

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

CIBELLE MORTARI KILMAR

**A (DES)REGULAÇÃO DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES E SEUS
IMPACTOS NO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO NO BRASIL**

São Paulo

2018

Cibelle Mortari Kilmar

A (DES)REGULAÇÃO DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES E SEUS IMPACTOS
NO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Linha de Pesquisa: Poder Econômico e seus Limites Jurídicos

Orientadora: Professora Doutora Irene Patrícia Nohara

São Paulo

2018

K48d Kilmar, Cibelle Mortari.

A (Des)Regulação do Setor de Telecomunicações e seus Impactos no Desenvolvimento Socioeconômico no Brasil / Cibelle Mortari

Kilmar

136 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) –
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

Orientador: Irene Patrícia Nohara.

Bibliografia: f. 127-136.

1. Telecomunicações. 2. ANATEL. 3. Regulação. 4. Desregulação.
5. Desenvolvimento socioeconômico. I. Nohara, Irene Patrícia,
orientadora. II. Título.

CDDir 341.88

Cibelle Mortari Kilmar

A (DES)REGULAÇÃO DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES E SEUS IMPACTOS
NO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação *Stricto Sensu* da
Universidade Presbiteriana Mackenzie,
como requisito para a obtenção do título de
Mestre em Direito Político e Econômico.

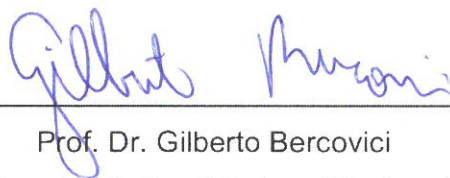
Aprovada em: 0 de fevereiro de 2019

BANCA EXAMINADORA



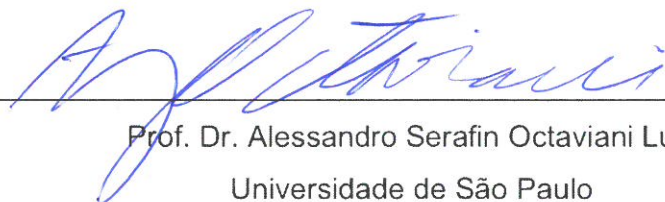
Prof.^a Dra. Irene Patrícia Nohara

Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Gilberto Bercovici

Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Alessandro Serafin Octaviani Luis

Universidade de São Paulo

Dedico este trabalho às duas Helenas,
razão de minha existência.

Às minhas amadas Tata e Cláudia, pois,
sem elas, meu caminho por esta vida
seria muito mais árduo.

Ao Paulinho, por seu incondicional apoio
e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Irene Patrícia Nohara, que me guiou neste estudo com muito carinho, transmitindo-me segurança e confiança nos momentos difíceis. Levarei para sempre, em meu coração, esse privilégio. Este período em que desenvolvi a presente pesquisa foi uma árdua jornada de desafio, construção e amadurecimento.

Ao Professor Doutor Marco Aurélio Florêncio Filho, que, em uma conversa corrida, no vai e vem do aeroporto de Brasília, plantou em mim a semente e o entusiasmo pela pesquisa. Ficam registradas, aqui, a minha sincera gratidão, a minha grande admiração e a minha eterna dívida.

Neste período, aprendi que uma pesquisa é a extensão da vida do autor e, para que algo de valor seja produzido, é necessário, primeiramente, criar algo de valor em si. Por esse motivo, agradeço sinceramente ao Professor Doutor Gilberto Bercovici, que me alertou a repensar uma série de questões de forma crítica, proporcionando-me uma oportunidade ímpar de aprender e de ver o mundo.

Ao Professor Doutor Alessandro Serafin Octaviani Luis, registro, nestas linhas, o meu agradecimento especial, pelas valiosas explicações e indicações bibliográficas transmitidas na qualificação.

Também sou muito grata à Universidade Presbiteriana Mackenzie, pela qual pulsa o meu coração, por me permitir esta oportunidade de estudo e contribuir para a concretização da presente dissertação.

É preciso destacar que foi uma trajetória dura, mas, em nenhum momento, solitária. Por esse motivo, tenho muito a agradecer aos professores doutores participantes da banca examinadora de qualificação e de defesa. Fico emocionada em mencioná-los, pois são praticamente inenarráveis o meu temor e o meu orgulho.

Para além da universidade, não posso me esquecer de Maria de Fátima Chimentão e Reginaldo José Rocha Lemos Júnior, profissionais do ramo das

telecomunicações, dotados do mais acurado saber, que tanto me ensinam, com a generosidade mais linda que já vi.

VISITA À CASA PATERNA

“Como a ave que volta ao ninho antigo,
Depois de um longo e tenebroso inverno,
Eu quis também rever o lar paterno,
O meu primeiro e virginal abrigo:
Entrei. Um Gênio carinhoso e amigo,
O fantasma talvez do amor materno,
Tomou-me as mãos, – olhou-me, grave e
terno,
E, passo a passo, caminhou comigo.
Era esta a sala... (Oh! se me lembro! e
quanto!)
Em que da luz noturna à claridade,
Minhas irmãs e minha mãe... O pranto
Jorrou-me em ondas... Resistir quem há
de?
Uma ilusão gemia em cada canto,
Chorava em cada canto uma saudade.”

(LUÍS GUIMARÃES JÚNIOR)

RESUMO

Esta pesquisa busca averiguar os debates sobre a regulação e a desregulação das telecomunicações e os seus reflexos para o setor sob o enfoque concorrencial, enfatizando, principalmente, os efeitos que podem afetar o desenvolvimento socioeconômico do país. A organização pública brasileira vem sendo paulatinamente transformada a partir da década de 1990, sob o argumento de estruturar serviços essenciais para o alcance de um Estado mais eficiente e moderno, orientado aos interesses da sociedade. Diante desse cenário, objetiva-se expor as transformações históricas do setor de telecomunicações no Brasil, enfocando a atual captura oligopolizada. Ademais, a presente dissertação busca analisar as propostas de regulação setorial, a partir da análise de impacto regulatório, para que o ideal de massificação do serviço seja alcançado. Nesse contexto, o estudo alerta para os problemas enfrentados e os desafios a serem transpostos sob o enfoque político e econômico que envolve as telecomunicações. Foi possível concluir, considerando os resultados da pesquisa, pela necessidade de reflexão na alteração e na confluência do regime jurídico dos serviços, para uma opção menos danosa à sociedade e sob o ponto de vista da preservação da competição entre os agentes do setor, a fim de promover o estímulo e proporcionar a universalização dos serviços para toda a população.

Palavras-chave: Telecomunicações. ANATEL. Regulação. Desregulação. Desenvolvimento socioeconômico.

ABSTRACT

This research seeks to investigate the debates about the regulation and the deregulation of telecommunications and its reflexes for the sector under the competitive focus, emphasizing, mainly, the resulting repercussions on the socioeconomic development of the country. It is known that the Brazilian public organization has been gradually transformed from the 1990s, under the argument of structuring essential services to reach a more efficient and modern State, oriented to the interests of society. Before this scenario, it aims to expose the historical transformations of the telecommunications sector in Brazil, focusing on the current oligopolized capture. In addition, the present dissertation seeks to analyze the regulatory proposals, based on the analysis of regulatory impact, so that the ideal of massification of the service is reached. In this context, the study alerts to the problems faced and the challenges to be transposed on the political and economic approach that involve telecommunications. It is concluded, by the results of the research, that there is a need to reflect on the change and confluence of the legal regime of services, for an option that is less damaging to society and from the point of view of preserving competition among agents in the sector, in order to promote the stimulus and provide the universalization of services for the entire population.

Keywords: Telecommunications. ANATEL. Regulation. Deregulation. Socioeconomic development.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1	Organograma da ANATEL	60
Figura 2	Radar com os dez pilares brasileiros comparativamente com o grupo de países de renda média à alta.....	90
Figura 3	Mapa da banda larga brasileira.....	104
Figura 4	Processo de regulamentação na ANATEL.....	117

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	Índice de confiança	81
Gráfico 2	Cumprimento de metas – ANATEL	83
Gráfico 3	<i>Benchmarking</i> tributário	88
Gráfico 4	Cobertura móvel, por porcentagem da população	90
Gráfico 5	Acessos de telefonia móvel por 100 habitantes	91
Gráfico 6	Acessos de banda larga móvel por 100 habitantes	91
Gráfico 7	Acessos de banda larga fixa por 100 habitantes	94
Gráfico 8	Percentual de indivíduos que utilizam internet.....	94
Gráfico 9	Densidade de acessos de banda larga fixa nos domicílios do Brasil	96

LISTA DE QUADROS

Quadro 1	Os 20 maiores operadores mundiais de telecomunicações – 1995.....	40
Quadro 2	Resumo da situação atual das Agências Reguladoras quanto à AIR.....	119

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Resultados do leilão da TELEBRÁS	57
Tabela 2	Multas constituídas – ANATEL (2000 a 2017)	79
Tabela 3	Acessos e carga tributária do setor de telecomunicações no mundo	88
Tabela 4	Descrição de regimes dos principais serviços de telecomunicações	98
Tabela 5	Evolução das metas de universalização por PGMU	102

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	Antes de Cristo
AIR	Análise de Impacto Regulatório
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ARPA	<i>Advanced Research Projects Agency</i>
ARPANET	<i>Advanced Research Projects Agency Network</i>
BNDES	Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social
BSTC	<i>Brazilian Submarine Telegraph Company</i>
CADIN	Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal
CBT	Código Brasileiro de Telecomunicações
CNT	Conselho Nacional de Telecomunicações
CONTEL	Conselho Nacional de Telecomunicações
CPqD	Centro de Pesquisa e Desenvolvimento
CTB	Companhia Telefônica Brasileira
DENTEL	Departamento Nacional de Telecomunicações
EMBRATEL	Empresa Brasileira de Telecomunicações
EUA	Estados Unidos da América
FIESP	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
FISTEL	Fundo de Fiscalização das Telecomunicações
FMI	Fundo Monetário Internacional
FNT	Fundo Nacional de Telecomunicações
FUNTTTEL	Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações
FUST	Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações
IDEC	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
ITA	Instituto Tecnológico de Aeronáutica
JK	Juscelino Kubitschek

LGT	Lei Geral de Telecomunicações
MC	Ministério das Comunicações
MINICOM	Ministério das Comunicações
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PADO	Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações
PASTE	Programa de Recuperação e Ampliação do Sistema de Telecomunicações e do Sistema Postal
PGMC	Plano Geral de Metas de Competição
PGMQ	Plano Geral de Metas de Qualidade
PGMU	Plano Geral de Metas de Universalização
PGO	Plano Geral de Outorgas
PIB	Produto Interno Bruto
PNBL	Plano Nacional de Banda Larga
PND	Plano Nacional de Desestatização
PROCON	Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
PTT	Ponto de Troca de Tráfego
RBR	Relação de Bens Reversíveis
RGT	Repartição Geral dos Telégrafos
SCM	Serviço de Comunicação Multimídia
SeAC	Serviço de Acesso Condicionado
SME	Serviço Móvel Especializado
SMP	Serviço Móvel Pessoal
SNOA	Sistema de Oferta de Atacado
SNT	Sistema Nacional de Telecomunicações
STF	Supremo Tribunal Federal
STFC	Serviço Telefônico Fixo Comutado
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STVA	Serviço de TV por Assinatura
SVA	Serviço de Valor Adicionado
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União
TELEBRÁS	Telecomunicações Brasileiras S.A.
TFF	Taxa de Fiscalização e Funcionamento
TFI	Taxa de Fiscalização e Instalação

TI	Tecnologia da Informação
TUP	Telefone de Uso Público
UIT	União Internacional de Telecomunicações
Usiminas	Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A.
VPL	Valor Presente Líquido
WBTC	<i>Western and Brazilian Telegraph Company</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	18
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL	21
1.1 O Sistema TELEBRÁS e a flexibilização do modelo brasileiro de telecomunicações	37
1.2 Reforma gerencial e a implantação da descentralização administrativa (Estado Regulador) nas telecomunicações	43
1.3 Privatização, desestatização e liberalização das telecomunicações	48
1.4 Modelo de organização administrativa gerencial das telecomunicações..	52
2 PROBLEMAS DO MODELO GERENCIAL ADOTADO PELO ESTADO NO AMBIENTE DAS TELECOMUNICAÇÕES: A HERANÇA POLÍTICA	61
2.1 Assimetria regulatória: “empresas-espelho” e provedores regionais	62
2.2 Decisões regulatórias e a captura do setor pelo oligopólio formado na abertura do setor das telecomunicações	69
2.3 Fiscalização descentralizada e a indústria das multas: o modelo sancionador.....	76
<i>2.3.1 A judicialização das falhas de atendimento ao usuário dos serviços de telecomunicações</i>	<i>80</i>
<i>2.3.2 TACs em xeque-mate: poder sancionador em transação administrativa</i>	<i>83</i>
2.4 Forma de tributação e a reestruturação dos mecanismos de financiamento das políticas públicas: o ideal de massificação	86
2.5 A eliminação da coexistência dos regimes público e privado e as propostas de alteração da Lei Geral de Telecomunicações	97
<i>2.5.1 Obrigações de universalização e o Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU)</i>	<i>101</i>
<i>2.5.2 Reversibilidade dos bens afetados pela concessão.....</i>	<i>108</i>
3 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO	113

3.1 Desregulação, autorregulação, corregulação, incentivos econômicos e informação/educação	119
CONCLUSÃO	124
REFERÊNCIAS.....	127

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como ponto fulcral analisar o setor de telecomunicações brasileiro, que veicula a infraestrutura necessária ao processo de desenvolvimento do país, e os impactos da sua desregulação após a descentralização administrativa¹ erigida pela Constituição Federal de 1988.

Por telecomunicações entende-se um longo percurso de evoluções tecnológicas, partindo dos serviços de telégrafo, passando pelo Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) e chegando aos serviços celulares móveis, bem como diversos tipos de transmissão de informações e de meios de propagação existentes com o advento da internet.

São processos que trouxeram mais agilidade na circulação da informação, transpondo barreiras e conferindo modernidade às comunicações em âmbito mundial. Nesse sentido, as telecomunicações despontaram como área estratégica e fundamental ao progresso para o restante dos setores produtivos da economia, o que impactou sobremaneira a forma de viver da sociedade. Por conseguinte, objetiva-se analisar, neste estudo, o plexo regulatório e político no qual se inserem as telecomunicações no Brasil.

É de se ressaltar que o setor atravessou variados modelos de gestão, em razão das diferentes configurações, não só estruturais e de mercado, como também políticas. Como consequência, os serviços de telecomunicações ainda necessitam atingir um nível satisfatório de universalização a preços acessíveis aos usuários finais.

Conforme será exposto, houve a supressão paulatina do modelo de monopólio estatal, tendo em vista a carência de investimento intensivo, que seria apto a acompanhar as rápidas mudanças tecnológicas e evitar a precariedade dos serviços de telecomunicações de então.

¹ Afora a descentralização política efetuada pela Constituição Federal entre tais entidades da Federação, as pessoas políticas, por ostentarem capacidade legislativa, são autorizadas a empreender, mediante lei, uma descentralização administrativa. Cf. GABARDO, Emerson. O regime jurídico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (coord.). *Direito da infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Considerando a importância do setor e os argumentos até aqui expostos, esta pesquisa propõe-se a investigar os elementos que compõem e condicionam a dinâmica política e de mercado no setor de telecomunicações brasileiro.

Para tanto, busca-se analisar a evolução histórica das telecomunicações até o atual modelo de prestação dos serviços delegado ao particular e regulado pelo Estado. Mais especificamente, pretende-se averiguar, de forma crítica, as vicissitudes do setor desde o seu surgimento no Brasil até os dias atuais.

Na elaboração deste trabalho, que se insere na linha de pesquisa Poder Econômico e seus Limites Jurídicos, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, foi utilizado o método de pesquisa hipotético-dedutivo, a partir da análise da literatura especializada na área das telecomunicações, e também o método indutivo, tendo em vista a análise de dados do setor.

Para atingir o objetivo proposto, este estudo foi estruturado em três capítulos.

O primeiro capítulo trata da pesquisa histórica das telecomunicações no Brasil, partindo do seu tímido surgimento, passando pelo contorno político da época e chegando até a formação do Sistema TELEBRÁS. Na sequência, foram analisadas a descentralização e a atuação indireta do Estado pela regulação, bem como as delimitações dos fenômenos que transformaram as telecomunicações no que se conhece nos dias de hoje. No mais, foi exposto o modelo de organização administrativa que se consolidou no Brasil.

O segundo capítulo analisa os problemas desse modelo de organização gerencial adotado pelo Estado, em razão da herança política brasileira. A pesquisa destaca as problemáticas do setor no tocante à assimetria regulatória, o caso das “empresas-espelho”, as decisões regulatórias e a captura do setor pelo poder econômico estruturado com base no oligopólio das concessionárias, bem como a questão da organização estrutural fiscalizadora, com a conseqüente indústria de multas instaurada no ambiente regulado, além da intensificação da judicialização das falhas de atendimento ao usuário e da negociação de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) com as concessionárias em razão dos descumprimentos regulatórios.

São destacadas, também, questões tributárias do setor, ou seja, a forma de tributação e a reestruturação dos mecanismos de financiamento das políticas públicas das telecomunicações, assim como o ideal de massificação desses serviços, para

que sejam acessíveis a toda a população, além dos fundos setoriais e dos problemas do Plano Nacional de Banda Larga (PNBL).

Procura-se problematizar a coexistência dos regimes público e privado na prestação dos serviços de telecomunicações, pensando em propostas de alteração da Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Conforme será discutido, a tendência à retração dos objetivos publicísticos derivados do reconhecimento do regime de prestação de serviço público pode representar um retrocesso em termos de universalização do serviço.

No terceiro capítulo, a pesquisa trata do instrumento de Análise de Impacto Regulatório (AIR) utilizado no setor, com o objetivo de fortalecer práticas voltadas à melhoria da qualidade regulatória, e apresenta uma reflexão acerca dos fenômenos de autorregulação e correção, bem como sobre os incentivos econômicos para a implementação de boas políticas públicas e a necessidade da participação popular na formulação de tais políticas, o que, de certo, refletirá em benefícios à sociedade e ao desenvolvimento do setor.

Em suma, espera-se contribuir, a partir da presente abordagem, com o desenhar das transformações ocorridas no setor de telecomunicações, problematizando como a regulação engendrada também falhou nos objetivos de alcançar a universalização dos serviços, de modo a estimular uma reflexão acerca da necessidade de o Estado assumir a condução estratégica do setor de telecomunicações, para que a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) tenha uma atuação alinhada com os compromissos constitucionais assumidos pelo ente estatal em sua promoção do desenvolvimento.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL

Pesquisas históricas tendem a carregar possibilidades de imprecisões, distorcendo detalhes de ordem cronológica, de modo que, neste trabalho, o empenho foi intenso no sentido de minimizá-las.

Fábio Konder Comparato assinala que “sempre, em todo momento histórico, sob a influência do ideário dominante, há certa margem de liberdade para dirigir a vida social”².

No entender de Celso Furtado, “a luta contra o subdesenvolvimento é um processo de construção de estruturas, portanto, implica na existência de uma vontade política orientada por um projeto”³.

Desde os primórdios da humanidade, as civilizações empreendem esforços para facilitar e disseminar a comunicação. Antes do advento do telégrafo elétrico, foram desenvolvidos métodos e instrumentos incipientes, sempre buscando reduzir o tempo de transmissão das mensagens, bem como para possibilitar a segurança em seu recebimento, sem haver a quebra de sigilo.

Todo esse caminho que a humanidade percorreu foi intenso e carregado de rápidas transformações, as quais refletiram sobremaneira no modo de agir, no modo de pensar e, principalmente, no modo de travar as relações interpessoais.

Historicamente, o desenvolvimento teve o seu pilar sedimentado pelo constante aumento de produtividade, sendo caracterizado pela satisfação das necessidades das pessoas⁴.

² Cf. Por que não a soberania dos pobres? In: COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

³ Vide *O longo amanhecer*: reflexões sobre a formação do Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. “O projeto é a busca pela superação do presente. Ele contém em si a insatisfação em estado bruto e aquilo que se tem por aspiração. O presente não basta e o futuro, dele diverso, é o objetivo. Assim, a título exemplificativo, se nos encontramos no subdesenvolvimento, aspiraremos o desenvolvimento. O projeto aqui tomado parte de uma dimensão política, na qual se manifestam decisões a partir de um rol de alternativas. O projeto compreende objetivos e metas a serem perseguidos por adequadas estratégias. Tudo firmado com base em prioridades e tendo em conta urgências específicas.” Cf. YENDO, Sergio Andrade. *Entre a exceção econômica e a retomada do desenvolvimento*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito, Univesidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010. Ver, também, ALVES, Alaor Caffé. Planejamento e federação: algumas reflexões sobre seus princípios. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 6, jul. 1975.

⁴ FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento*: enfoque histórico-estrutural. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

Ao estudar as telecomunicações⁵, é importante restringir o setor como infraestrutura necessária à comunicação, fator preponderante nas relações sociais e, sobretudo, para o desenvolvimento econômico e político não só no Brasil, como também no mundo. É necessário estabelecer parâmetros sobre a definição, a aplicação, a expansão e, principalmente, a evolução tecnológica percorrida ao longo dos tempos, que fez algumas tecnologias serem superadas rapidamente por obsolescência e que garante que outras tantas ainda venham a ser descobertas e desenvolvidas.

Vale notar que o advento do telégrafo elétrico de Samuel Finley Breese Morse facilitou e propagou as comunicações no mundo, além de ser um importante avanço tecnológico à época. O telégrafo teve a sua primeira linha inaugurada em 24 de maio de 1844, ligando Baltimore a Washington, nos Estados Unidos da América (EUA), aplicando um código de sinais, do mesmo inventor, que permanece em utilização até a atualidade, o Código de Morse⁶.

No Brasil, o Imperador Dom Pedro II foi um entusiasta do progresso e das tecnologias das telecomunicações, contribuindo para a instalação e a expansão dos telégrafos não só em território nacional como também na ligação da América Latina com outros países⁷.

A primeira linha de telégrafo elétrico nacional foi inaugurada em 11 de maio de 1852, ligando a Quinta Imperial e o Quartel de Campo, ambos sediados no Rio de Janeiro, sob o pretexto de combater o tráfico de escravos⁸. Poucos equipamentos foram instalados em repartições públicas, quartéis de polícia e quartéis militares, e a sua utilização ocorria esporadicamente, considerando a complexidade da

⁵ De acordo com o artigo 60, § 1º, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, “Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

⁶ ALCÂNTARA NETO, Pedro de. *História das comunicações e das telecomunicações*. Recife: Universidade de Pernambuco, 2014. Disponível em: http://www2.ee.ufpe.br/codec/Historia%20das%20comunicaes%20e%20das%20telecomunicaes_UPE.pdf. Acesso em: 5 nov. 2018.

⁷ Como revela o acervo do Arquivo Histórico do Museu Imperial, em Petrópolis, no Rio de Janeiro.

⁸ Cf. TELEBRASIL. *Companhia Telegráfica ITALCABLE marca presença na cidade de Santos*. Rio de Janeiro: TELEBRASIL, 9 jan. 2017. Disponível em: <http://www.telebrasil.org.br/sala-de-imprensa/releases/8186-companhia-telegrafica-italcable-marca-presenca-na-cidade-de-santos>. Acesso em: 16 nov. 2018.

transmissão das mensagens e a falta de treinamento técnico de servidores públicos para manusearem os aparelhos⁹.

Já a segunda linha de telégrafo foi construída no Brasil em 1857, ligando o Rio de Janeiro a Petrópolis. Com o desfecho da Guerra do Paraguai, em 1869, o Governo Brasileiro iniciou um plano de expansão das linhas telegráficas em direção ao Norte do país, pelas províncias do litoral, região de maior concentração populacional, onde estavam situadas as principais cidades e capitais do Império.

Para a realização desse objetivo, o Governo atuou em duas frentes: construiu linhas próprias, por meio da Repartição Geral dos Telégrafos (RGT)¹⁰, e autorizou a concessão de cabos submarinos a empresas britânicas, como a *Western and Brazilian Telegraph Company* (WBTC), que detinha o domínio mundial da telegrafia, sobretudo no que se refere à *expertise* no lançamento desses tipos de cabos. Além da ligação costeira, o Governo Imperial também outorgou concessão para a ligação telegráfica submarina do Brasil com a Europa.

Na época, Guilherme Schüch de Capanema, o Barão de Capanema, engenheiro e naturalista, amigo pessoal do Imperador Dom Pedro II, era um expoente da elite imperial, que propugnava de forma bastante significativa a implementação de uma cultura técnico-científica no Brasil e o consequente fortalecimento da Engenharia no país. Exercia o cargo de responsável técnico pelo telégrafo, investido pelo então Ministro da Justiça, Eusébio de Queiroz Coutinho Mattoso Câmara. Segundo Silvia Fernanda de Mendonça Figueirôa:

Foi nessas escolas profissionais que Capanema realizou suas primeiras e bastante vitoriosas experiências tecnológicas (Telles, *op. cit.*). Em janeiro de 1851, 2 meses antes de o governo assinar um contrato para iluminação a gás das ruas da cidade do Rio de Janeiro, Capanema produziu iluminação utilizando gás de mamona no Laboratório de Física da Escola Militar. E mais tarde, no mesmo ano, em cooperação com o coronel Polydoro Quintanilha Brandão, construiu um telégrafo elétrico com aparelhos disponíveis nos laboratórios da Escola Militar (aparelhos da prestigiosa firma francesa *Bréguet*) e enviou uma mensagem de uma sala a outra. O Ministro da Justiça, que demandava melhorias urgentes na comunicação interna do Império, sobretudo para controlar o tráfico ilegal de escravos após a Lei Eusébio de Queiroz, encarregou

⁹ Deixado de lado pelo Governo, o telégrafo só voltou a ganhar interesse por ocasião do conflito bélico com o Paraguai, iniciado em 1865. A partir desse ano, um enorme esforço de guerra foi despendido para levar, a partir da capital do Império, uma linha telegráfica até o *front*. Inaugurada em 1866, essa linha sul foi construída de forma precária e teve de ser refeita em diversos trechos.

¹⁰ A RGT é a primeira empresa da fase institucionalizada das telecomunicações no Brasil de que se tem notícia.

Capanema de construir uma linha telegráfica, finalmente inaugurada em 11 de maio de 1852, medindo 4,3 km, contando com 3 km de linhas subterrâneas. Na sua construção foram empregados escravos e presos da Casa de Detenção. Após a primeira linha, o telégrafo começou a se estender pelo país, inicialmente em torno da Capital (atingiu Petrópolis em 1858) e depois para o Sul, atendendo às necessidades militares da Guerra do Paraguai. Uma estação de manutenção e uma pequena fábrica para construir equipamentos foram criadas por Capanema, em 1865, no Rio. Depois deste período, as linhas telegráficas cresceram rapidamente em direção ao Norte e ao interior, numa epopeia que duraria até o primeiro quartel do século XX, particularmente com os trabalhos de Rondon e sua equipe. A ligação telegráfica entre as várias cidades da costa brasileira com a Europa foi realizada, em 1873 e 1874, por meio de cabos submarinos de companhias inglesas. Como nos informam Moreira e Silva, o físico inglês William Thomson (posteriormente agraciado com o título de Lord Kelvin) e seu colega Fleeming Jenkin eram os engenheiros especialistas na colocação de cabos que supervisionaram as obras entre Recife e Belém: “uma interessante controvérsia técnica, política e econômica, envolvendo William Thomson e Fleeming Jenkin com Capanema, ocorreu em 1873. A Western and Brazilian Telegraph Company havia solicitado ao governo a dispensa de construção da ligação do cabo submarino para São Luís, na linha Recife-Belém. Capanema recusa a proposta britânica. Na disputa que se seguiu, Thomson, Jenkin, e outros engenheiros da companhia inglesa, por um lado, e Capanema e outros engenheiros brasileiros, pelo outro, produziram relatórios em oposição, uns contra e outros a favor de tal ligação. O embate estendeu-se de 1873 a 1876, quando uma expedição da marinha brasileira foi enviada ao local para fazer medidas e concluiu pela possibilidade técnica de se construir a linha até São Luís, o que a companhia inglesa teve de realizar”. Esses autores nos informam, ainda, da invenção feita por Capanema de um novo isolador (patenteado sob o número 4.171, em 1873, no Reino Unido) para as linhas telegráficas terrestres, pois devido às condições climáticas tropicais e ao intenso intemperismo em virtude das temperaturas elevadas e do alto teor de umidade, a conservação dos isoladores constituía um problema grave – problema, aliás, que ocupou as mentes de diversos técnicos e engenheiros de vários países durante longo tempo. Isto levou Capanema a inventar um novo tipo, que não empregava peças metálicas¹¹.

Com a telegrafia bastante disseminada no mundo, foi fundada, em 17 de maio de 1865, a União Telegráfica Internacional, atualmente denominada União Internacional de Telecomunicações (UIT), com sede em Genebra, na Suíça, órgão mundial que, desde a sua criação, estabelece diretrizes e possibilita o intercâmbio de tecnologias para o incremento e a modernização da malha das

¹¹ Cf. Ciência e tecnologia no Brasil Imperial: Guilherme Schüch, Barão de Capanema (1824-1908). *Varia Historia*, Belo Horizonte, v. 21, n. 34, jul. 2005.

telecomunicações, visando à sua propagação de maneira uniforme ao redor do mundo.

No ano seguinte, em 1867, foi inaugurado o telégrafo intercontinental, que ligou a Europa às Américas.

Pouco depois, em 1873, a telegrafia no Brasil já interligava alguns estados brasileiros. No dia 1º de janeiro de 1874, a WBTC iniciou a instalação de cabos submarinos no litoral do país. No mesmo ano, em 27 de abril de 1874, foi a vez da instalação do cabo submarino intercontinental¹², ligando o Brasil à Europa, cuja concessão foi outorgada à *Brazilian Submarine Telegraph Company* (BSTC).

Com a chegada das linhas de telégrafo terrestres às mesmas cidades atendidas pelos cabos submarinos da BSTC, iniciou-se um período de concorrência e disputa entre a RGT e as empresas britânicas pelas correspondências telegráficas no Brasil.

Cumprido considerar que as tarifas praticadas pelas empresas britânicas eram bem maiores do que as da RGT. Entretanto, a disputa instalada extrapolava questões de preços, já que as empresas inglesas reduziam o valor inicialmente cobrado, a fim de igualá-lo às tarifas da empresa brasileira, para garantir a competição e manter o monopólio e a *expertise* na exploração das telecomunicações. A RGT, além de necessitar de investimentos intensivos, buscava elevar a sua receita para conter os crescentes déficits orçamentários e, ainda, superar a barreira anticompetitiva imposta pela BSTC.

É importante observar que o Governo Imperial não dispunha dos recursos necessários para prover o telégrafo brasileiro com um sistema de condutores, estações e aparelhos que pudesse atender a todo o território nacional. Diante de outras prioridades, como a construção de estradas, portos e ferrovias, a estratégia do Governo foi construir as linhas telegráficas aos poucos, ano após ano, com recursos próprios. Nesse momento histórico, já era possível verificar o caráter publicístico das telecomunicações.

A renda dos telégrafos era insuficiente para fazer frente às despesas, que aumentavam na medida em que as linhas se estendiam para cidades mais distantes,

¹² Esse cabo submarino foi construído pela BSTC e funcionou até 1973, ano em que foi substituído pelo cabo "Brascan", um moderno cabo submarino construído pela Empresa Brasileira de Telecomunicações (EMBRATEL).

sem que essas despesas fossem compensadas por novas receitas, auferidas pelos serviços prestados.

Obviamente, a telegrafia oferecida pelo Governo era vista como um serviço público, e não como fonte de receita para obtenção de lucro empresarial. Esse era o objetivo principal da administração da RGT. Contudo, na medida do possível, as operações públicas dos telégrafos não deveriam servir como sorvedouro do dinheiro público, mas sim como um serviço financeiramente independente, pelo menos em relação aos custos de manutenção, sobre o que não foram encontradas evidências.

Convém esclarecer que, para a obtenção das receitas necessárias ao equilíbrio econômico e financeiro operacional à época, era fundamental que pelo menos parte do tráfego internacional fosse operacionalizado pela RGT, já que o tráfego nacional era insuficiente para custear os gastos¹³.

Em 1875, efervescia a corrida dos inventores no mundo, muitos deles perseguindo a riqueza pela criação de um aparelho de comunicação mais moderno, menos complexo em sua utilização e que fosse diferente do telégrafo. A pretensão era permitir a propagação de mensagens cada vez mais simultâneas, possibilitando a transmissão da voz humana. Assim, Alexander Graham Bell uniu-se ao electricista Thomaz A. Watson, e, no dia 7 de março de 1874, requereu a patente do desenho do aparelho chamado telefone¹⁴.

No Brasil, em 1877, por influência do Imperador Dom Pedro II, iniciou-se a instalação do telefone. A primeira linha foi implantada no Palácio da Quinta da Boa Vista, no Rio de Janeiro, interligada com órgãos militares e com o Corpo de Bombeiros. As obras de construção da rede foram realizadas pela WBTC, que já explorava os telégrafos em território brasileiro¹⁵.

Os avanços tecnológicos, a crescente demanda das comunicações e o advento do telefone fizeram com que o Brasil adotasse rapidamente a nova

¹³ SILVA, Mauro Costa da. A nova ordem na repartição geral dos telégrafos. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA DA CIÊNCIA, 12., 2010, Salvador. *Anais* [...]. Salvador: UFBA, 2010.

¹⁴ Embora, historicamente, Graham Bell seja considerado o inventor do telefone, no dia 11 de junho de 2002, o Congresso dos EUA, por meio da Resolução nº 269, reconheceu, postumamente, como o verdadeiro inventor do aparelho, o italiano Antonio Meucci. Cf. RANK BRASIL. *Primeiro telefone do Brasil*. [S.l.], 28 fev. 2013. Disponível em: http://www.rankbrasil.com.br/Recordes/Materias/0WzM/Primeiro_Telefone_Do_Brasil. Acesso em: 10 nov. 2018.

¹⁵ Consoante o acervo do Arquivo Histórico do Museu Imperial, em Petrópolis, no Rio de Janeiro.

tecnologia das telecomunicações, sendo a segunda nação do mundo a ter o telefone, em seguida dos EUA¹⁶.

Em 29 de novembro de 1877, foi inaugurada a primeira estação telefônica do país, sediada no Rio de Janeiro, e, dois anos depois, foi publicado o Decreto nº 7.539, de 15 de novembro de 1879, concedendo “[...] a Charles Paul Mackie permissão para construir e explorar linhas telefônicas nesta capital e seus subúrbios e na cidade de Nictheroy”.

A concessão outorgada a Mackie não chegou a ser operacionalizada, tendo em vista que, no ano seguinte, 1880, ele se reuniu com investidores americanos em Nova Iorque, e, juntos, fundaram a *Telephone Company of Brazil* – Companhia Telefônica Brasileira (CTB) –, para explorar os serviços de telefonia no país¹⁷.

Mesmo com a instalação do telefone ainda incipiente, as linhas telegráficas da RGT prosseguiram em expansão, a fim de atender a todas as principais cidades do litoral. Já havia, nessa época, linhas construídas até as capitais da Paraíba e do Rio Grande do Norte.

No final do período imperial, todas as capitais do litoral estavam interligadas pelas linhas telegráficas brasileiras, e os telégrafos eram muito difundidos ao redor do mundo. No entanto, os últimos anos do Império foram tempos de poucos investimentos e manutenção, deteriorando as linhas telegráficas. Ao assumir a direção da RGT, o Governo Republicano percebeu a necessidade de fazer investimentos no sistema telegráfico para continuar a operá-lo de modo satisfatório, sem considerar que o telefone também requiritava investimentos e expansão, além de ser uma tecnologia superiormente mais atraente.

Parte das linhas telegráficas existentes já contava com mais de 20 anos. A linha do litoral era constituída por dois fios condutores presos a postes, muitos deles de madeira e já depauperados. O número de fios era insuficiente para a demanda de telegramas. Os atrasos na transmissão das correspondências eram frequentes e agravados quando uma das linhas apresentava algum defeito ou quando, não raramente, as duas linhas se rompiam. Como consequência, os telegramas da imprensa e do comércio, bem como os telegramas internacionais, eram

¹⁶ De acordo com o acervo do Arquivo Histórico do Museu Imperial, em Petrópolis, no Rio de Janeiro.

¹⁷ VIEIRA, Antonio Hélio Guerra. Histórico das telecomunicações: uma visão do Brasil. *TELECO*, [S.l.], 19 set. 2005. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutoriaieletronica/default.asp>. Acesso em: 4 nov. 2018.

praticamente todos transmitidos pelo cabo submarino da WBTC. A RGT restringia-se quase que exclusivamente ao atendimento das transmissões oficiais e aos recados particulares sem urgência. Esse quadro contribuía substancialmente para os constantes déficits operacionais da RGT e a prosperidade das operações da WBTC.

Em 1891, quando já instaurada a República no Brasil, a WBTC substituiu o seu antigo cabo submarino e instalou mais um segundo cabo, atendendo, ambos ao mesmo tempo, aos principais pontos do litoral brasileiro. Os investimentos da companhia inglesa eram muito superiores àqueles realizados pela RGT, provocando o sucateamento da telegrafia brasileira.

Na disputa pela transmissão das comunicações por telegramas, as empresas concorrentes precisavam prover permanentes investimentos em manutenção e instalação de novas linhas e cabos, quando necessário, para garantir uma comunicação com regularidade e rapidez.

Nesse sentido,

A Western Telegraph, já pela natureza de sua canalização elétrica que lhe permitia constância no trabalho, já pelo limitado número de estações, justamente nas praças comerciais do litoral, é de preferência utilizada nas comunicações que demandam grande presteza e pontualidade, embora com taxas mais elevadas. Para esse gênero de correspondência a questão de rapidez é de tal monta que, apesar da regularidade do encaminhamento dos telegramas, eles trazem ainda a indicação de urgência e pagam conseqüentemente o triplo da taxa. Se no serviço interior [dentro do Brasil] a regularidade e presteza na sua execução já derivam para os cabos costeiros a parte mais remuneradora dessa correspondência, maior é a derivação no tráfego internacional, quer procedente ou destinado ao Brasil. A participação das linhas da União neste serviço é apenas de 25% em relação à correspondência com as Repúblicas do sul, e de menos 9% quanto ao serviço para o exterior norte; sendo quase nula a sua coparticipação no serviço em trânsito¹⁸.

É preciso compreender o desenvolvimento da economia nacional associado ao desenvolvimento capitalista europeu em destaque na época. A grande transformação se deu na revolução da distribuição das atividades produtivas, e a emancipação política desencadeou o processo de consolidação dos ideais liberais propugnados na Europa, que, por sua vez, viriam a se disseminar no Brasil. Caio Prado Junior estabelece:

¹⁸ Ver BRASIL. Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. *Relatório*. Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, 1899.

E tudo isto condicionado e estimulado pelo amplo liberalismo econômico que proporcionava a todos os países e povos da terra uma igual e equitativa oportunidade comercial. Como resultado disto, alargavam-se os mercados para as matérias primas e gêneros alimentares tropicais de países como o Brasil¹⁹.

Em linhas gerais, o Brasil estava imbuído em teorias que objetivavam a sua transformação em conjunto com ideais liberais, que desencadearam a instauração da República. A economia mantinha-se refém do mercado externo, tendo em vista que a indústria brasileira, nesse momento, produzia, basicamente, bens de consumo para o mercado interno, e todo o restante era importado, em especial da Inglaterra.

É válido notar que esse momento histórico, legitimou, progressivamente, a intervenção do Estado na ordem econômica e social, sendo benéfico para a economia brasileira, na medida em que estimulou a instalação de novas indústrias de manufaturados, produtos cuja importação tornara-se difícil no período de guerra.

Nessa época, o mundo estava às vésperas de uma grande guerra, e uma série de inventos, pesquisas e descobertas marcou o despertar da era digital mundial para o que se vive hoje, com computadores, sistemas binários, circuitos eletrônicos e máquinas capazes de lidar com palavras, músicas, imagens e números em tempo real.

A convergência digital²⁰, período fértil para o desenvolvimento de inúmeros projetos e pesquisas, dentre eles o uso de válvulas termiônicas, que serviram como interruptores em circuitos eletrônicos, foi fundamental para as pesquisas do engenheiro Tommy Flowers²¹, na década de 1930, que registrou os primeiros estudos de codificação e decodificação de mensagens de teleimpressão para transmissão de rádio, prevendo o que, posteriormente, viriam a ser os computadores, a internet e o telefone celular.

¹⁹ PRADO JUNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

²⁰ Convergência digital é um conceito que surgiu, em primeira mão, para recobrir o movimento de aproximação dos setores das telecomunicações e da Tecnologia da Informação (TI). Uma aproximação perspectivada, sobretudo, a partir do movimento de digitalização das telecomunicações. A tecnologia da informação – toda aquela que diz respeito a *hardware* e *software* dos computadores – constitui um mundo por natureza digital. Posteriormente, algo de semelhante – a digitalização, e, portanto, a entrada para a área da convergência – veio progressivamente a acontecer com os setores do áudio (música), da imagem fixa (fotografia) e do audiovisual. Cf. SILVA, Francisco. Da convergência digital. *Revista A Página da Educação*, [S.l.], ano 12, n. 126, ago./set. 2003.

²¹ JOICHI, Ito. *Disrupção e inovação: como sobreviver ao futuro incerto*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

Os anos de 1920 e 1930 foram marcados pelo início da radiodifusão no Brasil. Roquete Pinto foi o pioneiro nessa fase. Os primeiros cursos de Engenharia Eletrônica foram instalados, fascinando jovens estudantes e criando um ambiente de pesquisa e desenvolvimento no Brasil.

No entanto, o setor de telecomunicações nacional ficou estagnado com a paralisação no fornecimento dos equipamentos de fabricação estrangeira utilizados pelas concessionárias de serviços telefônicos e telégrafos, em razão da Segunda Guerra Mundial. As matrizes dessas empresas pertenciam aos países envolvidos no conflito e tiveram muitas de suas fábricas destruídas e a sua produção desviada para atender às necessidades da guerra.

Sem condições de suprir a demanda da população brasileira, a expansão das telecomunicações começou a ser feita tardiamente, à custa de estoque de reposição, assim mesmo em uma escala muito pequena se comparada à demanda, situação que, além de não atender às necessidades, dificultava a manutenção e contribuía para a deterioração das linhas já implantadas, lembrando que as tecnologias afetas aos serviços eram rudimentares e incipientes.

Na prática, o controle cambial imposto pela política econômica favorecia a importação somente de produtos essenciais, deixando em uma longa fila de espera os produtos de consumo. Como a procura interna continuava elevada, houve forte incentivo para a expansão da indústria nacional na área de bens de consumo. Além disso, a manutenção artificial do valor da moeda vigente, que favoreceu a importação e desestimulou a exportação, também carregou investimentos para a produção destinada a satisfazer a demanda interna, reforçando, novamente, o surto industrial no país.

É importante observar que essa política econômica que incentivou a formação do parque industrial brasileiro contribuiu também para fortalecer o ideário nacionalista e a identificação, pela sociedade, sobretudo por parte das elites, da necessidade de impulsionar o desenvolvimento pela caminhada da industrialização. Conseqüentemente, as telecomunicações vieram a reboque desse progresso.

Nessa linha, urge considerar que a tese de Luiz Carlos Bresser Pereira reside no contexto de que o desenvolvimento humano, ou progresso, é o processo histórico pelo qual as sociedades nacionais alcançam os seus objetivos políticos de

segurança, liberdade, avanço material, redução da injustiça social e melhorias na ciência e na tecnologia²².

Todavia, sabe-se que o discurso oficial de modernização nem sempre acompanhou a proposta de desenvolvimento do ponto de vista socioeconômico. Nas palavras de Emerson Gabardo:

[...] não se observa a implantação de um legítimo Estado social, pois, apesar do assistencialismo e da forte intervenção, inclusive mediante a proliferação das empresas estatais, o foco não é e nunca foi a redistribuição de renda e o desenvolvimento da qualidade de vida das pessoas, e sim um crescimento econômico setorial, fundado na modernização da infraestrutura²³.

No mesmo sentido, enfatiza Gilberto Bercovici, inspirado nas abordagens desenvolvimentistas cepalinas em geral e na análise furtadiana em particular, que “modernização não é sinônimo de desenvolvimento”²⁴, revelando, assim, uma ampla diversidade de formas de organização dos serviços de utilidade pública com deformações e, principalmente, precariedade.

Nota-se a existência de dois padrões básicos de atuação do Estado na economia: o primeiro, caracterizado pela presença de empresas privadas sob alguma forma ou tipo de regulamentação e de controle estatal, e o segundo, identificado pela atuação preponderante e direta do Estado, ou por empresas estatais, sem mecanismos formais de controle, com eventual participação de capital privado.

O momento político e econômico experimentado no Brasil na década de 1930 foi superado pelas transformações introduzidas pelo modelo de gestão burocrático de Getúlio Vargas. A partir daí, o modelo de organização estatal e os serviços públicos passaram a ser prestados diretamente pelo Estado, ou por empresas estatais, sob um forte controle regulatório governamental orientado por ideais nacionalistas, típicos da era Vargas.

De forma descentralizada, os serviços de telecomunicações eram explorados diretamente pela União, estados e municípios, de acordo com o âmbito de atuação de cada um dos entes do Estado, diretamente ou por meio de outorgas. As

²² NASCIMENTO NETO, José Osório do. *Políticas públicas e regulação socioambiental: governança, estratégias e escolhas públicas: energia e desenvolvimento em pauta*. Curitiba: Íthala, 2017.

²³ Cf. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

²⁴ Vide *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

atribuições de fixar tarifas, universalizar os serviços e investir em desenvolvimento de infraestrutura também eram geridas de forma descentralizada, tal qual uma colcha de retalhos.

Com uma impressionante rapidez, novas invenções da ciência concederam outros tipos de tecnologias, máquinas e serviços, exemplificadamente o transistor, o laser e a miniaturização de componentes eletrônicos.

Os anos de 1940 e 1950 assistiram ao aumento expressivo da produção de aparelhos de rádio e a implantação da televisão no Brasil. A instalação de indústrias foi estimulada pelo Estado ante as dificuldades de importação decorrentes da Segunda Guerra Mundial. A implantação da televisão no país teve um importante papel no incentivo à tecnologia nacional, uma vez que as estações de radiodifusão tinham todo o interesse em induzir a fabricação em grande escala de televisores e rádios, para que os índices de audiência pudessem ser altos.

Ao final da década de 1950, o panorama das telecomunicações no país era dramático se confrontado com a demanda do crescimento industrial e urbano, e, principalmente, em comparação com os demais países em desenvolvimento. Os investimentos em radiodifusão eram intensos, diametralmente escassos na telefonia e quase sem expressão nos telégrafos, tecnologia já em decadência e em desuso.

Resumidamente, havia cerca de 800 concessionárias telefônicas em todo o território nacional, sendo a grande maioria de médio e pequeno porte, de coordenação conjunta, destituídas de projetos técnicos integrados e, sobretudo, sem compromissos e diretrizes comuns de desenvolvimento e integração dos sistemas, o que representava, na época, um grande obstáculo para o desenvolvimento do setor.

Os serviços telefônicos concentravam-se na região Centro-Oeste do Brasil, onde estavam instalados mais de 60% dos terminais, sendo que 80% dos terminais telefônicos pertenciam à CTB, ligada ao grupo canadense *Light*. Os serviços telefônicos interurbanos eram precários, realizados através de micro-ondas de baixa capacidade, interligando as cidades de São Paulo, Campinas, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Brasília. As comunicações telefônicas e telegráficas internacionais eram exploradas por operadoras de telecomunicações estrangeiras e, de igual forma, não atendiam às necessidades do país.

O período de 1960 a 1963 configurou anos conturbados na história do Brasil. Nesse curto período de tempo, a capital federal foi transferida para outra cidade, um presidente renunciou ao cargo, seu vice quase não tomou posse, instalou-se um

regime parlamentarista que durou apenas poucos meses, seguido da restauração do presidencialismo por meio de um plebiscito, foram desfeitos quatro gabinetes e, pouco depois, viria o Regime Militar.

Em 1961, o então Presidente Jânio Quadros criou o Conselho Nacional de Telecomunicações (CNT), por meio do Decreto nº 50.666, de 30 de maio daquele ano. Tal equipe estaria subordinada diretamente ao Presidente da República e tinha como objetivo estudar e definir o problema nacional de telecomunicações e as suas ligações no âmbito internacional. Além disso, tinha a função de assessorar, rever e coordenar a proposição, ao Congresso Nacional, de uma legislação sobre telecomunicações.

O CNT teve papel fundamental na delimitação de novos troncos do Sistema Nacional de Telecomunicações (SNT), enunciando os seus principais componentes e as diretrizes gerais de exploração nacional do setor.

Por intermédio da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, marco histórico na prestação do serviço das telecomunicações, o Congresso Nacional promulgou o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), documento legal que consolidou a regulamentação da área de telecomunicações e radiodifusão no Brasil. Nascido na vigência da Constituição Federal de 1946, e posteriormente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o CBT tinha a expectativa de alcançar o desenvolvimento, a expansão da infraestrutura e a universalização dos serviços.

Segundo Lucas de Souza Lehfel'd, o Código Brasileiro de Telecomunicações tinha como pontos principais os seguintes:

- a) Criação do Sistema Nacional de Telecomunicações, visando assegurar a prestação de todos os serviços de telecomunicações de forma integrada (artigo 7º);
- b) Instituir o Conselho Nacional de Telecomunicações – CONTEL (artigo 14), cuja atribuição consistia na elaboração, implementação e fiscalização do Plano Nacional de Telecomunicações. Competia também ao CONTEL estabelecer critérios para as políticas tarifárias em todo o território nacional (artigo 29);
- c) Constituir o Departamento Nacional de Telecomunicações como secretaria executiva do Conselho Nacional de Telecomunicações;
- d) À União competia a exploração direta dos troncos integrantes do Sistema Nacional de Telecomunicações, bem como a fiscalização dos serviços de telecomunicações por ela concedidos, permitidos ou autorizados (artigos 10 e 11);
- e) Autorizar o Poder Executivo a constituir empresa pública para a exploração industrial dos troncos integrantes do Sistema Nacional de Telecomunicações (artigo 30, parágrafo 1º), a qual viria a integrar, posteriormente, a Empresa Brasileira de Telecomunicações – EMBRATEL;

f) Instituir o Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT, constituído basicamente pelos recursos provenientes da aplicação de uma sobretarifa de até 30% sobre as tarifas dos serviços públicos de telecomunicações. Referido fundo era destinado a financiar atividades da EMBRATEL (artigo 51, *caput*, e alínea “a”)²⁵.

Cumprе esclarecer que o advento do CBT foi resultado de um acordo político que reuniu fatores propícios à sua tramitação e aprovação. Dentre os motivadores, destacam-se o forte movimento nacionalista da época, o desenvolvimentismo do Governo de Juscelino Kubitschek (JK), o colapso total das comunicações em um período de intenso crescimento industrial do país, a construção de Brasília e a organização formal do empresariado de radiodifusão.

O fator decisivo foi a articulação política e o pacto de forças que arregimentou três segmentos da sociedade diretamente interessados em uma legislação para o setor: o dos empresários de radiodifusão, o da classe política e o dos engenheiros militares, que sustentavam a argumentação tecnológica necessária à elaboração do projeto.

Por maiores que tenham sido as divergências entre os vários interesses em jogo durante a tramitação no Congresso Nacional, é inegável dizer que o Código Brasileiro de Telecomunicações promoveu avanços no setor. O CONTEL realizou, de forma satisfatória, a atividade de orientação política e de fixação de diretrizes. Também, com a submissão dos planos de expansão ao seu crivo, passou a coordenar o crescimento e a universalização dos serviços de telecomunicações.

Em 16 de setembro de 1965, a EMBRATEL foi constituída pelo Fundo Nacional de Telecomunicações, com a missão de interligar todas as capitais e as principais cidades do país. A empresa assumiu também a exploração dos serviços internacionais, à medida que expiravam os prazos das concessões das companhias estrangeiras, até então responsáveis pelos serviços.

Com a criação da EMBRATEL, verificou-se uma significativa melhora dos serviços interurbanos nacionais e internacionais, o que não ocorreu com os serviços de telefonia fixa local. Esse quadro de infraestrutura deficiente precisava ser vencido em razão do momento intenso de industrialização pelo qual passava o país. Em 25 de fevereiro de 1967, com base no Decreto-lei nº 200, foi criado o novo Ministério

²⁵ Cf. *As novas tendências na regulação do sistema de telecomunicações pela ANATEL*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

das Comunicações, ao qual restaram vinculados o CONTEL, o Departamento Nacional de Telecomunicações (DENTEL) e a própria EMBRATEL.

O CONTEL enquadrava-se na categoria de organismo de regulação centralizado no Poder Executivo, diverso, por exemplo, do modelo de organismos de regulação descentralizados, tais como a norte-americana *Federal Communications Commission*, em atuação desde 1934.

Considerando os fatores de deficiência das telecomunicações, é relevante considerar que três deles foram pontos significativos para impedir o desenvolvimento do setor.

O primeiro foi o problema tecnológico, um ponto de estrangulamento vital. A sofisticada tecnologia de telecomunicações dependia de investimentos de grande porte, que o empresariado nacional não possuía meios de suprir. A exploração dos serviços era realizada por empresas estrangeiras, que importavam os seus equipamentos e, muitas vezes, eram afetadas pelas diretrizes de restrição à importação. Além disso, essas empresas estrangeiras não tinham interesse em capacitar o país tecnologicamente para produzir equipamentos, sob pena de perderem o mercado.

Outro aspecto importante da questão tecnológica era a mão de obra especializada, pois não havia universidades e escolas técnicas que oferecessem cursos específicos, salvo a Escola Militar de Engenharia, que, posteriormente, viria a se tornar o Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA).

O segundo ponto crucial foi a política econômica. O Estado estava empenhado em desenvolver os setores de produção de base com projetos de vulto, como petróleo, siderurgia, eletricidade, dentre outros, e o problema das telecomunicações não era prioritário, perdendo para esses setores, considerados indispensáveis para o desenvolvimento do país.

O terceiro fator, e igualmente relevante, é a questão das forças políticas e econômicas exercidas pelas multinacionais instaladas no país que combatiam o nacionalismo²⁶. As décadas de 1950 e 1960, foram marcadas pela ideologia

²⁶ De acordo com Fábio Konder Comparato, o poder é o grande fomentador e articulador social. Ou seja, as sociedades organizam-se em sua função. O poder é concedido àqueles que dirigem, em maior ou menor número, a sociedade. Ele é, nas palavras de Comparato, “a capacidade atribuída aos dirigentes de impor suas decisões”, em conformidade com certos princípios e valores fundamentais fixados no consenso. Nas sociedades em que o poder organizador é considerado injusto por grande parte da população, os dirigentes, via de regra, recorrem frequentemente à força

nacionalista, que gerou na sociedade um sentimento de rejeição às empresas estrangeiras que respondiam pelos serviços públicos, principalmente a telefonia e a eletricidade, que por sua vez, não admitiam perder espaço para as empresas nacionais.

Em um sentido próximo de Celso Furtado, no começo do livro “Brasil: a construção interrompida”²⁷, Paulo Bonavides ressalta que “[...] o Estado social, de bases nacionais, busca, sob a égide do Estado de Direito, exercitar um poder democrático, aberto, pluralista e idôneo para conter os efeitos funestos e devastadores das crises de governabilidade”. E prossegue:

Em geral, são crises derivadas da incapacidade e da incompetência de quem governa sem a visão republicana do poder, rendido ao egoísmo dos estamentos elitistas, os mais empenhados em revogar ou derruir a normatividade jurídica do sistema social de proteção ao trabalho, estabelecido contra as agressões do capital²⁸.

É preciso observar que o CONTEL teve um curto período de atuação, na medida em que ele seria absorvido pelo Regime Militar, transformando-se em organismo executivo clássico, diretamente relacionado ao Ministério das Comunicações, fortemente centralizado no Estado.

Na estrutura do Ministério das Comunicações, sob a gestão do Regime Militar, chegou a existir a figura de um organismo colegiado, todavia, o Conselho Nacional das Comunicações jamais foi instituído, por questões políticas da época, sobre as quais não foram encontradas as devidas evidências.

Em paralelo a todo o movimento de forças políticas e econômicas, entre as décadas de 1960 e 1970, a Agência Americana de Defesa lançou o projeto chamado *Advanced Research Projects Agency (ARPA)*, que resultou na *Advanced Research Projects Agency Network (ARPANET)*, rede precursora da internet, cujo projeto de pesquisa foi liderado por dois professores americanos, Leonard Kleinrock e Vinton

para impor as suas decisões. Ainda segundo o autor, o “[...] juízo de legitimidade do poder nunca é feito intelectualmente, de modo abstrato, mas sempre concretamente, em função das preferências valorativas, dos sentimentos, das crenças e opiniões, que formam o que hoje se denomina a mentalidade social”. Cf. Para que o povo tenha enfim a palavra! *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 50, 2009.

²⁷ Vide *Brasil: a construção interrompida*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

²⁸ Cf. Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 22, n. 62, 2008. No mesmo sentido, vide COMPARATO, Fábio Konder. A desnacionalização da economia brasileira e suas consequências políticas. *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 7, 1999.

Gray Cerf²⁹. Desde o seu surgimento³⁰, a rede mundial de computadores (internet) cresceu em velocidade exponencial, trazendo um novo modo de vida ao mundo.

1.1 O Sistema TELEBRÁS e a flexibilização do modelo brasileiro de telecomunicações

Em razão dos movimentos políticos herdados da década de 1960 e, ainda, pelo movimento político preponderante no Governo Militar, criou-se o Sistema Telecomunicações Brasileiras S.A. (TELEBRÁS), instituído pela Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, e vinculado ao Ministério das Comunicações.

A referida lei colocou à disposição do Sistema TELEBRÁS os recursos do Fundo Nacional de Telecomunicações (FNT), além de autorizar a transformação da EMBRATEL em sociedade de economia mista, sendo subsidiária da TELEBRÁS.

Na década de 1970, ocorreu um expressivo avanço do desenvolvimento mundial das comunicações analógicas por meio físico e foram iniciados os primeiros passos da tecnologia via satélite. No Brasil, pela ação do Regime Militar em investir maciçamente no setor, por razões de segurança nacional e de suporte ao modelo econômico que se vislumbrava, houve a convergência de esforços em uma infraestrutura nacional de telecomunicações moderna e vanguardista, colocando o país à altura dos centros mundiais mais desenvolvidos.

Nessa mesma época, veio a implantação das redes físicas de alcance local e regional, do sistema nacional de micro-ondas e do sistema nacional de comunicações por satélite. Tratava-se de um verdadeiro projeto nacional para o setor.

O Sistema TELEBRÁS tinha como atribuições planejar, implementar e operar o Sistema Nacional de Telecomunicações, marcando um período de expansão expressiva da planta telefônica, passando de 1,4 milhões de terminais para 5

²⁹ Ver VIEIRA, Antonio Hélio Guerra, Histórico das telecomunicações: uma visão do Brasil, *TELECO*.

³⁰ Com o objetivo de ser uma ferramenta de comunicação de guerra, a rede mundial de computadores – internet – começou a ser idealizada para proteger de possíveis ataques os dados de defesa dos EUA, que financiou projetos de pesquisas nas universidades norte-americanas para o desenvolvimento de redes que pudessem interligar bases de dados de diferentes lugares do seu território, replicando aquelas bases mais estratégicas das informações. Criou-se, assim, uma malha que permitiria recuperar informações em casos de ataque.

milhões de terminais³¹. Em cada estado da Federação, foi instituída uma empresa-polo e promoveu-se a incorporação das companhias telefônicas existentes, mediante a aquisição de seus acervos ou de seus controles acionários. Esse período foi marcado pela criação, em Campinas, do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento (CPqD), especificamente para o desenvolvimento tecnológico do setor. Foi estabelecida, também, uma política industrial visando à consolidação de um parque industrial brasileiro, voltado à demanda do SNT.

O Estado havia chamado para si não apenas os investimentos principais, mas também o controle político e operacional, enquanto acionista majoritário do Sistema TELEBRÁS. Detendo a maioria das ações ordinárias com direito a voto, pulverizou o mercado financeiro de ações preferenciais. Cada pessoa que se tornava proprietária de uma linha telefônica também deteria as ações preferenciais para obter acesso ao serviço, em um engenhoso esquema de autofinanciamento.

Cabe ressaltar que os anos de 1980 foram marcados pelo protagonismo das operações estatais nas telecomunicações. As significativas modificações no cenário político e a difícil situação econômica e social que o país atravessou afetaram os investimentos no setor, dificultando a sua expansão conforme as previsões governamentais. Mais de 80% dos terminais residenciais concentravam-se nas famílias das classes “A” e “B”³², demonstrando que as classes sociais menos favorecidas careciam de atendimento individualizado. Ademais, também não dispunham de adequado atendimento coletivo, em virtude da insuficiência e da má distribuição geográfica dos telefones públicos. A totalidade dos terminais telefônicos localizava-se nas áreas urbanas, sendo extremamente reduzido o seu número nas áreas rurais, ou seja, pouco mais de 2% das propriedades rurais dispunham de telefone³³, indicando que o Sistema TELEBRÁS possuía uma enorme demanda reprimida, desequilíbrios regionais excessivos em relação à distribuição dos terminais e ausência de condições suficientes e capazes de proporcionar a universalização das telecomunicações. Mesmo com a prática de mecanismos econômicos como o de subsídios cruzados, o qual pretendia fazer com que os serviços mais rentáveis e as regiões mais desenvolvidas contribuíssem para o

³¹ Cf. TELEBRAS. *Institucional*. Brasília: Telebras, 2018. Disponível em: <http://www.telebras.com.br>. Acesso em: 26 out. 2018.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

atendimento às periferias, à universalização e aos serviços coletivos, isso não ocorreu. A população da periferia era a mais carente e exatamente aquela mais desprovida de atendimento telefônico. Todas essas dificuldades criaram uma imagem negativa para as empresas do Sistema TELEBRÁS.

De acordo com Walter Tadahiro Shima:

[...] a rede de telecomunicações cresceu a taxas bastante superiores às do crescimento da população e da economia. Enquanto a população brasileira aumentou em quase 50% e o PIB [Produto Interno Bruto] cresceu quase 80%, a planta de terminais telefônicos do Sistema TELEBRÁS cresceu mais de 400%. Isto significa que o Brasil construiu uma das maiores redes telefônicas do mundo, integrando o país de norte a sul e de leste a oeste, atendendo a mais de 20 mil localidades em todo o território nacional. [...] apesar desta grande expansão, o tráfego telefônico aumentou em proporção significativamente maior – mais de 900% no serviço local e mais de 1.700% no serviço interurbano, o que mostra que a demanda por serviços cresceu bem mais do que a capacidade de seu atendimento. Entretanto, esta demanda por serviços refere-se apenas àqueles que já dispõem de terminais telefônicos e não à demanda por novas linhas, isto é, não indica a quantidade de pessoas e organizações que ainda não conseguiram atendimento telefônico individualizado. Estima-se que esta demanda reprimida seja da ordem de 18 a 25 milhões de potenciais usuários³⁴.

Todo esse cenário demonstrou a incapacidade de manutenção, ao longo do tempo, pelas empresas integrantes do Sistema TELEBRÁS, de investimentos necessários, o que fez com que a taxa de crescimento da planta oscilasse aleatoriamente e fosse insuficiente para, ao menos, igualar-se à do crescimento da demanda, e mais insuficiente ainda para proporcionar o atendimento da demanda reprimida dos serviços.

Não obstante a deterioração de todos os indicadores do setor durante os anos de 1980, é necessário ter em elevada consideração o fato de que, até então, as telecomunicações haviam passado por um processo de expansão e modernização sem precedentes, constituindo-se seguramente na maior vitória conquistada pelo projeto de modernização do período militar³⁵.

No Quadro 1, é possível constatar o significado do Sistema TELEBRÁS tanto para o Brasil quanto para o mundo. Em 1995, o Sistema TELEBRÁS figurava entre

³⁴ Cf. *Regulação e concorrência no serviço de telefonia fixa comutado do Brasil*. 1999. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999.

³⁵ BOLAÑO, César Ricardo Siqueira. Políticas de comunicação e economia política das telecomunicações no Brasil. *Economía Política de las Tecnologías de las Información y de la Comunicación*, Aracaju, v. 2, 2003.

os 20 maiores operadores mundiais de telecomunicações, com uma receita operacional de aproximadamente US\$ 9,5 milhões e 92,5 mil funcionários distribuídos por todo o Brasil.

Quadro 1 - Os 20 maiores operadores mundiais de telecomunicações – 1995

OPERADORA	RECEITA		LUCRO LÍQUIDO		FUNCIONÁRIOS	
	Valor (US\$ milhões)	CRESC. 1994/95 (em %)	Valor (US\$ milhões)	CRESC. 1994/95 (em %)	NÚMERO (mil)	CRESC. 1994/95 (em %)
1. NTT (Japão)	84.080,1	22,0	266,9	203,8	235,0 (94)	-5,2
2. AT&T (EUA)	47.277,0	8,9	-139,0	-	76,9 (94)	-7,5
3. Deutsche Telekom (Alem.)	46.151,4	17,4	3.679,0	65,9	220,0	-2,2
4. France Telecom (França)	29.610,3	15,3	1.843,1	4,0	167,7	-0,1
5. BT (Inglaterra)	22.785,5	7,2	3.142,0	18,3	130,7	-4,9
6. Telecom Italia (Itália)	18.403,4	2,3	1.070,8	19,1	90,2	-5,0
7. BellSouth (EUA)	17.886,0	6,2	-1.232,0	-	87,6	-4,9
8. GTE (EUA)	17.374,0	0,1	-2.144,0	-	85,0	22,9
9. MCI (EUA)	15.265,0	14,4	548,0	-31,1	50,4	23,9
10. Bell Atlantic (EUA)	13.429,5	-2,6	1.858,3	-	61,8	-14,5
11. Ameritech (EUA)	13.427,8	6,8	2.007,6	-	65,3	2,8
12. Nynex (EUA)	13.406,9	0,8	-1.849,9	-	65,8	-6,8
13. Sprint (EUA)	12.765,1	0,8	395,3	-55,6	48,3	-6,5
14. SBC (EUA)	12.670,0	9,1	-930,0	-	59,3	0,9
15. US West (EUA)	11.746,0	7,2	1.317,0	-7,6	61,5 (94)	1,2
16. Telefónica (Espanha)	11.007,8	14,9	851,5	24,3	69,6	-3,7
17. DGT (China)	10.456,9	45,3	-	-	479,5	-1,0
18. Telstra (Austrália)	10.430,7	6,9	1.300,4	4,4	73,3	6,5
19. Telebrás (Brasil)	9.387,5	-8,7	926,8 (94)	-	92,5	-3,2
20. Pacific Telesis (EUA)	9.042,0	-2,1	-2.312,0	-	48,9	-5,2
TOTAL 20 MAIORES	426.663,1	10,8	12.599,8	23,1	2.269,2	-1,7

Fonte: Mário Wohlers de Almeida³⁶.

Cabe notar que, apesar da ótima colocação em relação aos países emergentes, o Sistema TELEBRÁS possuía dificuldades. O desarranjo deu-se, principalmente, pelo tratamento inadequado dado à questão tarifária. Desde antes da constituição do Sistema TELEBRÁS, o poder de fixar as tarifas era fragmentado entre os municípios, e, agora, nessa nova composição do setor, elas passavam a ser definidas pelo Governo Federal, como autoridade econômica, com interesses concentrados na contenção do processo inflacionário e na obtenção arrecadadora, e não na redução de preços e na qualidade ao usuário final.

Com tarifas elevadas para a população, estabelecidas segundo critérios totalmente dissociados dos custos correspondentes dos serviços, as operadoras do Sistema TELEBRÁS não possuíam meios de realizar os intensos investimentos que

³⁶ Cf. A internacionalização das telecomunicações: caracterização básica e impacto institucional. In: BOLAÑO, César Ricardo Siqueira (Org.). *Globalização e regionalização das comunicações*. São Paulo: Educ, 1999.

demandavam as telecomunicações à época, e, ainda, fortemente influenciadas por questões políticas, as empresas estatais tornaram-se ineficazes e inflexíveis do ponto de vista operacional.

As restrições operacionais impostas à gestão empresarial de modo geral equipararam as operadoras do Sistema TELEBRÁS à Administração Pública, sem uma orientação voltada ao lucro e ao cumprimento de metas, e sim controlando os meios operacionais, prejudicando a atuação empresarial e, sobretudo, atravancando o ambiente competitivo.

A acomodação resultante da ausência de competição no setor constituía o fator preponderante para o ambiente estagnado das empresas do Sistema TELEBRÁS. Não existia a necessidade de conquistar o usuário dos serviços, não ocorria estímulo à busca de soluções inovadoras para melhor atendimento à demanda, tampouco havia a intenção de redução de custos dos serviços. Nesse ambiente desestimulado por todos os lados, as telecomunicações no Brasil necessitavam de mudanças e de uma nova perspectiva.

Devido à nova fase política e econômica, com o advento dos processos de desregulamentações e (re)regulamentações nas telecomunicações, especificamente nos países desenvolvidos, a quebra do monopólio público estatal passou a ser uma realidade para as nações em desenvolvimento. Desde o início dos anos de 1980, o Brasil começou a ser visto como um setor atrativo, que despertou a atenção das multinacionais de serviços e de equipamentos dos países ricos, os quais buscavam a expansão financeira e operacional. Nesse momento de abertura da economia, os movimentos pela quebra do monopólio estatal das telecomunicações começaram a proliferar por toda a América Latina.

Conclui-se que o movimento pela desestatização no Brasil passou a ser intensificado a partir do final dos anos de 1980 e início dos anos de 1990, sob o argumento da falta de investimentos e da incapacidade do Estado em gerir empresarialmente serviços públicos que necessitam de forte aparato corporativo. Nessa época, a situação começou a ser enfrentada por meio de propostas de privatizações das operadoras do Sistema TELEBRÁS, as quais vieram efetivamente a ocorrer na metade da década de 1990, dentro de um quadro de reajustamento estrutural e de reforma gerencial do Estado.

No Brasil, como em toda a América Latina, a questão é totalmente outra. Diante da falência do Estado, as privatizações surgem como

uma solução *in extremis* para responder à crise fiscal, sendo parte integrante dos programas de ajuste impostos pelo FMI [Fundo Monetário Internacional]. No caso particular das telecomunicações, são várias as pressões pela liberalização. Em primeiro lugar figuram aquelas externas, decorrentes do interesse das empresas que disputam a hegemonia no setor em nível mundial por um mercado como o brasileiro, tão interessante ao investimento nos serviços de base como nos de valor agregado, além de eventuais considerações de cunho estratégico, sobretudo sobre o Mercosul. Esse tipo de pressão se vê potencializado pela adoção incondicional, por parte das autoridades brasileiras, de um projeto de privatização, sob as mesmas condições conjunturais daqueles vigentes em outros países latino-americanos, confrontados com o problema da crise da dívida [...] mas há um fator de outra ordem que pressiona por transformações no setor e está relacionado às próprias potencialidades do país: a necessidade de superação do atraso acumulado em termos tecnológicos, gerenciais e de universalização dos serviços, tanto nos serviços públicos de caráter universal, que constituem a condição primeira para a criação de uma base comunicativa capaz de qualificar o país a assumir um papel de maior relevo no plano internacional, quanto nos serviços telemáticos e de valor agregado³⁷.

Nesse contexto, o Plano Nacional de Desestatização (PND), criado pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, foi erigido em três etapas. Inicialmente, houve a alienação de empresas que haviam sido absorvidas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), por problemas diversos. Em um segundo estágio, iniciado em 1991, ocorreu a privatização das Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. (Usiminas) e de empresas dos setores siderúrgico, petroquímico, de fertilizantes e do setor metalmeccânico e de aeronáutica, totalizando, até 1995, a quantia de 38 empresas de grande porte. Posteriormente, na terceira fase, deu-se a privatização dos serviços públicos, dentre eles, as telecomunicações.

Dentro de uma perspectiva de política neoliberal, o PND detinha razões políticas e econômicas que estimularam o Governo. As possibilidades de contar com aportes de recursos em grande escala, reduzindo, assim, a dívida pública, de solucionar o problema de investimentos nos setores eminentemente precários e carentes, e ainda de estimular os mecanismos competitivos de mercado, mediante a desregulamentação da atividade econômica, foram fatores determinantes para a reforma do Estado.

³⁷ BRANDÃO, Elizabeth Pazito. *Código Brasileiro de Telecomunicações: uma história de negociação política*. 1985. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1985.

1.2 Reforma gerencial e a implantação da descentralização administrativa (Estado Regulador) nas telecomunicações

A forma de gerir a *res publica* e, conseqüentemente, a estrutura da Administração Pública, vem atravessando, no decorrer do tempo, uma série de transformações, tendo como escopo a busca de um modelo administrativo direcionado à eficiência, com respeito aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, estampados na Constituição Federal.

Superado, então, o período de políticas públicas imbuídas pelo movimento nacionalista dos Governos anteriores, o Brasil instalou a administração pública gerencial em substituição à administração burocrática historicamente amparada no sistema weberiano. Nas palavras de Luiz Carlos Bresser Pereira:

Tornou-se comum afirmar que as reformas orientadas para o mercado que vêm sendo realizadas desde 1980 importam na passagem do Estado produtor para o regulador. Esta linguagem é perigosa, tem forte sabor neoliberal, na medida em que está afirmando que a reforma limita-se a privatizar serviços monopolistas ou quase-monopolistas e, em seguida, estabelecer agências reguladoras dos preços das empresas privatizadas. Por isso, prefiro falar em uma reforma gerencial do Estado e, portanto, que a transição do Estado produtor para o Estado gerencial vai além de criar agências reguladoras: é também o Estado democrático e eficiente, que financia a fundo perdido os serviços sociais e de pesquisa científica e age como capacitador (*enabler*) da competitividade das empresas privadas³⁸.

Buscando na privatização de empresas públicas a emancipação econômica, havia como consequência a necessidade de fortalecer os fundamentos institucionais e estabilizar a inflação da economia. As estratégias foram lançadas com olhos voltados para uma economia de mercado fortemente pressionada por agentes internacionais. O Plano Real criou um ambiente mais palatável para a reforma do Estado, já que a inflação foi estabilizada. Sob a liderança dos EUA e da Inglaterra, e sob a pressão política do Fundo Monetário Internacional (FMI), iniciou-se a alteração do papel do Estado na economia e na sua forma de atuação.

³⁸ Cf. A reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, jul./ago. 2000.

Entretanto, cumpre consignar que há um ideário perseguido pela maioria dos Governos, especialmente na América Latina, de buscar, por meio do instituto da reforma administrativa, um esforço permanente e necessário no sentido de implantar um serviço público profissional, de modo a fortalecer a burocracia. De outra natureza, mas igualmente equivocada, é a confusão de reforma administrativa com mudanças ou aperfeiçoamento de gestão.

Do ponto de vista econômico, conforme expõe Irene Patrícia Nohara, na reforma gerencial promovida na década de 1990, houve a enunciação da livre iniciativa, ou seja, o enaltecimento da economia de mercado, de modo que o Estado passou a desempenhar o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, sem ser demitido de sua função fundamental de promover uma ordem jurídica equilibrada, proporcionando o desenvolvimento nacional sustentável. Sobre o tema, a autora enfatiza que “a reforma realizada no final da década de 90 pelo Ministro Bresser Pereira procurou transformar a burocracia por meio do chamado ‘modelo gerencial’, com inspiração na *new public management*, do sistema do *Comon Law*”³⁹.

Com efeito, pretendia-se, naquele momento, implementar alterações no setor público para estimular a economia e melhorar o poder aquisitivo da classe média. Contudo, as reformas aconteceram dentro de um contexto macroeconômico incerto, já que a dívida externa era alta e o BNDES não possuía meios de subsidiar o setor de telecomunicações, que necessita de capital intensivo na promoção da universalização dos serviços.

Constata-se a influência de mecanismos de gestão da iniciativa privada, caracterizados pelo signo de eficiência, produtividade e alta *performance*, superando o modelo burocrático weberiano, que, por sua caracterização minuciosa, deveria funcionar dentro da estrutura administrativa, sem lugar para o informal, o irracional e o arbitrário, transformando a atuação estatal em um padrão descritivo minucioso e ideal, de critérios e de prescrição⁴⁰.

³⁹ Cf. *Constituição Federal de 1988*: comentários ao capítulo da administração pública. São Paulo: Atlas, 2014.

⁴⁰ “Toda reforma do Estado implica reforma institucional, que provoca mudanças substantivas nas estruturas legal e organizacional e nas políticas públicas. As reformas do Estado que alteram substancialmente a forma de funcionamento do aparelho do Estado merecem ser chamadas de reformas administrativas. Nesse sentido, entendo que existem apenas duas verdadeiras reformas administrativas na história do capitalismo: a reforma burocrática e a reforma do serviço civil. A primeira marca a transição para a dominação racional-legal de que nos fala Weber, representando

A abertura democrática e as reformas que lhe sucederam, especificamente aquelas decorrentes da Emenda nº 8 à Constituição Federal⁴¹, representaram tais mudanças na interação entre a economia e o Estado. A inserção da descentralização administrativa no Estado, sob a ótica de um modelo moderado entre o modelo de gestão liberal e o modelo de gestão intervencionista, sobreveio à incerteza econômica. Vale destacar o que diz Eros Roberto Grau:

O inciso XI referia concessão a *empresas sob controle acionário estatal* dos “serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações”. A nova redação conferida ao preceito, que menciona singelamente *serviços de telecomunicações*, refere simplesmente a *autorização, concessão ou permissão* dos serviços, o que importa em que possam vir ser *privatizados*. Este terá sido, seguramente, o objetivo maior visado pelo Poder Executivo na proposição da reforma constitucional, em coerência com o programa neoliberal e de internacionalização econômica. O interesse das multinacionais, sobretudo na telefonia celular, é bem marcante, articulando-se com grande eficiência⁴².

Em que pese o Estado ter as suas atribuições previstas pela Constituição Federal, que, por sua vez, exprime a realidade do seu povo, os seus costumes e a sua cultura social e econômica, alguns países, assim como o Brasil, passaram a implementar, paulatinamente, a tese do Estado Mínimo, sob o rótulo do neoliberalismo propugnado por Margaret Thatcher, como sendo um novo paradigma contemporâneo. Acerca do assunto, Luiz Carlos Bresser Pereira explica:

A Administração Pública Gerencial é frequentemente identificada com as ideias neoliberais. O fato é que as medidas decorrentes do modelo gerencial são quase sempre introduzidas ao mesmo tempo

um momento fundamental do processo histórico de racionalização burocrática. Através dela instala-se uma administração profissional, estabelecendo-se instituições e políticas públicas próprias da administração pública burocrática. A segunda, por sua vez, partindo da existência de um serviço civil, desenvolve um conjunto de instituições e de princípios que viabilizam e dão origem à administração pública gerencial. As outras ‘reformas administrativas’ ou são tentativas fracassadas, ou são momentos da implantação, no passado, da reforma burocrática, e, no futuro, da reforma gerencial, já que nem uma destas duas grandes reformas se implanta de um dia para outro”. Vide BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, A reforma gerencial do Estado de 1995, *Revista de Administração Pública*.

⁴¹ Emenda Constitucional nº 8: “Art. 1º. O inciso XI e a alínea ‘a’ do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação: ‘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 - [...] a) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; [...]’”.

⁴² Cf. *Direito posto e pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, grifos do autor.

em que se implantam programas de ajuste estrutural que visam enfrentar a crise fiscal do Estado⁴³.

Foi nesse contexto que surgiu a proliferação das Agências Reguladoras no Brasil, difundindo a cultura da subsidiariedade⁴⁴, com natureza jurídica de autarquias em regime especial, no intuito de disciplinar diferentes segmentos da economia com *expertise* técnica e conhecimento setorial, de forma supostamente neutra, em prol da busca da “eficiência” no Estado e em meio a um cenário fiscal incerto e com alta dívida pública.

Dentro dos objetivos do Estado Regulador, Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que algumas tendências podem ser apontadas, dentre as quais: (a) criar condições para a participação do cidadão no processo político; (b) privatizar por meios que permitam reduzir o papel do Estado na ordem econômica e social; (c) desregular a economia, aplicando regras de livre concorrência; (d) reservar ao Estado a fiscalização, o incentivo, o planejamento e a regulação; (e) submeter o Estado a normas de Direito Internacional Comunitário; (f) desburocratizar a Administração Pública; e (g) ampliar as técnicas de fomento⁴⁵.

A principal característica dessa transformação do Estado, especificamente no que diz respeito aos serviços públicos de telecomunicações, foi a permissão para transferir atividades essenciais até então desenvolvidas diretamente pelo Estado, por intermédio das empresas do Sistema TELEBRÁS e de algumas outras pequenas e regionalizadas operadoras públicas, aos particulares, que, por sua vez, estariam submetidos à disciplina regulatória do Estado, sob o seu crivo de fiscalização e orientação de políticas públicas.

Não é difícil notar que as funções e os objetivos assumidos pelo Estado descentralizado, investido pela denominação de Estado Regulador, transcendem, em muitos aspectos, as concepções tradicionais do Direito e, principalmente, do Estado propriamente dito.

⁴³ Vide Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁴⁴ NOHARA, Irene Patrícia, *Constituição Federal de 1988: comentários ao capítulo da administração pública*. Trata-se de um sentido criticado por Emerson Gabardo e Gilberto Bercovici, que entendem não ser possível a aceitação de que o sistema de descentralização administrativa pauta-se pela subsidiariedade nem mesmo que poderia ser legitimado por um modelo de Estado Gerencial-Liberal.

⁴⁵ Vide Regulação e legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia (coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

O paradigma contemporâneo cinge entre a crítica veemente do Estado *versus* um ideário que alça novas categorias e princípios a partir de uma nova forma de pensar e gerir o ente estatal, e, por assim dizer, o ideário de um “novo Direito Administrativo”, que está inserido na ideia de um novo tempo. Nesse sentido, elucida Emerson Gabardo:

Um tempo que não mais é propício para alguns signos tradicionalmente aceitos. Alguns teóricos, por exemplo, com o objetivo manifesto de culpar o princípio da supremacia do interesse público pelas mazelas da atuação estatal contemporânea, vão em busca de certo “pecado original” pelo qual o Estado deve quotidianamente ser declarado culpado, cabendo-lhe como redenção apenas a recorrência ao interesse privado ou à ponderação (esta última a palavra mágica do novo século)⁴⁶.

Com a substituição do modelo de Estado burocrático, verifica-se a contraposição entre liberalismo e protecionismo, que acaba por inverter a ordem legal do ente estatal em torno da sociedade, na intenção de acompanhar as rápidas transformações, sejam elas de cunho tecnológico, econômico, cultural, político ou social. O Estado assume, dessa forma, funções cada vez mais complexas, que exigem atuação de forma eficiente, altamente técnica e preparada, respeitando, a fundo, as especificidades de cada setor e, principalmente, considerando o atendimento ao interesse público envolvido.

A complexidade da atuação estatal do modelo gerencial, juntamente com a pluralidade de Agentes Reguladores exercendo funções administrativas mediante a derrogação de funções, torna evidente a descentralização da própria legalidade em si. A legislação que visa a prever todas as situações possíveis e a garantir a plenitude da lei, com a vinculação total do administrador do Estado, tornou-se inviável para a realização dos fins da descentralização administrativa.

Neste ponto, fica evidenciado que a crise de legalidade da atuação do Estado e o reconhecimento do avanço irrefreável da pluralidade jurídica e do dinamismo das relações políticas e econômicas da atualidade, somados à superação da ideia de Estado, já não permitem mais disciplinar os meios adequados à realização dos fins.

Com essa nova conformação, aumenta a responsabilidade, bem como a importância dos entes reguladores na consecução dos objetivos inicialmente traçados pelo Estado, pois agora caberá a eles, com base nas diretrizes gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados, escolher qual a melhor forma de persecução do

⁴⁶ Cf. *Interesse público e subsidiariedade*: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal.

interesse público, qual a melhor forma de atendimento aos fins ao qual se destina a entidade e qual a melhor forma de atendimento aos direitos fundamentais envolvidos. Nesse sentido, a discricionariedade ganha destaque na descentralização administrativa.

O poder discricionário, na acepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, difere-se da atuação plenamente vinculada da Administração Pública, por ser esta a única escolha possível, enquanto, na administração indireta, resulta para o administrador um campo de liberdade quanto à maneira de proceder no caso concreto. O autor prossegue em seu raciocínio, afirmando que:

[...] o chamado poder discricionário tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. Só assim poderá ser corretamente entendido e dimensionado. Compreende-se, então, que o que há é um dever discricionário antes que um poder discricionário⁴⁷.

Na esteira de tais considerações, não se pode mais identificar, claramente, a atuação do Estado quanto ao manejo do serviço público, tendo em vista que a descentralização administrativa criou um novo contexto para a sua exploração.

1.3 Privatização, desestatização e liberalização das telecomunicações

Antes de adentrar o campo das transformações ocorridas durante o processo de privatizações pelo qual o Brasil passou nos anos de 1990, em especial no setor de telecomunicações, há que se entender, primeiramente, que privatização é uma espécie do gênero “desestatização”.

Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho e Marcos Juruena Villela Souto estabelecem claramente a diferenciação entre os dois termos. Ambos os autores situam a desestatização como um conceito ideológico que poderia se enquadrar no momento histórico. Para o primeiro,

O conceito de desestatização possui um caráter ideológico, no sentido de ter se tornado um fim perseguido pela sociedade contemporânea. Constitui, de outro lado, um amplo movimento da sociedade contemporânea em direção a mais democracia e maior autonomia para decidir seus próprios destinos, sem a tutela onipresente do Estado. Com esse significado, possui um sentido mais amplo do que contêm as noções de privatização e desregulamentação. Enquanto a desestatização e desregulamentação situam-se no campo da realidade concreta,

⁴⁷ Cf. *Discricionariedade e controle judicial*. São Paulo: Malheiros, 2001.

objetivada pelo Direito, consubstanciado nos atos e leis decorrentes⁴⁸.

Nas palavras do segundo, desestatização

[...] é a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associadas de funções públicas⁴⁹.

Não obstante esses autores entenderem que a desestatização representa um gênero, é necessário ter em mente que ela representa um momento político e econômico vivenciado no mundo durante o século XIX, com o Liberalismo Econômico propugnado por Adam Smith.

A privatização, em que pese haver diferentes correntes de pensamento, surgiu no Brasil como uma nova forma de desestatização, com objetivos específicos de angariar recursos para o Estado por meio da transferência de propriedade e desvinculá-lo de algumas atividades econômicas consideradas privadas por natureza, mas também de algumas consideradas públicas, em relação às quais o Estado se encontrava em dificuldades de promover a prestação eficiente à sociedade e, conseqüentemente, de reduzir a intervenção estatal na economia, em tese.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro traz uma importante colaboração ao conceito de privatização, sustentando que:

Essa ideia corresponde a um conceito bem amplo de privatização, que abrange todas as medidas adotadas com o objetivo de diminuir o Estado e que compreendem, fundamentalmente: (a) a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico); (b) a desmonopolização de atividades econômicas; (c) a venda de ações de empresas estatais ao Setor Privado (desnacionalização ou desestatização); (d) a concessão de serviços públicos (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais, como vinha ocorrendo); (e) os *contracting out* (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do Setor Privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços); é nesta última fórmula que entra o instituto da terceirização. [...] o objetivo único é demonstrar a existência e aceitabilidade de conceitos amplos de privatização e a multiplicidade de técnicas de privatização. Trata-se, na realidade, de um conceito ou de um processo em aberto, que pode assumir

⁴⁸ Cf. *Privatização no Estado contemporâneo*. São Paulo: Ícone, 1996.

⁴⁹ Vide *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos⁵⁰.

Várias etapas foram superadas para implementar a reforma das telecomunicações no Brasil. As concessões para as operadoras privadas móveis entrantes no mercado em 1996, a aprovação da Lei Geral de Telecomunicações (LGT) em 1997, a reestruturação e a privatização do Sistema TELEBRÁS, e a emissão de licenças para operadoras privadas entrantes em serviços de telefonia fixa e internet.

Em julho de 1998, quando as privatizações do Sistema TELEBRÁS ocorreram, toda a estrutura regulatória do setor já havia sido implementada. A Lei Geral de Telecomunicações havia sido erigida pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) já estava em operação e a Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996, conhecida como a Lei Mínima, possibilitou a entrada de novas empresas para prover o serviço de telefonia celular, mesmo ainda incipiente, porém de projeções inimagináveis.

Especificamente no serviço de telefonia celular, em 1996, passou-se de uma situação que era de monopólio para duopólio e, posteriormente, para a concorrência indiscriminada, em tese. O duopólio foi estabelecido por meio da competição para a exploração do serviço celular na chamada Banda B e da verticalização da chamada Banda A.

Já quanto aos serviços de telefonia fixa, o território nacional foi dividido em quatro macrorregiões, como uma espécie de fatiamento do Sistema TELEBRÁS, para serem leiloadas.

O Plano Nacional de Desestatização do Brasil foi considerado, no cenário internacional, como um dos maiores já concebidos, tanto pelo volume de recursos como pela diversidade dos setores da economia envolvidos⁵¹. Todos os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento privatizaram diversas de suas empresas estatais, dos mais variados setores, por motivos nitidamente econômicos, como, por exemplo, o pagamento de suas dívidas externas. Contudo, as evidências demonstram que, de fato, houve um planejamento estratégico político para abrir

⁵⁰ Cf. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵¹ GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

portas a grupos internacionais que detinham interesses no mercado brasileiro pujante e promissor.

Os leilões do Sistema TELEBRÁS continham regras de restrição de propriedade cruzada, que impediram que os mesmos grupos comprassem diferentes empresas, contornando, assim, possíveis monopólios. Potencialmente, esses leilões também garantiam mais rentabilidade ao Estado leiloeiro. Os mesmos acionistas não tinham permissão para adquirir o controle de mais de 20% do capital votante de mais de uma das empresas⁵². Fusões entre os componentes dessas empresas também foram proibidas e os seus proprietários não tinham permissão para participar de leilões entrantes nesse segmento.

O objetivo dessa estruturação foi reduzir a percepção do risco institucional por parte dos investidores e proporcionar uma nova forma de atuar no exercício da atividade econômica, ancorando-se em bases funcionais e burocráticas diferenciadas.

Nesse período, o processo de inovações tecnológicas era irrefreável e mundialmente disseminado, e a nova realidade reestruturou a forma de viver da sociedade, com a entrada em cena de empresas enxutas, voltadas exclusivamente à lucratividade e à competitividade, promovendo a redução de custos, incentivando investimentos em larga escala e utilizando fortemente o aparato econômico para o desenvolvimento do setor.

O próximo passo foi conceder novas licenças, a título oneroso, para empresas que reunissem condições de prover serviços de internet e de telefonia fixa, eliminando, desse modo, qualquer restrição de entrada. Essas novas entrantes foram chamadas de “empresas-espelho”, pois utilizavam as redes das

⁵² Decreto nº 2.546, de 14 de abril de 1998. Aprova o modelo de reestruturação e desestatização das empresas federais de telecomunicações supervisionadas pelo Ministério das Comunicações: “Art. 7º. Nos termos do disposto no Plano Geral de Outorgas e no Regulamento do Serviço Móvel Celular, é vedada, no decurso do processo de desestatização, a aquisição, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, do controle, direto ou indireto, de participação maior ou igual a vinte por cento do capital votante: I - de mais de uma das quatro empresas indicadas nos incisos I a IV do art. 3º deste Modelo; II - de mais de uma das quatro empresas indicadas nos incisos V a VIII do art. 3º deste Modelo; III - de mais de uma das quatro empresas indicadas nos incisos IX a XII do art. 3º deste Modelo; e IV - de qualquer das oito empresas indicadas nos incisos V a XII do art. 3º deste Modelo, que atue em base territorial em que já detenha, direta ou indiretamente, concessão para exploração do Serviço Móvel Celular. Parágrafo único. É vedado aos novos controladores promover a incorporação ou fusão das empresas relacionadas nos incisos I a IV do art. 3º deste Modelo com as indicadas nos incisos V a XII, bem como de suas respectivas controladoras”.

concessionárias para compor as suas próprias redes e assim prover os seus serviços de internet e telefonia fixa.

Várias regras regulatórias para essas empresas eram menos severas do que para as concessionárias, no intuito de contrabalancear as vantagens de elas serem as primeiras, ou seja, de já estarem estabelecidas e terem o espólio de rede e estrutura já formado pelas empresas até então de domínio público.

As principais obrigações das concessionárias anteriormente estabelecidas e que não alcançariam as “empresas-espelho” seriam o cumprimento de metas de universalização⁵³ de serviços, a submissão a controle de preços, o cumprimento mais rígido da obrigação de não interrupção dos serviços, a separação contábil e a reversibilidade dos bens ao término da concessão.

Tais mecanismos foram empregados com o conceito de assimetria regulatória, que será visto mais adiante, exigindo do ente regulador certa *expertise* para manejar as eventuais intempéries do setor, com o fito de estimular adequadamente os agentes econômicos envolvidos.

Esses objetivos se revelam quando o Estado opta por considerar certa atividade como monopólio legal de sua titularidade, levando-se em consideração razões estratégicas ou fiscais de Estado e de excepcional atuação no domínio econômico, uma vez que representam uma forte restrição à livre iniciativa.

Desse modo, o ente estatal age a fim de que possa deter maior controle sobre as atividades, muito embora se encontre condicionado a questões de tempo e de espaço, ou seja, conforme delineado pela demanda da sociedade e exposto à captura pelo poder econômico.

1.4 Modelo de organização administrativa gerencial das telecomunicações

No Brasil, a proliferação de movimentos políticos neoliberais, a constante falta de recursos por parte do Estado para arcar com o investimento intensivo nos serviços de telecomunicações e as dificuldades encontradas para a prestação de serviços públicos de qualidade fizeram com que a descentralização administrativa

⁵³ Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público. Cf. Lei Geral de Telecomunicações, artigo 79, § 1º.

ganhasse força, com a possibilidade de ser transferida para o setor privado a prestação de determinados serviços públicos e de importantes atividades econômicas.

Com bem salienta Gilberto Bercovici, “Vivemos um período de anormalidade estabelecido pela exceção econômica emanada da vontade do mercado, que dificulta a promoção do desenvolvimento nacional, para a superação do subdesenvolvimento”⁵⁴.

Isso aumenta a responsabilidade e a importância dos entes reguladores na consecução de seus objetivos, afinal, agora cabe a esses agentes, com base nas diretrizes gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados apresentados por lei, escolher qual a melhor forma de persecução do interesse público, qual a melhor forma de atendimento aos fins ao qual se destina a entidade e qual a melhor forma de atendimento aos direitos fundamentais envolvidos.

Nesse sentido, tanto o setor privado quanto o setor público devem reorganizar-se na medida em que a evolução da sociedade demanda por diferentes produtos ou serviços, transformando a sua maneira de viver em todos os sentidos.

As mudanças pelas quais as telecomunicações vêm passando nos últimos tempos reestruturaram significativamente o setor, sob vários aspectos. A introdução de novas tecnologias, o advento da internet e a informatização das empresas e dos processos produtivos promoveram um novo contorno ao contexto social.

A reorganização do setor deu-se por meio de diretrizes para buscar garantir à população o acesso aos serviços, por intermédio de tarifas e preços razoáveis, bem como para estimular a expansão e a disseminação de redes e a adoção de medidas regulatórias que promovessem a competição e a diversidade de produtos à disposição dos usuários. O contexto das diretrizes das mudanças promovidas no setor das telecomunicações por intermédio do ambiente regulado pelo Estado e explorado pela iniciativa privada foi delineado de forma dogmática:

Embora a LGT deposite grande confiança no livre jogo das forças de mercado, algumas características do setor das telecomunicações impõem simultaneamente uma forte presença do Estado, que, mediante mecanismos de intervenção por direção, determina aos

⁵⁴ Cf. O Estado promotor do desenvolvimento. In: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

agentes privados diversas obrigações, com vistas à satisfação do interesse público⁵⁵.

É válido observar que a readequação normativa foi fundamental para acompanhar as mudanças econômicas e tecnológicas da sociedade, implicando uma nova regulamentação e um novo arcabouço jurídico e institucional que introduzisse uma nova lógica ao setor.

Desse modo, a Lei Geral de Telecomunicações escolheu a fixação do regime de prestação dos serviços de telecomunicações em público e privado. A escolha concretiza-se pelo instrumento de delegação, concessão ou autorização, bem como quanto aos condicionamentos regulamentares a que todas as modalidades de serviços estão sujeitas para o alcance de sua destinação pública, e não de acordo com a indiscriminada liberdade privada.

Em se tratando de atividade que é classificada como serviço público⁵⁶, cumpre notar que as telecomunicações deixaram de ser vistas como um bem público essencial a ser oferecido pelo Estado por meio de políticas públicas, passando a ser entendidas como um serviço integrado à lógica de desenvolvimento do capitalismo globalizado, predominantemente voltado ao atendimento de demandas empresariais e da sociedade como um todo, regido pelas leis de mercado⁵⁷.

Todavia, deve ser levada em consideração a busca por aqueles objetivos constitucionais implícitos nos serviços públicos, tais como a competição, a eficiência na prestação e na oferta, a disputa real para a redução de preços e o ideal de universalização, preservando as garantias ínsitas à noção de serviço público.

⁵⁵ MELCHIOR, Silvia Regina B. Neutralidade no direito brasileiro. In: DEL MASSO, Fabiano Dolenc; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2014.

⁵⁶ Há grande divergência entre a classificação do serviço público no setor de telecomunicações. A Constituição Federal, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, estabelece que as telecomunicações são um serviço público, ao passo que a Lei Geral de Telecomunicações determina que somente o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) é classificado como serviço público, conforme dispõe o artigo 64: "Art. 64. Comportar-se 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. Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral". Nesta pesquisa, há evidência de que o marco regulatório necessita de mudanças para alterar a legislação, que, atualmente, é fragmentada quanto aos tipos de serviços e seus respectivos regimes jurídicos aos quais estão subordinados, para um regime convergente, que dissolva tais parâmetros, a fim de que todos os tipos de serviços de telecomunicações sejam subordinados às mesmas regras, competências, obrigações e direitos.

⁵⁷ AQUILES, Affonso Cardoso. *A realidade do trabalho nas telecomunicações: o caso das empresas-espelho*. Londrina: Grupo de Estudos de Política da América Latina, 2010.

Os instrumentos e as medidas que se articulam para assegurar tais objetivos costumam ser bem definidos, tendo em vista a efetivação de determinada política pública setorial, visando ora a restringir a liberdade da iniciativa econômica no acesso, na organização ou no exercício da atividade, por meio de mecanismos preventivos ou repressivos, ora a promover incentivo ou apoio aos agentes econômicos, para que realizem comportamentos condizentes com o desenvolvimento do setor.

Imprescindível mostra-se, portanto, a presença do Estado, em função das características estruturais das telecomunicações, como regulador de mercado, promovendo um regime de concorrência regulamentada⁵⁸. É inegável que, para o adequado funcionamento do setor, e, em sentido amplo, da economia, o Estado é a mola propulsora para o desenvolvimento econômico.

Nesse sentido, a derrogação dos serviços de telecomunicações à iniciativa privada, com a descentralização da administração do Estado por intermédio da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), foi materializada na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no artigo 21, inciso 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”.

Posteriormente, a Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 – tratou da criação da ANATEL, como Agência Reguladora e entidade integrante da Administração Pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, cujo regulamento foi aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997. Seu objetivo foi bem delineado:

Promover o desenvolvimento das telecomunicações do País de modo a dotá-lo de uma moderna e eficiente infraestrutura de telecomunicações, capaz de oferecer à sociedade serviços adequados, diversificados e a preços justos, em todo território nacional⁵⁹.

Com o objetivo de regular o setor, a ANATEL dispõe de alguns instrumentos norteadores das políticas públicas: (i) o Plano Geral de Outorgas (PGO); (ii) o Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU); (iii) o Plano Geral de Metas de

⁵⁸ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 7. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2007.

⁵⁹ Vide AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Documento de encaminhamento da Lei Geral das Telecomunicações comentando-a*. E.M. nº 231/MC. Brasília, DF: ANATEL, 1996.

Qualidade (PGMQ); (iv) contratos de concessão e de autorização; e (v) os regulamentos.

Os pilares do novo modelo do setor das telecomunicações foram erigidos pelos princípios norteadores da universalização dos serviços de telecomunicações, tidos como essenciais, considerando a ampla e irrestrita competição por meio da assimetria regulatória, a exploração dos serviços tanto em regime público quanto em regime privado entre concessionárias e autorizadas, e a divisão do território nacional em três operações regionais e uma operação de longa distância nacional⁶⁰. O Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003, estabeleceu políticas públicas de telecomunicações, as quais orientam a Agência em uma atuação mais finalística.

Dentre as medidas adotadas pelo Ministério das Comunicações (MC) e pela ANATEL para implantar o que estabelece a LGT, vale destacar: (i) a reestruturação da TELEBRÁS em três empresas *holding* de telefonia fixa local, uma de longa distância e oito de telefonia móvel, conforme o Decreto nº 2.546, de 14 de abril de 1998; (ii) a contratação, em 14 de maio de 1998, de consultorias para realizar a avaliação econômico-financeira das empresas a serem privatizadas; (iii) a assinatura de 70 contratos de concessão do STFC – telefonia fixa; (iv) a publicação do Edital MC/BNDES nº 1/1998, em 10 de junho de 1998, cujo objetivo era alienar as ações equivalentes a 51,79% do capital votante de cada empresa do Sistema TELEBRÁS; e (v) a realização do leilão, em 29 de julho de 1998, pelo preço mínimo de R\$ 10,67 bilhões, somando-se todas as empresas de STFC – telefonia fixa⁶¹.

A Tabela 1, a seguir, traz os resultados do referido leilão da TELEBRÁS.

⁶⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Plano Geral de Metas de Competição*. Brasília, DF: ANATEL, 2017. Disponível em: <https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Default.asp?SISQS modulo=1427&SISQSSistema=38>. Acesso em: 10 nov. 2018.

⁶¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório de Auditoria TC 015.409/2016-3*. Relator Ministro Bruno Dantas. Brasília: TCU, 2016.

Tabela 1 - Resultados do leilão da TELEBRÁS

Empresa	Consórcio vencedor	Linhas 1998	População (milhão)	Preço mínimo (US\$ milhões)	Preço obtido no leilão (US\$ milhões)	Ágio (%)
Telesp	Telefónica de Espanha, Portugal Telecom, RBS, Iberdrola, BBV	6.102	34.564	3.028	4.974	64,3
Tele Norte-Leste	Andrade Gutierrez, La Fonte, Inepar, Macal, companhias de seguro locais	7.671	89.441	2.924	2.954	1,0
Tele Centro-Sul	Telecom Italia, Algar, Opportunity, Splice	3.704	27.189	1.677	1.780	6,2
Subtotal telefonia fixa		17.477	151.194	7.629	9.708	27,2
Telesp Celular	Portugal Telecom	1.637	34.564	946	3.086	226,2
Tele Sudeste Celular	Telefónica de Espanha, Iberdrola, NTT, Itochu	798	16.633	490	1.170	138,6
Telemig Celular	Telesystem, fundos de pensão locais, Opportunity	537	17.109	198	650	228,7
Tele Sul Celular	Telecom Italia, Globopar, Bradesco	562	14.587	198	602	204,3
Tele Centro Celular	Splice	495	12.602	198	378	91,3
Tele Nordeste Celular	Telecom Italia, Globopar, Bradesco	572	26.239	194	568	193,3
Tele Leste Celular	Telefónica de Espanha, Iberdrola	298	14.536	108	348	224,0
Tele Norte Celular	Telesystem, fundos de pensão locais, Opportunity	263	14.924	77	162	108,9
Subtotal telefonia celular		5.162	151.194	2.408	6.965	189,2
Embratel	MCI			1.548	2.279	47,2
Telebrás		22.639	151.194	11.586	18.952	63,6

Fonte: Ana Novaes⁶².

A empresa TELEBRÁS manteve-se em uma atuação estratégica no setor, com a finalidade de prover serviços para o Estado e ainda estimular a universalização nas localidades que não tivessem sido alcançadas pelo PGMU, preservando a missão e as diretrizes anteriormente estabelecidas no artigo 3º da Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, quando da sua criação:

Art. 3º. Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma sociedade de economia mista denominada Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a finalidade de:

I - planejar os serviços públicos de telecomunicações, de conformidade com as diretrizes do Ministério das Comunicações;

⁶² Cf. Privatização do setor de telecomunicações no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUHASAKU, Kiichiro (ed.). *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Brasília: BNDES/OCDE, 2000. cap. 5 *apud* TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, *Relatório de Auditoria TC 015.409/2016-3*.

- II - gerir a participação acionária do Governo Federal nas empresas de serviços públicos telecomunicações do país;
- III - promover medidas de coordenação e de assistência administrativa e técnica às empresas de serviços públicos de telecomunicações e aquelas que exerçam atividades de pesquisas ou industriais, objetivando a redução de custos operativos, a eliminação de duplicações e, em geral, a maior produtividade dos investimentos realizados;
- IV - promover a captação em fontes internas e externas, de recursos a serem aplicados pela Sociedade ou pelas empresas de serviços públicos de telecomunicações, na execução de planos e projetos aprovados pelo Ministério das Comunicações;
- V - promover, através de subsidiárias ou associadas, a implantação e exploração de serviços públicos de telecomunicações, no território nacional e no exterior;
- VI - promover e estimular a formação e o treinamento de pessoal especializado, necessário às atividades das telecomunicações nacionais;
- VII - executar outras atividades afins, que lhe forem atribuídas pelo Ministério das Comunicações.

Em 12 de maio de 2010, por meio do Decreto nº 7.175, que instituiu o Programa Nacional de Banda Larga (PNBL), cujo objetivo é o de fomentar e difundir o uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologia de informação e comunicação, a TELEBRÁS foi reativada com novas atribuições, a saber: (i) implementar a rede privativa da administração pública federal; (ii) prestar apoio e suporte a políticas de conexão à internet em banda larga de setores como educação e saúde; (iii) prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações; e (iv) atuar como provedora de acesso à internet para usuários finais “apenas e tão somente em localidades onde inexista oferta adequada daqueles serviços”⁶³.

Consoante assinala Luiz Fernando Taboada, em paralelo a todo o movimento político e econômico, a evolução tecnológica manteve o seu ritmo acelerado, cada vez mais exigindo eficiência e melhor *performance* dos agentes envolvidos. O advento da internet e a proposta de digitalização completa das redes (voz, dados, televisão etc.), possibilitando a oferta de serviços multidisciplinares em uma única plataforma, trouxeram a definição clássica de convergência tecnológica.

Esse processo implicou dois desdobramentos naturais decorrentes, a convergência regulatória e a convergência empresarial⁶⁴, como um conjunto global:

⁶³ Vide artigo 14, incisos I, II e III do Decreto nº 7.175/2010.

⁶⁴ “[...] a convergência tecnológica requer convergência regulatória, que, por sua vez, controla diretamente os mecanismos que envolvem a convergência empresarial, ou seja, influencia nos

Ao fazer uma análise sobre a convergência, é necessário deixar claro que para o termo convergência tecnológica não se tem uma definição única. Os especialistas da área trabalham com quatro noções distintas, a saber: a) genérica: a fusão entre os setores de telecomunicações, informática (TI) e radiodifusão; b) entre serviços: os mesmos serviços, aplicações e conteúdos proporcionados mediante diferentes redes; c) entre redes: uma mesma rede que suporta diferentes serviços; d) entre terminais: os terminais que suportam diferentes serviços paralelamente. A natureza básica dos serviços implica em prestações com duas características: são desenvolvidas em um ambiente multimídia ou em redes independentes natureza do sinal (voz, áudio, vídeo, dados e outros) e sua codificação pode ser igualmente intercambiada entre pontos finais (dispositivos) com características similares⁶⁵.

Importante salientar que toda essa nova conjuntura acabou por influenciar diretamente as próprias Agências Reguladoras, que, obrigatoriamente, precisarão ser modernizadas por meio da implementação de novos modelos organizacionais compatíveis com esse novo cenário.

No intuito de exprimir celeridade às deliberações da Agência, foram promovidas alterações em dispositivos regulatórios para dar maior agilidade à conclusão de processos administrativos, diminuir o volume de processos cujos objetos são repetitivos à análise do Conselho Diretor e uniformizar entendimentos repetitivos, mediante a expedição de súmulas.

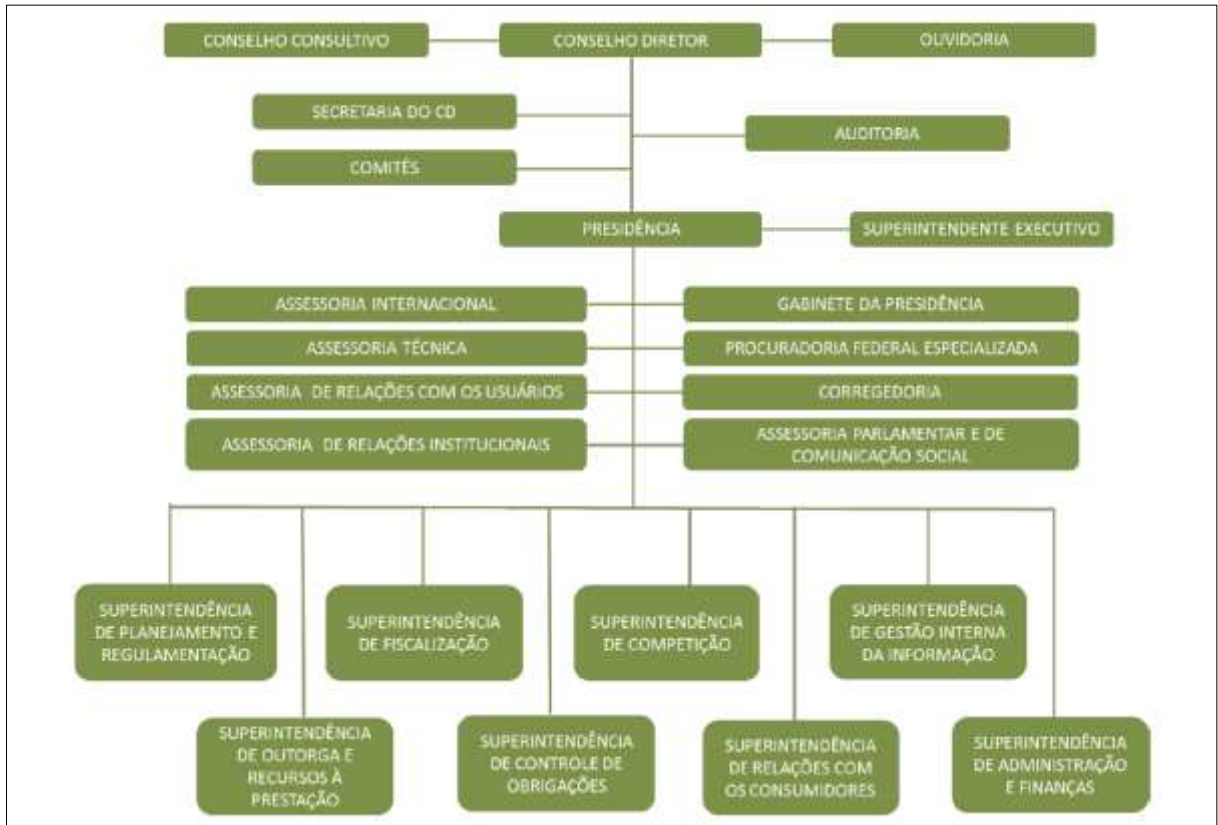
Para o bom funcionamento da Agência, como em qualquer outra instituição do Estado, demandou tempo de amadurecimento de seu sistema de gestão. A fim de tratar de seu funcionamento, foi aprovado o primeiro Regimento Interno da ANATEL, por meio da Resolução nº 197, de 16 de dezembro de 1999. A primeira alteração foi aprovada pela Resolução nº 270, de 19 de julho de 2001. Posteriormente, toda a reforma gerencial pela qual passou a ANATEL ocorreu por força da Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, cujo objetivo foi o de ampliar a sua eficiência na regulação e na fiscalização dos serviços de telecomunicações, em um contexto do desenvolvimento tecnológico, bem como de realizar a adoção de novos modelos de negócios das empresas do setor.

processos e no momento adequado para promover a reorganização das empresas prestadoras de serviços que participam do mercado.” Cf. TABOADA, Luiz Fernando. *Convergência tecnológica, regulatória e empresarial: as demandas organizacionais e econômicas no âmbito das instituições de telecomunicações brasileiras no período pós-privatização (1998-2013)*. TELECO, [S.l.], 6 nov. 2017. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialeletronica/default.asp>. Acesso em: 4 nov. 2018.

⁶⁵ *Ibidem*.

Para melhor compreensão, a Figura 1 apresenta o organograma atual da ANATEL:

Figura 1 - Organograma da ANATEL



Fonte: Relatório de Gestão do Exercício de 2017 da ANATEL⁶⁶.

⁶⁶ Cf. *Relatório de gestão 2017*. Brasília, DF: ANATEL, 2018. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documentoVersionado.asp?numeroPublicacao=348395&documentoPath=348395.pdf&Pub=&URL=/Portal/verificaDocumentos/documento.asp>. Acesso em: 10 nov. 2018.

2 PROBLEMAS DO MODELO GERENCIAL ADOTADO PELO ESTADO NO AMBIENTE DAS TELECOMUNICAÇÕES: A HERANÇA POLÍTICA

Comparando-se com o contexto atual, é relativamente consensual que a desestatização do setor promoveu a disseminação dos serviços e alcançou parte da população que até então não possuía meios de usufruir das telecomunicações. Entretanto, há posições da doutrina especializada diametralmente opostas quanto à justificativa e os motivos que levaram o setor a tais condições.

A primeira delas defende que a expansão do setor somente foi possível em razão dos investimentos realizados pela ocasião da desestatização e que a reforma não se limitou à venda das empresas estatais para o setor privado, mas veio acompanhada da abertura dos mercados para novas prestadoras.

Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld sustenta que: “[...] a concorrência seria boa tanto para o desenvolvimento econômico, porque apressaria a expansão da planta de serviços, como para o consumidor, pois geraria disputa, com melhoria de preços e serviços”⁶⁷.

A segunda posição defende que a expansão do setor ocorreu por mera evolução das tecnologias, que possibilitou a disseminação dos serviços, em um fenômeno de evolução dos tempos, bem como que todo o plano de desestatização foi engendrado e subsidiado pelo próprio dinheiro público, por meio de financiamentos do BNDES, que concedeu empréstimos a grupos internacionais para que eles pudessem ingressar no mercado brasileiro.

Trata-se de um dos temas mais palpitantes desta pesquisa, pois, ao abordar a regulação estatal dos serviços, denota-se que a desestatização contribuiu para a relevância desse fenômeno e os fatores que levaram à desestatização também contribuíram para os seus efeitos. Portanto, os fatores que levaram à desestatização das telecomunicações foram vários, ressaltando-se o exaurimento da capacidade de investimento estatal propositadamente, impossibilitando tanto a expansão como a modernização e a universalização dos serviços.

Contudo, a operação privatizadora não resolve, por si só, toda a complexa problemática que desponta no plano jurídico, econômico e até mesmo político, visto que é apenas o seu ponto de partida. E partindo dessa premissa, resta uma

⁶⁷ Cf. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

indagação: como instaurar a concorrência em segmentos que permanecem sob o regime de monopólio ou de oligopólio?

Quanto ao papel das Agências Reguladoras, ainda há diversas problemáticas a serem solucionadas, dentre as quais se destacam: (i) os problemas da assimetria regulatória entre os diferentes tipos de agentes do setor; (ii) a lentidão da Agência em prejuízo da competição do setor e a captura do setor pelo oligopólio formado pelos grandes grupos econômicos; (iii) os problemas da fiscalização descentralizada, que transformou a Agência em uma indústria de multas; (iv) a judicialização do setor; (v) os problemas da alta carga tributária e o incremento para o financiamento de políticas públicas; (vi) a questão do regime jurídico dos serviços com o anúncio de alteração da LGT; (vii) a reversibilidade dos bens das concessões; (viii) o exaurimento do serviço de telefonia fixa e os problemas de universalização.

É necessário ressaltar que a dinâmica do novo sistema de organização do setor levou a mudanças radicais. Pontos como a pouca expressiva participação popular nas decisões do setor, o baixo nível de organização da sociedade civil e a expectativa quanto à atuação do Agente Regulador, dentre outras questões relacionadas à sociedade como um todo, devem ser ponderados.

2.1 Assimetria regulatória: “empresas-espelho” e provedores regionais

A busca de eficiência do Estado depende da criação de estruturas de mercado favoráveis, o que somente poderá acontecer mediante a reorganização dos agentes e a forma de exploração do setor. O estímulo a um ambiente altamente competitivo, apto à condução de uma atuação satisfatória em cada um dos agentes, levando em consideração os próprios limites estruturais, dependerá da atuação constante do Agente Regulador.

Cumprir observar que, amplamente legitimada por decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a atuação da ANATEL não se limita à proteção dos direitos dos consumidores dos serviços de telecomunicações. Cabe a ela, sobretudo, promover o estímulo e o controle do mercado regulado, altamente competitivo.

Nesse contexto, Vinícius Marques de Carvalho afirma que “[...] a Constituição, com efeito, declara que a ordem econômica deva assentar-se, conjuntamente, na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano”⁶⁸. E continua o autor destacando que o objetivo global da ordenação consiste em “[...] assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

O autor ainda destaca que promover a justiça social significa compreender e harmonizar os demais princípios expressos no artigo 170 da Constituição Federal, a par da livre concorrência, a saber, especificamente, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades, a busca do emprego e o tratamento favorecido para empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte⁶⁹.

Tais princípios tecem os fundamentos e as regras de repressão ao abuso do poder econômico, e é justamente neste ponto que residem certas problemáticas no setor das telecomunicações. A principal delas diz respeito ao ambiente de assimetria regulatória⁷⁰, que pretende nortear a política de concorrência do setor⁷¹, estimulando a competição e o ingresso de novos agentes na exploração dos serviços.

⁶⁸ Cf. O sistema brasileiro de defesa da concorrência. In: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 6 (Estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência).

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Segundo Vitor Rhein Schirato, comungando com o entendimento de Alexandre dos Santos Aragão, na linha interpretativa em prol da assimetria regulatória: “[...] tem-se um cenário de assimetria regulatória, fenômeno comum no Direito Econômico contemporâneo, que ocorre no país em diversas outras áreas, como a dos portos, telefonia e energia elétrica, em que há regimes jurídicos distintos aplicáveis aos prestadores de setores diferentes de determinada atividade econômica em sentido amplo”. Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Ver ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Conforme elucida Maíra Ayres Torres, vale citar parcela da doutrina que possui entendimento contrário à assimetria regulatória: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012; CRETELLA JR., José. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000; JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos: comentários nº 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1996; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Vide TORRES, Maíra Ayres. *A transição para a assimetria regulatória e os mecanismos de sustentabilidade deste modelo: uma análise dos aeroportos concedidos e dos aeroportos autorizados*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.

⁷¹ Em se tratando do controle acerca dos atos emanados pelo Agente Regulador, é necessário considerar as ponderações feitas por Juarez Freitas, que aponta para a necessidade de um controle de evidências, em vez de um controle que se pautar pela mera formalidade. Segundo o autor: “O controle das políticas públicas requer escrutínio em novos moldes, que dê conta da

Vinícius Marques de Carvalho assinala, precisamente, sobre o ambiente concorrencial:

O princípio que organiza todo esse sistema é o da liberdade de concorrência. De um lado, liberdade pode ser associada à possibilidade de autodeterminação, ou, como sugere Eros Grau, trata-se da sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que bem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado. Por sua vez, a noção de concorrência abriga a ideia de luta, de competição em busca de vantagens, geralmente econômicas⁷².

Como medida de mitigar a conformação de monopólios pelas grandes concessionárias no setor, a Lei Geral de Telecomunicações introduziu as “empresas-espelho”⁷³ no ordenamento jurídico, com a intenção de fazer surgir, a partir daí, um novo nicho mercadológico, que lançaria mão de tecnologias avançadas e, de forma mais intensificada, atuaria na perseguição de produtividade, eficiência e gestão de mão de obra.

A previsão em manter competitivo o ambiente no qual seriam prestados os serviços de telecomunicações, sob pena de se revelar um ambiente altamente acirrado do ponto de vista concorrencial, deveria infundir um novo subsistema legal⁷⁴, de forma a atrair investimentos e criar oportunidades para o aporte de capitais nacionais e estrangeiros.

Além disso, as “empresas-espelho” estabeleceriam, nesse novo nicho de mercado, metodologias diferentes daquelas exploradas pelas concessionárias, sendo uma forte promessa para a disseminação dos serviços em diferentes camadas da sociedade e, principalmente, melhorando a percepção de qualidade na prestação dos serviços, que se mostrava insatisfatória e muito carente.

inteireza do processo de tomada das decisões administrativas, desde a escolha do agir (em vez de se abster) até culminar na pós-avaliação dos efeitos primários e secundários, no enalço (baseado em argumentos e, sobretudo, em evidências) do primado empírico dos benefícios líquidos, a longo prazo”. Cf. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 5, n. 8, 2013.

⁷² Cf. O sistema brasileiro de defesa da concorrência.

⁷³ Denominam-se “empresas-espelho” aquelas autorizadas a explorar os serviços de telecomunicações, em decorrência de autorização concedida pela ANATEL quando da transição do monopólio (privado) para o duopólio. As “empresas-espelho” exploravam as mesmas áreas das concessionárias existentes nas regiões definidas no Plano Geral de Outorgas (PGO).

⁷⁴ FEDERICI FILHO, Roberto Fontes. A relevância e a importância da competição no setor de telecomunicações. *TELECO*, [S.l.], 8 set. 2004. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialcompeticao/default.asp>. Acesso em: 10 nov. 2018.

No entanto, as “empresas-espelho” não prosperaram conforme o esperado. Essas empresas não tinham um importante elemento facilitador encontrado pelas concessionárias, que herdaram da gestão estatal todo o espólio da infraestrutura montada durante os marcos regulatórios anteriores. Além disso, as barreiras anticompetitivas levantadas pelas concessionárias, para que as redes fossem compartilhadas, tornaram-se grandes entraves na estruturação e no desenvolvimento dessas empresas.

Para transpor tais impedimentos, seriam necessários altos investimentos e relacionamento político junto às concessionárias, o que se revelou um desestímulo para a proliferação empresarial no setor. Segundo Affonso Cardoso Aquiles: “Nem sempre as empresas são dotadas de negociadores que percebem e conseguem contornar diferenças de objetivos, o que acaba, por muitas vezes, transformando as diferenças de objetivos em disputas intransponíveis fora até da via judicial”⁷⁵.

Por outro lado, a eliminação de barreiras para as empresas entrantes explorarem as telecomunicações, aliada às políticas protecionistas disponíveis em razão da assimetria regulatória, trouxeram deformações nas relações entre as concessionárias e as “empresas-espelho” de forma negativa.

Cabe notar que as “empresas-espelho” utilizaram-se das regras protecionistas estabelecidas no setor para perpetuarem inadimplência em relação à remuneração de uso das redes. Algumas delas passaram a fomentar artificialmente o tráfego entre redes, não restando, portanto, nenhum estímulo às concessionárias em compartilhar infraestrutura com as “empresas-espelho”. Muito ao contrário, essa relação, com o passar do tempo, tornou-se viável exclusivamente para atender às determinações regulatórias, sem o desenvolvimento e o planejamento integrado de redes, a expansão de atuação conjunta, ou, ainda, o compartilhamento das eficiências para a redução de custos dos insumos para a prestação dos serviços.

A questão da competição efetiva e a formação de um mercado eficiente e proliferado não foram alcançadas, ainda que pretendidas pela assimetria regulatória. A concepção de um ambiente assimétrico de regulação proporcionaria um considerável incremento na oferta dos serviços, razão pela qual Calixto Salomão Filho comenta que a noção de concorrência seria essencial para tal intento, desde

⁷⁵ Cf. *A realidade do trabalho nas telecomunicações: o caso das empresas-espelho*.

que não se revele como fator de exclusão dentre os exploradores de determinado setor:

A garantia de difusão dos serviços deve ser aqui compreendida em sentido material, e não apenas formal. Isso significa que ela tem dois componentes fundamentais. Em primeiro lugar, a garantia de acesso aos consumidores. Essa deriva diretamente das garantias constitucionais da concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, IV e V), que, coerentemente interpretadas, significam a não exclusão de qualquer consumidor. Entretanto, o simples provimento formal dos serviços a todos, sem que muitos tenham condições materiais, não é também suficiente. Isso não significa dizer que a regulamentação possa ou deva substituir as políticas sociais. Significa que a regulação, como também o direito antitruste, não pode e não deve ser instrumento de criação de desigualdades sociais e especialmente de exclusão. Novamente aqui essa é a maneira de compatibilizar materialmente os ditames constitucionais da livre concorrência e da justiça social [...]⁷⁶.

Há quem não comungue com tal entendimento, como é o caso dos estudos propostos por Marcos Juruena Villela Souto. Para o autor, a regulação opera, no mais das vezes, instituindo ora restrições, ora promoções aos próprios direitos de propriedade, em prol da criação de um cenário que não necessariamente promove a competitividade. Nesse sentido, o autor traz algumas considerações, ao comentar o instituto do compartilhamento de infraestrutura, especialmente nos setores de ocorrência de monopólios naturais:

Alguns setores (notadamente, os de infraestrutura) são tradicionalmente tratados como monopólios naturais, nos quais a competição seria inviável; entretanto, as normas regulatórias têm procurado criar um espaço para introduzir a competição por meio do “princípio da obrigatoriedade de interconexão” ou do livre acesso às redes, por força dos quais os operadores devem facilitar aos demais o acesso às redes, sem discriminações, desde que obedecidos os aspectos técnicos e de segurança; as redes dos operadores são tratadas como vias públicas, de modo que os demais podem utilizá-las para prestarem seus serviços desde que (atendidas as citadas condições técnicas e de segurança) paguem por isso um “pedágio” (acordado entre as partes ou fixado pelo órgão regulador por mediação ou arbitragem)⁷⁷.

Todavia, a assimetria regulatória, em linhas gerais, não só é possível como é necessária ao setor das telecomunicações, uma vez que ela busca, dentre os distintos interesses envolvidos nas categorias discrepantes entre os agentes, a conciliação, pretendendo atingir, de modo amplo, incentivos que serão direcionados

⁷⁶ Cf. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁷⁷ Cf. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ao desenvolvimento do setor e à pluralidade de opções aos usuários. Tudo isso, desde que seja eficiente a atuação da Agência Reguladora. No que tange a esse aspecto, a ANATEL não atingiu tais objetivos, considerando que as dificuldades em viabilizar a composição de um regime eficiente⁷⁸ de assimetria regulatória, por vezes, são extremamente complexas. Seria necessária a alocação de incentivos para serem aplicados às “empresas-espelho”, os quais se encontram submetidos à órbita do regime privado, disponíveis apenas às concessionárias que estão vinculadas ao regime público.

Ademais, é preciso considerar as constantes atualizações tecnológicas do setor, que modernizam, em um piscar de olhos, não só o parque de infraestrutura de redes, como também as próprias telecomunicações em si. Do serviço de telégrafo, passou-se rapidamente ao telefone fixo, que, por sua vez, foi substituído, posteriormente, pelo telefone móvel celular. O advento da internet transformou o hábito da sociedade de ouvir música e de assistir à televisão por relacionar-se por meio de mensagens de texto em aplicativos. E todas essas transformações também foram determinantes para o declínio das “empresas-espelho”, que não possuíam incentivos financeiros do Governo para os investimentos intensivos que o setor demanda.

Quanto à atuação da ANATEL, no binômio competitivo instalado entre as concessionárias e as “empresas-espelho”, vale notar que ela não prosperou conforme a demanda das disputas exigia, considerando os excessos de formalidades do arcabouço regulatório, a ausência de determinações cautelares para exigir equilíbrio nas relações, além de procedimentos de resolução de conflitos que, por vezes, demoram anos para serem solucionados.

Necessário, portanto, rever a assimetria regulatória como instrumento de promoção da competitividade, respeitando-se, assim, as exigências e os limites

⁷⁸ Nesse sentido, Vinícius Marques de Carvalho assim estabelece, no tocante ao Direito Concorrencial: “Ocorre que ‘eficiência’ não é um termo unívoco. Do ponto de vista alocativo, por exemplo, é possível adotar uma série de interpretações a respeito do que são eficiências necessárias à aprovação ou não de uma operação de concentração econômica. [...] Todos os princípios jurídicos e econômicos, mencionados aqui, se entrelaçam na aplicação da lei concorrencial e conformam a política de defesa da concorrência de um país. Por isso, a busca por identificar as finalidades dessa política pública exige não apenas o exercício dogmático de interpretação de princípios e regras, mas também, senão essencialmente, o estudo das dimensões histórica e institucional que influenciam e compõem esse quadro normativo”. Cf. O sistema brasileiro de defesa da concorrência.

correspondentes a cada um desses tipos de empresas, nas esferas nas quais cada um está inserido.

Essa interação entre a atuação do Estado e os agentes regulados mostra-se carente de estratégias eficientes e ágeis por parte do Agente Regulador, como órgão arbitral independente, promovendo um ambiente de coexistência de diferentes grupos em um sistema regulatório, sobrepostos um ao outro, já que a regulação de controle, conforme visto, não é o caminho mais eficiente.

Por outro lado, não foi o que ocorreu com os provedores regionais. Sabe-se que a expansão da banda larga fixa nos últimos anos somente foi possível, em grande parte, pela atuação dos pequenos provedores. O sucesso da expansão dos serviços de banda larga fixa justifica-se pelo fato de essas empresas não necessitarem das concessionárias, aliado ao fato de que não são ligadas a grandes grupos nacionais ou estrangeiros. Os provedores regionais registram, ano a ano, um crescimento 3,5 vezes maior⁷⁹ do que a soma de todos os grupos de telecomunicações com evolução positiva.

Apesar disso, não foram encontradas evidências concretas de ações que incrementassem políticas públicas de modo a contemplar esses atores do setor, os quais, além de enfrentarem um ambiente concorrencial desigual, encaram, ainda, dificuldades de acesso a crédito para financiamento dos investimentos em redes. Devido ao pequeno porte empresarial, há dificuldades em apresentar garantias para empréstimos, comprometendo a capacidade de investimento e impedindo o crescimento e a expansão de atuação.

Por outro lado, com o objetivo de melhor integrar esses agentes ao protagonismo das expansões das redes de banda larga, a ANATEL inseriu, na agenda regulatória do novo Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) IV⁸⁰, as discussões acerca do Sistema de Oferta de Atacado (SNOA), para que a oferta atacadista de transporte em alta capacidade venha a integrar o ambiente regulado. Essa estratégia regulatória visa a uma comunicação mais fluída entre os provedores regionais e as prestadoras pertencentes aos grandes grupos, a fim de que seja

⁷⁹ Ver AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Institucional*. Brasília, DF: ANATEL, 2018. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br>. Acesso em: 12 nov. 2018.

⁸⁰ *Idem*. *Pontos de Troca de Tráfego (PTT)*. Brasília, DF: ANATEL, 29 nov. 2018. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/setorregulado/component/content/article/119-competicao/433-pontos-de-troca-de-trafego-ptt-2>. Acesso em: 2 dez. 2018.

possível a contratação de capacidade de transporte de dados em condições reguladas.

2.2 Decisões regulatórias e a captura do setor pelo oligopólio formado na abertura do setor das telecomunicações

Segundo Gustavo Binenbojm, as Agências Reguladoras foram criadas “[...] como mecanismos de relativização das garantias liberais clássicas, como, por exemplo, o direito à liberdade contratual, praticamente absoluta durante a fase do capitalismo liberal puro”⁸¹.

O fenômeno da regulação pode ser entendido como o processo pelo qual o Estado controla a atividade econômica, visando a corrigir deficiências do mercado, ou, então, a prestação e a efetivação do serviço público, com o objetivo principal de torná-lo cada vez mais eficiente e universalizado⁸².

Costuma-se afirmar que a intervenção estatal no domínio econômico engloba o que se designou nesta pesquisa como regulação. Há, em verdade, uma distinção entre esses dois termos, conforme estabelecido por Eros Roberto Grau. Para o autor, intervenção é a atuação estatal no campo da “atividade econômica em sentido estrito”, aquela de titularidade dos particulares, ao passo que regulação é a ação do Estado no campo da “atividade econômica em sentido amplo”⁸³.

A desregulação, na promoção do livre trânsito do poder econômico em determinados setores de atividades anteriormente controladas pelo Estado, possui implicações sociais importantes, como, por exemplo, o provável conluio entre agentes e os regulamentadores em prejuízo dos usuários, caso exposto pela doutrina como a chamada *teoria da captura*⁸⁴, que eleva a obtenção de benefícios das empresas, reduzindo-se, assim, o bem-estar social.

Por outro lado, a “regulação extrema”⁸⁵ pode levar, ainda, à ocorrência de outros problemas, como a corrupção e a perpetuação dos monopólios em condições

⁸¹ Cf. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 3, 2005.

⁸² Vide DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

⁸³ Ver *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 15. ed. São Paulo. Malheiros, 2012.

⁸⁴ BERCOVICI, Gilberto, *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*.

⁸⁵ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*

artificiais, pela adoção de barreiras ao ingresso de novas empresas, como foi visto na análise das “empresas-espelho”.

É válido consignar que as decisões regulatórias tornam-se necessárias e legítimas naqueles aspectos em que o próprio mercado não consegue atuar de modo satisfatório, e, nesses casos, o mercado é falho em promover determinado setor à produção de certos resultados, resultando, portanto, nas chamadas falhas de mercado⁸⁶.

A eficiência das Agências Reguladoras é bastante comprometida quando é influenciada por fatores políticos na administração de tais entidades. Portanto, não é possível exercer funções de regulação de maneira adequada, se não há independência e imparcialidade na condução das atividades regulatórias por parte de seus agentes. Nesse sentido, a teoria da captura tem o objetivo de difundir e evitar uma “[...] vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência pública”⁸⁷.

Cumprido esclarecer que o problema da captura das Agências Reguladoras pode surgir de dois modos: (i) pelo setor privado, na medida em que as empresas que exercem os serviços regulados, valendo-se de seu poder econômico, interferem na atividade regulatória, influenciando o comportamento da Entidade Reguladora (captura econômica); ou (ii) pelo próprio setor público, quando há uma vinculação da atividade da Agência Reguladora com interesses políticos de agentes públicos, em especial, de detentores de mandato no âmbito do Poder Executivo (captura política)⁸⁸.

Desse modo, é necessário identificar os pontos sensíveis da questão da captura pelo oligopólio formado no setor das telecomunicações, para que, com base neles, sejam formuladas alternativas que afastem essa condição tão prejudicial aos usuários desses serviços. A viabilidade prática na composição do regime de assimetria requer a análise prévia e prospectiva das metas que se pretende buscar, acompanhada de uma política regulatória que trate de separar os incentivos que

⁸⁶ Sobre a abordagem de Max Weber relativa à ordem econômica e à ordem jurídica, ver, mais a fundo, GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*

⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

⁸⁸ MELO, Thiago Dellazari. *A “captura” das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

serão aplicados aos prestadores que se encontram submetidos à órbita do regime privado e aos exploradores que estejam vinculados ao regime público. Isso seria fundamental.

Daí é mandamental concluir que a atuação do Agente Regulador no sentido de restringir, com efetividade e eficiência, a atuação do poder econômico das empresas que atuam sob o regime público, as quais herdaram o espólio formado pelas empresas estatais, em relação às empresas que atuam sob o regime privado, novatas na atuação do setor, seria uma medida de assimetria regulatória que protegeria a livre concorrência.

Explica-se: os políticos tendem a apoiar as regulamentações que lhes deem o que procuram. Isso, de acordo com a teoria da captura, implicaria que grupos de menor tamanho, porém mais diretamente interessados em determinados assuntos, e com recursos mais vultosos, como é o caso das concessionárias, saiam vencedores em relação a obter vantagens junto à classe política, quando comparados a grupos maiores, no entanto menos organizados e com menor reconhecimento e articulação política quanto aos assuntos de seu interesse.

Essa situação velada, via de regra, cria um ambiente monopolista, que atua segundo a lógica de uma constante tentativa de diminuir a competição, a fim de elevar preços até o patamar no qual obtenha certo montante e de tal modo que, multiplicado pelo preço praticado no mercado, alcançará a maximização de seus lucros. Sobre setores monopolizados da economia, ou seja, o caso dos monopólios legais ou naturais, Eros Roberto Grau assevera que:

O monopólio pressupõe, em princípio, apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. O monopólio (i) pode decorrer do lícito exercício de uma vantagem competitiva ou (ii) ser instituído mediante lei. O agente econômico no primeiro caso, valendo-se de sua superioridade em relação aos competidores, logra eliminar seus concorrentes, transformando-se no único a atuar em determinado segmento da economia. Aqui, embora se dê a eliminação dos concorrentes, inexistente prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa. Já no segundo caso (instituição de monopólio mediante lei, *monopólio legal*), tem-se situação diversa: aí o Estado exerce uma opção política, em razão da qual o sistema jurídico atribui a determinado agente a faculdade do exercício, com exclusividade, de certa atividade econômica em sentido estrito. Estabelece-se artificialmente (= pela lei) um ambiente impermeável à livre iniciativa; a ausência de concorrência é total. Qualquer outro agente econômico que se disponha a explorar a atividade

monopolizada estará impedido de fazê-lo – a lei não admite essa exploração⁸⁹.

Desenvolvidas tais premissas de ordem prática e jurídica sobre os monopólios, sobre a captura e, ainda, no intuito de viabilizar a composição plena do regime de assimetria regulatória, é oportuno mencionar o estudo desenvolvido por Leandro Zanitelli⁹⁰, em particular quando o autor trata de ressaltar que a regulação levada a cabo sobre determinado setor deve ser de caráter responsivo, ou seja, atenta aos efeitos gerados pela sua atuação, sob pena de serem configurados prejuízos ao setor em que determinada política regulatória venha a incidir, uma vez que, desconsideradas as peculiaridades do nicho econômico ao qual está relacionado, a atuação anticompetitiva dos agentes prejudicará maciçamente o setor da economia. Assim conclui o referido autor:

A regulação responsiva distingue-se, em primeiro lugar, pela sensibilidade às particulares circunstâncias e ao comportamento dos atores regulados [...]. Sua ideia central é que a diversidade dessas circunstâncias e comportamentos demanda da autoridade reguladora diferentes respostas, umas mais e outras menos intrusivas⁹¹.

Em síntese, a regulação assimétrica baseada no controle de mecanismos de anticompetitividade, buscando a maximização da qualidade percebida pelos usuários e a universalização dos serviços, aliada à modicidade tarifária, necessariamente precisa ser revisitada de maneira constante, de modo que os seus intentos sejam efetivamente alcançados, a fim de que a restrição imposta à isonomia possa justificar-se, em outras palavras, para representar proporcional condição ao mercado, entre grandes e pequenos grupos empresariais.

Conclui-se, dessa forma, pela necessidade de se avaliar os ganhos, sobretudo econômicos, em detrimento desses agentes que detêm o monopólio natural das telecomunicações, promovendo um ambiente em que se desenvolva efetivamente o modelo assimétrico, no intuito de aferir se os mesmos revelam-se justificados, propugnando a mitigação da isonomia entre os competidores para manter a motivação e a manutenção de um setor explorado por diversos agentes econômicos, dos mais variados portes econômicos.

⁸⁹ Cf. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, grifo do autor.

⁹⁰ Vide *Regulação responsiva e efeito solapador das sanções*. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). *Direito e Economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2014.

⁹¹ *Ibidem*.

Foi delegada à ANATEL, ainda, a solução administrativa de conflitos entre os agentes regulados, para convergir o entendimento entre as partes, evitando maiores prejuízos aos envolvidos, com a judicialização de assuntos que, dificilmente, dado o caráter beligerante e altamente técnico, seriam solucionados de maneira adequada.

O Agente Regulador é, portanto, partícipe na criação do Direito Regulatório e atua continuamente no âmbito administrativo para a resolução dessas controvérsias. A sua natureza autárquica, já descrita anteriormente e prevista na Lei Geral de Telecomunicações, lhe dá independência decisória, que constitui um importante fator na solução de conflitos e nas eventuais negociações em que esteja presente, pois estaria isenta de atuar sob a influência de quaisquer grupos de interesses.

Assim, a ANATEL deveria atuar nos conflitos com total imparcialidade e com o objetivo fundamental de regular a relação de consumo dos serviços de telecomunicações, no intuito de reequilibrar interesses opostos. Seria obrigada, ainda, ao auxiliar na solução dos conflitos, a observar o sistema jurídico que condiciona o setor, pois, como órgão da Administração Pública, deve atender a determinações legais em um cenário de absoluta transparência.

Entretanto, pelo que se verifica, na atuação do Agente Regulador nos processos de mediação, o intuito perseguido como base da autocomposição das partes é ainda um objetivo não alcançado. Na prática, e em termos históricos, o que existe é uma insegurança jurídica, visto que o Agente Regulador, quando define a estrutura de incentivos para os agentes privados ou as suas proibições, exerceria, pelo poder da coerção, esse papel de significativa relevância.

Nesses termos, para poder intervir de modo a obter melhores resultados, é preciso que o aparato da Agência detenha informações claras, precisas e fidedignas, evitando, com isso, que o Agente Regulador se torne um refém do mercado e do cálculo financeiro arquitetado, ou, ainda, um ente desconectado da sociedade ou externo a ela. Nesse sentido, observa Luiz Roberto Barroso:

No desempenho de suas atribuições, as agências precisam ver preservado seu espaço de legítima discricionariedade, imune a injunções de qualquer natureza, sob pena de falharem em sua missão e arruinarem o ambicioso projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos⁹².

⁹² Cf. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

Segundo Barroso, por meio do espaço de discricionariedade e da autonomia administrativa é que as Agências poderão exercer as suas atribuições legais e garantir os seus objetivos de promover a melhoria dos serviços de telecomunicações.

No que diz respeito a essa autonomia administrativa, a legislação instituiu as Agências Reguladoras, prevendo um conjunto de cautelas e garantias que não foram suficientes para afastar a interferência do poder econômico.

A primeira cautela não suficiente foi a nomeação dos diretores em âmbito federal, feita pelo Presidente da República, com a devida aprovação do Senado Federal. Essa composição de cargos, eminentemente política, enfraquece a atuação do Agente Regulador, uma vez que a interferência dos interesses políticos se sobrepõe às necessidades interventivas no setor. A nomeação do dirigente da Agência Reguladora por parte do Poder Executivo, de fato, exerce certa ascensão em virtude de que, mesmo considerando que, conforme a regra geral, o Poder Executivo não possa demitir o dirigente, este último sempre possuirá um determinado comprometimento político para com o governo que o nomeia.

A segunda cautela não suficiente diz respeito ao mandato fixo de três ou quatro anos para os conselheiros, submetidos a estatuto jurídico próprio e que estão impedidos de prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço às empresas sob a sua regulamentação ou fiscalização, inclusive às coligadas ou subsidiárias, ao longo de 12 meses subsequentes ao término de seus mandatos. Verifica-se que esse mecanismo de controle não se mostrou eficiente, pois há casos em que as empresas do setor fazem uso de mecanismos de fuga para contornar a proibição e contratar ex-dirigentes em cargos de posição e destaque.

Outra deficiência verificada é a ausência de agilidade e rapidez na tramitação processual por parte da ANATEL, o que provoca a judicialização de disputas que deveriam ser solucionadas sob o âmbito da atuação da Agência. Esse problema é de extrema gravidade diante do volume dos processos que são judicializados e do seu constante crescimento.

Há, portanto, a necessidade de uma profunda revisão da ação sancionadora da ANATEL, adotando-se todos os mecanismos práticos para um modelo uniforme, ágil e que garanta confiabilidade, transparência e controle. Isso deve ser contemplado desde a instauração administrativa até a sua completa apuração e

finalização, passando pelo processo de aplicação das sanções devidas, o efetivo pagamento das multas e o competente controle dos processos judicializados.

Todos esses elementos são necessários para a adequação dos serviços de telecomunicações a uma prestação socialmente justa e equilibrada economicamente.

Mais um ponto importante a ser destacado diz respeito à assimetria da informação, que é bastante desigual entre as prestadoras do setor. As empresas tendem a ter à disposição informações fundamentais acerca das circunstâncias necessárias à tomada de decisão. O domínio do conhecimento transforma-se em instrumento fundamental não apenas sob o ângulo direto e imediato das circunstâncias do setor, mas também com o propósito de criar inúmeras delas.

Nesse sentido, é possível afirmar que a assimetria de informação significa, então, que diversos agentes partícipes do setor detêm, de alguma maneira, diferentes graus de informação, podendo dispor de melhor condição de escolha do que outros.

A titularidade da informação transforma-se em uma espécie de bem econômico, já que propicia grandes vantagens e tende, de certo modo, a evitar a difusão, comprometendo o Órgão Regulador, que pode acabar sendo manipulado pelas empresas reguladas, que possuem informações com as quais o Órgão Regulador não conta. Nessa dinâmica, o Órgão Regulador torna-se menos informado acerca do nível de eficiência da empresa regulada, sendo esse um fato central na qualidade da atuação regulatória.

De certo, não há como a Agência Reguladora conhecer todas as atividades das empresas do setor, e, bem por isso, pode receber informações especializadas sobre as quais não possui pleno conhecimento, agindo de modo a beneficiar o agente. Esse caso é conhecido pela literatura como “seleção adversa”⁹³, pois a Agência Reguladora não conhece determinados parâmetros denotativos da eficiência, dos números e da atuação propriamente dita da empresa regulada.

Nas palavras de André Felipe Canuto Coelho:

Cada elo nessa cadeia representa um grupo de interesses no processo regulatório, geralmente divergentes, que, aliados à

⁹³ COELHO, André Felipe Canuto. Regulação às avessas: um estudo de caso no setor de telefonia brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 53, n. 210, abr./jun. 2016. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p43. Acesso em: 13 nov. 2018.

assimetria de informações, é forte potencial de ineficiência na formulação e na implementação de regulações. A firma é mais bem informada que o regulador sobre condições de custo, por exemplo. Como geralmente seus objetivos são diferentes, o principal pode estar querendo induzi-la a tomar decisões de preços, produção e investimentos que respondam aos interesses da sociedade nas condições dadas de custo. Entretanto, por outro lado, o agente pode estar interessado, por exemplo, em maximizar lucros⁹⁴.

2.3 Fiscalização descentralizada e a indústria das multas: o modelo sancionador

Quando se discute regulação, no fundo, não está se discutindo apenas se é necessário “mais ou menos Estado”, ou seja, “mais ou menos intervenção”, mas sim “qual é o Estado, qual é a qualidade dessa atuação” para conferir ao setor os anseios desejados⁹⁵.

Nesse sentido, é importante considerar que a criação de um Escritório Regional da ANATEL em cada capital dos estados teve o objetivo inicial de trazer agilidade e eficiência às fiscalizações. Contudo, denota-se que a descentralização provocou uma severa fragilidade institucional na Agência Reguladora. Isso se deve ao fato de não haver mecanismos claros e objetivos para nortear a ação sancionadora, práticos e necessários a um modelo uniforme, que garanta confiabilidade, transparência e controle da atuação dos agentes. Além disso, os orçamentos dos Escritórios Regionais e dos setores de fiscalização, com o passar dos anos de atuação, foram paulatinamente minguando, comprometendo, profundamente, a missão fiscalizadora.

O arcabouço regulatório de fiscalização e aplicação de sanções administrativas da ANATEL contém regramentos que colocam o setor em uma condição de subordinação e sujeito a toda ordem de arbitrariedades praticadas pela atuação fiscalizadora, ao passo que alça posição de poder supremo. O poder de polícia administrativa é diluído em um poder repressor e detentor de monopólio arbitrário, sob o pretexto de tutelar o bem comum, desafiando garantias

⁹⁴ Cf. Regulação às avessas: um estudo de caso no setor de telefonia brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*.

⁹⁵ Conforme Gilberto Bercovici estabelece sobre as relações entre Estado, soberania, Constituição, política, poder constituinte, democracia e estado de exceção. Ver *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

constitucionais. A atividade fiscalizatória e a atividade sancionatória são vinculadas, e não discricionárias ou arbitrárias.

Com a atuação da Agência por duas décadas, constata-se que têm aumentado, progressivamente, o arcabouço de normas, os autos de infrações, os Procedimentos de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADOs) e, conseqüentemente, o número de sanções. Esses são problemas estruturais na atuação do poder de polícia da ANATEL, já que a regulação sancionatória não é uniformizada e provoca distorções no controle regulatório.

É importante constatar que os resultados esperados, que seriam o processo educacional dos agentes regulados e a redução do número de infrações pela força coercitiva, não têm se revelado de maneira eficiente. As operadoras preferem descumprir as resoluções, talvez porque o custo financeiro e a efetividade de cumprimento das sanções aplicadas sejam menores do que o ganho auferido em razão do seu descumprimento.

Repensar regulamentos sancionatórios que desestimulem os descumprimentos das obrigações e, principalmente, criar meios pelos quais os lucros auferidos com o descumprimento sejam maiores constituem o âmago da questão, pois criou-se um círculo vicioso, em que práticas anticoncorrenciais são uma rotina, aumentando, diariamente, infrações de toda ordem e o abuso do poder de mercado, em prejuízo ao direito dos usuários.

Uma observação indispensável é que 50%, aproximadamente, dos PADOs instaurados no âmbito de toda a ANATEL foram totalmente finalizados⁹⁶, quer seja por excessos burocráticos internos, quer seja por atitudes protelatórias por parte dos interessados. O fato é que os processos administrativos avolumam-se e as prescrições processuais decorrentes da lentidão em sua tramitação ocorrem em suas várias fases até o seu julgamento.

Cumprir assinalar que a Agência Reguladora é carente de mecanismos que a tirem da função básica de arrecadadora financeira, para alcançar o patamar de promotora da prestação justa e equilibrada dos serviços de telecomunicações, com responsabilidade social, garantindo os direitos do usuário e fiscalizando e reprimindo

⁹⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Relatório da Ouvidoria: apreciações críticas da atuação da agência*. Brasília, DF: ANATEL, 2009.

o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação de práticas anticompetitivas e ao aumento arbitrário dos lucros.

A atividade de fiscalização configura-se como um elemento primordial para a efetividade da implantação das políticas regulatórias para o setor das telecomunicações. Nesse contexto, um meio importante para inibir as infrações e promover a efetivação do pagamento de multas aplicadas é a inscrição do devedor nos cadastros públicos de devedores, quais sejam o Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN), banco de dados onde se encontram registrados os nomes de pessoas físicas e jurídicas em débito com órgãos e entidades federais, e a Dívida Ativa da União, que abrange os créditos em favor da Fazenda Pública. Porém, essa atuação não se mostra tão eficiente quanto o instrumento de protesto da Certidão de Dívida Ativa da União, que é um importante mecanismo coercitivo de pagamento de dívidas sem precedentes, emprestado do Direito Privado ao Direito Público recentemente.

Quanto à evolução histórica da aplicação de sanções e multas impostas pela ANATEL, torna-se possível fazer uma comparação entre as concessionárias e as “empresas-espelho”. O movimento de aplicação e efetividade das sanções e das multas às concessionárias é inócuo, tendo em vista que elas não são cumpridas. Já aquelas impostas à “empresa-espelho” acabam por inviabilizar o negócio, uma vez que são demasiadamente onerosas e produzem efeitos nefastos ao pequeno ou médio negócio.

No período de 2000 a 2017, conforme revela a Tabela 2, a ANATEL constituiu o quantitativo de 60.787 multas, o equivalente, em termos financeiros, a R\$ 5.323.067.611,56. Do quantitativo de multas constituídas, 66,02% foram integralmente quitados⁹⁷.

⁹⁷ Cf. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, *Relatório de gestão 2017*.

Tabela 2 - Multas constituídas – ANATEL (2000 a 2017)

Multas Constituídas Anatel ¹				
2000 a 2017				
Montante Arrecadado Integralmente (A) ²				
Situação	Financeiro (em R\$)	Porcentual (Financeiro)	Físico	Porcentual (Físico)
Multas Arrecadadas	741.046.967,33	13,92%	40.132	66,02%
Montante Arrecadado Parcialmente (B) ²				
Situação	Financeiro (em R\$)	Porcentual (Financeiro)	Físico	Porcentual (Físico)
Suspensas judicialmente	2.699.796,09	0,05%	10	0,02%
Parceladas	530.982,19	0,01%	340	0,56%
CADIN e/ou Dívida Ativa	1.726.797,53	0,03%	1.478	2,43%
Comunicado (CADIN) expedido	167.175,84	0,00%	130	0,21%
Comunicado (CADIN) pendente de expedição	76.466,32	0,00%	57	0,09%
Subtotal (B)	5.191.217,97	0,10%	2.015	3,31%
Montante Não Arrecadado (C) ³				
Situação	Financeiro (em R\$)	Porcentual (Financeiro)	Físico	Porcentual (Físico)
Suspensas judicialmente	1.806.315.577,69	33,93%	703	1,16%
Parceladas	15.081.490,13	0,28%	921	1,52%
CADIN e/ou Dívida Ativa	2.593.105.057,83	48,71%	15.335	25,23%
Comunicado (CADIN) expedido	155.744.983,28	2,93%	1.054	1,73%
Comunicado (CADIN) pendente de expedição	6.582.317,33	0,12%	627	1,03%
Subtotal (C)	4.576.829.426,26	85,98%	18.640	30,66%
TOTAL - (A) + (B) + (C)	5.323.067.611,56	100%	60.787	100%

Fonte: Relatório de gestão 2017 da ANATEL⁹⁸.

Notas: (1) O levantamento reflete o histórico das multas em 03/01/2018. (2) Os montantes integralmente e parcialmente arrecadados correspondem ao valor principal recolhido, sem o acréscimo de juros e correção monetária. (3) O montante ainda não arrecadado corresponde ao saldo devedor principal, desconsiderando os acréscimos moratórios.

Convém acrescentar que a Agência, por meio da Procuradoria Especializada, adota medidas judiciais de cobrança, e, em termos financeiros, 33,94% do montante constituído das multas estão em discussão, inclusive pelo fato de que as prestadoras de grande porte recorrem ao Poder Judiciário. O inadimplemento das obrigações quanto ao pagamento das multas também implica restrição de certidão negativa de débitos e impedimento no licenciamento de estações de telecomunicações.

⁹⁸ Cf. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, *Relatório de gestão 2017*.

2.3.1 A judicialização das falhas de atendimento ao usuário dos serviços de telecomunicações

Uma das principais consequências da condução estratégica do setor diz respeito ao atendimento dos usuários, no sentido de promover a efetividade das solicitações, a fim de que elas sejam cumpridas e respondidas de modo adequado pelas empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações.

Essa condição não restringe apenas determinado tipo de serviço com caráter publicístico, mas necessita também ser observada na multiplicidade dos serviços de telecomunicações prestados sob o regime privado. Dentre as consequências de se exigir do prestador dos serviços um esmerado tratamento aos usuários, a mais destacável é a qualidade da prestação dos serviços, que escapa em direção à judicialização das falhas de atendimento.

Considerando os problemas de percepção de qualidade de atendimento, advieram resoluções que impuseram, de forma mais clara e objetiva, as obrigações das empresas em relação aos direitos dos usuários. No entanto, a judicialização das falhas de atendimento ainda persiste, revelando que a atuação da Agência Reguladora ainda não alçou uma posição próxima do ideal.

A luta judicial acabou por colocar os tribunais no papel de atores do processo regulatório. De certo, não se pode afastar a apreciação judicial dos atos administrativos, muito ao contrário, o acesso à justiça e o direito de ação são garantias constitucionais e indisponíveis. Todavia, o Agente Regulador não pode ser omissivo ao seu dever de partícipe na solução dos conflitos que envolvam os usuários e as prestadoras dos serviços de telecomunicações, em prejuízo da garantia de um atendimento qualificado e satisfatório.

Em síntese, é possível abordar o fato de que a judicialização de assuntos relacionados a serviços regulados é uma constatação de que o Poder Judiciário, ao longo da década de 1990 até a atualidade, começou a alçar maior importância no contexto das instituições políticas, transformando-se em “ator político para o avanço de demandas sociais”⁹⁹, conforme define Alexandre Veronese. Para o autor, é evidente que a judicialização do setor não é um movimento de disputa organizada

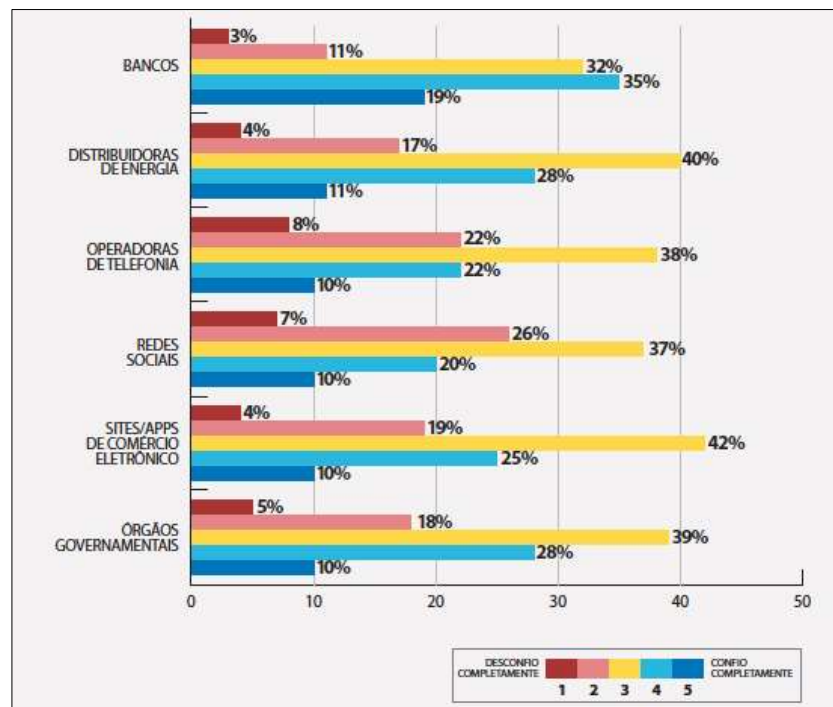
⁹⁹ Cf. Judicialização das telecomunicações no Brasil: disputas sobre direitos dos consumidores e regulação. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, 2015.

internamente no setor, ou, então, de disputas políticas. É evidenciado um movimento de demandas altamente pulverizadas, motivadas por interesses dispersos de usuários, que acabam por pavimentar um caminho de alteração de regras administrativas.

É inegável que a criação dos sistemas estaduais de Juizados Especiais Cíveis, além do fortalecimento dos direitos do consumidor, possibilitou uma atuação de maior protagonismo do Poder Judiciário em relação ao setor. A efetividade das determinações e o pronto atendimento podem ser comparados com outros canais de atendimento, como, por exemplo, da própria prestadora dos serviços, e mesmo até da Agência Reguladora, passando pelos sistemas do Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), sendo que todos esses agentes não demonstram efetividade nas determinações, como ocorre perante o Poder Judiciário.

A título de ilustração, o Gráfico 1 mostra o índice de confiança da população nos bancos, nas distribuidoras de energia, nas operadoras de telefonia, nos sites e aplicativos de comércio eletrônico, e nos órgãos governamentais:

Gráfico 1 - Índice de confiança



Fonte: Panorama Mobile Time¹⁰⁰.

Base: 2.055 brasileiros que acessam a internet e possuem *smartphone*.

¹⁰⁰ Cf. *Senhas e biometria do Brasil – Novembro 2018*. [S.l.], 2018. Disponível em: <https://panoramobiletime.com.br/senhas-e-biometria-no-brasil-novembro-2018/>. Acesso em: 5 dez. 2018.

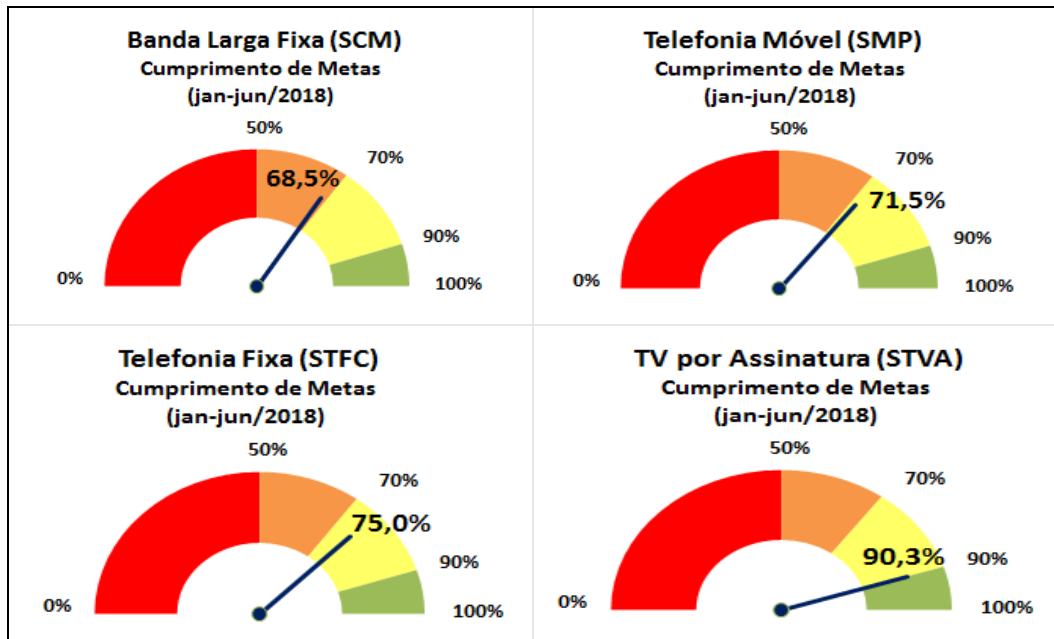
Todo esse conjunto fático reuniu-se em uma evidente luta judicial, contínua e maciça, que inseriu o Poder Judiciário no protagonismo do papel do Agente Regulador por meio da revisão judicial diária de políticas públicas de telecomunicações, que não alcança a velocidade das mudanças desejadas na qualidade dos serviços e os anseios dos usuários, impondo poucos limites ao poder econômico das prestadoras dos serviços. Ao final, constata-se que, para as prestadoras de serviços, desrespeitar os direitos dos usuários é mais benéfico sob o ponto de vista da obtenção de lucros.

Nesse sentido, verifica-se que o Poder Judiciário é relevante no processo de revisão das políticas de regulação em telecomunicações, pois a Agência Reguladora necessita considerar a insurgência e a reincidência de determinados tipos de reclamações dos usuários, para que elas sejam corrigidas por intermédio de regulamentos administrativos. A coleta de dados do setor é fundamental na construção de um arcabouço regulatório que seja eficiente em proteger os usuários da reincidência de problemas causados por questões técnicas, operacionais e administrativas.

A ANATEL acompanha a qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (SMC) (Banda Larga), do Serviço Móvel Pessoal (SMP) (Telefonia Móvel), do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) (Telefonia Fixa) e do Serviço de TV por Assinatura (STVA), por meio do monitoramento de indicadores de desempenho operacional das prestadoras de serviços. Os indicadores, bem como os seus respectivos métodos de coleta, cálculo e demais requisitos de qualidade, estão definidos em regulamentação específica editada pela Agência, em conformidade com a legislação.

O Gráfico 2, a seguir, mostra o cumprimento das metas pela ANATEL em cada um dos tipos de serviços prestados.

Gráfico 2 - Cumprimento de metas – ANATEL



Fonte: ANATEL¹⁰¹.

Além dos indicadores de desempenho, vale notar que a ANATEL monitora a disponibilidade da prestação dos serviços por meio da coleta sistemática de dados das prestadoras sobre eventos de interrupções, sejam eles programados ou decorrentes de falhas. Com o objetivo de aferir o correto emprego dos dispositivos regulamentares quanto à coleta de dados, o cálculo e o envio das informações solicitadas das prestadoras, a Agência possui procedimentos fiscalizatórios sistemáticos e periódicos, de forma a auditar e rever a veracidade de tais informações prestadas.

2.3.2 TACs em xeque-mate: poder sancionador em transação administrativa

Para os casos em que são verificados indícios de desempenho ou conduta diferente da estabelecida na regulamentação, a Agência instaura o Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) em desfavor da prestadora, para apurar o ato infracional e aplicar as devidas sanções.

No intuito de corrigir deficiências eventualmente constatadas na qualidade da prestação dos serviços, a ANATEL também tem legitimidade para adotar medidas

¹⁰¹ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, *Institucional*.

cautelares com determinações de execução imediata de planos de ações para correção de falhas, correção de conduta e realinhamento comportamental.

Nesse sentido, a Agência possui, à sua disposição, diversos instrumentos para regularizar ou estimular a regularização de condutas das prestadoras dos serviços de telecomunicações. Dentre eles: (i) despachos com obrigação de fazer/não fazer; (ii) sanções por intermédio de PADOs; (iii) medidas cauteladoras; (iv) resolução de conflitos; (v) Termos de Ajustamento de Conduta (TACs).

Cumprir observar que a opção de pactuar Termo de Ajustamento de Conduta em razão de descumprimento regulatório não deve ser uma regra, e sim a exceção na atuação do Agente Regulador. A opção mais atrativa deve consistir no cumprimento voluntário da obrigação imposta ao agente regulado, e, se porventura, houver o seu descumprimento, no caso de esse descumprimento ser adequável, seria possível, então, a celebração do TAC.

O TAC é adequado nos casos de: (i) práticas irregulares recorrentes; (ii) prevenção de reincidência na prática irregular; e (iii) situações em que outros meios não são suficientes para corrigir ou prevenir novas práticas irregulares sob o ponto de vista regulatório.

Sendo assim, o TAC somente poderá ser celebrado se for possível identificar benefícios claros e objetivos ao caso concreto, de modo que promova melhorias e desenvolvimento ao setor, até mesmo porque não se sabe ao certo o limite entre o descumprimento regulatório em si e a força coercitiva do poder econômico em fazer valer os seus anseios. Por outro lado, o compromisso de cessação da conduta irregular do agente regulado representa, de certa forma, ações que já deveriam ter sido cumpridas espontaneamente e que não o foram por motivos eminentemente voltados para a obtenção de lucros.

Os TACs transacionam obrigações anteriormente já pactuadas pelo agente regulado em relação ao setor, mas a celebração de acordo que troca as multas em virtude de descumprimento de obrigações por novos investimentos não obedece a essas regras definidas pela própria ANATEL, ocorrendo um contrassenso. Conforme se verifica pela sua própria natureza e pelos objetivos nos quais se fundam, os TACs tendem a provocar desequilíbrio no setor, uma vez que o agente regulado será beneficiado com condições mais vantajosas e desiguais de competição, que prejudicam não só os competidores em si, como também, e especialmente, a sociedade e os usuários.

Fundamental esclarecer que os recursos envolvidos na transação dos TACs são indubitavelmente públicos, na medida em que as multas aplicadas pela ANATEL, se pagas, devem ser direcionadas ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL). Além disso, parte desse fundo deve ser repassado ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), consoante previsto pela Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966. Ao transacionar obrigações descumpridas, o Agente Regulador chancela a reversão de bilhões de reais de recursos públicos para o patrimônio privado do agente regulado. Isso porque, tem-se que as transações prevêm investimentos em infraestrutura de banda larga, a qual se encontra sob a égide do regime privado, afastada de obrigações de universalização e reversibilidade de bens. Portanto, os novos investimentos em rede implicam a apropriação de recursos públicos, sem que os investimentos revertam na ampliação do acesso para cidadãos e regiões desatendidas.

É fato que as concessionárias de telefonia fixa devem para o Estado em razão das mudanças ocorridas nos Planos Gerais de Meta de Universalização (PGMUs) ao longo dos anos, conta motivada pelos “orelhões públicos” e pela não implantação de agências de atendimento ao usuário e de oferta gratuita de acesso à internet em banda larga em escolas públicas, sendo certo que o saldo da economia feita pelas concessionárias é, realmente, superior ao montante devido pelas sanções e multas.

Oportunamente, nessa linha, vale citar as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “De nada adiantaria a fiscalização, se o poder concedente não dispusesse da possibilidade de punir os infratores¹⁰².”

No tocante às suspensões dos PADOs em razão da pactuação de TACs, trata-se de questão de fundamental importância, que deve ser adequadamente dirimida. Trata-se de descumprimentos de obrigações contidas nos contratos de concessão da prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) firmados sob o regime público, que assumiram determinadas condições junto ao Estado.

É premente a necessidade de que sejam corrigidas falhas estruturais e fragilidades no atendimento do usuário, prejudicado, na maioria das vezes, pelos procedimentos adotados pelas gerências técnicas, que dão prioridade ao cumprimento institucional, formal e rotineiro de suas atividades e colocam em

¹⁰² Cf. *Direito administrativo*.

segundo plano o tratamento das questões envolvendo os consumidores. Convém destacar que a Ouvidoria da ANATEL funciona como ponte entre o usuário e a prestadora do serviço, não exercendo papel fiscalizador da solução da reclamação.

Constata-se, ainda, como já ressaltado, que o aumento, progressivamente, dos autos de infrações, dos PADOs e, conseqüentemente, do número de sanções, no decorrer da primeira década de atuação da ANATEL, não atingiu os resultados esperados, que seriam o processo educativo e a redução do número de infrações por força coercitiva.

Outro ponto importante de atenção no que se refere aos recursos advindos de TACs é a possibilidade de sua utilização sem que já tenham sido estabelecidas diretrizes de destinação, representando uma fragilidade significativa, pois, embora o governo destaque importância para os TACs, observa-se que há possibilidade de eles ficarem desvinculados de novas políticas públicas.

2.4 Forma de tributação e a reestruturação dos mecanismos de financiamento das políticas públicas: o ideal de massificação

O vício de origem relacionado aos tributos do setor de telecomunicações e a sequência de arranjos normativos parciais comprometem profundamente a formulação de um modelo institucional convergente aos interesses dos usuários e, como consequência, prejudicam a expansão do setor, que deveria ser almejada para atingir a massificação dos serviços de telecomunicações.

Atualmente, são enfrentadas profundas mudanças no comportamento social, por conta do ritmo acelerado das cidades, dos avanços da tecnologia, das novas formas de comunicação e, principalmente, das inovações nos meios de produção, razão pela qual o setor de telecomunicações necessita compreender esse cenário para desenvolver as estratégias corretas e implementar adequadamente políticas públicas.

O primeiro passo diz respeito à massificação das telecomunicações para estimular o acesso amplo e disseminado a todos os cidadãos. Nesse sentido, é relevante incentivar o posicionamento estratégico do setor em relação a alguns assuntos, como, por exemplo, a separação objetiva do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), por meio do qual é provido o serviço de internet por banda larga, do Serviço de Valor Adicionado (SVA), que geralmente compõe parte do processo

de fornecimento do serviço de internet por banda larga e que não se confunde com serviço de telecomunicações. Ademais, é preciso definir mecanismos para a modernização da Lei do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), de modo a gerar investimentos em infraestrutura e tecnologia, e, por fim, é imperioso restabelecer as metas reais de universalização¹⁰³.

Não menos importantes são os problemas da inaplicabilidade dos preços de referência para compartilhamento de infraestrutura, questão fulcral para o estímulo da competição. É mandatória a efetiva aplicação dos valores de referência e, sobretudo, que eles sejam revistos constantemente por intermédio do modelo de custos incrementado pela ANATEL, para atingir a segurança jurídica necessária ao setor.

Cabe observar que a expansão das políticas públicas para o setor das telecomunicações deve ser flexível e eficiente, conforme a evolução da demanda da sociedade, indiferente ao serviço e à forma de acesso, e aplicável em áreas específicas, onde houver carência de incentivos públicos. De igual modo, as decisões estratégicas necessitam ser desvinculadas da cena política, buscando uma melhor qualificação da atuação do Estado na economia.

De acordo com José Osório do Nascimento Neto:

As políticas públicas são assimiladas como autênticos programas de Estado (mais que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir prioridades vinculantes da Constituição, de ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras. Política pública deve ter a abordagem multicêntrica. E, nesse ambiente, política pública vai além da perspectiva de políticas governamentais, na medida em que o governo, com sua estrutura administrativa, não é a única instituição a servir à comunidade política, isto é, a promover políticas públicas¹⁰⁴.

A eficiência, portanto, é o fundamento científico da economia e, em particular, da criação de estratégias para a condução de políticas públicas pelo Estado para promover o desenvolvimento.

Uma importante constatação, que possui relação direta com a promoção e o estímulo do setor, diz respeito à carga tributária sobre os serviços de telecomunicações. O Brasil pratica uma das mais altas taxas de tributos do mundo,

¹⁰³ O PGMU em vigência atualmente foi estabelecido pelo Decreto nº 7.512, de 30 de junho de 2011.

¹⁰⁴ Cf. *Políticas públicas e regulação socioambiental: governança, estratégias e escolhas públicas: energia e desenvolvimento em pauta*.

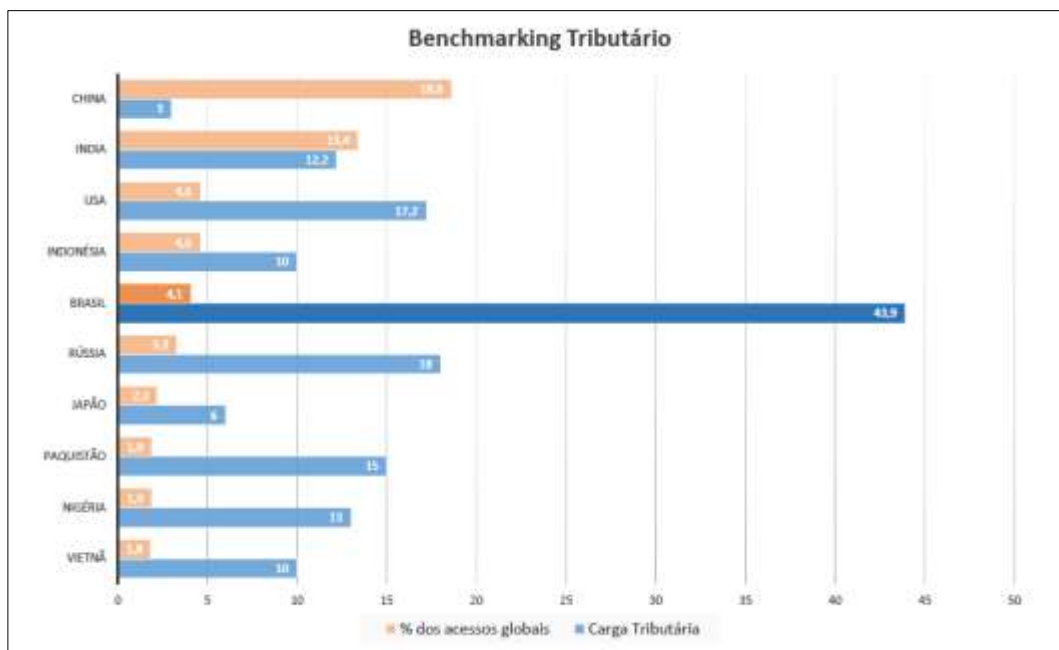
tendo assim um efeito reverso sobre a expansão da economia como um todo. A carga tributária do setor está acima da média mundial, consoante é possível verificar na Tabela 3 e no Gráfico 3:

Tabela 3 - Acessos e carga tributária do setor de telecomunicações no mundo

	Ranking de Acessos	% dos acessos globais	Carga Tributária
China	1	18,6%	3,0%
Índia	2	13,4%	12,2%
USA	3	4,6%	17,2%
Indonésia	4	4,6%	10,0%
Brasil	5	4,1%	43,9%
Rússia	6	3,3%	18,0%
Japão	7	2,2%	6,0%
Paquistão	8	1,9%	15,0%
Nigéria	9	1,9%	13,0%
Vietnã	10	1,8%	10,0%

Fonte: Palestra proferida pelo Gerente de Outorgas e Recursos à Prestação da ANATEL, em 12 de abril de 2018, durante o *Workshop* Infraestrutura - Telecomunicações “As novidades e o avanço do 5G no mundo”, ocorrido na sede da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP).

Gráfico 3 - Benchmarking tributário



Fonte: Palestra proferida pelo Gerente de Outorgas e Recursos à Prestação da ANATEL, em 12 de abril de 2018, durante o *Workshop* Infraestrutura - Telecomunicações “As novidades e o avanço do 5G no mundo”, ocorrido na sede da FIESP.

É relevante destacar que a situação da carga tributária para o setor das telecomunicações não é diferente da situação de outros segmentos da economia.

Além de uma tributação extremamente elevada, que obriga as prestadoras a pagar valores expressivos, há também uma grande quantidade de obrigações acessórias, ou seja, a necessidade de estabelecer controles e preparar relatórios específicos, que oneram ainda mais a atividade produtiva. As telecomunicações são uma alavanca para o desenvolvimento socioeconômico do país e auxiliam a reduzir a exclusão social, de forma que a carga tributária como está posta funciona como freio para o progresso e como um entrave no combate à desigualdade de distribuição de renda¹⁰⁵.

Cabe citar, aqui, o “Relatório Global de Tecnologia e Informação”, estudo apresentado no Fórum Econômico Mundial, em 2016, que avalia os fatores, as políticas e as instituições que permitem a um país aproveitar plenamente tecnologias da informação e comunicação para o aumento da competitividade e bem-estar¹⁰⁶. Cerca de metade dos indicadores utilizados no Relatório são de fontes de organizações internacionais, em especial a União Internacional de Telecomunicações (UIT). A outra metade é oriunda da Pesquisa de Opinião Executiva do Fórum Econômico Mundial. Essa pesquisa é utilizada para mensurar conceitos que são de natureza qualitativa ou apresentar estatísticas internacionais comparáveis que não estão disponíveis para todos os países do mundo.

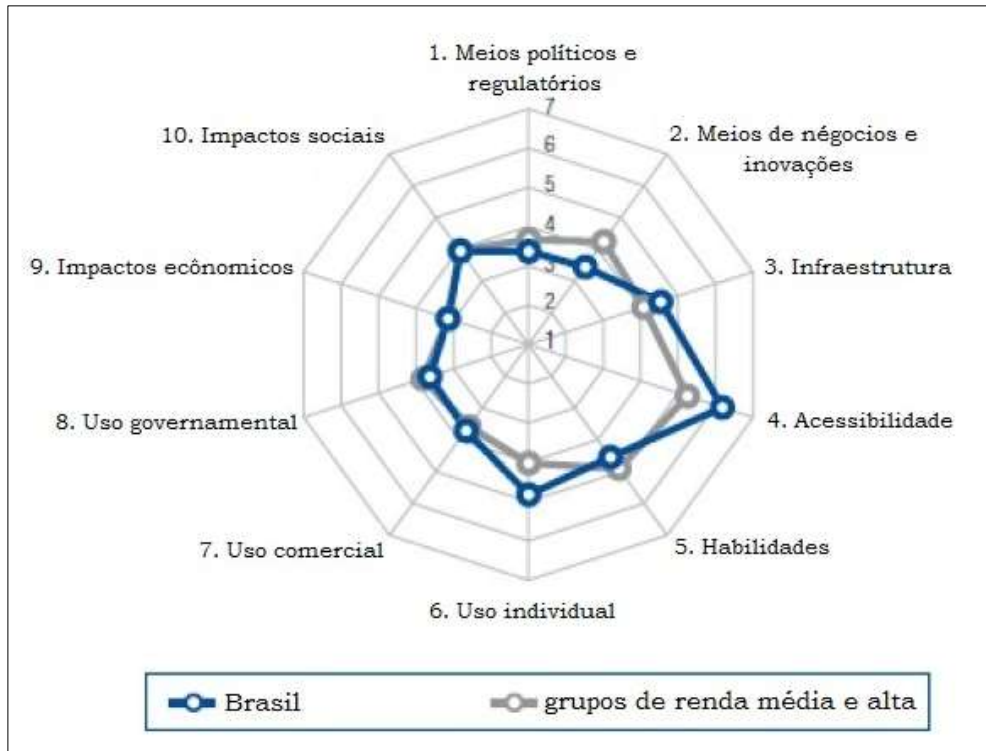
A Figura 2, a seguir, traz o radar com os dez pilares brasileiros comparativamente com o grupo de países de renda média à alta.

Na sequência, nos Gráficos 4 a 6, constata-se o percentual da população coberta pelo Serviço Móvel Pessoal (SMP), que demonstra o Brasil acima da média de todos os países, com uma cobertura bastante próxima a 100% da população.

¹⁰⁵ Conforme destacado no *Workshop* Infraestrutura - Telecomunicações “As novidades e o avanço do 5G no mundo”, ocorrido na sede da FIESP, em 12 de abril de 2018.

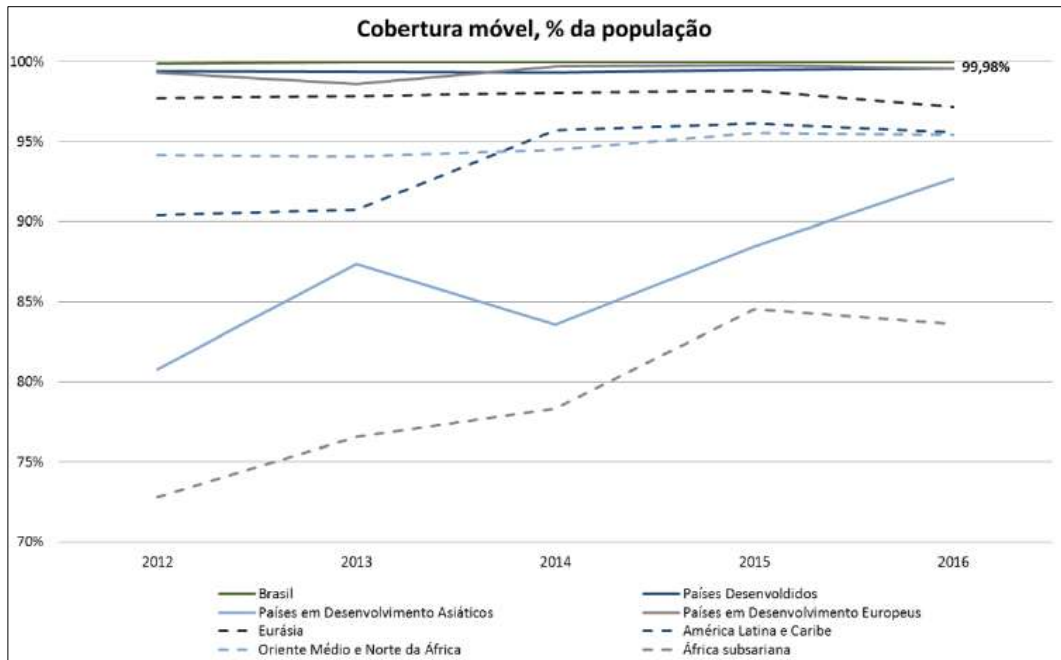
¹⁰⁶ Ver AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Assessoria Técnica. *Destaques do Relatório Global de Tecnologia e Informação de 2016*. Brasília, DF: ANATEL, 2016.

Figura 2 - Radar com os dez pilares brasileiros comparativamente com o grupo de países de renda média à alta



Fonte: ANATEL¹⁰⁷.

Gráfico 4 - Cobertura móvel, por porcentagem da população

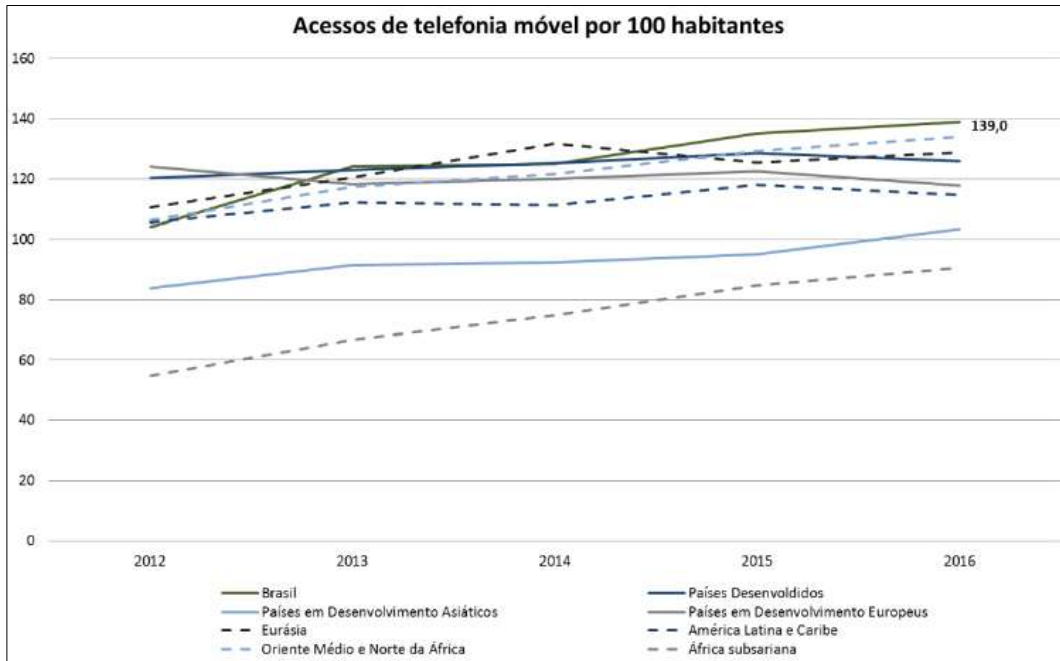


Fonte: ANATEL¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Cf. *Destques do Relatório Global de Tecnologia e Informação de 2016*.

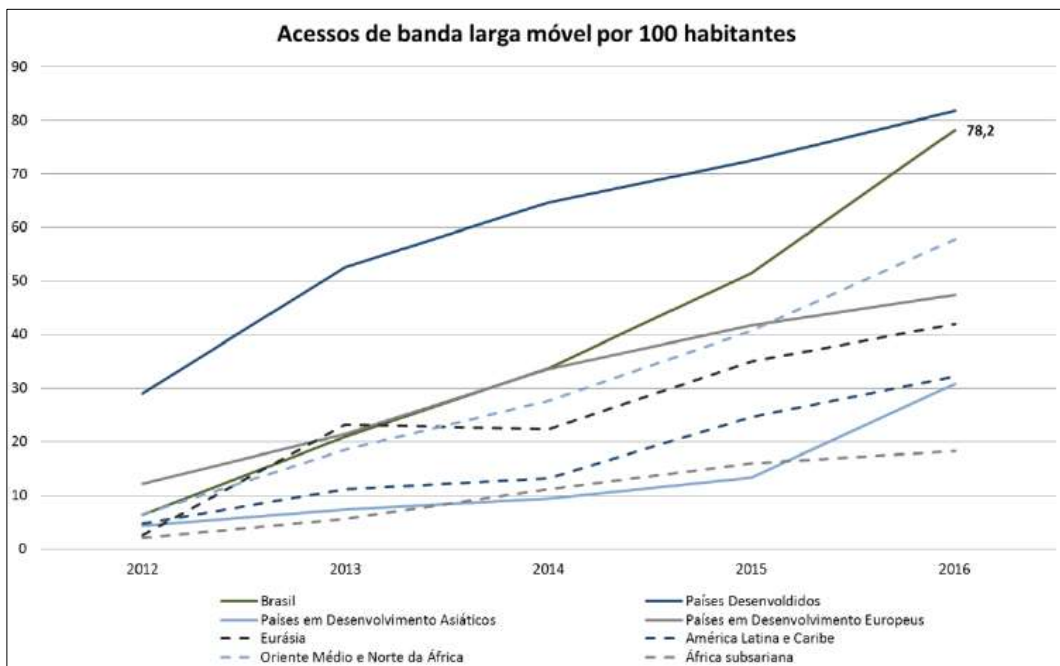
¹⁰⁸ *Ibidem*.

Gráfico 5 - Acessos de telefonia móvel por 100 habitantes



Fonte: ANATEL¹⁰⁹.

Gráfico 6 - Acessos de banda larga móvel por 100 habitantes



Fonte: ANATEL¹¹⁰.

¹⁰⁹ Cf. Destaques do Relatório Global de Tecnologia e Informação de 2016.

¹¹⁰ Ibidem.

Nos dias atuais, o acesso à internet em banda larga é essencial ao exercício da cidadania, figurando como item fundamental na promoção do desenvolvimento da sociedade. Nesses termos, o Estado não pode eximir-se de sua responsabilidade de garantir o acesso de todos à internet.

Considerando-se as evoluções tecnológicas, que transmutaram rapidamente as necessidades sociais, com início no serviço de telégrafo, passando pelo telefone fixo residencial e, posteriormente, pelo telefone celular, que permitiu a comunicação com mobilidade, a internet “abre portas para o futuro”¹¹¹ e, conseqüentemente, as mudanças regulatórias em curso no setor necessitam ser adotadas para ampliá-la e disseminá-la em todo o país.

Para tanto, como Agência Reguladora do setor de telecomunicações,

É atribuída à ANATEL o acompanhamento e a fiscalização das receitas que compõem os seguintes fundos:

a) Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações – FUNTTEL, instituído pela Lei nº 10.052 de 28 de novembro de 2000;

b) Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, instituído pela Lei nº 5.070, de 07 de julho de 1966, sendo que as receitas originárias das Taxas de Fiscalização e Instalação (TFI), as Taxas de Fiscalização e Funcionamento (TFF), os pagamentos de outorgas, multas e outras taxas administrativas são as receitas que compõem o FISTEL;

c) Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST, instituído pela Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, cuja finalidade é proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo, exclusivamente, atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, que não pode ser recuperada com a exploração eficiente do serviço¹¹².

O Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) tem por objetivo promover o desenvolvimento do setor de telecomunicações. Na sua concepção, seria o serviço de voz que se personifica na essencialidade do setor, e, para ter acesso a esses recursos, o serviço obrigatoriamente deve ser prestado sob o regime publicista. Na atualidade, o acesso à internet superou a comunicação pelo telefone fixo, tornando-se o destaque da essencialidade e da necessidade básica do cidadão. Nasceu, assim, um paradoxo, que precisa de solução no setor.

Por essas considerações, é premente a necessidade de repensar a utilização do FUST como fundo setorial e a sua alocação na expansão e na massificação da

¹¹¹ Ver LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 2010.

¹¹² Cf. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, *Relatório da Ouvidoria: apreciações críticas da atuação da agência*.

internet banda larga. A problemática reside no fato de que a internet é um serviço explorado sob o regime privado e, por conseguinte, todos os investimentos e subsídios públicos não podem ser empregados deliberadamente, sem, contudo, haver a ponderação entre ambas as situações de coexistência de regime público e regime privado.

Já o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL) arrecada muito mais do que a ANATEL necessita para o seu pleno funcionamento e para fortalecer a sua atuação. O problema centra-se no fato de que toda a sua arrecadação é direcionada ao Tesouro Nacional, não sendo os recursos aplicados adequadamente no incremento e na sofisticação da Agência Reguladora.

Nesse sentido, nota-se que, se todos os fundos setoriais fossem, de fato, revertidos e destinados exclusivamente para as telecomunicações, haveria inúmeros projetos, programas e incentivos em políticas públicas que fomentariam o desenvolvimento do setor. A massificação dos serviços de telecomunicações não será possível sem incentivos públicos.

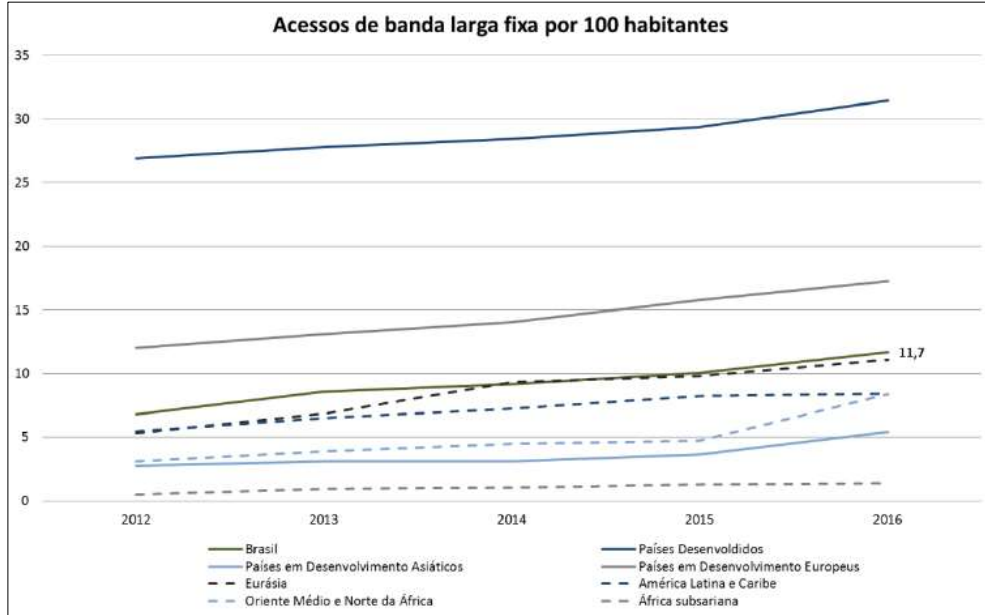
Dados de acesso à internet por intermédio da banda larga fixa podem ser verificados nos Gráficos 7 e 8, a seguir. O Brasil demonstra tendência crescente ao longo dos anos, entretanto, os parâmetros deixam a desejar em relação aos países desenvolvidos e em desenvolvimento europeus.

É relevante ressaltar que os mecanismos de financiamento interferem na atratividade do modelo de massificação, podendo aumentar ou diminuir o nível de confiabilidade de investimentos. Atualmente, apesar da existência do FUST, esse mecanismo não agrega atratividade à prestação dos serviços, uma vez que não foi utilizado diretamente no setor tal como foi previsto, sendo destinado, exclusivamente, a projetos ligados ao STFC, cujo interesse pela população se reduz a cada dia, em razão da superação tecnológica.

A criação de um novo fundo direcionado à massificação, que permita a aplicação de recursos na universalização e na ampla cobertura, capacidade e capilaridade das redes de transportes e de acesso, por qualquer serviço de interesse coletivo, é parte de estudos no setor. Novos mecanismos de financiamento visam a atender a demanda da população pelos serviços prestados pelas “empresas-espelho”, sobretudo em áreas de pouca ou sem competição, para cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento dos respectivos projetos que não

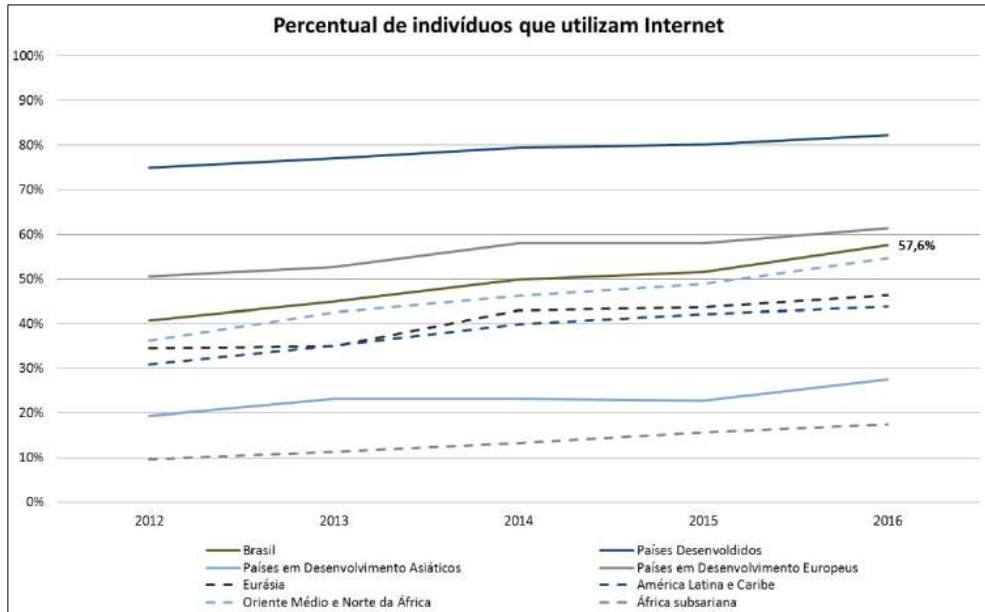
possam ser recuperados com a exploração eficiente do serviço por intermédio das grandes concessionárias.

Gráfico 7 - Acessos de banda larga fixa por 100 habitantes



Fonte: ANATEL¹¹³.

Gráfico 8 - Percentual de indivíduos que utilizam internet



Fonte: ANATEL¹¹⁴.

¹¹³ Cf. Destaques do Relatório Global de Tecnologia e Informação de 2016.

¹¹⁴ Ibidem.

É de suma importância considerar o tamanho continental que possui o Brasil. Um país cuja dimensão exige foco da atuação do Governo em áreas culturalmente distintas, com anseios e modos de vida diversificados, necessita adotar regras regionalizadas de aplicação de recursos. Nesse sentido, entende-se que o foco da aplicação dos recursos deveria priorizar as áreas economicamente menos atrativas, com pouca ou nenhuma competição, de modo a dar acesso a todos os cidadãos e proporcionar o desenvolvimento regional, por intermédio do reconhecimento do empresário local, habituado e ambientado ao lugar de exploração dos serviços.

Independentemente da localização e da condição socioeconômica, os serviços de telecomunicações devem ser acessíveis, já que considerados como essenciais pela Constituição Federal. É oportuno também salientar que tal foco deveria ter abrangência suficiente para não atrelar serviços específicos, podendo o ideal de massificação atingir qualquer tipo de serviço de telecomunicação, em qualquer dimensão. Essa mesma premissa caberia à “empresa-espelho”, desvinculando-se os subsídios dos grandes grupos econômicos daqueles das concessionárias.

Os agentes regionais são essenciais nessa abordagem de universalização de serviços, garantindo maior disponibilidade e diversidade de capital empregado no esforço de conectar todo o país à internet, fazendo com que a população possa usufruir dos benefícios de uma vida conectada, transpondo barreiras. Nesse sentido, é necessário que se dê publicidade aos critérios de escolha das localidades atendidas pelo programa “Internet para todos” e que se promova o estímulo à disseminação dos serviços.

O Plano Nacional de Banda Larga (PNBL), instituído pelo Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010, com a finalidade principal de massificar o acesso à internet através de banda larga, propôs a estruturação do programa em três pilares: (a) a redução de preço; (b) o aumento das áreas de cobertura; e (c) o incremento de velocidade. No mesmo documento-base do PNBL, foram estabelecidas duas metas: (a) levar a banda larga a 35 milhões de domicílios até 2014; e (b) implantar uma Rede Nacional, baseada em fibra óptica, operada pela TELEBRÁS, que atingisse 4.278 municípios até 2014.

Embora fosse considerado o principal documento de planejamento de ações em banda larga, a estrutura estratégica não previu metas físicas, não estabeleceu

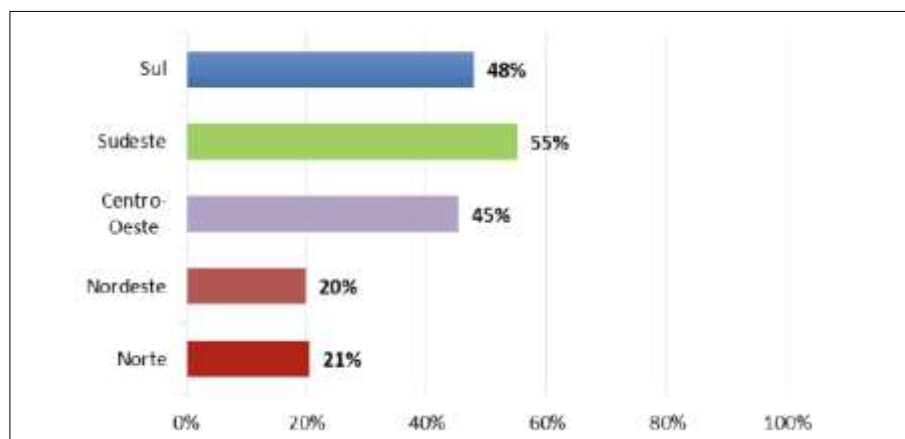
um cronograma de implementação e tampouco atribuiu os responsáveis pelas ações, levando o PNBL à sua inexecução.

Em 2014, segundo dados da pesquisa TIC Domicílios 2014, havia 32,3 milhões de domicílios com acesso à internet. Dentre esses, 67% possuíam algum tipo de conexão banda larga fixa. Evidencia-se, assim, que a meta de levar a banda larga a 35 milhões de domicílios até 2014 não foi atingida. O não atingimento da meta de implantação da Rede Nacional até 2014, segundo relatório do Senado Federal pode ser atribuído ao investimento insuficiente nos projetos executados pela TELEBRÁS. O Plano Plurianual de 2012 a 2015 previu investimentos da ordem de R\$ 2,9 bilhões para o PNBL no período de 2012 a 2013. Já as Leis Orçamentárias Anuais desses dois anos previam o investimento de apenas R\$ 314,7 milhões. Após o contingenciamento desses recursos, o valor foi reduzido para R\$ 267,9 milhões, sendo que a execução orçamentária foi de apenas 7,4% do que foi previsto¹¹⁵.

É notório que um dos problemas mais graves que atinge o Estado de Direito são os riscos dos eventuais excessos de ação ou omissão que são cometidos pela Administração Pública à luz da discricionariedade dos seus atos. Diante disso, vê-se que é necessário delimitar as ações discricionárias, a fim de coibir o comportamento que prejudica a sociedade como um todo.

Certa parcela dos excluídos digitais tende a permanecer desatendida, por não haver critérios estabelecidos em políticas públicas que tenham por objetivo a redução das desigualdades regionais e sociais. O Gráfico 9 traz a densidade de acessos de banda larga fixa nos domicílios do país:

Gráfico 9 - Densidade de acessos de banda larga fixa nos domicílios do Brasil



Fonte: Elaborado pela autora, a partir dos dados disponibilizados no *site* da ANATEL¹¹⁶.

¹¹⁵ Cf. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório de Auditoria TC 032.508/2017-4*. Relatora Ministra Ana Arraes. Brasília: TCU, 2018.

¹¹⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, *Institucional*.

Não obstante uma parcela significativa da população brasileira acesse a internet por meio de banda larga móvel disponibilizada através de telefone celular, a literatura especializada indica que a qualidade do acesso e o tipo de tecnologia empregada influenciam sobremaneira as habilidades individuais e os benefícios ligados ao uso da rede¹¹⁷.

Esse fenômeno se justifica em razão de o custo da banda larga fixa no Brasil ser alto para a realidade socioeconômica brasileira. O gasto com banda larga representa 4,5% da renda mensal *per capita* do país, enquanto, nas nações desenvolvidas, ele equivale a apenas 0,5%¹¹⁸.

E, conforme dito anteriormente, um dos principais fatores que contribuem para o alto custo da banda larga fixa é a elevada carga tributária, incluindo impostos, taxas e contribuições gerais e específicas, abrangendo os fundos setoriais. Isso dificulta o acesso das classes economicamente menos favorecidas, reforça a desigualdade e impacta de forma negativa as políticas de inclusão digital.

De modo a concretizar os fins aos quais o PNBL se propõe, há que se considerar algumas fontes de financiamento que poderiam ser utilizadas nas chamadas políticas públicas de conectividade: o produto de pactuação de TACs, os recursos de outorga de radiofrequência, o saldo da migração do modelo de concessão da telefonia fixa e o FUST, além da desoneração tributária¹¹⁹.

2.5 A eliminação da coexistência dos regimes público e privado e as propostas de alteração da Lei Geral de Telecomunicações

A principal alteração relacionada ao setor diz respeito à articulação política que visa a excluir da Lei Geral de Telecomunicações a coexistência dos regimes de prestação dos serviços, atualmente estabelecidos entre o público e o privado. Considerando que as características são bastante distintas para a prestação de serviços sob a égide de cada um dos regimes, a composição entre os diversos elementos presentes deve ser conduzida de forma a alcançar um contorno razoável e que atenda aos anseios sociais e preserve a *res publica*.

¹¹⁷ Cf. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, *Relatório de Auditoria TC 032.508/2017-4*.

¹¹⁸ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória*. Brasília: IPEA, 2010.

¹¹⁹ Cf. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, *op. cit.*

Para o regime público, exige-se que o serviço seja prestado mediante concessão ou permissão, e delegado mediante contrato, por prazo determinado, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais e remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas. Nesse regime, a concessão de serviço é realizada com atribuições de obrigações de universalização e de continuidade, além daquelas previstas no contrato pactuado junto ao Poder Concedente.

Quanto ao serviço prestado sob o regime privado, a Lei Geral de Telecomunicações explicita que a sua exploração será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica, portanto, sujeito a um nível menor de interferência e controle por parte do Agente Regulador. Dentre os principais serviços prestados nessa modalidade, estão o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), prestado em regime privado, o Serviço Móvel Pessoal (SMP), o Serviço Móvel Especializado (SME), o Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) e o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM).

A Tabela 4 traz a descrição de regimes dos principais serviços de telecomunicações:

Tabela 4 - Descrição de regimes dos principais serviços de telecomunicações

Regime	Sigla	Descrição do serviço	Instrumento Legal
Regime público	STFC	Telefonia fixa	Concessão
Regime privado	STFC	Telefonia fixa	Autorização
	SMP	Telefonia móvel	
	SME	Telefonia móvel (radiocomunicação)	
	SeAC	Televisão por assinatura	
	SCM	Transmissão de dados em banda larga	

Fonte: Relatório de Auditoria TC 015.409/2016-3¹²⁰.

Com a evolução tecnológica e as mudanças de comportamento da sociedade no que se refere a serviços de telecomunicações, os serviços de dados substituíram o serviço de voz, e o serviço celular móvel transformou o telefone fixo em um acessório em franca decadência tecnológica, já que superado pelos aplicativos e pelas novas facilidades e inovações ligadas à comunicação.

¹²⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, *Relatório de Auditoria TC 015.409/2016-3*.

Pelo que se verifica das discussões quanto ao projeto estratégico baseado nos trabalhos dos diversos setores políticos interessados na eliminação do regime público, a tendência é de se implementar um regime único de autorização em todo o setor das telecomunicações. Contudo, a realidade mostra que não é necessária a alteração das características previstas para os serviços prestados e estampadas na Constituição Federal para a criação de condições para a promoção de competição quando for viável, mas sim um arcabouço regulatório que propicie investimentos e, ao mesmo tempo, proteja os interesses dos usuários.

O setor de telecomunicações envolve investimentos em modalidades de infraestrutura que exigem capital intensivo e produzem baixos retornos sobre investimentos, com esgotamento da trajetória de expansão em virtude da retração do mercado consumidor, queda da rentabilidade e da capacidade de investimentos, excessiva carga de tributos e encargos, além da ausência de uma regulação responsiva que promova mudanças estruturais, demandando o uso de uma agenda positiva de evolução regulatória.

Essa crise pode ser enfocada como uma crise de noção clássica de serviço público, isto é, de fatos relacionados à definição de um conceito e, por meio dele, de um objeto e do sentido da palavra, relacionando-se às regras de solução do Direito positivo, e não exatamente à instituição em si do serviço público.

Não há como desvincular a noção de serviço público em termos de garantia de bem-estar social, pautado no fundamento que priorize a universalização e a expansão dessas atividades, ou seja, mesmo que a atividade não seja prestada diretamente pelo Estado, deve haver o condicionamento planejado para que sejam alcançados os interesses do ponto de vista social.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta um critério de quais serviços podem estar sujeitos à concessão ou à permissão. Serviços sociais, por exemplo, como educação e saúde, seriam incompatíveis com a concessão, porque têm a gratuidade como a sua principal característica, sendo impossível, portanto, a contraprestação dos usuários pelo serviço, devendo ser prestado diretamente pelo Estado. Trata-se dos serviços *uti universi*, que não podem ser individualizados e mensurados. A possibilidade de delegação ao particular resume-se aos serviços de natureza

comercial, em que a concessão seria possível desde que prevista na Constituição Federal ou em lei específica¹²¹.

Já para Carlos Ari Sundfeld, a noção de serviço público não serve para sintetizar o regime jurídico da exploração de atividades consideradas de utilidade pública. Apesar de a noção ter sido útil, mesmo modificando-se com o passar do tempo, teria se tornado pouco a pouco problemática, atingindo, segundo a sua visão, o atual momento de sua inutilidade. Para o autor, duas razões são preponderantes para a inutilização da noção de serviço público: (i) o conceito ficou excessivamente vinculado a um modelo de exploração de serviços, caracterizado pela exploração monopolista por meio de empresas estatais; e (ii) a complexidade que envolve cada atividade econômica dificulta a compreensão global por meio do conceito, como o de serviço público¹²².

Embora as posições doutrinárias sejam diametralmente opostas, não se comunga, neste estudo, com a ideia da inutilização da noção de serviço público. Ainda que tenha outorgado concessão ao agente privado para a exploração dos serviços, é o Estado o responsável constitucional inderrogável pela adequação e efetividade social, sendo um mecanismo de proteção e de direcionamento de recursos. O conceito de universalização precisa ser revisitado, pois a mera expansão da telefonia fixa não mais atende aos anseios tecnológicos da sociedade, contudo, o trabalho regulatório deve ser pautado no estímulo e na ampliação das redes de acesso convergentes, que compreendem a multidisciplinariedade dos serviços de telecomunicações.

Segundo um estudo acurado do Tribunal de Contas da União (TCU), a revisão do modelo de prestação dos serviços de telecomunicações pressupõe a troca de saldos decorrentes da flexibilização do regime de concessão da telefonia fixa para um regime de maior liberdade, condicionando tal migração ao atendimento de metas de investimentos e à provisão de infraestrutura de banda larga. Além disso, concluiu o TCU, por intermédio do Acórdão nº 1.778, publicado em 23 de novembro de 2004, que a ANATEL não possui meios de saber se as concessionárias de telefonia fixa estão cumprindo as metas de universalização previstas nos contratos de concessão: “[...] a Anatel não dispõe de um sistema

¹²¹ Cf. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*.

¹²² Vide *Direito administrativo econômico*.

dedicado ao apoio de atividades de fiscalização de campo, de elaboração de relatórios de fiscalização, ou de monitoramento de ações posteriores à fiscalização [...]”¹²³.

Vale notar que os compromissos de transição entre regimes de exploração dos serviços estão em negociação política e baseiam-se na valoração do término das concessões em 2025, pois, assim, estariam incorporados a valoração referente ao término da reversibilidade de bens, o ônus bianual da concessão, o controle tarifário e outros eventuais saldos contratuais a serem solucionados entre as concessionárias e o Estado.

Porém, é conveniente consignar que, em que pese a tramitação da minuta do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 79, datado de 2016, ainda não ter sido concluída pelo Poder Legislativo, mesmo que ocorra a sua aprovação, a migração das concessões para o regime de autorização não prevê a obrigatoriedade de migração das prestadoras dos serviços sob o regime de concessão para o regime de autorização.

2.5.1 Obrigações de universalização e o Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU)

Ainda no período anterior à desestatização do setor, o Ministério das Comunicações, considerando a necessidade de reestruturação do setor e reunindo a missão de formular políticas públicas, lançou duas edições do Programa de Recuperação e Ampliação do Sistema de Telecomunicações e do Sistema Postal (PASTE).

Esse programa reuniu previsões e tendências para o setor e apresentou propostas, metas e diretrizes a serem cumpridas para atender ao mercado no período de 1996 a 2003. Dentre as metas, estava a expansão dos acessos de telefonia fixa e móvel, além do aumento do número de usuários de comunicação de dados.

Os Planos Gerais de Metas de Universalização (PGMUs) surgiram como uma continuidade do PASTE, com o principal objetivo de dar continuidade aos projetos de expansão anteriores à desestatização do setor, determinando compromissos de

¹²³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, *Relatório de Auditoria TC 032.508/2017-4*.

universalização da telefonia fixa e a disponibilidade de telefones públicos no âmbito dos contratos de concessões. Tais PGMUs¹²⁴ estabelecem metas de modo a possibilitar a oferta da telefonia fixa em todo o território nacional por meio da instalação de acessos individuais e coletivos, bem como o atendimento de pessoas em áreas remotas e rurais.

É inegável que o setor das telecomunicações tem vivenciado profundas mudanças no que se refere à introdução de novas tecnologias. Nesse contexto, evidenciam-se o esgotamento da universalização da telefonia fixa, a necessidade de massificação da banda larga, a resolução do conflito quanto à propriedade e à posse dos bens reversíveis das concessões, a tributação excessivamente onerosa e a impossibilidade de reversão dos recursos do FUST em prol do setor.

A Tabela 5 mostra a evolução das metas de universalização por PGMU:

Tabela 5 - Evolução das metas de universalização por PGMU

Metas	unidade	PGMU I (*) (15/5/1998)	PGMU II (1/1/2006)	PGMU III (30/6/2011)
Obrigação de instalação de acessos individuais (localidades com mais de:)	habitantes	600	300	300
Prazo máximo para atender às solicitações de acesso individual	dias	14 (**)	7	7
Densidade de TUP	TUP/1000 hab.	7,5	6	4
Distância máxima para acesso a TUP (***)	metros	300	300	300
Obrigação de instalação de TUP (localidades com mais de:)	habitantes	300	100	100
Quantidade de TUP ao final do plano	TUP	1,27 milhão (dez/2005)	1,1 milhão (abr/2011)	877 mil (set/2013)

Fonte: Relatório de Auditoria TC 015.409/2016-3¹²⁵.

Notas: (*) O plano tinha várias fases de implantação. Consideram-se as metas até 31 de dezembro de 2003. (**) 2 semanas. (***) De qualquer ponto dentro dos limites de localidade com acessos individuais.

¹²⁴ Até o momento, foram aprovados três planos gerais de universalização, conforme descrito a seguir: a) o PGMU I, aprovado pelo Decreto nº 2.592, de 15 de maio de 1998, que estabeleceu metas de universalização que deveriam ser cumpridas pelas concessionárias até 31 de dezembro de 2005, no âmbito dos contratos de concessão assinados em 2 de junho de 1996; b) o PGMU II, aprovado pelo Decreto nº 4.769, de 27 de junho de 2003, com entrada em vigor a partir de 1º de janeiro de 2006, que coincidiu com o primeiro período de vigência dos contratos de concessão prorrogados, assinados em dezembro de 2005, e foi modificado por meio do Decreto nº 6.424, de 4 de abril de 2008; e c) o PGMU III, aprovado pelo Decreto nº 7.512, de 30 de junho de 2011, que entrou em vigência na mesma data da segunda etapa de revisão dos contratos de concessões.

¹²⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, *Relatório de Auditoria TC 015.409/2016-3*.

Além das obrigações da telefonia fixa, a universalização compreende também obrigações e metas voltadas ao acesso de pessoas de baixa renda, de pessoas com necessidades especiais, de Telefones de Uso Público (TUPs), os chamados “orelhões”, dentre outras obrigações afetas ao conceito de serviço público da telefonia fixa.

Trata-se de um desafio a ser enfrentado pelo setor regulado em garantir as telecomunicações como um direito fundamental, tal qual a educação, a saúde e a moradia. Nos casos em que há direitos fundamentais envolvidos, não basta que um ato regulatório seja praticado, sem que seja efetivamente concretizado. O desafio surge com o regime jurídico especial conferido aos direitos fundamentais, caracterizado, especialmente, pela proteção ampliada e conferida pela Constituição Federal. Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) esclarece:

O propósito das obrigações de universalização fixadas no terceiro PGMU, tal como em suas edições anteriores, é “possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público”, conforme estabelece o § 1º do art. 79 da LGT. Visando a tal objetivo, o atual Plano mantém algumas metas já previstas nos anteriores e, também, acrescenta novas metas, de modo a propiciar a adaptação às novas necessidades da sociedade, ou seja, do interesse público¹²⁶.

Não obstante o Brasil já tenha absorvido a percepção da superação tecnológica da telefonia fixa, vertendo os olhos para a importância do acesso à banda larga, a velocidade da implementação de políticas públicas para o setor é dificultosa e demonstra a necessidade de ser revista.

Considerando-se os levantamentos realizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA):

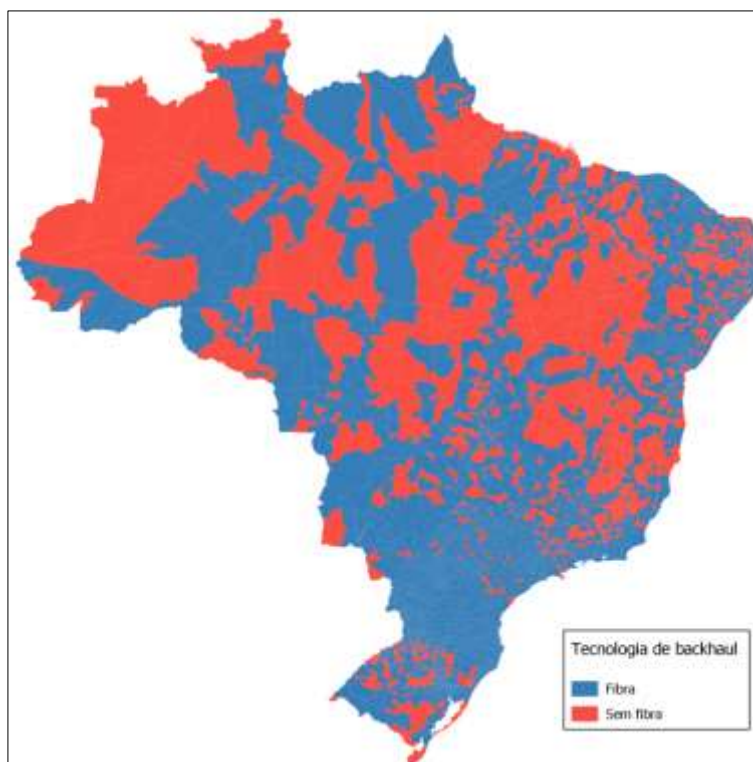
Dados da ANATEL mostram que no Brasil a infraestrutura de banda larga é ainda precária. Existem ainda 2.325 municípios que não possuem *backhaul* de fibra, sendo que 58% situam-se nas regiões Norte e Nordeste, fazendo com que tenhamos 14% da população brasileira desassistida. 54% dos municípios sem fibra óptica estão nas regiões Norte e Nordeste; sendo que na região Sudeste, 23% dos municípios sem fibra se situam no estado de Minas Gerais.

¹²⁶ Cf. Exposição de Motivos do Decreto nº 7.512, de 30 de junho de 2011, que aprovou o terceiro Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado sob o regime público.

Mesmo nos municípios dotados de *backhaul*, a velocidade da banda larga nos 2.221 municípios que possuem *backhaul* de fibra é de 5 Mbps¹²⁷. Novamente, as regiões Norte e Nordeste possuem as mais baixas velocidades¹²⁸.

A Figura 3 apresenta o mapa da banda larga brasileira:

Figura 3 - Mapa da banda larga brasileira



Fonte: ANATEL¹²⁹.

Nesse cenário, um ponto importante chama a atenção. As metas de universalização orientadas à telefonia fixa, que, conforme é sabido, trata-se de uma tecnologia superada e que, de certa forma, atingiu os seus objetivos de universalização, já não são mais o ponto focal, ao passo que a banda larga, importante infraestrutura para o desenvolvimento nacional, padece urgentemente de políticas públicas e de investimentos para a sua universalização. É nesse sentido

¹²⁷ O Brasil está entre os países com as mais baixas velocidades de banda larga.

¹²⁸ Cf. CARVALHO, Alexandre Ywata de; MENDONÇA, Mário Jorge; SILVA, José Jaime da. *Avaliação de prioridades para expansão da rede de acesso à banda larga nos municípios brasileiros*. Brasília: IPEA, 2017.

¹²⁹ Cf. *Levantamento de informações orientará a política pública*. Brasília, DF: ANATEL, 29 maio 2017. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/setorregulado/mapeamento-de-redes>. Acesso em: 10 nov. 2018.

que deve ser compreendida a possibilidade ou não de uma retomada do desenvolvimento nacional no setor das telecomunicações.

A política econômica no setor das telecomunicações carece de reformas e maior dinamismo, a fim de acompanhar as rápidas transformações do mundo moderno, consagrado pela evolução das tecnologias.

Nas palavras de Gilberto Bercovici, descrevendo o modelo neoclássico de política econômica:

A política econômica pode, nesta mesma linha de raciocínio, ser definida também como o estudo das formas e efeitos da intervenção do Estado na vida econômica visando a atingir determinados fins. Como bem destaca Carlos Lessa, essa concepção não passa da transposição da visão neoclássica exposta, entre outros, por Lionel Robbins, para a política econômica. O Estado é entendido como um ente que persegue fins e dispõe de meios escassos suscetíveis de usos alternativos para tanto. Forjada a partir da perspectiva microeconômica, esta concepção de política econômica vê o Estado apenas como um “mal necessário”, que deve garantir o livre jogo das forças de mercado, mas interferir o mínimo possível no sistema econômico. A opção pelos meios, “neutros” para estes autores, deve se dar de acordo com a melhor “técnica”, abstraindo da reflexão econômica a perspectiva histórica e a da totalidade em que se insere. Os fins são dados, e os meios são passíveis de serem indicados por critérios “técnicos”, “neutros”, “objetivos”. A questão da coordenação dos meios econômicos e da própria atuação do Estado são, convenientemente, deixadas de fora. Boa parte dos autores adota esta concepção como se a complexidade da atuação estatal pudesse ser simplificada na relação fins/meios ou objetivos/instrumentos. Não por acaso, os instrumentos mais mencionados são os fiscais e monetários, geralmente mecanismos indutivos, como se a política econômica pudesse também ser reduzida a estas atuações pontuais, sem qualquer menção aos instrumentos de ação direta do Estado, como as empresas estatais, por exemplo. O Estado, assim, é entendido de modo unilateral, como um ente supra-social, não havendo qualquer espaço para a compreensão da historicidade, do conflito, das disputas sociais e da viabilidade real das recomendações de política econômica¹³⁰.

Por seu turno, Eros Roberto Grau conceitua o planejamento econômico e a implementação de políticas públicas

[...] como a forma de ação estatal, caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, mediante a qual se procura ordenar,

¹³⁰ Cf. Política econômica e direito econômico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 105, jan./dez. 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31779.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

sob o ângulo macroeconômico, o processo econômico, para melhor funcionamento da ordem social, em condições de mercado¹³¹.

Para o autor, com a visão própria do Direito Econômico, e assim considerado, também, o Direito do Planejamento sob o seu prisma macroeconômico, chega-se à conclusão de que a inserção do Direito do Planejamento é, em verdade, um exercício constante do Estado, que deve alçar um patamar com o máximo de dinamismo possível. Trata-se de uma complexa série de contraposições e conflitos de interesses distintos, dentre os vários agentes econômicos, que tendem a exercer influência sobre o Estado.

Nesse sentido, o PGMU possui a missão precípua de transformar as estruturas do setor das telecomunicações, buscando o seu aperfeiçoamento e a sua transformação, com o objetivo de superar o subdesenvolvimento e, ao mesmo tempo, ofertar instrumentos para a organização do setor, sempre vinculando a supremacia dos interesses da coletividade.

A questão determinante é conferir ao Estado as prerrogativas necessárias para universalizar com qualidade os serviços essenciais, na medida em que são essenciais. Para tanto, não há que se falar em articulação e negociação das concessões, as quais devem permanecer em regime público, mantendo os provedores regionais em regime privado, e sim no desenvolvimento de políticas públicas cruciais para a garantia do direito à comunicação e de outros direitos dos usuários.

O arcabouço regulatório atual é fragmentado, assentado na concepção de que cada serviço corresponde a plataformas de normas específicas, prejudicando a fluência de um direcionamento convergente para as rápidas transformações demandadas pelo setor. É preciso superar conflitos de regras, competência, obrigações e direitos nesse campo.

Ainda com relação à essencialidade, deve ainda ser capaz de garantir a competição e a diversidade. A convergência facilita a oferta de vários serviços por um plexo simplificado de regras, e, nesse contexto, a propriedade sobre as redes é a central disparidade entre os que as detêm ou não. Embora o compartilhamento seja possível, a separação estrutural das redes é a medida mais efetiva para assegurar o

¹³¹ Vide *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*.

acesso não discriminatório à infraestrutura, uma vez eliminado o conflito de interesses.

Com o mesmo intuito, é essencial garantir a neutralidade das redes e a adoção de padrões abertos e interoperáveis nas tecnologias e nos terminais de comunicações. A disseminação e o barateamento do acesso passam pelo estímulo a iniciativas locais e pelo apoio à formação de redes locais por intermédio do protagonista atual, que é o provedor regional.

Convém elucidar que todas as questões levantadas nesta pesquisa são diretrizes relevantes que levam o setor para um novo marco das telecomunicações, pautado na garantia de direitos, na essencialidade dos serviços e, principalmente, no seu caráter publicístico, qualquer que seja o serviço protagonista do momento. Confirma essa ideia Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “E com esse objetivo que estão sendo idealizados institutos, como os contratos de gestão, as agências autônomas, as organizações sociais e tantas outras inovações com que se depara o administrador a todo o momento”¹³².

Nas palavras de Irene Patrícia Nohara, atualmente, as normas e os princípios têm caráter vinculante, cogente ou obrigatório, na medida em que consubstanciam a mais elevada expressão do consenso social sobre os valores básicos a serem assegurados no Estado Democrático de Direito¹³³. Não é mais possível encontrar amparo em uma interpretação que vê o ordenamento jurídico como uma estrutura coesa, formada por um conjunto de regras capazes de dar respostas prontas para todas as circunstâncias fáticas possíveis e imagináveis. Daí justifica-se a revitalização do PGMU, pautado em princípios que atendam, sistematicamente, ao anseio social.

Fazem-se necessárias, para que seja útil à sociedade, a agilidade e a resiliência, sem desvirtuar o ordenamento jurídico vigente, lembrando-se das noções de ponderação, de supremacia do interesse público e de legalidade, que conferem equilíbrio entre a satisfação dos interesses coletivos e as liberdades individuais. Como ressalta Irene Patrícia Nohara: “Melhor que a humanidade nunca se esqueça de que o Direito serve para regular comportamentos humanos, ou seja, que é

¹³² Cf. *Direito administrativo*.

¹³³ Vide *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

produto da natureza mais teleológica, isto é, orientada pragmaticamente para certas finalidades sociais, do que lógica pura”¹³⁴.

2.5.2 Reversibilidade dos bens afetados pela concessão

Deve-se ter em mente que a transferência da execução do serviço público para a empresa privada não implica a supressão absoluta do regime jurídico administrativo ao qual esse serviço encontra-se originariamente vinculado. É imperioso ponderar que a transferência da execução do serviço público para a empresa privada gera a derrogação do regime jurídico de Direito Público existente na prestação direta dessa atividade pelo Estado.

Para Irene Patrícia Nohara:

A opção política por promover especialização na regulação foi orientada para a obtenção de eficiência. Este princípio engloba, conforme visto, os objetivos de imparcialidade, transparência, aproximação do serviço da população, bem como a exigência de parâmetros de qualidade em sua prestação¹³⁵.

O princípio da especialidade permite que o Poder Concedente delegue prerrogativas para desafetar bens reversíveis. A Lei Geral de Telecomunicações conferiu parcela desse dever e poder à Anatel.

A aproximação entre o Estado e a empresa privada prestadora do serviço público, como já analisado, demonstra que as diferenças entre os elementos que compõem o regime jurídico dos bens públicos tendem a desaparecer no tocante a telecomunicações, devido, inclusive, às tecnologias em franca expansão e ao ambiente de competitividade instalado entre os agentes do mercado.

A LGT estabelece expressamente que as operações de alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependem de prévia aprovação da ANATEL, que analisará se os objetivos de garantia da continuidade e da atualidade dos serviços concedidos estão sendo cumpridos. Cabe, aqui, perquirir sobre os desdobramentos jurídicos dessa transferência de patrimônio público a pessoas de Direito Privado no que diz respeito aos bens utilizados para a prestação dos serviços. Tal obrigação fiscalizatória da ANATEL também está prevista nos contratos de concessão

¹³⁴ Cf. *Direito administrativo*.

¹³⁵ *Ibidem*.

celebrados com as concessionárias e ainda submete-se à supervisão do Tribunal de Contas da União.

Em 2015, em seu Relatório de Auditoria, o TCU apurou uma preocupante situação com relação à atuação da ANATEL no tocante ao assunto dos bens reversíveis das concessionárias do STFC:

A unidade técnica verificou que a legislação e a regulamentação atuais não abrangem todos os aspectos necessários para uniformizar os conceitos e os critérios exigidos para reger e controlar a reversibilidade dos bens do STFC. Afinal, a equipe de auditoria constatou a existência de fragilidades na regulamentação da Anatel, tais como:

- divergências de interpretação pela Anatel e pelos demais atores do setor;
- ausência de metodologia de controle e acompanhamento;
- fragilidades quanto à legitimidade, à previsibilidade e à segurança jurídica proporcionada pelos normativos; e
- falta de tempestividade.

[...] a equipe de auditoria constatou que a agência, entre 1998 e 2005, ainda não tinha elaborado um histórico da evolução dos bens reversíveis nem desenvolvido uma metodologia para seu controle e acompanhamento. Além disso, não havia realizado atividades sistêmicas efetivas para controlar esses bens. Como possíveis causas dessas falhas, a unidade técnica apontou:

- a) o descumprimento reiterado pelo ente regulador das suas obrigações legais, contratuais e regulamentares de controle e fiscalização dos bens reversíveis nos anos seguintes à sua criação; e
 - b) a não priorização das atividades relativas aos bens reversíveis no período de estruturação inicial da agência, momento em que estavam sendo alocados seus recursos humanos e tecnológicos. [...]
- Entre os efeitos e riscos decorrentes dessas falhas, a equipe de auditoria destacou:
- a) a perda dos dados históricos das concessionárias nos primeiros anos da concessão;
 - b) a perda do histórico interno das atividades desenvolvidas em relação aos bens reversíveis realizadas pela própria Anatel, o que acarretou a não utilização nas atividades atuais de controle de qualquer informação obtida antes de 2005;
 - c) possíveis duplicações de esforços;
 - d) o risco de que não seja mais possível verificar com certeza se foram realizadas operações com os bens reversíveis entre 1998 e 2005 sem o devido conhecimento da Anatel, o que pode em tese ter gerado prejuízos para a continuidade e a atualidade do serviço à época, especialmente com relação aos bens móveis; e
 - e) o risco de que os valores obtidos com as alienações de bens reversíveis sem anuência da Anatel possam ter sido, no todo ou em parte, aplicados em outros serviços privados dos grupos econômicos

das concessionárias, em prejuízo da concessão de STFC e da modicidade tarifária para os seus usuários¹³⁶.

Pela análise exarada pelo Tribunal de Contas da União, conclui-se que a ANATEL não possui mecanismos suficientes de controle e de acompanhamento periódico dos bens reversíveis.

Contratar uma concessão de serviço de telecomunicações com o Estado significa travar um negócio gerador de serviço essencial, de remuneração garantida e continuada.

De acordo com a 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.

Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é 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.

A reversão dos bens não constitui uma operação de venda e aquisição. Quando da época da outorga da prestação do STFC, seria obrigatório o pagamento pela empresa, no mínimo, do valor correspondente ao valor patrimonial dos bens empregados no serviço, que, no momento inicial, lhe foram transferidos.

A cessão dos bens reversíveis foi realizada com base no fluxo de caixa e nas projeções de geração de receitas futuras, e nos termos da Lei Geral de Telecomunicações. Cumpre destacar que, mesmo no âmbito das empresas do Sistema TELEBRÁS, não houve avaliação específica nem pagamento do valor patrimonial dos bens empregados no serviço cedido.

A interpretação da regulamentação da reversibilidade dos bens é encarada como insegurança jurídica e desincentivo a investimentos pelas empresas concessionárias do STFC, como sendo um fator crucial para o equilíbrio e para o incentivo em modernização e racionalização de infraestrutura de rede no país. Entretanto, é evidente que tal entendimento objetiva a eliminação das barreiras legais, assim como a atuação fiscalizatória do Poder Concedente. Nesse sentido,

¹³⁶ Cf. *Relatório de Auditoria TC 024.646/2014-8*. Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília: TCU, 2015.

Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que as concessões são contratos por prazo, e não por objeto:

Em geral são outorgadas por prazo longo as concessões em que os bens aplicados ao serviço devem, ao final, integrar-se no patrimônio público mediante reversão. Assim se faz para que os concessionários amortizem os investimentos efetuados, isto é, paguem-se destes dispêndios, ressarcindo-se através das próprias tarifas cobradas dos usuários, pela adscrição de uma parcela delas a tal finalidade. Dessarte, ao expirar-se a concessão por decurso de prazo, o Poder Público não incorrerá em desembolsos para assenhorear-se do acervo¹³⁷.

De acordo com a Relação de Bens Reversíveis (RBR) de 2011, a quantidade dos bens das concessionárias do STFC supera oito milhões de itens patrimoniais¹³⁸.

As propostas contidas no projeto de lei em trâmite fixam um novo marco regulatório das telecomunicações, na medida em que modificam substancialmente o principal alicerce do atual modelo, que é a existência concomitante de dois regimes de exploração de serviços, ou seja, o regime público, com obrigações de universalização, continuidade e reversibilidade dos bens públicos explorados sob o regime da concessão, e o regime privado, sem tais obrigações.

Ainda sobre tal projeto de lei, existe a previsão de que a ANATEL, caso ocorra a migração, crie uma metodologia para efetuar o cálculo do valor econômico da mudança de regime de prestação do STFC. O valor da transição seria resultante da diferença entre o Valor Presente Líquido (VPL) da expectativa de fluxo de caixa decorrente da exploração do STFC e demais recursos em regime de autorização e o VPL da expectativa de fluxo de caixa da exploração do STFC e demais recursos em regime de concessão¹³⁹.

¹³⁷ Cf. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹³⁸ Vide TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, *Relatório de Auditoria TC 024.646/2014-8*.

¹³⁹ Diz o Parecer da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, sobre o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 79, de 2016 (nº 3.453/2015, na Casa de origem), do Deputado Daniel Vilela, que altera as Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para permitir a adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização, e nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, e dá outras providências: “[...] O valor de aquisição dos bens reversíveis, acumulado ao longo do tempo para os cinco grupos de concessionárias (Telefonica, Oi, Claro/Embratel, Algar e Sercomtel), passou de R\$ 99,5 bilhões em 2005, primeiro ano em que passou a vigorar o regulamento de controle de bens reversíveis, para R\$ 132,2 bilhões de reais em 2017. No caso do Grupo Oi, por exemplo, esse valor passou de R\$ 58,3 bilhões para R\$ 71,6 bilhões, segundo dados contidos nas RBR apresentadas pela empresa. Ressalte-se que esses valores são declarados pelas próprias empresas e, assim, restringem-se aos bens que elas próprias consideram reversíveis. Não incluem, por exemplo, os bens não empregados na prestação do serviço concedido. Tampouco os demais bens pertencentes à companhia, que pode explorar, inclusive, outras atividades econômicas além de serviços de telecomunicações. Nesse sentido, o ativo imobilizado, declarado e auditado em balanço patrimonial,

Mesmo que seja possível efetuar tal cálculo, existem incertezas conceituais e até mesmo operacionais que dificultam a efetivação dessa tarefa. Conceitualmente, seria necessário interpretar quais são os bens reversíveis ou não, o que, de antemão, apresenta-se como desafio. Operacionalmente, seria necessário identificar quais são ou não os bens reversíveis.

Levando-se em consideração que a auditoria realizada pelo TCU concluiu que “[...] o processo de fiscalização da Anatel não garante a fidedignidade e a atualidade dos bens reversíveis”¹⁴⁰, tal processo de transformação no setor traz insegurança jurídica e pode gerar um importante prejuízo ao erário.

seria um limite superior, não atingível, para o valor contábil real dos bens reversíveis de uma concessionária. Aquelas cifras não poderiam ser confundidas sequer com o valor do ativo imobilizado vinculado à concessão, na medida em que precisariam incorporar a depreciação e, de acordo com as normas contábeis aplicáveis, serem corrigidas para que representassem mais adequadamente seu valor atual. Logo, esse valor histórico de aquisição de R\$ 132 bilhões é absolutamente inapropriado para valorar, mesmo contabilmente, os bens vinculados a concessão. Tal conclusão é ratificada quando se comparam esses valores históricos de aquisição de cada concessionária com os respectivos valores de ativo imobilizado, declarados em balanço. Novamente para exemplificar, tome-se o balanço patrimonial consolidado do Grupo Oi para o exercício de 2017. O ativo imobilizado é de R\$ 26 bilhões, valor muito inferior aos R\$ 71,6 bilhões de custo de aquisição lançado, e que tem sido erroneamente referenciado como sendo o valor dos bens reversíveis. Como todo o ativo imobilizado da companhia, auditado e lançado oficialmente em balanço, poderia ser inferior ao valor dos bens vinculados à concessão? Não pode, na medida em que o todo nunca é menor do que uma de suas partes”.

¹⁴⁰ Cf. *Relatório de Auditoria TC 024.646/2014-8*.

3 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Na atualidade, a gestão pública e a governança estão voltadas a incrementar o desempenho da figura estatal, sendo centradas na obtenção de qualidade, redução de custos e melhores resultados. Por conseguinte, a mera observância da legalidade em sentido estrito não é mais elemento suficiente para a legitimação dos atos da Administração Pública.

Alessandro Octaviani identifica esse momento econômico, político e social da qualidade da regulação:

[...] o Direito Econômico é terreno conflitivo, com perspectiva temporal, passível de produção pelos homens e sua vontade coletiva organizada, e não meramente resultado de processos impessoais como “a vontade do legislado”, “as consequências do fenômeno da globalização” ou “a necessidade de eliminar custos do direito”, que são, em verdade, justificativas ideológicas para interesses concretos¹⁴¹.

Além dessa premente preocupação com o fato de atingir os resultados pretendidos, cresce também a exigência de que esses resultados sejam atingidos da melhor forma possível e com o maior grau de transparência e controle social. A respeito dessa abordagem, José Vicente Santos de Mendonça, com base nas teorias de Cass Sunstein, enfatiza:

Hoje, pode-se dizer que vivemos uma virada pragmatista no Direito Público. Abandona-se o conceitualismo autojustificado; distinções e categorizações só se fazem na medida em que auxiliem a operação prática do Direito. E, mais importante, passa-se a analisar a interpretação jurídica a partir da aptidão dos intérpretes a realizá-la, e com os olhos postos nas possíveis consequências concretas desta ou daquela linha de ação¹⁴².

No Brasil, a Análise de Impacto Regulatório (AIR)¹⁴³ vem ganhando força pelo resultado de discussões técnicas coordenadas pelo Governo Federal, cujo objetivo é fortalecer práticas voltadas à melhoria da qualidade regulatória no país. Atualmente,

¹⁴¹ Cf. *Estudos, pareceres e votos de direito econômico*. São Paulo: Singular, 2014.

¹⁴² Vide *Análise de Impacto Regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Justiça e Cidadania, 2010.

¹⁴³ A Análise de impacto regulatório (AIR), como definida pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), é a ferramenta política sistemática utilizada para examinar e medir os benefícios, os custos e os efeitos prováveis de uma regulação nova ou já existente. Trata-se de uma forma analítica de informar os tomadores de decisão, e sua estrutura é, tipicamente, dividida da seguinte forma: título da proposta; objetivo e efeito esperado da política regulatória; avaliação do problema político; consideração das opções alternativas; avaliação de todos os impactos distributivos; resultados da consulta pública; estratégias de *compliance*; e processos para monitoramento e avaliação. Vide SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho, *Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória*.

essa condução política está disseminada na maior parte dos países desenvolvidos, os quais têm dirigido esforços à implementação de mecanismos e ferramentas para promover aumento no desempenho de suas Agências Reguladoras.

Convém acrescentar que, juntamente com os debates sobre a melhoria da qualidade da regulação, o Governo Federal elaborou as Diretrizes Gerais e o Roteiro Analítico Sugerido para AIR, bem como o Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório:

A regulação é o instrumento por meio do qual o Estado intervém no comportamento dos agentes, de modo a promover aumento da eficiência, de segurança, crescimento econômico e ganhos de bem-estar social. Entretanto, se utilizada de modo arbitrário e desproporcional, a regulação pode gerar efeitos nocivos substanciais aos mercados e à sociedade como um todo, tais como: aumento do preço dos produtos ou serviços, queda de investimentos, barreiras à entrada, barreiras à inovação, altos custos de conformidade ao setor regulado, aumento dos riscos e distorções de mercado. Além disso, a regulação também impõe custos de fiscalização e monitoramento ao regulador. Assim, ela só deve ser criada quando sua existência é justificada¹⁴⁴.

Nessa condução de políticas setoriais, a OCDE tem dedicado atenção ao estudo do tema, e elaborou o documento de Recomendação sobre Melhoria da Qualidade Regulatória (*Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation*). No aludido documento, encontra-se definido o roteiro para a garantia de uma boa regulação, consistindo nas seguintes diretrizes:

- a) Buscar resolver problemas e alcançar metas claramente definidas e ser eficaz na consecução desses objetivos;
- b) Ser fundamentada em evidências e proporcional ao problema identificado;
- c) Estar fundamentada em uma base legal sólida;
- d) Produzir benefícios que justifiquem os custos;
- e) Considerar a distribuição dos seus efeitos entre os diferentes atores e grupos;
- f) Minimizar os custos administrativos e eventuais distorções de mercado resultantes de sua implementação;
- g) Ser clara e compreensível aos regulados e usuários;
- h) Ser consistente com outros regulamentos e políticas;
- i) Ser elaborada de modo transparente, com procedimentos adequados para a manifestação efetiva e tempestiva de atores e grupos interessados; e

¹⁴⁴ BRASIL. Casa Civil. *Análise de Impacto Regulatório (AIR) e o processo de qualificação da tomada de decisão nas agências reguladoras*. Brasília, DF: Casa Civil, 2018.

j) Considerar os incentivos e mecanismos para alcançar os efeitos desejados, incluindo estratégias de implementação que potencializem seus resultados¹⁴⁵.

Conforme exposto pela OCDE, a contribuição mais expressiva da AIR para a qualidade de decisões regulatórias não é a precisão de cálculos, mas a sistemática de analisar, questionar e entender os potenciais impactos da regulação, a fim de explorar alternativas possíveis. Portanto, o foco não é o resultado a ser alcançado, e sim o processo pelo qual passam a decisão e a política regulatória.

Vale notar que a experiência nos países da OCDE tem demonstrado que a melhoria regulatória contribui para o bom desempenho dos Governos e da economia, pois promove o crescimento econômico por meio de: (i) acirramento da concorrência; (ii) estímulo à inovação; (iii) criação de empregos; (iv) aumento da produtividade; (v) queda do nível de preços; (vi) aumento da qualidade dos produtos; (vii) incentivo ao empreendedorismo; e (viii) redução da economia formal.

Por ser uma boa prática regulatória reconhecida internacionalmente, voltada à melhoria e de modo a proporcionar transparência, robustez técnica e analítica ao processo decisório, à qual estão integrados os processos de participação social, no intuito de ouvir os agentes envolvidos, é também um dos principais instrumentos voltados à melhoria da qualidade regulatória, por intermédio de um processo sistemático de análise baseado em evidências, buscando avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, afastando a atuação regulatória do ambiente político, muitas vezes introduzido nas decisões estratégicas das Agências.

No entender de Alessandro Octaviani:

A economia política da forma jurídica, assim organizada, deve ter, em sua dimensão dogmática, a preocupação em realizar a análise funcional-estrutural processual, dando conta de responder: a) para que servem os institutos; b) como estão juridicamente organizados e c) como se comportam no mundo dos fatos¹⁴⁶.

¹⁴⁵ BRASIL. Casa Civil. *Guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório (AIR)*. Brasília, DF: Casa Civil, 2018.

¹⁴⁶ Cf. *Estudos, pareceres e votos de direito econômico*.

Porém, a AIR não fala nada de novo no Direito, na Economia ou no pensamento sociológico; ela é prática administrativa utilitarista¹⁴⁷, usualmente empregada por economistas próximos a essa linha de pensamento, e que se mostra inteiramente compatível com a teoria padrão da análise econômica do Direito. De fato, é um novo nome para velhas formas de pensar.

A finalidade da AIR é orientar e subsidiar a tomada de decisão, e, em última análise, contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas, eficazes e eficientes, respaldando-se nos princípios constitucionais de base.

Fato é que a ANATEL, em meio a um complexo arcabouço de resoluções e portarias, além de seu regimento interno rígido e severamente formal, por muitas vezes está exposta ao risco de tomar decisões a partir de informações limitadas e sem considerar de forma adequada quais grupos serão afetados e de que modo, desvirtuando a sua missão de reguladora do setor, o que estimulou a adoção da AIR, por força da Portaria nº 927, de 5 de novembro de 2015, que aprovou o processo de regulamentação no âmbito da Agência¹⁴⁸.

Convém salientar que a AIR não deve ser entendida como uma mera comparação entre alternativas de intervenção nem como um mecanismo de desregulação. É imprescindível compreender a magnitude do problema regulatório e definir quais os objetivos pretendidos, analisando qual o tipo de intervenção e a forma de sua aplicação. No campo do setor das telecomunicações, existe a necessidade de reduzir os custos e de aumentar a qualidade da regulação para que

¹⁴⁷ A análise econômica do Direito, conhecida, em Inglês, pelo termo *Law and Economics*, é um movimento surgido em meados do século passado, que pressupõe que os indivíduos envolvidos com o Direito ajam como maximizadores racionais de suas satisfações. O movimento justifica que poucas pessoas se oporiam a isso, e que as sociedades ocidentais contemporâneas perceberiam as funções públicas e de Governo de modo utilitarista, sendo certo que a maximização de riqueza seria uma forma de concretizar tal percepção. Nos EUA, o movimento adquiriu bastante penetração, em especial na área do antitruste e da responsabilidade civil. No Brasil, há alguma dificuldade quanto à sua aceitação, e o tom, em geral, é crítico, apesar de sugestões interessantes quanto a algumas apropriações, devidamente adaptadas, em certas áreas (como no Direito Processual Civil). No Direito Concorrencial, como ocorre nos EUA, o uso é mais difundido, mas isso por características muito próprias da área. O principal autor da teoria é Richard A. Posner, pela obra *Law and Economics*. Vide POSNER, Richard A. *Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and developing nations*. *Ratio Juris*, Oxford, v. 17, n. 1, 2004.

¹⁴⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Portaria nº 927, de 5 de novembro de 2015*. Aprova o processo de regulamentação no âmbito da Agência. Brasília, DF: ANATEL, 2015. Nesta pesquisa, foram identificadas AIRs elaboradas pela ANATEL, especificamente para a questão da utilização de faixas de radiofrequências pelo Serviço de Radioamador, como a Análise nº 138/2015 - GCRZ, de 24 de julho de 2015, do Conselheiro Relator Rodrigo Zerbone Loureiro.

surjam maiores investimentos privados e a conseqüente retomada do crescimento, o que auxilia na massificação dos serviços.

A aplicação da AIR deve ocorrer de forma sistemática e homogênea. Desse modo, deve ser mais bem institucionalizada, inclusive para possibilitar maior transparência e melhor compreensão do usuário sobre o papel regulador e sobre as propostas regulatórias apresentadas.

A inovação e os avanços tecnológicos no setor, por sua vez, demandam uma regulação dinâmica, acompanhando o desenvolvimento e, principalmente, ocupando posição de vanguarda na busca de alternativas adequadas à sociedade.

Dentro dessa perspectiva, a ANATEL alterou o seu processo regulatório e de tomada de decisões, conforme revela a Figura 4:

Figura 4 - Processo de regulamentação na ANATEL



Fonte: ANATEL¹⁴⁹.

O Regimento Interno da ANATEL, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, previu, por meio do artigo 62, a instituição da AIR:

Art. 62. Os atos de caráter normativo da Agência serão expedidos por meio de Resoluções, de competência exclusiva do Conselho

¹⁴⁹ Cf. *Regulamentação e Análise de Impacto Regulatório - AIR na ANATEL*. Brasília, DF: ANATEL, 2017.

Diretor, observado o disposto nos arts. 59 e 60, relativos aos procedimentos de Consultas Públicas e Internas, respectivamente. Parágrafo único. Os atos de caráter normativo a que se refere o *caput*, salvo em situações expressamente justificadas, deverão ser precedidos de Análise de Impacto Regulatório¹⁵⁰.

Cabe salientar que a institucionalização da AIR é onerosa em termos de recursos humanos e demanda tempo de análise, tanto para o regulador quanto para os atores externos, o que pode revelar-se como um impeditivo para a sua funcionalidade, considerando a diminuição paulatina de recursos financeiros direcionados à ANATEL, ao longo de sua atuação, pelo Governo Federal. Entretanto, nota-se que a Agência tem se utilizado da técnica:

Destaca-se, também, que embora a Agência tenha adotado a técnica da AIR apenas recentemente, que se encontra em estágio de gradual implementação, as análises realizadas pela Área Técnica nos Informes que instruem os processos de regulamentação apresentam diversos elementos assemelhados e que em muitos casos se equivalem à AIR. Contudo, a aplicação formal do mecanismo traz vários ganhos, notadamente quanto à sistematização dos problemas identificados e soluções possíveis, permitindo a comparação entre as soluções regulatórias, a fim de se chegar à mais indicada para cada caso¹⁵¹.

Todavia, a avaliação geral da área técnica do Tribunal de Contas da União é no sentido de que as Agências Reguladoras brasileiras precisam evoluir significativamente, considerando o paralelo com os seus pares internacionais na utilização da AIR. Assim, propôs recomendação de que as Agências brasileiras passem a adotar as boas práticas referentes à AIR recomendadas pela OCDE:

Verifica-se que ocorreram treinamentos e tentativas iniciais de uso da Análise de Impacto Regulatório, resultando na adoção de boas práticas, como a de instituir a obrigatoriedade de uso da ferramenta e a de elaborar manuais internos de orientação. Contudo, é preciso avançar e acelerar a disseminação dessa ferramenta, visto que nossas agências estão muito atrasadas em relação aos seus pares internacionais e a sociedade não têm se beneficiado do aumento da transparência e da qualidade das decisões regulatórias resultantes do uso da AIR. Para tanto, propõe-se recomendar às agências reguladoras, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno TCU, que adotem as boas práticas referentes à Análise de Impacto Regulatório recomendadas pela OCDE¹⁵².

¹⁵⁰ Cf. *Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013*. Aprova o Regimento Interno da Anatel. Brasília, DF: ANATEL, 2013.

¹⁵¹ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, *Análise nº 138/2015-GCRZ, de 24 de julho de 2015*. Conselheiro Relator Rodrigo Zerbone Loureiro. Brasília, DF: ANATEL, 2015.

¹⁵² Vide *Acórdão nº 240/2015 – TCU – Plenário*. Brasília, DF: TCU, 2015. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2015_5.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

Especificamente quanto ao estágio de implementação da AIR pela ANATEL, o TCU apresentou Acórdão com os dados do Quadro 2:

Quadro 2 - Resumo da situação atual das Agências Reguladoras quanto à AIR

	<i>AIR obrigatória</i>	<i>Manuais internos</i>	<i>AIR simplificada</i>	<i>Consultas Públicas</i>
<i>ANTT</i>	<i>N</i>	<i>S</i>	<i>N</i>	<i>N</i>
<i>ANTAQ</i>	<i>N</i>	<i>N</i>	<i>N</i>	<i>N</i>
<i>ANAC</i>	<i>N</i>	<i>S</i>	<i>S</i>	<i>N</i>
<i>ANP</i>	<i>N</i>	<i>N</i>	<i>S</i>	<i>S</i>
<i>ANEEL</i>	<i>S</i>	<i>N</i>	<i>S</i>	<i>S</i>
<i>ANATEL</i>	<i>S</i>	<i>N</i>	<i>S</i>	<i>S</i>

Fonte: Análise nº 138/2015-GCRZ, de 24 de julho de 2015¹⁵³.

Vale destacar que a AIR traz, em seu bojo, uma profunda alteração na forma de pensar e elaborar a regulação, que só tem sentido se integrada ao processo regulatório desde o seu início. Do contrário, se for feita ao final, quando as decisões já tiverem sido tomadas, a AIR será apenas mais um requisito formal a ser cumprido; portanto, mais um custo administrativo. Por isso mesmo as Diretrizes Gerais recomendam que a AIR seja implementada em todos os seus níveis.

Nesses termos, é fundamental que a discussão em torno da AIR seja acessível a toda a sociedade, estabelecendo métodos consistentes de sua aplicação, já que as discussões quanto ao seu método de utilização são infundáveis, atingindo um consenso e preservando, sobretudo, sua isenção e neutralidade, de forma a adaptar-se às diferentes orientações políticas então vigentes.

3.1 Desregulação, autorregulação, corregulação, incentivos econômicos e informação/educação

O termo “desregulação”, ou “liberalização”, indica um processo de “supressão de normas”, de “eliminação do controle público sobre a produção”¹⁵⁴.

¹⁵³ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, *Análise nº 138/2015-GCRZ, de 24 de julho de 2015*.

¹⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*.

Eros Roberto Grau descreve a diferenciação conceitual entre regulação e desregulação, e aponta para a necessidade de prover o Estado de um forte aparato regulatório na exploração de serviços essenciais, como o de telecomunicações, considerando o interesse social:

Em suma, ainda no que diz respeito ao nosso caso, cujo capitalismo não prescinde de regulação, qualquer política de desregulamentação haveria de estar calcada sobre a construção de um novo modelo de regulação. Não se perca de vista o fato de que o movimento em prol da desregulação, tal como postulado entre nós – “menos governo, menos miséria” – conduz ao enfraquecimento do Estado; mas o Estado, apesar de todos os pesares, é ainda, entre nós, o único defensor do interesse público, não sendo inviável a visualização de momentos de legitimidade, nele, em que venha (o interesse público) a se confundir com o interesse social. A destruição e mesmo o mero enfraquecimento do Estado conduzem, inevitavelmente, à ausência de quem possa prover adequadamente o interesse público e, no quanto isso possa se verificar, o próprio interesse social¹⁵⁵.

Não obstante inúmeros autores da área de regulação defenderem a diminuição da intervenção estatal na economia, dado o fortalecimento tardio do argumento neoliberal no cenário brasileiro, algo que já está em xeque em algumas economias centrais, sobretudo após a crise de 2008, o tema da desregulação é alertado como um fenômeno a ser observado, tendo em vista os perigos que ela proporciona ao longo do tempo.

O desenvolvimento econômico é um processo de transformação social e está umbilicalmente ligado à criatividade e ao ambiente concorrencial. Quando a criatividade humana leva à percepção das suas potencialidades e, em seguida, à transformação enriquecedora do meio no qual está inserida, chega-se ao desenvolvimento. Essa criatividade pode ser concebida de duas maneiras: uma técnica, a partir da qual o homem dedica-se à elaboração de instrumentos para incrementar a sua ação; e uma valorativa, ligada ao conteúdo da sua ação, ao aspecto axiológico, por meio da qual o ser humano consegue expandir qualitativamente o seu “eu social”¹⁵⁶.

A desatenção com os grandes agentes econômicos no setor das telecomunicações pode trazer desequilíbrio, considerando o enfraquecimento do Estado no tocante à sua atuação regulatória. Conforme abordado, menos relevante,

¹⁵⁵ Cf. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

¹⁵⁶ FURTADO, Celso. *Cadernos de soluções constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1.

em alguns setores, é a maior ou menor atuação do Estado, sendo significativo indagar-se qual a qualidade que ele propicia.

A sugestão vigorosa das fronteiras da liberdade econômica, a ser perseguida como diretriz constitucional, composta pelos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da propriedade, promove a formação de monopólios, que efetivamente comprometem os controles jurídicos da competitividade, concebidos para assegurar a disseminação dos serviços com modicidade tarifária. “A desregulação é, na realidade, uma re-regulação de diferente natureza, pois os que pretendem desregular a economia nada mais desejam, no fundo, senão uma mudança nas técnicas de regulação”¹⁵⁷.

No modelo econômico moderno, as discussões em torno das concessões, a orientação voltada à competitividade e o esforço regulatório em refletir sobre as suas ações, aliados à evolução rápida das tecnologias, fixam um novo marco regulatório que modifica substancialmente o principal alicerce do setor das telecomunicações. Há o fenômeno da autorregulação, decorrente do exercício associativo da autonomia da vontade, ou de re-regulação, nos casos em que tiver sido precedida de uma regulação estatal não mais existente, no sentido de que a regulação teria deixado de ser estatal para ser privada¹⁵⁸.

A existência, concomitantemente, de dois regimes de exploração de serviços, ou seja, o regime público, com obrigações de universalização, continuidade na prestação dos serviços e modicidade tarifária, e o regime privado, sem tais obrigações, entretanto tão importante senão mais importante do que os serviços explorados em regime público, mostra-se como sendo uma delicada situação, tendo em vista a necessidade de algum controle do Estado inexoravelmente existir.

Nessa linha, Alexandre Santos de Aragão defende que:

Considerável cautela, no entanto, deve ser observada: Estado e sociedade não são compartimentos estanques; interpenetram-se e autoidentificam-se mutuamente, o que faz com que a crise hoje vivida seja de ambos – do Estado e da própria sociedade – e que, em sendo assim, a preponderância absoluta, quer do Estado, quer da sociedade, não é a melhor solução¹⁵⁹.

¹⁵⁷ GRAU, Eros Roberto, *Direito posto e pressuposto*.

¹⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

Para Eros Roberto Grau, a atuação estatal busca “[...] ordenar, sob o ângulo macroeconômico, o processo econômico, para melhor funcionamento da ordem social, em condições de mercado”. Suas características são: (i) a previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, (ii) a formulação explícita de objetivos e (iii) a definição de meios de ação coordenadamente dispostos¹⁶⁰.

A regulação pelo Estado, como técnica fundamental para o bom funcionamento do mercado das telecomunicações, consistente na efetivação dos direitos fundamentais e, principalmente, em relação ao desenvolvimento socioeconômico do país, “[...] coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins a atuação do Estado”¹⁶¹.

O dever de propiciar acesso universal aos serviços de telecomunicações tem o condão de carrear todos os meios necessários e assegurar que, apesar das hipossuficiências sociais, regionais, culturais e econômicas, todos os cidadãos usufruam dos serviços de telecomunicações perenemente. Trata-se de serviço essencial, assim definido na Constituição Federal.

De uma forma ampla, o que se pretende é criar condições para que o progresso das tecnologias da informação e das comunicações possa efetivamente contribuir para mudar, para melhor, a maneira de viver das pessoas. Para isso, é necessário que o arcabouço regulatório de telecomunicações evolua de modo a colocar o usuário em primeiro lugar; o usuário deverá ter liberdade de escolha e receber serviços de alta qualidade, a preços acessíveis. Isso somente será possível em ambiente que estimule a competição dinâmica, assegure a separação entre o organismo regulador e os operadores, e facilite a interconectividade e a interoperabilidade das redes. Tal ambiente permitirá ao consumidor a melhor escolha, por estimular a criação e o fluxo de informações colocadas à sua disposição por uma grande variedade de fornecedores¹⁶².

Cumprido consignar que a Teoria dos Poderes Neutrais¹⁶³ propugna eliminar as perplexidades que existem em relação à autonomia das Agências Reguladoras,

¹⁶⁰ Cf. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

¹⁶¹ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

¹⁶² A Exposição de Motivos nº 231/MC da Lei Geral de Telecomunicações retratou, à época da elaboração do Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, o cerne do modelo setorial, especialmente a partir da vigência da lei.

¹⁶³ Sérgio Guerra ainda descreve cinco tipos de funções neutrais, segundo a sistematização do tema proposta por Diogo de Figueiredo Moreira Neto: (i) a primeira englobaria uma função constitucionalmente independente de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, com o objetivo de tutelar a legalidade, a economicidade e a legitimidade da gestão administrativa, e, ainda, atividades de zeladoria e de controle, submetidas ao sistema nacional do Tribunal de Contas; (ii) a segunda atingiria o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, estando submetida ao Conselho Nacional de

defendendo Agências independentes, comprometidas com a efetividade de suas práticas e, sobretudo, preocupadas com o desenvolvimento socioeconômico do país.

Vale destacar o que diz Sérgio Guerra sobre o tema:

As funções neutras conformam funções estatais de controle geral, desempenhadas exclusivamente por agentes políticos partidariamente descomprometidos, que devem atuar em áreas constitucionalmente definidas, em que seja necessária uma ampliação, político-partidariamente neutra, de conhecimentos técnicos e jurídicos específicos, necessários para a satisfação de demandantes requisitos da aplicação da juridicidade¹⁶⁴.

O desafio é adotar procedimentos de ponderação, de modo a garantir que a aplicação de princípios colidentes seja feita de maneira eficiente, transparente, democrática e respeitadora do interesse público envolvido na atividade do Agente Regulador. Não basta adotar métodos eficientes para balizar a escolha regulatória, sem, contudo, garantir a realização de direitos sociais e fundamentais nos ambientes regulados, que, conforme é possível verificar, constitui-se como grande desafio.

Justiça; (iii) a terceira seria o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público, estando submetida ao Conselho Nacional do Ministério Público; (iv) a quarta alcançaria as funções neutras essenciais à justiça, categorizadas como de controle, zeladoria e promoção de interesses juridicamente qualificados de toda natureza, conforme os interesses distintos do Ministério Público, à Advocacia de Estado, à Advocacia e à Defensoria Pública; (v) por fim, a quinta abrangeria o controle, a zeladoria e a promoção de interesses relacionados à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Cf. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

CONCLUSÃO

Historicamente, o setor das telecomunicações atravessou, desde o advento do telégrafo até o presente momento, transformações no regime jurídico, empreendidas ora pela atuação direta do Estado, ora pela atuação da iniciativa privada.

Na época do Brasil Imperial, era possível constatar uma posição vanguardista em relação aos demais países da América Latina. As linhas telegráficas foram amplamente instaladas, respeitando-se os limites tecnológicos da época e obtendo-se, até mesmo, o lançamento de cabos telegráficos submarinos que interligaram o país à Europa.

Passando para a Nova República, já com a inovação do telefone fixo, a economia mantinha-se refém do mercado externo, tendo em vista que a indústria brasileira naquele momento produzia bens de consumo para o mercado interno, importando todo o restante da Inglaterra, o que não era diferente para o setor das telecomunicações.

Durante a época da Primeira Guerra Mundial, o setor apresentou severa estagnação em razão da paralisação no fornecimento dos equipamentos de fabricação estrangeira utilizados na consecução dos serviços, em razão de as empresas fornecedoras desses insumos estarem envolvidas no conflito, desviando toda a demanda possível para a guerra.

Com a instalação do modelo de gestão burocrático na era de Getúlio Vargas, o momento de estagnação foi rapidamente superado, e os serviços de telecomunicações iminentemente empreendidos pelo Estado prosperaram sobremaneira, lembrando-se que os telégrafos já se apresentavam como uma tecnologia superada, ganhando muita força o telefone fixo.

Somente na década de 1960 é que definitivamente o Brasil institucionalizou as telecomunicações, com a criação do Conselho Nacional de Telecomunicações, com o objetivo de apropriar-se das tecnologias e das empresas de telecomunicações, até então em monopólio estrangeiro.

Com a criação do Sistema TELEBRÁS, o Brasil retomou o desenvolvimento das telecomunicações, alcançando o patamar de uma das 20 maiores empresas de telecomunicações do mundo. Houve, naquele momento, um crescimento sem precedentes, com expansão e modernização das tecnologias e das redes instaladas.

Contudo, o Sistema TELEBRÁS foi dissolvido mediante a desestatização do setor, a partir da década de 1990, tendo em vista que o Brasil sentiu os impactos da transformação de diversos setores da economia, devido à privatização (em sentido amplo e restrito). A Reforma do Estado trouxe uma nova realidade, pela alteração do modelo de gestão do ente estatal, o que repercutiu na agencificação, especificamente aqui neste estudo, para o setor das telecomunicações.

Por conseguinte, houve a alteração dos parâmetros de governança, exigindo-se das organizações públicas parâmetros de transparência e de prestação de contas. A pressão política internacional, a crise fiscal e, sobretudo, a necessidade de altos investimentos no setor de telecomunicações, levaram à privatização do setor. O Sistema TELEBRÁS, enfraquecido financeiramente e desafiado por dificuldades tecnológicas, transformou-se em um cenário de crises políticas, sem, contudo, focar-se na *performance* e no resultado operacional com modelo de custos e orientado à obtenção de lucros.

O Plano Nacional de Desestatização influenciou na privatização, sendo o equacionamento da redução de dívida feito pela via da arrecadação em leilões. Existia, também, uma efervescência mundial no setor, com o desenvolvimento e a inovação das telecomunicações.

Nessa medida, afasta-se a ideia de subsidiariedade do Estado, entendendo-se que, conforme o regramento constitucional e normativo do setor, ao ente estatal compete a condução de um modelo de desenvolvimento capaz de promover a massificação dos serviços, garantindo a comunicação e a educação da população excluída em localidades remotas do país.

A regulação de controle, conforme visto, não é o caminho mais adequado à promoção do desenvolvimento do setor. E para que a massificação dos serviços seja alcançada é necessário criar um ambiente de coexistência entre os agentes que exploram o setor de maneira assimétrica, implementando, constantemente, políticas públicas com dinamismo, de modo a acompanhar a rápida transformação das tecnologias e da sociedade como um todo.

Durante a pesquisa, restaram evidenciados os problemas da tributação *ad valorem*, sendo que o Estado necessita de alta tributação no setor para a manutenção das receitas dos entes da Federação, financiando outros setores da economia, prejudicando, assim, o desenvolvimento das telecomunicações e a atuação da Agência Reguladora.

Outro ponto de importante reflexão no estudo diz respeito à regulação, que, de certa forma, capturada pelo oligopólio natural formado no setor, inviabiliza a competição, assim como também prejudica a efetividade das ações regulatórias que visam a garantir direitos dos usuários.

Dessa forma, diante das transformações sofridas pela conjuntura nacional, aliadas ao irrefreável avanço das tecnologias, e com o advento até mesmo de inovações disruptivas, a atuação regulatória deve ser compreendida como meio de combate à anticompetitividade, à desigualdade e à concretização de políticas públicas verdadeiramente profícuas, sob o ponto de vista social e de desenvolvimento econômico.

Sobretudo, as mudanças pugnadas no setor devem, obrigatoriamente, manejar os interesses dos agentes, em especial das concessionárias, sem transacionar o caráter publicístico das telecomunicações, condição crucial como pressuposto da garantia de direitos.

Portanto, o marco regulatório deve prescindir o direcionamento convergente, assentado na concepção de que todos os serviços são inerentes uns aos outros, diluindo fronteiras e superando conflitos de regras, competências, obrigações e direitos nesse campo.

REFERÊNCIAS

ADAMO, Luiz Antonio. **Estratégias, gestão da inovação e sistema setorial de inovação**: um estudo do setor de telecomunicações brasileiro. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Análise nº 138/2015-GCRZ, de 24 de julho de 2015**. Conselheiro Relator Rodrigo Zerbone Loureiro. Brasília, DF: ANATEL, 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Assessoria Técnica. **Destaques do Relatório Global de Tecnologia e Informação de 2016**. Brasília, DF: ANATEL, 2016.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Documento de encaminhamento da Lei Geral das Telecomunicações comentando-a**. E.M. nº 231/MC. Brasília, DF: ANATEL, 1996.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Institucional**. Brasília, DF: ANATEL, 2018. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br>. Acesso em: 12 nov. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Levantamento de informações orientará a política pública**. Brasília, DF: ANATEL, 29 maio 2017. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/setorregulado/mapeamento-de-redes>. Acesso em: 10 nov. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Plano Geral de Metas de Competição**. Brasília, DF: ANATEL, 2017. Disponível em: <https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Default.asp?SISQSmodulo=1427&SISQSsistema=38>. Acesso em: 10 nov. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Pontos de Troca de Tráfego (PTT)**. Brasília, DF: ANATEL, 29 nov. 2018. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/setorregulado/component/content/article/119-competicao/433-pontos-de-troca-de-trafego-ptt-2>. Acesso em: 2 dez. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Portaria nº 927, de 5 de novembro de 2015**. Aprova o processo de regulamentação no âmbito da Agência. Brasília, DF: ANATEL, 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Regulamentação e Análise de Impacto Regulatório - AIR na ANATEL**. Brasília, DF: ANATEL, 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Relatório da Ouvidoria: apreciações críticas da atuação da agência**. Brasília, DF: ANATEL, 2009.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Relatório de gestão 2017**. Brasília, DF: ANATEL, 2018. Disponível em:

<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documentoVersionado.asp?numeroPublicacao=348395&documentoPath=348395.pdf&Pub=&URL=/Portal/verificaDocumentos/documento.asp>. Acesso em: 10 nov. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013**. Aprova o Regimento Interno da Anatel. Brasília, DF: ANATEL, 2013.

ALCÂNTARA NETO, Pedro de. **História das comunicações e das telecomunicações**. Recife: Universidade de Pernambuco, 2014. Disponível em: http://www2.ee.ufpe.br/codec/Historia%20das%20comunicaes%20e%20das%20telecomunicaes_UPE.pdf. Acesso em: 5 nov. 2018.

ALMEIDA, Márcio Wohlers de. A internacionalização das telecomunicações: caracterização básica e impacto institucional. *In*: BOLAÑO, César Ricardo Siqueira (org.). **Globalização e regionalização das comunicações**. São Paulo: Educ, 1999.

ALVES, Alaor Caffé. Planejamento e federação: algumas reflexões sobre seus princípios. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 6, jul. 1975.

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no Estado contemporâneo**. São Paulo: Ícone, 1996.

AQUILES, Affonso Cardoso. **A realidade do trabalho nas telecomunicações: o caso das empresas-espelho**. Londrina: Grupo de Estudos de Política da América Latina, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARANHA, Márcio Iório. **Coletânea de normas e julgados de telecomunicações**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v. 1.

ARRUDA FILHO, Emílio José Montero. Uso de convergência tecnológica sem regulamentação apropriada: VOIP e competitividade. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 38, abr. 2009.

BACELLAR, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade: serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 4, n. 16, out. 2002.

BAGNOLI, Vicente. **Direito e poder econômico: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASSO, Leonardo Fernando Cruz; SILVA, Marcelo Roque. Reflexões sobre a regulamentação. **Revista de Administração Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 2, v. 7, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. O Estado promotor do desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 105, jan./dez. 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31779.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 3, 2005.

BOLAÑO, César Ricardo Siqueira. Políticas de comunicação e economia política das telecomunicações no Brasil. **Economía Política de las Tecnologías de las Información y de la Comunicación**, Aracaju, v. 2, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 22, n. 62, 2008.

BRANDÃO, Elizabeth Pazito. **Código Brasileiro de Telecomunicações**: uma história de negociação política. 1985. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1985.

BRASIL. Casa Civil. **Análise de Impacto Regulatório (AIR) e o processo de qualificação da tomada de decisão nas agências reguladoras**. Brasília, DF: Casa Civil, 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório (AIR)**. Brasília, DF: Casa Civil, 2018.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. **Relatório**. Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, 1899.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, jul./ago. 2000.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In*: GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. 2000. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

CARDOSO, José Eduardo Martins (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Alexandre Ywata de; MENDONÇA, Mário Jorge; SILVA, José Jaime da. **Avaliação de prioridades para expansão da rede de acesso à banda larga nos municípios brasileiros**. Brasília: IPEA, 2017.

CARVALHO, Vinícius Marques de. O sistema brasileiro de defesa da concorrência. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 6 (Estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência).

COELHO, André Felipe Canuto. Regulação às avessas: um estudo de caso no setor de telefonia brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 53, n. 210, abr./jun. 2016. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p43. Acesso em: 13 nov. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. A desnacionalização da economia brasileira e suas consequências políticas. **Cidadania e Justiça**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 7, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Para que o povo tenha enfim a palavra! **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 50, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Por que não a soberania dos pobres? *In*: COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CRETELLA JR., José. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Regulação e legalidade. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia (coord.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Bruno Fernandes. Análise de Impacto Regulatório: notas sobre a OCDE e sobre o Brasil. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 2, n. 71, 2015.

FEDERICI FILHO, Roberto Fontes. A relevância e a importância da competição no setor de telecomunicações. **TELECO**, [S./], 8 set. 2004. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialcompeticao/default.asp>. Acesso em: 10 nov. 2018.

FIGUEIRÔA, Silvia Fernanda de Mendonça. Ciência e tecnologia no Brasil Imperial: Guilherme Schüch, Barão de Capanema (1824-1908). **Varia Historia**, Belo Horizonte, v. 21, n. 34, jul. 2005.

FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 5, n. 8, 2013.

FURTADO, Celso. **Brasil**: a construção interrompida. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

FURTADO, Celso. **Cadernos de soluções constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1.

FURTADO, Celso. **Em busca de novo modelo**: reflexões sobre a crise contemporânea. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento**: enfoque histórico-estrutural. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

FURTADO, Celso. **O longo amanhecer**: reflexões sobre a formação do Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. O regime jurídico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito. *In*: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (coord.). **Direito da infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GABARDO, Emerson; AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi M. **Direito, informação e cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GELCER, Daniel Monteiro. **Teoria furtadiana de desenvolvimento econômico e a ordem econômica constitucional brasileira.** 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 15. ed. São Paulo. Malheiros, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e pressuposto.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JOICHI, Ito. **Disrupção e inovação: como sobreviver ao futuro incerto.** Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos: comentários nº 8.987 e 9.074, de 1995.** São Paulo: Dialética, 1996.

LEHFELD, Lucas de Souza. **As novas tendências na regulação do sistema de telecomunicações pela ANATEL.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** São Paulo: Ed. 34, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; COSCIONE, Milene Louise René. **Telecomunicações: jurisprudência, doutrina e legislação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **Direito das telecomunicações.** São Paulo: Fórum, 2010.

MELCHIOR, Silvia Regina B. Neutralidade no direito brasileiro. *In*: DEL MASSO, Fabiano Dolenc; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, Thiago Dellazari. **A “captura” das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Análise de Impacto Regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Justiça e Cidadania, 2010.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. **Políticas públicas e regulação socioambiental: governança, estratégias e escolhas públicas: energia e desenvolvimento em pauta**. Curitiba: Íthala, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia (coord.). **Direito e administração pública: estudos em homenagem à Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. **Constituição Federal de 1988: comentários ao capítulo da administração pública**. São Paulo: Atlas, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006.

OCTAVIANI, Alessandro. **Estudos, pareceres e votos de direito econômico**. São Paulo: Singular, 2014.

PANORAMA MOBILE TIME. **Senhas e biometria do Brasil – Novembro 2018**. [S.l.], 2018. Disponível em: <https://panoramamobiletime.com.br/senhas-e-biometria-no-brasil-novembro-2018/>. Acesso em: 5 dez. 2018.

PASSOS, Celia Maria Oliveira. **Prática da mediação na Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2008.

PORTANOVA, Rogério Silva; MEDEIROS, José Augusto. **As agências reguladoras: entre o velho, o novo e o que se anuncia: o paradigma econômico ao paradigma**

ecosófilo. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 6, n. 2, 2015.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2007.

POSNER, Richard A. Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and developing nations. **Ratio Juris**, Oxford, v. 17, n. 1, 2004.

PRADO JUNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Principais aspectos jurídicos da privatização. *In*: QUEIROZ, João Eduardo Lopes; CARDOZO, José Eduardo Martins; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1.

QUINTELLA, Rogério H.; COSTA, Márcio Andrade. O setor de telefonia móvel do Brasil após o SMP: as estratégias das operadoras e a convergência fixa-móvel. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, fev. 2009.

RANK BRASIL. **Primeiro telefone do Brasil**. [S.l.], 28 fev. 2013. Disponível em: http://www.rankbrasil.com.br/Recordes/Materias/0WzM/Primeiro_Telefone_Brasil. Acesso em: 10 nov. 2018.

ROMANO, Vicente. **Presente e futuro imediato das telecomunicações**. São Paulo: Perspectiva, 1999.

ROTH, Alvin E. **Como funcionam os mercados**: a nova economia das combinações e do desenho de mercado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de impacto regulatório**: uma abordagem exploratória. Brasília: IPEA, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SAURIN, Valter; PEREIRA, Breno Augusto. O programa nacional de desestatização: aspectos relevantes da política de privatização. **Revista de Ciências da Administração**, Florianópolis, ano 1, n. 0, 1998.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SHIMA, Walter Tadairo. **Regulação e concorrência no serviço de telefonia fixa comutado do Brasil**. 1999. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999.

SILVA, Francisco. Da convergência digital. **Revista A Página da Educação**, [S.l.], ano 12, n. 126, ago./set. 2003.

SILVA, Mauro Costa da. A nova ordem na repartição geral dos telégrafos. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA DA CIÊNCIA, 12., 2010, Salvador. **Anais [...]**. Salvador: UFBA, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirizações e regulação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O devido processo administrativo na execução de termo de ajustamento de conduta. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, 2003.

TABOADA, Luiz Fernando. Convergência tecnológica, regulatória e empresarial: as demandas organizacionais e econômicas no âmbito das instituições de telecomunicações brasileiras no período pós-privatização (1998-2013). **TELECO**, [S.l.], 6 nov. 2017. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialeletronica/default.asp>. Acesso em: 4 nov. 2018.

TELEBRÁS. **Institucional**. Brasília: TELEBRÁS, 2018. Disponível em: <http://www.telebras.com.br>. Acesso em: 26 out. 2018.

TELEBRASIL. **Companhia Telegráfica ITALCABLE marca presença na cidade de Santos**. Rio de Janeiro: TELEBRASIL, 9 jan. 2017. Disponível em: <http://www.telebrasil.org.br/sala-de-imprensa/releases/8186-companhia-telegrafica-italcable-marca-presenca-na-cidade-de-santos>. Acesso em: 16 nov. 2018.

TORRES, Maíra Ayres. **A transição para a assimetria regulatória e os mecanismos de sustentabilidade deste modelo**: uma análise dos aeroportos concedidos e dos aeroportos autorizados. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 240/2015 – TCU – Plenário**. Brasília, DF: TCU, 2015. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2015_5.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório de Auditoria TC 015.409/2016-3**. Relator Ministro Bruno Dantas. Brasília: TCU, 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório de Auditoria TC 024.646/2014-8**. Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília: TCU, 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório de Auditoria TC 032.508/2017-4**. Relatora Ministra Ana Arraes. Brasília: TCU, 2018.

VERONESE, Alexandre. Judicialização das telecomunicações no Brasil: disputas sobre direitos dos consumidores e regulação. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, 2015.

VIEIRA, Antonio Hélio Guerra. Histórico das telecomunicações: uma visão do Brasil. **TELECO**, [S./], 19 set. 2005. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialeletronica/default.asp>. Acesso em: 4 nov. 2018.

VILELA, Danilo Vieira. **Agências reguladoras e a efetivação da ordem econômica-constitucional brasileira**: desafios da regulação em um cenário de intensificação do poder econômico nas relações sociais. 2018. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018.

YENDO, Sergio Andrade. **Entre a exceção econômica e a retomada do desenvolvimento**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito, Univesidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010.

ZANITELLI, Leandro Martins. Regulação responsiva e efeito solapador das sanções. *In*: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e Economia em dois mundos**: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2014.