedade sediada no País, cujo controle pertença a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos (art. 21, IV);**
 - **Garantia de acesso à Rede de Transporte de Telecomunicações (art. 50);**
 - **Proibições ao abuso do poder econômico das operadoras para com as programadoras (art. 67, par. único);**
 - Regulamentação do preço apenas para o serviço básico e somente em caso de baixo nível de competição (art. 70);
 - Bloqueio de canais por solicitação do assinante (art. 73);
 - Disponibilização pelas operadoras de pelo menos 1 canal com programação audiovisual brasileira de produção independente (art. 74);
 - Incentivo e desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional (art. 75);
 - **A concessionária de telecomunicações pode fornecer à operadora de TV por Assinatura a Rede de Transporte de Telecomunicações - ou até mesmo a Rede de Distribuição de TV (art. 78);**
 - Em caso de não fornecimento pela concessionária de telecomunicações:
 - (i) A operadora de TV a Cabo pode se utilizar da infraestrutura de um terceiro (art. 80) ou ;
 - (ii) Construir sua própria rede (art. 80);
 - **A capacidade disponível de Rede de Transporte de Telecomunicações da operadora de TV a Cabo, pode ser utilizada pela concessionária de telecomunicações ou por outra operadora de TV a Cabo, para a prestação de serviço público de telecomunicações (art. 81);**
 - **A capacidade disponível de Rede de Distribuição de Sinais de TV da operadora de TV a Cabo, pode ser utilizada por concessionária ou permissionária de telecomunicações, para prestação de serviço público de telecomunicações (art. 82);**
 - Anuência prévia do Ministério das Comunicações (hoje Anatel), acerca da transferência de concessão ou a aquisição do controle societário da concessionária do Serviço de TV a Cabo, sob pena de caducidade da concessão (art. 83);
 - A transferência da concessão ou a aquisição do controle societário por outrem somente poderá ser efetuada após o início da operação comercial do Serviço (art. 85). Há ressalva do parágrafo único.
 - Comunicação ao Ministério das Comunicações em 60 dias da transferência de cotas ou ações, ou aumento do capital social sem que importe em transferência do controle acionário (art. 86);
 - Previsão de pena de advertência, multa e cassação (art. 90);
 - **Roteiro de aplicação de pena:**



- Aplicam-se subsidiariamente, no tocante às infrações, penalidades e condições de extinção, a Lei de TV a Cabo (nº 8.977/95) e a Lei de Concessões (nº 8.987/95), em conformidade com o art. 96;

Portaria nº 652/94 – Ministério das Comunicações (TVA)

- Prescreve o procedimento para obtenção da autorização para prestação do serviço de TVA.

Portaria nº 971/96 – Ministério das Comunicações (TVA)

- Estabelece que a transmissão de programação não codificada do serviço de TVA não excederá, até 2 de agosto de 1999, o limite de 35% do tempo de irradiação diária.

Norma 002/94-Rev/97 - Aprovada pela Portaria 254/97 (MMDS)

- MMDS: Modalidade de Serviço Especial Serviço - Dec. 2.196/97 (item 2.2);
- **Instrumento de outorga: Permissão;**
- Faixa de frequência: 2500–2686 MHz. Largura de faixa: 6 MHz. 31 canais (item 9.1.1);
- O planejamento para implantação do serviço MMDS (dispondo acerca das áreas de prestação do serviço; número de permissões e; grupos de canais previstos para cada área) será elaborado pelo Ministério das Comunicações (após a LGT, cabe à Anatel o papel de atualizar tal planejamento);
- Nº de canais por área (item 3.3):
 - 16 canais para áreas de prestação do serviço cuja população seja inferior a 300.000 habitantes;
 - 15, 16 ou 31 canais para áreas de prestação do serviço cuja população seja igual ou superior a 300.000 habitantes e inferior a 700.000 habitantes;
 - 31 canais para áreas de prestação do serviço cuja população seja igual ou superior a setecentos mil habitantes;
- O serviço MMDS é enquadrado, para fins de outorga de permissão nos seguintes grupos (item 4.2):
 - GRUPO A - comporta o Serviço MMDS explorado em áreas de prestação do serviço cuja população seja inferior a 300.000 habitantes;
 - GRUPO B - comporta o Serviço MMDS explorado em áreas de prestação do serviço cuja população seja igual ou superior a trezentos mil habitantes e inferior a setecentos mil habitantes;

- GRUPO C - comporta o Serviço MMDS explorado em áreas de prestação do serviço cuja população seja igual ou superior a setecentos mil habitantes.
- Observância de procedimento licitatório (item 4.3);
 - Antes da vigência da LGT competia ao Ministério das Comunicações a outorga da permissão (item 4.13). Após a LGT, a competência passou a ser da Anatel;
 - **Limitação ao número de áreas para prestação do serviço por agente - visa o desenvolvimento da livre concorrência (item 5.1.1). Tais limites podem ser retirados a critério do Poder Concedente, verificando-se para tanto critérios de oportunidade (item 5.2);**
 - A permissionária de MMDS poderá (item 7.1):
 - transmitir sinais ou programas originados por terceiros, programas originados por terceiros e por ela editados, e transmitir sinais ou programas por ela gerados;
 - veicular publicidade comercial;
 - cobrar remuneração (assinatura) pela prestação do serviço.
 - Possibilidade de interrupção do serviço por mais de 30 dias apenas em caso de força maior e nas hipóteses em que for autorizada pelo Ministério das Comunicações (item 7.9). Atualmente este papel cumpre à Anatel.
 - **A permissionária não pode recusar sem justa razão, a quem solicitar, a assinatura do Serviço, desde que seja tecnicamente possível. Atende às finalidades do interesse coletivo (item 8.1);**
 - Direitos do assinante, sem prejuízo daqueles dispostos no Código de Defesa do Consumidor (item 8.2):
 - **Conhecimento prévio da programação oferecida (óbice a proposta ABTA);**
 - Instalação e manutenção dos equipamentos sob responsabilidade da prestadora de serviço;
 - Ter abatimento nas interrupções do serviço;
 - Penalidades por infração:
 - Multa;
 - Suspensão;
 - Cassação;
 - Caducidade.

Regulamento anexo ao Dec.nº 2.195/97 (DTH)

- **Dispõe sobre Serviço de Transporte de Sinais de Telecomunicações por Satélite-STTS (art. 1º);**
- **Prazo de concessão para a prestação de STS: 15 anos, renovável por iguais períodos (art. 4º)⁷;**

⁷ Art. 4º (...)

- Observância de procedimento licitatório, ressalvadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade;
- O STS somente poderá ser prestado à entidade que detenha outorga para exploração de serviços de telecomunicações, devendo ser assegurado tratamento justo, equânime e não discriminatório a todos os interessados (art. 34);
- Hipóteses de transferência de concessão (arts. 36/39);

Norma nº 008/97 (DTH)

- **É uma das modalidades de Serviços Especiais, que tem como objetivo a distribuição de sinais de televisão ou de áudio, bem como de ambos, através de satélites, a assinantes localizados na área de prestação do serviço (item 2.1);**
 - **Prestação sob regime de permissão;**
 - **Prazo de outorga: 15 anos, prorrogáveis conforme contrato de adesão (item 3.12);**
 - A outorga compreende o acesso ao satélite através de estação terrena com capacidade de transmissão, tanto para a habilitação de assinante quanto para a alimentação da programação transmitida do Brasil (item 5.1);
 - **Atende ao interesse coletivo (item 8.1);**
 - Transferência e renovação da permissão (item 9);
 - Penalidades (item 10):
 - Multa;
 - Cassação;
 - Caducidade.
 - **Prazo do Pedido de reconsideração/recurso: 30 dias após a notificação, apresentando o comprovante de pagamento da multa - se for o caso (item 12).**
- Violação ao direito de petição?**

Parágrafo único - A concessão assegurará o direito à ocupação, por satélites da concessionária, de posições orbitais notificadas pelo Brasil e à consignação das radiofrequências associadas, devendo as estações de controle dos satélites localizarem-se em território brasileiro.

Universidade de Brasília
Curso de Regulação em Telecomunicações
Tema: **Regulamentação dos serviços de telecomunicações**

Gabriel Boavista Laender
Advogado
Consultor da UIT
Membro do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB

“REGULAMENTAÇÃO DA RADIODIFUSÃO”

APOSTILA

QUADRO LEGAL E INSTITUCIONAL DA RADIODIFUSÃO NO BRASIL

Sumário: Introdução – Legislação anterior à Constituição Federal de 1988 - A Constituição de 1988 e posterior legislação.

Introdução

O presente texto tem por finalidade servir de subsídio à disciplina Radiodifusão, do Curso de Regulação em Telecomunicações. Buscar-se-á traçar um panorama geral das principais normas que regulam a radiodifusão no Brasil, bem como das competências e funções dos entes estatais envolvidos, com o objetivo de propiciar ao aluno uma visão básica do setor, sob a óptica jurídica. De sorte a preservar o caráter introdutório da aula, e tendo em vista o tempo previsto para a disciplina, será enfatizado o direito positivo brasileiro – o que exclui a análise de instrumentos ainda em discussão, por exemplo, o debate acerca da implementação de um sistema de transmissão digital na televisão aberta brasileira, e o projeto de lei sobre radiodifusão.

Para tanto, será feita breve descrição das leis e regulamentos mais relevantes para o setor e que estejam atualmente em vigor. Primeiramente, será descrita a legislação anterior à Constituição Federal de 1988, com ênfase nos dispositivos ainda em vigor. Posteriormente, será estudada a própria Constituição e a legislação que lhe seguiu, quando, a partir de cada dispositivo constitucional, serão buscadas as leis e regulamentos correspondentes.

Legislação anterior à Constituição Federal de 1988

Promulgada em 27 de agosto de 1962, a Lei 4.117, mais conhecida como Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT, é, não obstante sua antiguidade, o principal instrumento

normativo a reger a radiodifusão no Brasil¹. Esta lei estabelecia o regime jurídico geral aplicável não só à radiodifusão como à todas as telecomunicações brasileiras. Nesse mister, disciplinava os instrumentos de delegação de prestação, os princípios e as regras gerais a serem observados, bem como a criação do Conselho Nacional de Telecomunicações – Contel², suas competências e as do Presidente da República. O Contel, posteriormente, foi extinto³, e, com o advento da Lei Geral de Telecomunicações – LGT (a ser tratada adiante), foram revogadas as disposições do CBT pertinentes às telecomunicações, exceto no que diz respeito à radiodifusão.

Entretanto, mesmo no que concerne à radiodifusão, nem todas as normas estabelecidas pelo CBT permanecem em vigor. Vigoram, entre outros, os seguintes dispositivos:

- i.a definição legal de radiodifusão como o serviço de telecomunicações *destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão* (art.6º, d)⁴;
- ii.as regras do processo administrativo hábil a delegar os serviços de radiodifusão, inclusive as pertinentes ao processo de licitação (arts. 33, §5º, e 34);
- iii.a não exclusividade na prestação de serviços de radiodifusão (art. 35);
- iv.as regras relativas ao controle e administração por brasileiros das empresas de radiodifusão (art.38, a, b, c, i e parágrafo único), com as alterações promovidas pela Lei 10.610, de 20 de dezembro de 2002, e a vedação de que essas empresas se constituam na forma de sociedades por ações não-nominativas (art.44);
- v.a obrigatoriedade de transmitir o noticiário oficial dos Poderes da República – não aplicável às empresas de televisão (art.38, e);
- vi.a vedação a que uma mesma pessoa participe da administração ou da gerência de mais de uma prestadora de um mesmo tipo de serviço de radiodifusão em uma mesma localidade (art.38, g – conforme modificação feita pela Lei 10.610, de 2002);
- vii.a obrigatoriedade de dedicação, pelas prestadoras, de ao menos 5% de seu tempo para veiculação de serviços noticiosos (art.38, h);
- viii.a obrigatoriedade de dedicação, noventa dias antes das eleições, de duas horas diárias à propaganda político-partidária⁵ (art.39), e de anunciar as orientações da Justiça Eleitoral (art.40);
- ix.a vedação de retransmissão de sinais sem que haja expressa autorização da empresa originalmente irradiadora (art.48);
- x.as regras que caracterizam abuso no exercício da liberdade de radiodifusão (arts.53⁶ e 54), não obstante a aplicabilidade dessas regras esteja hoje mais restrita haja

¹Há, todavia, projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional de uma nova lei de radiodifusão brasileira, que revogaria em definitivo o CBT.

²Suas funções eram bastante semelhantes às que hoje possui a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, porém com duas distinções fundamentais: i) o Contel era subordinado diretamente ao Presidente da República e, portanto, não possuía autonomia; ii) o Contel acumulava também as competências pertinentes à radiodifusão, que a Anatel não possui.

³As competências delegadas pelo CBT ao Contel pertinentes à radiodifusão pertencem hoje ao Ministério das Comunicações.

⁴Ver capítulo *Definição legal e classificação regulamentar dos serviços de radiodifusão*, a seguir.

⁵Além das disposições do CBT, a propaganda político-partidária é regulada pela Lei 9.096, de 1995 – que dita normas gerais regedoras dos partidos políticos –, e pela Lei 9.504, de 1997 – que rege o processo eleitoral.

⁶O art.53 foi posteriormente modificado pelo Decreto-Lei 236, de 28 de fevereiro de 1967.

vista a guarida do princípio da liberdade de expressão dada pela Constituição Federal de 1988;

xi.as sanções administrativas e as regras para sua aplicação (arts.59 a 69⁷);

xii.a obrigatoriedade de gravação das irradiações e de seu arquivo por um prazo mínimo de vinte e quatro horas (art.71⁸).

Após o CBT, foi editado o Decreto 52.795, de 31 de outubro de 1963, que aprovou o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão. Esse regulamento contém as principais regras que regem a radiodifusão, e a maior parte de suas disposições está em vigor.

O Regulamento dos Serviços de Radiodifusão contém classificação ainda bastante utilizada dos serviços de radiodifusão. Transcreve-se, a seguir, o art.4º, que contém essa classificação:

Regulamento dos Serviços de Radiodifusão

Art 4º Os serviços de radiodifusão, para os efeitos dêste Regulamento, assim se classificam:

1º) quanto ao tipo de transmissão:

- a) de sons (radiodifusão sonora);
- b) de sonso e imagens (televisão);

2º) quanto à área de serviços;

- a) local;
- b) regional;
- c) nacional;

3º) quanto ao tipo de modulação:

- a) amplitude modulada (AM);
- b) freqüência modulada (FM);

4º) quanto ao tempo de funcionamento:

- a) de horário limitado;
- b) de horário ilimitado;

5º) quanto à faixa de freqüência e comprimento das ondas radioelétricas:

<i>Faixa de freqüência</i>	<i>Banda de freqüência</i>	<i>Subdivisão métrica das ondas</i>	<i>Classificação popular</i>
535 a 1.605 kc/s	Média freqüência (MF)	Onda Hectométrica	Onda Média
2.300 a 2.490 kc/s	Média freqüência (MF)	Onda Hectométrica	Onda Tropical
3.200 a 3.400 kc/s	Alta freqüência (HF)	Onda Decamétrica	Onda Tropical
4.750 a 4.995 kc/s	Alta freqüência (HF)	Onda Decamétrica	Onda Tropical
5.005 a 5.060 kc/s	Alta freqüência (HF)	Onda Decamétrica	Onda Tropical
5.950 a 21.750 kc/s	Alta freqüência (HF)	Onda Decamétrica	Onda Curta
30 a 300 Mc/s	Muito alta freqüência (VHF)	Onda Métrica	Onda Muito Curta
300 a 3000 Mc/s	Ultra alta freqüência (UHF)	Onda Decimétrica	Onda Ultra Curta

⁷Esses artigos vigoram com a redação dada pelo Decreto-Lei 236, de 1967. Importante ressaltar que vigoram somente as disposições relativas à radiodifusão.

⁸Também este artigo foi alterado pelo Decreto-Lei 236, de 1967.

Além dessa classificação, convém destacar:

- i.a definição de radiodifusão como *o serviço de telecomunicações que permite a transmissão de sons (radiodifusão sonora) ou a transmissão de sons e imagens (televisão), destinada a ser direta e livremente recebida pelo público* (art.5º, 22);
- ii.o detalhamento do processo licitatório para a delegação dos serviços de radiodifusão (arts.10 a 16);
- iii.o detalhamento dos instrumentos de delegação de serviços de radiodifusão (concessão e permissão), e dos direitos e deveres das radiodifusoras (arts.17 a 32);
- iv.as regras relativas à instalação e funcionamento do sistema irradiante (arts.34 a 61);
- v.as regras relativas ao controle de conteúdo por parte do Estado, hoje com aplicação bastante restringida em função da nova ordem constitucional estabelecida em 1988 (arts.62 a 66);
- vi.as exigências específicas relativas à programação, com o fim de atendimento ao interesse público, em que se destacam: (a) a exigência de manutenção de *elevado sentido moral e cívico*, sendo vedadas irradiações contrárias à moral e aos bons costumes (art.67, 1) – cuja interpretação também deve observar os ditames constitucionais atuais, (b) a limitação ao máximo de 25% do horário total de programação do tempo destinado à publicidade comercial (art.67, 3), e (c) a obrigatoriedade de arquivo do registro em texto dos programas pelo prazo mínimo de dez dias, ou, quando não registrados em texto, de arquivo das gravações por pelo menos cinco dias (art.69);
- vii.as regras para convocação, pelo Estado, de formação de redes de radiodifusão visando à divulgação de assuntos de interesse público, como, por exemplo, pronunciamentos do Presidente da República, informes de saúde pública, entre outros (arts.87 e 88);
- viii.a normatização aplicável às hipóteses de transferência das permissões e das autorizações (arts.89 a 105), em que se faz distinção entre transferências diretas (arts.93 e 94) – quais sejam, as que ocorrem quando a delegação é objeto de negociação entre pessoas jurídicas distintas – e indiretas (arts.95 e 96) – que são as que ocorrem por meio da mudança do controle da pessoa jurídica detentora da delegação;
- ix.as regras pertinentes ao processo de renovação de concessões e permissões (arts.110 a 115);
- x.a definição das infrações e das penalidades administrativas cabíveis à atividade de radiodifusão, bem como do processo administrativo próprio para a sua aplicação (arts.122 a 153) – em que também deve-se tomar o cuidado de interpretar conforme a ordem constitucional vigente, uma vez que há infrações como *divulgar segredos de Estado ou assuntos que prejudiquem a defesa nacional* que, se não são inconstitucionais, têm, ao menos, aplicabilidade bastante restrita;
- xi.previsão de exercício do direito de resposta⁹ (arts.154 a 161);

⁹Direito de resposta é aquele que assiste ao ofendido por veiculação na mídia de expor seu ponto de vista acerca do assunto veiculado, com igual destaque ao conferido à eventual ofensa. O direito de resposta foi posteriormente albergado pela

xii.a definição de serviço auxiliar à radiodifusão – *aquele executado pelas concessionárias ou permissionárias do referido serviço, para realizar reportagens externas, ligações entre estúdios e transmissores das estações (link), utilizando, inclusive, transreceptores portáteis* –, bem como as regras para sua prestação (arts.172 a174).

Posteriormente, foi editado o Decreto-Lei¹⁰ 236, de 28 de fevereiro de 1967, que promoveu significativas alterações no CBT¹¹ e trouxe, por si próprio, relevantes regras para o setor, estabelecendo as disposições a seguir:

- i.somente a União, os Estados, Territórios e Municípios, as universidades brasileiras, as fundações constituídas no Brasil e as sociedades nacionais por ações nominativas ou por quotas subscritas por brasileiros natos podem obter delegação para prestação de serviços de radiodifusão (art.4º);
- ii.vedação a que as sociedades prestadoras de serviços de radiodifusão contivessem como sócios ou quotistas outras pessoas jurídicas (art.4º, parágrafo único)¹²;
- iii.exigência de que fossem brasileiros natos quem exercesse cargos e funções de direção, gerência, chefia, assessoramento e assistência administrativa e intelectual (art.6º)¹³;
- iv.vedação de contratação de assistência técnica com empresas e organizações estrangeiras que verse sobre atividades de administração ou orientação (art.7º), sendo exigida a submissão prévia ao Executivo de acordos que possam ferir essa norma (art.8º).

Além das normas supra, o Decreto-Lei 236, de 1967, estabeleceu os limites à concentração econômica aplicáveis à radiodifusão. Esses limites constam do art.12, abaixo transcrito:

Decreto-Lei 236, de 28 de fevereiro de 1967

Art.12. Cada entidade só poderá ter concessão ou permissão para executar serviço de radiodifusão, em todo o País, dentro dos seguintes limites:

1 – Estações radiodifusoras de som

a) Locais:

Ondas médias – 4

Frequência modulada – 6

b) Regionais

Ondas médias – 3

Ondas tropicais – 3

Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, arts.29 a 36, que, em caso de confronto, prevalece ante o Regulamento dos Serviços de Radiofusão..

¹⁰O decreto-lei é figura hoje extinta no Direito Brasileiro, haja vista não recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Consistia em ato do Presidente da República que possuía força de lei. Hoje em dia, o Decreto-Lei 236, de 1967, à símile de outros decretos-lei, vigora com força de lei.

¹¹Ver notas 5 a 7.

¹²Com o advento da Emenda Constitucional 36, de 28 de maio de 2002, e da Lei 10.610, de 20 de dezembro de 2002, a participação de pessoas jurídicas no capital social de prestadoras de radiodifusão passou a ser admitida.

¹³Essa regra foi flexibilizada pela Lei 10.610, de 2002, que passou a admitir que essas atividades sejam desempenhadas também por brasileiro naturalizado há mais de dez anos.

sendo no máximo 2 por Estado

c) Nacionais

Ondas médias – 2

Ondas curtas – 2

2 – Estações radiodifusoras de som e imagem – 10 em todo território nacional, sendo no máximo 5 em VHF e 2 por Estado.

O Decreto-Lei 236, de 1967, contém, ainda, as normas aplicáveis à televisão educativa. Em seu art.13 se lê que a *televisão educativa se destinará à divulgação de programas educacionais, mediante a transmissão de aulas, conferências, palestras e debates*. O parágrafo único desse artigo veda qualquer forma de propaganda comercial, direta ou indireta, inclusive na forma de patrocínio de programas. Devido à essa limitação, a televisão educativa tem tido grandes dificuldades de se manter, dependendo quase que exclusivamente de recursos estatais. Todavia, após a edição da Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, tem se dado interpretação extensiva ao art.19 dessa lei, que dispõe que *as entidades que absorverem atividades de rádio e televisão educativa poderão receber recursos e veicular publicidade institucional de entidades de direito público ou privado, a título de apoio cultural, admitindo-se o patrocínio de programas, eventos e projetos, vedada a veiculação remunerada de anúncios e outras práticas que configurem comercialização de seus intervalos*. Tem-se admitido que não somente as entidades que absorveram as atividades de rádio e televisão educativas após a edição dessa lei, mas também as que já exerciam essas atividades, se beneficiem do citado dispositivo.

Nos termos do Decreto-Lei 236, de 1967, podem prestar serviço de televisão educativa somente a União, os Estados, os Territórios, os Municípios, as universidades brasileiras e as fundações constituídas no Brasil cujos estatutos não conflitem com o disposto no CBT (art.14). As universidades e as fundações devem, para tanto, comprovar possuir recursos próprios para o empreendimento (art.14, §1º).

O próximo texto normativo relevante para a radiodifusão data somente de 15 de dezembro de 1975, e se constitui na Lei 6.301, que cria a Empresa Brasileira de Radiodifusão – Radiobrás, ainda hoje existente e sob controle da União. Entre outros objetivos institucionais fixados por essa lei, compete à Radiobrás difundir programação educativa produzida pelo próprio Governo Federal e promover a capacitação e o treinamento de pessoal especializado necessário às atividades de radiodifusão. A constituição da Radiobrás foi regulamentada pelo Decreto 77.698, de 27 de maio de 1976.

Seguiu-se o Decreto 88.066, de 26 de janeiro de 1983, que fixou normas pertinentes à renovação das concessões para exploração dos serviços de radiodifusão de sons e imagens (televisão). No mérito, esse decreto pouco inovou, se limitando a transferir ao Departamento Nacional de Telecomunicações – Dentel, órgão do Ministério das Comunicações, as competências relativas à renovação das concessões de televisão – haja vista a extinção do Contel – e a fazer constar dos respectivos contratos de concessão as obrigações já previstas na legislação então em vigor.

A Constituição de 1988 e posterior legislação

Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição Federal atual, que trouxe importantes e relevantes inovações para o setor de radiodifusão. Inseridos no art.5º, que cuida dos direitos e garantias individuais, estão inseridas relevantes disposições com repercussão na prestação de serviços de radiodifusão. São resguardados por esse dispositivo constitucional, entre outros:

- i.a liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV);
- ii.o direito de resposta, bem como o de ser indenizado por danos morais, materiais e à imagem (inciso V);
- iii.a liberdade da expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de licença, sendo vedada a censura (inciso IX);
- iv.a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, e o correspondente direito a ser indenizado na hipótese de violação (inciso X);
- v.o acesso à informação – também chamado direito de informação ou direito à informação –, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV);
- vi.a proteção autoral à reprodução da voz e da imagem humanas (inciso XXVIII, a).

O art.21, por sua vez, estabelecia, em seu inciso XII, *a*, a competência da União para *explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações*. Posteriormente, a Emenda Constitucional 8, de 15 de agosto de 1995, alterou-o, retirando a expressão *e demais serviços de telecomunicações*. Permaneceu inalterada, não obstante, a competência da União para prestação de serviços de radiodifusão.

É, todavia, no Capítulo V do Título VIII da Constituição que encontramos as normas mais relevantes para um estudo específico da radiodifusão. Esse capítulo, que compreende os arts.220 a 225, versa sobre a *comunicação social* – nos dizeres constitucionais –, ditando os princípios concernentes aos chamados meios de comunicação de massa. Entre esses, por óbvio, se encontram tanto a radiodifusão de sons, quanto a de sons e imagens.

O art.220 principia, em seu *caput* e §§ 1º e 2º, ratificando a liberdade de expressão como um dos pressupostos da nova ordem constitucional, ao mesmo tempo em que, inequivocamente, veda *toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística*. Contudo, a liberdade de expressão não pode ser exercida sem limites, sob pena de violar-se o direito à informação. Da necessidade de coibir abusos e permitir ao destinatário da informação a correta gestão da qualidade de informação que lhe é fornecida, surgiram as regras constitucionais contidas nos incisos I e II do § 3º desse mesmo art.220.

O inciso I estabelece que compete à lei federal *regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada*. Ou seja, não obstante seja vedada a censura, permite a Constituição que o Poder Público, nos limites da lei, restrinja a exibição de determinados programas à audiência por determinada faixa etária, a determinados locais ou, com maior relevância para a radiodifusão, a determinados horários. A competência para exercer tal classificação pertence, segundo as normas constitucionais, à União (art.21, XVI).

Com base nesse dispositivo constitucional, a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, também chamada Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, estabeleceu algumas restrições à atividade de radiodifusão. Em seu art.71, lê-se que *a criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*. Nesse mister, o art.74 do ECA praticamente reproduz o art.220, §3º, I, estabelecendo para o Poder Público a competência de regular as diversões e espetáculos públicos mediante a disciplina de locais e horários de exibição, de acordo com a natureza de cada um e

com as faixas etárias a que se destinem.

No que concerne à radiodifusão, no art.76 do ECA se encontra específica disposição quanto às restrições na exibição de conteúdo, quando se lê que *as emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infante-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas*. O parágrafo único desse mesmo artigo acrescenta, adicionalmente, a obrigatoriedade de, antes da transmissão, ser anunciada a classificação segundo a faixa etária de cada programa. De sorte a reforçar esse dispositivo, o ECA estabeleceu como ilícito administrativo sujeito a sanção de multa de até 100 salários de referência – 200 em caso de reincidência -, *transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação* (art.254).

De sorte a cumprir o estatuído na Constituição de 1988 e no ECA, o Ministério da Justiça, no exercício da competência atribuída constitucionalmente à União, emitiu a Portaria 773, de 19 de outubro de 1990, criando as faixas etárias e os procedimentos para a classificação indicativa. Na portaria previa-se a classificação antecipada dos programas gravados, e a responsabilidade das emissoras pela adequação dos programas ao vivo. Essa portaria foi posteriormente substituída pela Portaria 796, de 8 de setembro de 2000, que praticamente repetiu as disposições da portaria anterior, criando, porém, nova faixa para classificação etária. Recentemente, o Ministério da Justiça instituiu ainda, mediante a Portaria 1.549, de 21 de novembro de 2002, o “Comitê Interinstitucional para Classificação Indicativa de Filmes, Programas Televisivos, Espetáculos Públicos e Jogos Eletrônicos e de RPG”, que possui funções meramente consultivas.

Retornando às disposições constitucionais pertinentes ao conteúdo, temos que o inciso II do §3º do art.220 submete à lei federal o estabelecimento de *meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art.221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente*. Nesse inciso, por um lado, confere-se proteção ao direito à informação, à medida que vincula a programação de rádio e televisão aos princípios estabelecidos no art.221, que veremos adiante. Por outro lado, busca-se a proteção da saúde pública e do meio ambiente, haja vista permitir-se a restrição da propaganda comercial de produtos a eles nocivos.

A proteção à saúde pública é objeto específico do § 4º do art.220, em que é prevista a possibilidade de restrição, por meio de lei federal, à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias. No âmbito infra-constitucional, a matéria foi disciplinada pela Lei 9.294, de 1996, que, entre outras disposições, impôs restrições de horário à propaganda de bebida alcoólica e, com as alterações introduzidas pela Lei 10.167, de 2000, proibiu a propaganda de produtos fumíferos – derivados ou não do tabaco – pelos meios de comunicação social, inclusive radiodifusão.

Ainda no que concerne ao art.220, o seu §5º dispõe que *os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio*. Aplicam-se aos meios de comunicação social, a esse respeito, as regras gerais da legislação antitruste – cujo principal diploma legal é a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

O art.221, conforme dito, estabelece os princípios a serem seguidos pela produção e programação das emissoras de rádio e televisão. Esses princípios são: *I - preferências a finalidades educativas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família*. Não obstante sua disciplina constitucional, esses princípios ainda têm

sido pouco invocados haja vista a carência de disciplina legal apropriada.

O art.222 cuida da propriedade das empresas jornalísticas e das de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Seu texto original estabelecia que a propriedade dessas empresas é *privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais caberá a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual*. Ao mesmo tempo, era vedada a participação de pessoas jurídicas no capital social dessas empresas – exceto a de partidos políticos e a de sociedades cujo capital pertencesse exclusiva e nominalmente a brasileiros, hipótese em que essa participação era limitada a trinta por cento. A Emenda Constitucional 36, de 28 de maio de 2002, alterou esse artigo para a redação que abaixo se transcreve:

Constituição Federal de 1988

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

§ 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

§ 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantira a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

§ 4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º.

§ 5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional.

Dessa sorte, por um lado, flexibilizou-se a regra anterior de forma a que a participação de pessoas jurídicas no capital social das empresas de radiodifusão seja permitida até a integralidade do capital social, desde que, direta ou indiretamente, ao menos setenta por cento do capital votante pertença a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos. Por outro lado, admitiu-se a participação de capital estrangeiro nessas empresas, no limite de trinta por cento, na forma do disposto em lei federal. Para tanto, foi editada a Lei 10.610, de 20 de dezembro de 2002, que se concentra, em grande parte, no estabelecimento de regras visando a assegurar o controle pelo Estado do limite constitucional de 30% para a participação de capital estrangeiro, tais como a obrigatoriedade de comunicação ao Congresso Nacional de qualquer alteração no controle societário das empresas de radiodifusão.

No que concerne ao ato de delegação para a prestação de serviços de radiodifusão, a Constituição de 1988 manteve a competência do Poder Executivo – conforme estabeleciam as Constituições anteriores e o próprio CBT. Todavia, o ato de delegação, por força do §3º do art.223 da Constituição, tem sua eficácia suspensa até sua apreciação pelo Congresso Nacional. Destaque-se que, na hipótese de não renovação da delegação, se faz necessária aprovação por, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal (art.223, §2º). Ao mesmo tempo, a extinção da delegação antes de vencido seu prazo somente pode ocorrer por decisão judicial (§4º). Finalmente, conforme o §5º do mesmo artigo, o prazo de duração das delegações, independentemente de serem permissões ou concessões, é fixado em dez anos para a radiodifusão sonora (rádio) e em quinze anos para a radiodifusão de sons e imagens (televisão). A esse respeito, a legislação infra-constitucional aplicável é ainda o CBT, o Decreto-Lei 236, de 1967, e o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão.

Finalmente, a Constituição prevê, no art.224, a instituição por lei do Conselho de Comunicação Social, órgão cuja finalidade é auxiliar o Congresso Nacional quanto ao cumprimento das disposições constitucionais pertinentes à comunicação social. A lei necessária à instituição do Conselho data de 30 de dezembro de 1991 (Lei 8.389), porém esse só foi instituído em 5 de junho de 2002. Entre suas atuais atividades, destaca-se a consultoria que tem prestado no que concerne à adoção de um padrão digital para a transmissão televisiva no Brasil.

Após a Constituição de 1988, além das normas já citadas, outras merecem ser mencionadas. A primeira é a Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, também chamada Lei Geral de Telecomunicações – LGT. A LGT surge para regular a matéria disposta no art.21, XI, da Constituição, que cuida da competência da União para prestar, direta ou indiretamente, os serviços de telecomunicação. Esse artigo, após a Emenda Constitucional 8, de 15 de agosto de 1995, passou a também prever a criação de um órgão regulador para as telecomunicações. A LGT, obedecendo ao comando constitucional, cria a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, ente regulador das telecomunicações no Brasil, confere um tratamento absolutamente novo aos serviços de telecomunicação e, conforme dito, revoga em grande parte o CBT, mantendo desse somente a matéria penal e os preceitos relativos à radiodifusão (art.215, I). Embora relegue a radiodifusão à disciplina do CBT, importante preceito é estabelecido na LGT:

Lei Geral de Telecomunicações

Art.211. A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica.

Parágrafo único. Caberá à Agência a fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das respectivas instalações.

Portanto, é de competência da Anatel a matéria relativa à administração da radiofrequência, tanto no que diz respeito ao planejamento (os planos de distribuição de canais), quanto no que diz respeito à fiscalização de seu uso. Permanecem com o Ministério das Comunicações e com a Presidência da República, assim, as competências definidas no CBT no que diz respeito à radiodifusão.

Outra lei digna de menção é a Lei 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, que institui a chamada radiodifusão comunitária. Esta é definida pela lei como a *radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço*. Além dessa lei, o serviço de radiodifusão comunitária obedece ao regulamentado pelo Decreto 2.615, de 3 de junho de 1998.

O serviço de radiodifusão comunitária visa ao provimento de informações de caráter local, restritos a uma pequena comunidade. Nesse sentido, não se admitem irradiações que alcancem mais que um quilômetro de extensão (art.6º do Decreto 2.615, de 1998). Há, também, regras estritas acerca do conteúdo a ser veiculado por esse serviço, bem como a vedação de veiculação de propaganda comercial – exceto sob a forma de apoio cultural, em que é vedada a divulgação de produtos específicos. O instrumento para a delegação, conforme dita o art.6º da referida lei, é a autorização. Como também se cuida de serviço de radiodifusão sonora, a autorização deve ser submetida ao Congresso Nacional, nos termos do art.223 da Constituição. Todavia, em respeito ao pequeno porte desse tipo de prestação e a seu forte caráter de utilidade pública, o parágrafo único do art.2º dessa lei, conforme alteração promovida pela Medida Provisória 2.216-37, de 2001, permite que, enquanto não

aprovada a delegação pelo Congresso, seja expedida autorização em caráter provisório para permitir a operação do serviço.

Cabe mencionar, finalmente, o Decreto 3.965, de 10 de outubro de 2001, que cria os serviços de retransmissão (RTV) e de repetição (RpTV) de televisão. O serviço de RTV *é aquele que se destina a retransmitir, de forma simultânea, os sinais de estação geradora de televisão, para a recepção livre e gratuita pelo público em geral* (art.2º). O serviço de RpTV, por sua vez, *é aquele que se destina ao transporte de sinais de sons e imagens oriundos de uma estação geradora de televisão para estações repetidoras ou retransmissoras, ou, ainda, para outra estação geradora de televisão, cuja programação pertença à mesma rede* (art.3º). A finalidade de ambos *é possibilitar que os sinais das estações geradoras sejam recebidos em locais por eles não atingidos diretamente ou atingidos em condições técnicas inadequadas* (art.7º). Por esse motivo, as prestadoras de RpTV e RTV somente podem retransmitir sinais de uma única geradora, nem podem inserir programação própria. O instrumento para a delegação desses serviços, conforme o decreto é a autorização, emitida pelo Ministério das Comunicações. O decreto prevê, por fim, a necessidade de autorização de uso de radiofrequência emitida pela Anatel (arts.6º e 10, III) para a efetiva implementação desses serviços.

Universidade de Brasília
Curso de Regulação em Telecomunicações
Tema: **Regulamentação da prestação de serviços de telecomunicações**

Luciano Costa

*Master of Laws pela London School of Economics and Political Science
Advogado da Trench, Rossi e Watanabe em São Paulo,
especializado em direito das telecomunicações*

“INTERCONEXÃO E COMPARTILHAMENTO DE REDES (UNBUNDLING)”

APOSTILA

I. Introdução

Este texto é uma breve introdução sobre Interconexão e Compartilhamento de Redes no setor de telecomunicações no Brasil. O texto pode servir como guia das questões básicas existentes sobre o tema e como elas são tratadas pelo modelo brasileiro, em especial para a discussão em classe que ocorrerá sobre o assunto. Para uma análise mais profunda, favor recorrer à bibliografia referenciada. Ainda, deve-se ter em mente que a regulamentação relacionada ao tema está em constante transformação e que este texto avaliou o seu estado até julho de 2003.

Para entender Interconexão e Compartilhamento de Redes, deve-se primeiramente entender porque as redes de telecomunicações, na qualidade de redes de infra-estrutura para a prestação de serviços públicos, precisam ser reguladas, e quais os objetivos de tal regulação.

Desse modo, na primeira parte do texto, são analisadas as razões para a regulação das redes de telecomunicações. Razões essas tanto econômicas quanto sociais e políticas, bem como as principais preocupações e objetivos da regulação de redes.

Na segunda parte do texto, vamos analisar o modelo brasileiro, de acordo com a legislação e regulamentação aplicáveis, e quais resultados têm sido alcançados a vista dos objetivos desejados.

Os leitores irão perceber que o foco principal do texto é a rede de telefonia local ("*local loop*"). Isso ocorre porque as principais questões em termos de interconexão e compartilhamento de redes referem-se à rede local. As demais redes, em maior ou menor grau, são menos problemáticas, seja por que estão razoavelmente submetidas à competição, diminuindo, assim, a necessidade de intervenção regulatória, ou por que o investimento necessário para a construção de outras redes (como telefonia móvel, por exemplo) tem

sido cada vez menor, reduzindo a possibilidade de problemas regulatórios em relação a tais redes.

II. Porque Regular Redes de Telecomunicações.

No processo de privatização do setor de telefonia, o governo brasileiro optou por transferir o controle das redes à iniciativa privada – juntamente com a licença para prestar o serviço – embora a propriedade continue a ser do Estado. Com isso, ganhou-se em eficiência e abriu-se a possibilidade de grandes investimentos no setor. Por outro lado, modificou-se profundamente as forças que orientam a utilização das redes.

Abaixo, uma comparação entre propriedade estatal e propriedade privada de infra-estrutura de rede, que pode muito bem ser considerada para avaliar o modelo brasileiro antes e depois da privatização:

Estatal:	Privada:
<ul style="list-style-type: none">- buscam maximizar o bem-estar social;- influenciadas por grupos de interesse;- operam sob controle direto do Estado;- há normalmente situações de subsídio.	<ul style="list-style-type: none">- buscam maximizar o lucro;- influenciadas por forças de mercado (bancos, acionistas etc.)- operar sob regulação do estado;- preços devem cobrir os custos;

Sendo as redes detidas pela iniciativa privada, cabe então a regulação estatal, pois esta seria a única forma de fazer com que a sua exploração ocorra em benefício dos usuários e da sociedade. Mas por que é necessário regular as redes de telecomunicações?

As razões clássicas para regular redes de telecomunicações são as mesmas razões existentes para regular a infra-estrutura de serviços públicos ("*utilities*"). Entretanto, na medida em que a tecnologia avança e o investimento exigido para a construção de redes se torna mais baixo, a necessidade de intervenção estatal sobre as redes diminui proporcionalmente. Tal tendência tem sido constante, com a exceção da telefonia local, cuja duplicação continua inviável e para a qual as razões abaixo listadas permanecem:

- Falhas de mercado – as características de facilidade essencial ("*essential facility*") e monopólio natural (o custo do investimento é extremamente alto, assim como as economias de escala são grandes, dessa forma, é mais eficiente que a atividade seja exercida por apenas

- um agente, ao invés de vários) das redes locais reduzem consideravelmente a pressão competitiva e o mercado não é capaz de atender às demandas do usuário ao menor custo possível. A solução usual é o Estado deter a propriedade das redes ou regulá-las para controlar preços e evitar a duplicação ineficiente;
- Lucros excessivos ("*Windfall Profits*") – pelas suas características, as redes locais tendem a gerar um lucro de monopólio para seu detentor, o que significa, na prática, uma transferência de renda dos usuários para as empresas – o que é injusto e politicamente indesejável. Especialmente considerando que usuários são também eleitores;
 - Assimetria de Informação – Diante da dificuldade em determinar os custos reais das redes de telecomunicação, os reguladores tendem a buscar uma forma de controlar os preços cobrados pelo uso das redes, de forma a garantir que outras operadoras e usuários recebam informações tão precisas quanto possível sobre os preços pagos;
 - Continuidade e Disponibilidade – redes de telecomunicações, especialmente da telefonia local, constituem bens de evidente interesse público e que, por isso, precisam ser regulados pelo Estado para atender a sua função social (por exemplo, para evitar "*cream skimming*" e promover a universalização);
 - Poder de Barganha Desigual – os proprietários das redes (em muitos casos uma facilidade essencial) detêm poder de mercado em razão disso e tendem a – como qualquer agente econômico faria – abusar dessa posição dominante;
 - Escassez – como já dito, as redes de telecomunicações, especialmente as da telefonia local, podem ter características de facilidade essencial.

Para regular eficientemente as redes deve-se identificar quais redes podem ser submetidas à competição e quais não podem, de acordo com o grau de características de monopólio natural existentes. Por tal razão, a maior parte da regulação de redes destina-se às redes locais, que são exploradas em situação de quase monopólio. Outras redes, como redes de longa distância, redes de serviços privados e redes de serviços móveis, normalmente não necessitam de regulação intensa, pois operam em ambiente razoavelmente competitivo.

A melhor forma, em princípio, de fazer com que a exploração das redes por empresas privadas atenda o interesse público é a introdução da competição. Há duas formas básicas de introduzir competição nestes casos: separação vertical ou liberalização do acesso. A separação vertical, no caso das redes, seria a criação de empresas diferentes, uma para operar os serviços de telecomunicações e outra para administrar a infra-estrutura – as redes. Há inclusive, grupos que defendem a completa desverticalização das operadoras locais; ou seja, a separação entre a parte que presta serviços e a parte que detém infra-estrutura. Os que são contrários a essa idéia têm o forte argumento de que as exigências regulatórias quanto às metas de universalização dificilmente seriam cumpridas em um ambiente desverticalizado. Além, é claro, da necessidade de profunda alteração na

legislação vigente, cujos custos de transação e impacto sobre o setor seriam altíssimos. Ainda, parece-nos que, nesse caso, a empresa administradora de redes acabaria atuando no mesmo regime de quase monopólio – o que geraria essencialmente as mesmas questões já existentes, com a única vantagem de que apenas uma empresa seria objeto de regulação intensa.

A liberalização do acesso é, em resumo, o compartilhamento de redes de modo a tornar a sua utilização livre por qualquer outro prestador de serviço, em condições de igualdade, e garantida uma remuneração adequada ao proprietário da rede (falaremos mais adiante com detalhes sobre compartilhamento de redes).

No Brasil, no caso de redes de telecomunicações, há instrumentos que utilizam as duas estratégias. Não há separação formal entre a propriedade da infra-estrutura e a prestação dos serviços de telecomunicações. Entretanto, a determinação de separação contábil entre as atividades das concessionárias (detentoras das redes locais) e de outras empresas do mesmo grupo é um instrumento útil na determinação do verdadeiro custo das redes. Por exemplo, nos termos da regulamentação, uma operadora local deve oferecer as mesmas condições de interconexão que oferece a uma empresa do seu mesmo grupo econômico (uma operadora de serviço móvel, por exemplo), a qualquer outra operadora que se proponha a contratar nas mesmas condições. Embora, em tese, possa parecer uma forma segura de garantir tratamento isonômico; na prática, a assimetria de informação existente dificulta muito o trabalho da Agência.

Na linha da liberalização do acesso, o compartilhamento de redes ainda se encontra em fase de regulamentação – embora esteja expressamente previsto na legislação aplicável. Entretanto, a pressão das operadoras entrantes no mercado da telefonia local (aberto a quaisquer interessados desde o início de 2003), em conjunto com a expressa intenção da ANATEL de incrementar a competição em nível local, denotam uma expectativa de que logo deverá ser expedida uma regulamentação clara quanto ao *unbundling*.

III. Interconexão

Conceito Legal de Interconexão: Ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis;

A Interconexão é fundamental para a própria existência de redes de telecomunicações. A necessidade e a obrigatoriedade da interconexão decorre de duas constatações: (i) primeiro, os usuários das redes de telecomunicação precisam comunicar-se entre si, uma vez que só assim as redes atingem a sua plena utilidade, como uma decorrência das chamadas externalidades de rede (uma rede de comunicação se torna mais valiosa a medida que recebe

novos usuários); (ii) segundo, somente por meio da interconexão poderá existir alguma competição no setor de telecomunicações – isso, em decorrência da idéia de monopólio natural que se aplica às redes de telecomunicações.

Nos termos da legislação brasileira, os prestadores de serviços de telecomunicações de interesse coletivo devem obrigatoriamente disponibilizar as suas redes para interconexão (tais redes, por isso, devem ser entendidas como redes públicas de telecomunicação). A disponibilização deve se dar de forma não discriminatória e em condições justas e razoáveis. Tais exigências da lei significam, na prática, preços justos e condições técnicas adequadas.

Em princípio, as operadoras estão livres para negociar os termos e condições dos contratos de interconexão. Uma vez celebrado o contrato, ele deve ser encaminhado à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) para homologação (e será dada publicidade ao contrato, para garantir as condições não discriminatórias). Caso não haja acordo, a Agência arbitrará as condições contratuais.

O modelo de privatização brasileiro, que partiu do antigo sistema TELEBRÁS, gerou 4 (quatro) grandes operadoras incumbentes, uma de longa distância (EMBRATEL), operando nacionalmente, e três locais, operando cada uma em sua região específica (Brasil Telecom, Telefônica e Telemar).

A abertura de mercado trouxe a competição para a telefonia de longa distância em prazo razoavelmente curto. Porém, o mesmo não ocorreu com a telefonia local. Desse modo, a regulação é extremamente importante para o uso eficiente das redes, em se tratando das redes locais, de propriedade das incumbentes.

As tarifas máximas e condições técnicas básicas de interconexão são definidas pela ANATEL. Sendo permitido às operadoras praticarem os descontos que acharem convenientes, desde que em condições não discriminatórias.

A política tarifária para interconexão deve possibilitar a entrada de empresas eficientes, ao mesmo tempo impedindo que empresas ineficientes atuem. Deve, ainda, remunerar adequadamente o proprietário da rede, para que permaneça o incentivo para a manutenção da rede existente e para a construção das novas redes. Em suma, deve perseguir um uso eficiente das redes de telecomunicações, entendendo-se por uso eficiente aquele que dá as redes a melhor destinação possível, em prol do bem-estar do usuário.

Atualmente, embora a interconexão ocorra de forma razoavelmente tranquila entre as operadoras, em especial quando diz respeito a operadoras de serviços prestados em regime privado e em ambiente competitivo (tais como a maioria dos serviços móveis, serviços de rede etc.), ainda persistem discussões sérias envolvendo interconexão. Em geral, as questões levadas a

ANATEL se referem a dificuldades técnicas no ponto de interconexão e discussões quanto aos valores a serem pagos. De qualquer modo, o fato é que a interconexão está bastante bem resolvida, sendo o principal problema na regulação das redes no Brasil o seu compartilhamento, sobre o que falaremos no próximo item.

IV. Compartilhamento de Redes

O Compartilhamento de Redes ou "Unbundling" é o compartilhamento de facilidades de redes que permite a construção, complementação ou o gerenciamento da rede de uma prestadora de serviços de telecomunicações.

A lei brasileira trata do compartilhamento de redes no Art. 155 da LGT, que diz:

"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."

Entretanto, o compartilhamento ainda aguarda uma regulamentação específica, que defina a forma, as condições e todos os detalhes necessários para que ele ocorra. Recentemente, por meio do Decreto n. 4.733, de 10.6.2003, houve mais um impulso na regulamentação do compartilhamento, quando o governo elegeu o seu estabelecimento como um objetivo claro de política de telecomunicações.

O Compartilhamento pode atingir um ou mais elementos da rede, podendo variar desde o simples aluguel da rede (denominado de Exploração Industrial de Linha Dedicada, que pode ser considerada uma forma de compartilhamento) até o chamado "*full unbundling*", no qual o par de cobre que chega à casa do usuário passa a ser inteiramente controlado pela operadora entrante. É o chamado compartilhamento da "última milha".

O compartilhamento de redes tem sido a bandeira de muitas empresas e grupos para a introdução da competição na telefonia local no Brasil. Com isso, espera-se um aumento da qualidade do serviço e uma redução nos preços. Entretanto, há, no caso brasileiro, questões específicas que merecem atenção ao se comentar quanto à busca por um uso mais eficiente das redes, em especial por meio do "*unbundling*". Muitos afirmam que o modelo da privatização realizada no Brasil privilegiou a geração de receita, oferecendo às empresas que participaram dos leilões condições favoráveis de exploração (em outras palavras, uma situação de quase monopólio) em troca de um alto nível de investimentos e, conseqüentemente, expansão do sistema. Os que se

filiam a esta corrente entendem que restou prejudicada a competição e a modicidade tarifária. Sob esse ângulo, a obrigatoriedade do compartilhamento de redes deve se submeter necessariamente à garantia de retorno das concessionárias.

Outro aspecto a ser considerado é obrigação de universalização impostas às concessionárias de telefonia fixa. Tais obrigações representam um alto custo para as concessionárias locais e, uma das fontes de financiamento para o cumprimento de tais metas, é o subsídio cruzado entre os serviços locais (onde não há competição) em favor dos demais serviços (onde há competição para muitos). Embora, do ponto de vista conceitual e em termos gerais, o modelo brasileiro proíba qualquer tipo subsídio cruzado. A introdução de competição no serviço local certamente afetaria a receita das concessionárias, com algum impacto sobre o cumprimento das metas de universalização.

Algumas concessionárias locais têm oferecido elementos de sua rede para serem explorados por concorrentes. Entretanto, as poucas concorrentes interessadas alegam que os valores pedidos são muito altos, inviabilizando a competição. Mais uma vez estamos diante de problemas de assimetria de informação. As concessionárias, por sua vez, sustentam que as operadoras entrantes buscam somente o mercado de alta rentabilidade, como, por exemplo, as redes corporativas, não demonstrando interesse pela maioria dos usuários atendidos.

V. Comentários Finais

Em se tratando de interconexão e compartilhamento de redes, os reguladores devem estar atentos primordialmente para questões de viabilidade técnica e custo.

No caso dos custos, deve-se atentar que existe um "trade-off" entre baixo custo e eficiência. O quadro abaixo serve como resumo dos efeitos de se ter um custo muito alto e um custo muito baixo na interconexão e no compartilhamento de redes:

- Custos altos:

- Barreira à entrada;
- Manutenção do monopólio em segmentos potencialmente competitivos;
- Violação à idéia de condições "justas e razoáveis".

- Custos baixos:

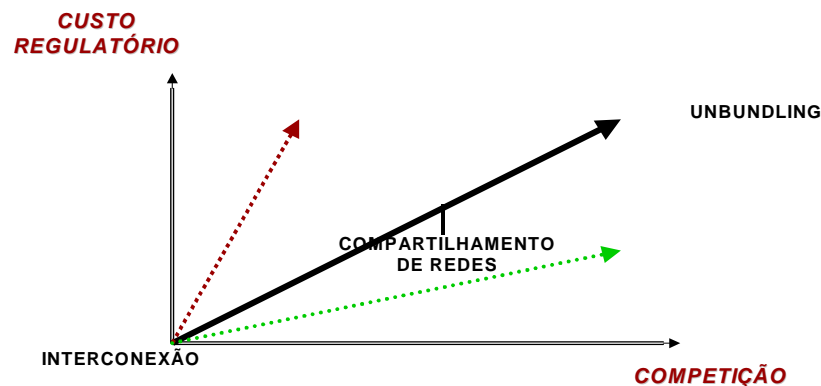
- Entrada de competidores ineficientes;
- Desestimula o desenvolvimento das redes;

– Pode afetar a viabilidade econômica (equilíbrio econômico-financeiro) das concessionárias.

Por fim, especialmente em se tratando de países em desenvolvimento, a regulação das redes deve ser tratada com extremo cuidado. Embora a introdução da competição seja certamente um benefício – uma vez que, consagradamente, a competição traz uma melhora na qualidade e uma redução no custo do serviço – deve-se ter em mente que em países em desenvolvimento o déficit de infra-estrutura é considerável e, às vezes, a única forma de atrair os investimentos privados necessários é pela garantia de altos retornos, ainda que ao custo da eficiência que poderia ser trazida pela ampla competição. Nem sempre o modelo padrão de regulação de redes aplicado em países desenvolvidos (já com suas redes praticamente construídas), e geralmente indicados por entes multilaterais para países em desenvolvimento, é a melhor opção. No caso brasileiro, o fato de o modelo ter apontado que, ao menos por um curto período de tempo, algum lucro de monopólio estava garantido aos investidores, a garantia, por um determinado período, de um lucro de monopólio, pode ter sido fundamental para garantir a notável expansão nas redes de telecomunicações desde a privatização.

O desafio que se impõe ao regulador moderno, no que diz respeito às redes, pode ser resumidamente representado pelo gráfico abaixo:

Custo Regulatório x Competição



Em suma, ao mesmo tempo em que o regulador deve garantir a interconexão e evoluir cada vez mais no compartilhamento de redes, de forma a estimular a competição tendo como consequência um aumento da qualidade e redução do preço (linha verde), também deve ter em mente que a regulação inadequada (custo regulatório; linha vermelha) desestimulará a

manutenção e construção de novas redes, caso o investimento feito pelos detentores da rede não seja adequadamente remunerado.

___ /// ___

Bibliografia

Este texto foi escrito com base principalmente nos textos abaixo:

- Baldwin, R. and Cave, M. (1997) Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice, Oxford University Press, 1999;
- Breyer S. (1982), Regulation and Its Reform, Harvard University Press
- Di pietro, M. S. Z. (1999), Parcerias na Administração Pública, São Paulo, Ed. Atlas;
- Eiassen, K. A. e Sjovaag, M. (eds.), "European Telecommunications Liberalisation" in European Telecommunications Liberalisation, (1999), Routledge, London.
- Foster, C. Privatisation, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly, Oxford, 1992;
- Laender, Gabriel B., "O Regime Jurídico das Redes de Telecomunicação e os Serviços de Teelcomunicação", Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília, sob a orientação do prof. Márcio Nunes Iorio Aranha, Brasília, 2003.
- Laffont, J. J. e Tirole, J., "Competition in Telecommunications", The MIT Press, 2000;
- Levy, B. and Spiller, P. (1996), Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications, Cambridge University Press.
- Newbery, David M., Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities (2001), The MIT Press, Cambridge, Massachusetts
- Ogus A. (1994), Regulation: Legal Form and Economic Theory, Clarendon Press, Oxford;
- Prosser, T (1996) Law and the Regulators, Oxford;
- Stigler, G. J. "The Theory of Economic Regulation", Bell Journal of Economics and Management Science, vol. 2, 1971.
- Stirton, L. and Lodge M. "Embedding Regulatory Autonomy: The Reform of Jamaican Telecommunications Sector 1998-2001" CARR Working Paper, LSE, February, 2002
- Sundfeld, C. A. (2000), "Serviços Públicos e Regulação Estatal: Introdução às Agências Reguladoras", in Sundfeld, C. A. (ed.) Direito Administrativo Econômico, São Paulo, Malheiros Editores;

Vejanolvski, C. "The Future of Industry Regulation in the UK: A Report of an Independent Inquiry", European Policy Forum, 1993.

Walden, I. e Angel, J., "Telecommunications Law", Blackstone Press (2001);

Principais websites consultados:

www.oftel.gov.uk

www.anatel.gov.br