

Impactos jurídicos do conceito de empreendedorismo no grau de concentração regulatória normativa no setor de telecomunicações: o caso Actium

André Moura Gomes
Universidade de Brasília (UnB)
andreunb@gmail.com

BIOGRAFIA

André Moura Gomes: Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da Universidade de Brasília (GETEL/UnB). Assessor da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República.

RESUMO

A pesquisa estuda a interação entre a regulação jurídica e o conceito de empreendedorismo, verificando o impacto de sua aplicação no caso “Actium”. O caso se refere a pedido de autorização para prestação de serviço de telecomunicações, indeferido pela Agência Nacional de Telecomunicações por ausência de previsão regulatória. Parte-se do pressuposto de que a regulação jurídica sobre dada atividade é função do grau de concentração regulatória normativa a ela aplicável. Em seguida, é demonstrada a relevância jurídica dos elementos funcionais do empreendedorismo. Posteriormente, o caso “Actium” e as consequências jurídicas da aplicação do conceito de empreendedorismo são apresentados. O trabalho conclui que o conceito de empreendedorismo é juridicamente relevante, e sua aplicação pode produzir impacto no grau de concentração regulatória normativa aplicável a dado serviço de telecomunicações.

Palavras-chave

Direito, regulação, telecomunicações, empreendedorismo, Actium.

INTRODUÇÃO

O objetivo do trabalho é analisar a possibilidade e relevância jurídica da aplicação do conceito de empreendedorismo em um caso do setor de telecomunicações. Para tanto, foi selecionado o caso “Actium”, que diz respeito a um pedido de outorga de autorização para prestação em caráter secundário do serviço de telecomunicações denominado Serviço Móvel Especializado (“SME”)¹, em faixa originariamente destinada ao Serviço Móvel Pessoal (“SMP”)². No caso, a Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”) indeferiu o pedido, por ausência de previsão regulatória. O trabalho questiona o fundamento da decisão da ANATEL levando em consideração o impacto do conceito de empreendedorismo no grau de concentração regulatória normativa aplicável a dado serviço de telecomunicações.

¹ O Serviço Móvel Especializado (SME), também conhecido como trunking ou sistema troncalizado, é um serviço bastante semelhante ao serviço celular. As principais diferenças em relação ao serviço celular no Brasil são: (a) o SME é destinado a pessoas jurídicas ou grupos de pessoas caracterizados pela realização de atividade específica (não pode ser oferecido a pessoas físicas individualmente); e (b) oferece a possibilidade de comunicação tipo despacho (*push to talk*) para um grupo.

² O Serviço Móvel Pessoal (SMP) é o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre estações móveis e de estações móveis para outras estações (de acordo com o art. 4º do anexo à Resolução da Anatel nº 477, de 7 de agosto de 2007).

REGULAÇÃO JURÍDICA E O CONCEITO DE GRADAÇÃO DA CONCENTRAÇÃO REGULATÓRIA

Regulação jurídica significa tanto interferência estatal quanto abertura de espaços normativos, em que a conformação do setor de telecomunicações depende de opções dos atores envolvidos. Ao se abrir o referido espaço, o problema que se enfrenta é o de se detectar guias normativos que justifiquem a ausência de normatização expressa para o setor regulado. A importância dessa abordagem para o presente estudo está em que o conceito jurídico de empreendedorismo pode ser cogitado como um dos guias normativos capazes de dimensionar o grau de interferência estatal no setor regulado, bem como interferir na definição da interpretação adequada do sistema regulatório em vigor.

Herren Aguillar considera a regulação jurídica como uma política pública de atribuição de prerrogativas aos agentes de um setor, sejam eles privados ou estatais (Herren Aguillar, 1999, p. 29-30). Estas prerrogativas podem ter caráter tanto de atribuição positiva de funções e obrigações quanto de reserva de espaços de liberdade de atuação, que correspondem a visões de mundo com ênfase reguladora ou desreguladora, respectivamente.

Usualmente vista como irreconciliável (Sundfeld, 2007, p. 65), a oposição entre regulação e desregulação pode ser mitigada por meio do conceito de gradação da concentração regulatória. Herren Aguillar utiliza este conceito para afirmar que, ao invés de uma oposição entre pólos bem definidos, há um espectro de possibilidades de proporção entre o papel do Estado e da iniciativa privada – proporção esta sempre mediada por uma escolha estatal. Nas palavras do autor, “toda liberdade de empreender de que desfrute a iniciativa privada em relação ao Estado é, conquanto paradoxalmente, consequência de uma política regulatória estatal, uma política de regulação pela desconcentração” (Herren Aguillar, 1999, p. 211).

A confiança que o Estado deposita na satisfação do interesse público pela iniciativa privada serve de guia para o grau de concentração regulatória correspondente a dada atividade. Em outras palavras, o interesse público é o critério que determina a medida do grau de concentração regulatória (Herren Aguillar, 1999, p. 163).

No entanto, entendemos que o interesse público é “elo de mediação de interesses privados dotados de legitimidade” (Marques Neto, 2002, p. 149). Em face da diversidade de valores e interesses amparados pela lei, a complexidade da definição do interesse público torna sua conformação possível não em abstrato, mas a cada aplicação (Marques Neto, 2002, p. 156).

Assim, o interesse público não permite a definição de um grau de concentração regulatória normativa uniforme, nem para todos os setores regulados, dentro dos próprios setores (Marques Neto, 2002, p. 151). Pode-se ainda radicalizar a assunção da complexidade do interesse público, admitindo sua definição especificamente no caso concreto. Esta definição ocorre por um processo de mediação em que o grau de concentração regulatória perante o caso deve levar em conta todos os interesses legitimados em demandas sociais e em princípios jurídicos.

A partir deste quadro, a abertura de espaço normativo para a prestação de serviços públicos pela iniciativa privada pode ser justificada pela consideração estatal de um interesse fundado em um conceito juridicamente relevante, em jogo com outros interesses. É assim que a abordagem do conceito jurídico de empreendedorismo se faz importante como argumento para a justificação de relativa desconcentração regulatória normativa na regulação de determinada atividade. Caso esta justificação se confirme em abstrato, poderemos proceder à sua avaliação em face de um caso concreto.

EMPREENDEDORISMO: ELEMENTOS FUNCIONAIS DO FENÔMENO E SEU APOIO JURÍDICO

As definições de empreendedorismo são muito variadas na literatura (Hébert e Link, 1989, p. 41). Michael Peneder (2009, p. 2) indica dois fatores que a influenciam. O primeiro fator consiste em não haver consenso sobre as funções essenciais que são imputadas ao empreendedorismo. A literatura sugere que o fenômeno é responsável ao mesmo tempo tanto pelo movimento do sistema econômico em direção ao equilíbrio como pela geração de desequilíbrio no mercado. Isto é, a depender da corrente de pensamento, o empreendedorismo é fator que aumenta a eficiência alocativa para dados meios e fins, ou dinamiza a atividade econômica pela criação progressiva de novos produtos, serviços, processos ou mercados.

Em segundo lugar, a variedade de conceitos se deve à natureza interdisciplinar do tema, envolvendo estudiosos dos campos de economia, administração, sociologia e psicologia, não raro com linhas divergentes em cada um desses campos. Há uma tendência de o conceito de empreendedorismo refletir o aspecto do fenômeno que é mais caro aos interesses de estudo próprios de cada área.

Peneder (2009, p.4-13) organiza as concepções de empreendedorismo com ênfase na função econômica em sete correntes de pensamento, das quais selecionamos quatro mais importantes para os fins deste trabalho. Nelas, a característica distintiva do empreendedorismo é: (i) assunção de risco; (ii) coordenação de mercado; (iii) inovação; (iv) difusão tecnológica.

Em primeiro lugar, alguns autores entendem que a característica da atividade empreendedora é a assunção de risco, ou de incerteza. Cantillon identifica que certos agentes contratam fornecedores e trabalhadores a um preço certo para fabricar produtos que serão vendidos a um preço incerto (Cantillon, 2001, p. 25). Essa incerteza que o empreendedor assume seria o

fundamento do seu lucro. No processo de especialização da produção, os chamados empreendedores assumiriam o controle e a responsabilidade pelo processo produtivo e arcariam com o risco intrínseco à atividade, enquanto os empregados inseririam-se na produção sem arcar com o risco pelo resultado. Por isso, para Frank Knight, suportar o risco do empreendimento é o caráter distintivo do empreendedor (Knight, 2005, p. 271).

A segunda abordagem valoriza o empreendedorismo como processo de coordenação de mercado. Hayek explica que o processo competitivo estimula a descoberta de oportunidades de lucro através da informação revelada no movimento do sistema de preços (Hayek, 1945, 526). O empreendedor seria um agente intermediário, alerta às oportunidades de acoplar custos baixos, do lado dos fornecedores, a receitas altas, do lado dos clientes (Kirzner, 1973, p. 48). No decorrer do tempo, o resultado do processo de coordenação de mercado é o equilíbrio entre oferta e demanda de produtos e serviços – ou estabilidade alocativa.

Em sentido contrário, Schumpeter admite a criação de oportunidades – e correspondente instabilidade econômica – como parte da dinâmica do mercado. O fator distintivo dos empreendedores face a outros agentes do processo produtivo é a implementação de combinações inovadoras dos fatores de produção, que cria oportunidades de negócios. Não é meramente a invenção de uma ideia nova, a gestão da empresa ou a assunção do risco financeiro de um negócio (Stam, 2008, p. 135).

A última corrente de pensamento se refere ao papel de difusão tecnológica do empreendedorismo. O empreendedorismo desencadearia um processo de transferência de tecnologia para aplicações ou mercados não explorados. Por um lado, a tecnologia em si produz instabilidade econômica ao representar uma inovação; por outro, a transferência de tecnologia a um novo mercado ou aplicação é parte de um processo de coordenação de oferta e demanda. Nesse sentido, a difusão tecnológica é uma corrente que se serve da inovação e da coordenação de mercado.

A partir desse quadro, resta clara a variedade de conteúdo imputado ao conceito de empreendedorismo. No entanto, mesmo temas tão diferentes entre si quanto propensão ao risco, difusão tecnológica, equacionamento de oferta e demanda e inovação contêm uma linha comum, que lhes dá essência jurídica: a liberdade, entendida como espaço normativo de abertura e proteção à ação do indivíduo em função da incerteza, da inovação, e assim por diante.

Para que a relação entre empreendedorismo e liberdade seja jurídica, manifestações jurídicas do conceito, não o seu significado integral, devem ser detectadas em dispositivos que servirão, em conjunto com a dimensão conceitual maior de empreendedorismo, como apoio institucional à liberdade.

O componente principal do empreendedorismo em sua expressão jurídica é a livre iniciativa, mencionada no texto constitucional como fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, IV) e da ordem econômica (art. 170, *caput*), equiparada ao trabalho no seu valor social (Grau, 2006, p. 200 e 206).

Vários significados específicos podem ser atribuídos à livre iniciativa (Grau, 2006, p. 204). A primeira categoria é a livre iniciativa como liberdade de comércio e indústria (ausência de ingerência do Estado no domínio econômico), seja pela (i) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado, seja pela (ii) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei. É a este significado que muitas vezes se referem os autores quando tratam da livre iniciativa. Aqui, o ponto fundamental é a liberdade de empresa.

Celso Bastos entende que a livre iniciativa, neste sentido, deve ser considerada direito fundamental, uma vez que “o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal, vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo” (Bastos, 1990, p. 16-17). O direito de lançar-se ao mercado de produção de bens e serviços, e de dispor da liberdade de gestão necessária ao seu exercício, seria uma consequência dessa vocação humana. Assim, a liberdade de determinação exclusiva do empresário sobre o que deve produzir, como produzir e por qual preço vender seria a regra, e suas restrições, excepcionais. Por isso, o significado da livre iniciativa, no que se refere à prestação de serviços públicos, exige que o Estado não oponha impedimento à liberdade de empresa no que seja socialmente desejável (Grau, 2006, p. 207).

A segunda categoria de significados específicos da livre iniciativa é a livre iniciativa vista sob a ótica da liberdade de concorrência (Grau, 2006, p. 204), como (i) faculdade de conquistar clientes, desde que não através de concorrência desleal, (ii) proibição de formas de atuação, inclusive estatal, que deteriam a concorrência, e (iii) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes. Na livre concorrência se encontra o segundo pilar do empreendedorismo em sua expressão jurídica, que é a valorização da competição, instrumento de realização do bem-estar dos consumidores e da coletividade como um todo – não só pelos preços baixos que provoca como também pelas inovações que impulsiona.

Vale ressaltar que a livre concorrência resulta em desigualdade de resultados, vencendo o melhor competidor. Entretanto, supõe igualdade de condições no início do jogo (Grau, 2006, p. 209). Daí a proteção à concorrência, em sentido material, como repressão ao abuso do poder econômico ou tratamento diferenciado à pequena e média empresa.

A livre iniciativa, enquanto liberdade de comércio e indústria, se serve de elementos do conceito de empreendedorismo, especialmente: a capacidade de coordenação de mercado para a satisfação da demanda dos consumidores; a gestão corporativa para organização dos fatores da produção, necessária à coordenação de mercado; a assunção do risco, e da responsabilidade correspondente. Por sua vez, como o comportamento competitivo é a base da procura e exploração de oportunidades característica do empreendedorismo, a livre concorrência pode ser interpretada como um instrumento jurídico que leva em conta o empreendedorismo, como um comportamento socialmente desejável.

Daí decorre que o empreendedorismo merece ter seu espaço de proteção jurídica, enquanto atividade socialmente produtiva de realização do homem, e que o Estado não deve restringir a atividade a não ser quando em conflito com outros interesses públicos.

Desdobramentos da livre de empresa e da livre concorrência, ou mesmo os elementos específicos do empreendedorismo, encontram repercussão na regulamentação específica do setor de telecomunicações. A esse respeito, merecem destaque os arts. 6º, 71, 110, 127, I, II e IX, 129, 136, 146, 150 e 155 da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei Geral de Telecomunicações (“LGT”). Em todos os casos, o empreendedorismo é reforçado como expressão da livre iniciativa, em sentido amplo, e, por sua vez, reforça essa liberdade jurídica, revelando uma dimensão do seu significado.

O empreendedorismo requer a liberdade de empresa e a livre concorrência, e realiza o valor social desses institutos, de produção de riqueza e bem-estar, inclusive na prestação de serviços públicos. Isto lhe dá o caráter de interesse público, enquanto realização dos princípios estruturantes da ordem econômica constitucional. Resulta a legitimidade do uso do conceito de empreendedorismo para dimensionar a gradação da concentração regulatória normativa: por este critério, via de regra, esta será tão desconcentrada quanto possível, para criar o espaço de liberdade normativa e de ausência regulamentar que possibilita o comportamento empreendedor. Pode ocorrer que a consequência da aplicação do conceito seja distinta: a preservação da concorrência, em sentido material, possibilita o comportamento empreendedor, e demanda concentração regulatória normativa do Estado. Nesse microcosmo, a consequência é oposta ao apontado acima e, ainda assim, compatível com a preservação das condições institucionais que abrem espaço ao comportamento empreendedor e compõem o significado institucional da liberdade do indivíduo. De todo modo, o papel da Administração é de mediar e sopesar no caso concreto a consequência da aplicação do conceito de empreendedorismo com as consequências de outros interesses públicos em jogo (Marques, 2002, p. 158).

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CONCEITO DE EMPREENDEDORISMO: O CASO “ACTIUM”

Definidas as relações entre o ordenamento e cristalizações culturais do fenômeno empreendedor, esta seção pretende demonstrar uma possibilidade de aplicação relevante do conceito de empreendedorismo na interpretação da regulamentação que incide sobre determinado serviço de telecomunicação. A descrição dos fatos relevantes do caso concreto será seguida de análise jurídica da fundamentação da decisão, aproveitando-se o esforço empreendido anteriormente.

O caso diz respeito a pedido de outorga de autorização para prestação de Serviço Móvel Especializado (“SME”) utilizando radiofrequência destinada originalmente ao Serviço Móvel Pessoal (“SMP”). Em abril de 2001, a empresa Actium Telecomunicações Ltda. (“Requerente”) solicitou autorização para prestação de SME mediante uso da integralidade da rede de acesso rádio de outra prestadora, prescindindo da outorga de autorização de uso de radiofrequência.

O pedido foi sucessivamente aprovado por todos os órgãos envolvidos no processo de autorização, com exceção do Conselho Diretor da ANATEL³. Os argumentos favoráveis levantados foram: o correto enquadramento jurídico do pedido da Requerente, embora se tratasse de uma hipótese fática inédita; o aumento da competição derivado da prestação do serviço pela Requerente, em um mercado à época praticamente monopolizado (85% de participação nas mãos de uma prestadora); escassez de insumos necessários para que uma eventual prestadora se tornasse rival no modelo de negócio convencional; a previsão de acompanhamento cauteloso pela agência reguladora do modelo de negócios inovador e seu impacto no mercado. Destes, o aumento da competição foi o argumento preponderante do ponto de vista de benefício aos consumidores e de cumprimento da legislação do serviço de telecomunicação.

Posteriormente, é juntada aos autos nova manifestação do órgão técnico de origem, que já havia aprovado o pedido da Actium, na qual são oferecidas duas alternativas ao Conselho Diretor: a primeira, a aprovação imediata do pleito da

³ Todos os argumentos e documentos relativos ao caso constam dos autos do Processo ANATEL nº 53500.002099/2002.

Requerente, outorgando-lhe autorização com eficácia condicionada à apresentação de contrato particular de uso industrial de meios; a segunda, submeter norma específica à consulta pública para regular a matéria. Com isso, o Conselho Diretor encaminha os autos ao órgão de origem, para realização de mais estudos a respeito do enquadramento regulatório do caso.

O passo seguinte é o arquivamento do pedido, em que a argumentação se baseia na impossibilidade de enquadramento jurídico do pedido da Actium na regulamentação vigente.

Ao final, o Conselho Diretor analisa a matéria, reforçando o despacho de arquivamento. O trecho principal da decisão⁴ contém que “a solicitação da Actium é para um serviço que não existe, pois um SME sem radiofrequências é uma contradição dos próprios termos”. Além disso, a ANATEL teria a competência de impedir que “o sentido da regulamentação dos serviços que fiscaliza seja distorcido, pelas empresas interessadas, de forma a adequá-lo melhor a seus anseios particulares”. Na ocasião, foi dito que a agência deveria estudar a possibilidade de editar regulamentação explícita para a hipótese inovadora objeto de análise, a de prestação do serviço por um operador móvel virtual (*Mobile Virtual Network Operator – MVNO*), ressaltando-se que a introdução do modelo “parece ser uma boa solução para aumentar a eficiência no uso do espectro e a penetração, principalmente do Serviço Móvel Pessoal – SMP, em cidades de pequeno porte”.

Este é o argumento principal da decisão: a ausência de regulamentação explícita da hipótese. Afirmando a necessidade de regulamentação explícita da matéria, a decisão nega legitimidade a interpretação possível da regulamentação vigente e não leva em conta as consequências competitivas benéficas do pedido da empresa, ambas reconhecidas pelas áreas técnicas da ANATEL. Com isso, os autos foram arquivados definitivamente em 21 de março de 2006.

ANÁLISE JURÍDICA DO CASO SELECIONADO

Como dito explicitamente pelo Conselho Diretor da ANATEL, o fundamento para o indeferimento do pedido é a impossibilidade do pedido ser enquadrado na regulamentação atual. À parte a incongruência entre diversas manifestações dos órgãos da ANATEL e a decisão do Conselho Diretor, pretende-se discutir a validade do indeferimento do pedido fundamentado pelo não enquadramento da hipótese na regulamentação vigente.

Conforme exposto acima, a livre iniciativa, como expressão do empreendedorismo, impõe que, mesmo na prestação de serviços públicos, a liberdade do indivíduo não seja limitada no que seu exercício seja socialmente desejável. Ou seja, a simples falta de regulamentação explícita não é suficiente para a recusa da outorga da autorização, que precisa ser motivada com base na ocorrência de prejuízo à concorrência, à segurança na prestação do serviço ou em outros fundamentos, visto que a regra é a liberdade de iniciativa, que faz parte do comportamento empreendedor.

No caso, a análise dos órgãos competentes deixa claro que o modelo de operadora móvel virtual (*Mobile Virtual Network Operator – MVNO*) proposto pela Actium é benéfico para a competição na prestação do serviço, para o uso eficiente do espectro e para a ampliação da base de usuários. Em especial, são ressaltados os ganhos de produtividade advindos do uso intensivo de tecnologias da informação e comunicação. Além disso, admite-se que o compartilhamento de radiofrequência, não totalmente estranho à prática institucional da ANATEL⁵, é potencialmente eficaz na expansão do serviço para cidades de pequeno porte.

Tampouco há preocupações legítimas da agência quanto à segurança na prestação do serviço ao usuário, uma vez que a integralidade da rede de acesso rádio da empresa prestadora de SMP presumivelmente já opera de acordo com a regulamentação vigente. Por outro lado, a preocupação regulatória legítima com o comportamento do mercado foi sanada pela própria ANATEL ao sugerir a imposição de limite de usuários ao serviço como maneira de acompanhar a atividade do modelo – embora a adequação desta solução seja controversa. A necessidade e adequação do acompanhamento de mercado proposto pelos órgãos instrutores da ANATEL sequer foi objeto da decisão do Conselho Diretor.

Ao longo do processo, a preocupação com a isonomia leva ao questionamento da alternativa que melhor atende o interesse público: autorização da prestação do serviço nos termos em que solicita a Actium; ou realização de estudos para propor norma que regulamente a matéria explicitamente, a ser submetida a consulta pública. Segundo a agência, a consulta pública permite a participação de toda a sociedade e oferece a oportunidade a outros interessados no mesmo tipo de autorização. A regra resultante da consulta pública aplicar-se-ia a todos e não se prestaria para atender a uma situação específica.

⁴ Fls. 460 e seguintes dos autos do Processo ANATEL nº 53500.002099/2002.

⁵ No passado, a Telemar pôde implementá-lo, por meio do uso industrial da rede de acesso rádio da Oi, para prestar Serviço Telefônico Fixo Comutado (Resolução ANATEL nº 278, de 15 de outubro de 2001).

No entanto, a complexidade da tarefa de definição do interesse público afasta a falta necessária ao princípio da isonomia no deferimento de pedido inédito de outorga de autorização para a prestação do serviço, em hipótese ainda não discutida em consulta pública. O significado da isonomia deve ser considerado no contexto de outros significados em jogo, entre eles o conceito de empreendedorismo no que se relaciona a princípios jurídicos.

A percepção pioneira das oportunidades disponíveis a todos é um elemento constitutivo do empreendedorismo. No caso, a oportunidade percebida pela Actium já estava presente no ordenamento, acessível a todos, uma vez que o princípio da livre iniciativa prescreve a não limitação de antemão da iniciativa privada, inclusive na prestação de serviços públicos. Adicionalmente, foi reconhecida no âmbito ANATEL a legitimidade da interpretação da Actium da possibilidade da prestação do serviço a partir dos elementos existentes na regulamentação vigente. No caso, a igualdade de condições de acesso à informação necessária para a percepção da oportunidade empreendedora é o significado adequado da isonomia, que não seria ferida pelo deferimento do pedido da Actium.

Ademais, a ANATEL sugere que se faça uma análise caso a caso desse tipo de pedido, e indica que o benefício à competição é um argumento importante a ser levado em consideração para a outorga da autorização em casos semelhantes. Isto se mantém ainda que em eventual contraposição a um significado diferente de igualdade, no jogo da mediação de interesses públicos realizada pela Administração. Deste modo, a observância da isonomia não é um impedimento à outorga da autorização à Actium, seja porque o significado de isonomia no contexto do caso é de igualdade de acesso às informações relevantes para a percepção da oportunidade, seja porque a própria isonomia pode ser preterida, caso se entenda que outros princípios melhor realizem o interesse público.

A percepção aguçada de oportunidades, como elemento central do empreendedorismo, em seus vários significados, deve ser incentivada, não só como decorrência dos benefícios sociais que traz consigo. É que este elemento pode ser identificado como dimensão do significado dos princípios estruturantes da ordem econômica, especialmente a liberdade de iniciativa e de concorrência. O conceito de empreendedorismo, nesse contexto, serve de unificador de significados – na medida em que compatibiliza consequências aparentemente opostas dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, em sentido material, de abertura de espaços normativos e intervenção na liberdade do particular, proibindo à atividade estatal que diminua a competitividade, ou incentivando aqueles que não têm condições de concorrer em pé de igualdade. O conceito tem o mérito de ressaltar o resultado a que os princípios da livre iniciativa e livre concorrência se vinculam, enquanto faces de um mesmo propósito institucional.

CONCLUSÃO

A aplicação do conceito de empreendedorismo ao caso em tela produz uma alteração radical na interpretação da regulamentação em vigor, dado que não basta que a ANATEL identifique a ausência de regulamentação explícita a respeito de um determinado serviço para que deixe de emitir a correspondente autorização. A regra é a livre iniciativa, expressão do empreendedorismo. É necessário que sejam demonstrados especificamente outros interesses públicos prejudicados pela autorização, para que se faça a necessária mediação, no caso concreto, entre interesses públicos. Portanto, do ponto de vista do argumento do empreendedorismo, a prática institucional da agência reguladora de telecomunicações é questionável, dado que, se levado em consideração, o conceito poderia ter produzido um resultado jurídico diverso, interferindo na gradação da concentração regulatória normativa aplicável à atividade em questão.

Conforme exposto, a regulação jurídica é um fenômeno fluido, que se faz presente na previsão explícita de regras detalhadas para a prestação de um serviço, na aparente omissão normativa, criadora de espaços de liberdade para definição das regras de prestação de um serviço pelo particular, e no *continuum* normativo que liga estas duas possibilidades. Cada ponto no referido *continuum* corresponde ao grau da concentração regulatória normativa aplicável a uma atividade, um serviço específico, ou até mesmo um caso concreto. Defende-se aqui que o instrumento que move o grau de concentração regulatória normativa é a mediação entre interesses públicos feita pelo Estado, que determina o interesse público para a atividade, o serviço, o caso concreto. Este é o sentido do funcionamento da regulação como gradação da concentração regulatória, fundada no interesse público.

A liberdade na definição das possibilidades técnicas para a prestação do serviço é uma regra que realiza no caso o propósito institucional de fomento ao empreendedorismo, como fonte de riqueza social. Ao mesmo tempo, o empreendedorismo reforça o significado da livre iniciativa, deixando claro quais resultados se espera para a sociedade. Outras relações entre elementos do empreendedorismo e normas jurídicas poderiam ser pensadas, realizando o incentivo à pequena e média empresa, por exemplo. O importante é o foco no propósito institucional comum às regras: o fomento e proteção jurídicos ao comportamento empreendedor relacionado à inovação, coordenação de demandas do mercado, difusão tecnológica, dentre outros.

Identificada a regra que realiza o propósito institucional mencionado para dada situação (a livre iniciativa, por exemplo), o passo seguinte é a avaliação de outros interesses públicos em jogo. Estes podem reforçar, afastar e modificar as consequências jurídicas da regra, ou assumir um significado específico frente à mesma regra. No caso estudado, o princípio da isonomia assumiu o significado específico de igualdade de acesso às informações necessárias para a percepção da oportunidade empreendedora. Em conjunto com o restante da argumentação construída dentro do caso, esse dado permitiu criticar a prática institucional da Agência Nacional de Telecomunicações, do ponto de vista do empreendedorismo, do incentivo à competição e da isonomia entre os agentes econômicos prestadores do serviço.

Da exposição se conclui que o conceito de empreendedorismo é juridicamente relevante para a gradação da concentração regulatória normativa. Sua aplicação, como se observou no caso analisado, pode produzir impacto no debate a respeito do grau de concentração regulatória normativa devido à prestação de determinado serviço de telecomunicações. Com a publicação pela ANATEL de consulta pública com proposta de regulamentação do modelo de operadora móvel virtual (*Mobile Virtual Network Operator – MVNO*), desenvolvimentos posteriores da pesquisa podem identificar em que medida o modelo proposto pela agência avança em relação aos elementos jurídicos do empreendedorismo, indicando um possível aprendizado institucional da agência sobre o tema. Novos estudos também podem apontar outras expressões jurídicas do empreendedorismo, que se relacionem com o fomento à consolidação de pequenas e médias empresas, por exemplo, bem como em que medida essas expressões se relacionam com princípios de ordem material, como o direito à comunicação e o regime jurídico aplicável ao serviço público.

A explicitação dessas relações pode concretizar o que se espera do empreendedorismo, para que se mantenha o foco na produção de riqueza e bem-estar para a sociedade e sejam afastadas iniciativas empreendedoras em um certo sentido, mas improdutivas para o corpo social. Se o empreendedorismo não é a tábua de salvação para todos os males, queremos entender como a ordem jurídica e a prática de nossas instituições pode detectá-lo, incentivá-lo e direcioná-lo para o que nos pode ser útil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Bastos, Celso R. (1990) *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva.
2. Cantillon, Richard. (2001) *Essays on the nature of commerce in general*. Nova introdução por Antony Brewer, New Brunswick, New Jersey, Transaction Publishers.
3. Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. (1989) A economia e o controle do Estado. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 04 jun 1989, 50.
4. Grau, Eros Roberto. (2006) *A ordem econômica na constituição de 1988: Interpretação e crítica*, São Paulo, Malheiros.
5. Hayek, F.A. (1945) The use of knowledge in society, in *American Economic Review*. vol. 35, n. 4, Pittsburg, American Economic Association, Setembro, 519-530.
6. Hébert, Robert F. e Link, Albert N. (1989) In the search of the meaning of entrepreneurship, in *Small Business Economics*, vol. 1, n. 1, Norwell, Kluwer Academic Publishers, 39-49.
7. Herren Aguillar, Fernando. (1999) *Controle social de serviços públicos*, São Paulo, M. Limonad.
8. Kirzner, Israel M. (1973) *Competition and Entrepreneurship*. Chicago: University of Chicago Press.
9. Knight, Frank Hyneman. (2005) *Risk, Uncertainty and Profit*. Nova York, NY: Cosimo.
10. Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo. (2002) *Regulação estatal e interesses públicos*, São Paulo, Malheiros.
11. Pasour, Jr., E. C. (1987) Rent Seeking: Some Conceptual Problems and Implications, in *The Review of Austrian Economics*, vol. 1, n. 1, Fairfax County, Virginia, Kluwer Academic Publishers, 123-143. Disponível em: http://mises.org/journals/rae/pdf/rae1_1_8.pdf. Acesso em: 23 mar 2010.
12. Peneder, Michael R. (2009) *The Meaning of Entrepreneurship: Towards a Modular Concept*, WIFO Working Papers, n. 335, Viena, WIFO. Disponível em: [http://www.wifo.ac.at/www/servlet/www.upload.DownloadServlet/bdoc/WP_2009_335\\$.PDF](http://www.wifo.ac.at/www/servlet/www.upload.DownloadServlet/bdoc/WP_2009_335$.PDF). Acesso em: 23 mar 2010.
13. Stam, Erik. (2008) Entrepreneurship and Innovation, in Stam, Erik e Nooteboom, Bart (eds.). *Micro-Foundations for Innovation Policy*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 135-172.
14. Sundfeld, Carlos Ari. (2007) Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, v. 02, 55-84.
15. Wennekers, Sander e Thurik, Roy A. (1999) Linking Entrepreneurship and Economic Growth, in *Small Business Economics*, vol. 13, Amsterdam, Kluwer Academic Publishers, 27-55.

