

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

SÍLVIO TADEU DE CAMPOS

**OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA UNIVERSALIZAÇÃO NA
DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE SERVIÇO DE
TELECOMUNICAÇÕES À INICIATIVA PRIVADA**

São Paulo

2019

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

SÍLVIO TADEU DE CAMPOS

**OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA UNIVERSALIZAÇÃO NA
DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA (DELEGAÇÃO) DE SERVIÇO DE
TELECOMUNICAÇÕES À INICIATIVA PRIVADA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Cecílio Moreira Pires.

Co-orientadora: Ms. Cibelle Mortari Kilmar.

São Paulo

2019

SÍLVIO TADEU DE CAMPOS

**OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA UNIVERSALIZAÇÃO NA
DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA (DELEGAÇÃO) DE SERVIÇO DE
TELECOMUNICAÇÕES À INICIATIVA PRIVADA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA:

Universidade Presbiteriana Mackenzie
Prof. Dr. Antônio Cecílio Moreira Pires

Prof. Ms. Cibelle Mortari Kilmar
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Ms. Eduardo Stevanato Pereira de Souza
Universidade Presbiteriana Mackenzie

DEDICATÓRIA

A Deus, por tudo.

A meus pais, pelo amor e apoio incondicionais, que somente os pais podem nos dar em nossas vidas.

Aos meus irmãos, pelo amor, carinho e incentivo dados ao longo de todos os anos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, ao meu orientador, Professor Antonio Cecílio Moreira Pires, na orientação deste trabalho, com muita atenção e amizade, me apoiando para a realização de um trabalho feito com dedicação e riqueza de conteúdo.

À querida colega de grupo de pesquisa e minha co-orientadora de Trabalho de Conclusão de Curso Cibelle Mortari Kilmar, pelo grande auxílio na elaboração do tema deste trabalho, bem como pelo enorme apoio e ajuda em seu desenvolvimento e conclusão.

À Professora Irene Patrícia Nohara, de quem tive o privilégio de ser aluno e de fazer parte, por meio de convite feito pessoalmente por ela, de seu grupo de pesquisa na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Agradeço os constantes e incansáveis apoio e incentivo, que instigaram a vontade para a realização de pesquisa e novos trabalhos acadêmicos ao longo dos próximos anos.

Ao Professor Rodrigo Salgado, por suas aulas de Desenvolvimento e Infraestrutura no Núcleo de Direito e Desenvolvimento do 10º semestre da graduação, que me ajudaram na compreensão do histórico da Infraestrutura brasileira, bem como por seu caráter de enorme atenção para com seus alunos.

Ao professor Silvio Almeida, pelo convívio, coleguismo e inspiração dada durante meus anos de graduação, não somente no curso de Direito do Mackenzie, mas também no curso de Direito da Universidade São Judas.

Aos meus colegas de graduação e do grupo de pesquisa Modelos de Gestão e Eficiência do Estado, companheiros e amigos nesta importante fase de nossas vidas, em que nos amadurecemos a cada dia mais, profissional e psicologicamente.

À minha colega e amiga Joquebedi de Jesus Santos, pela amizade, companheirismo e auxílio dado a mim durante a graduação, em especial ao incentivo dado para a minha formação acadêmica, espiritual e pessoal, com sua generosidade e amor ao próximo.

Aos meus amigos pessoais, pela mais sincera amizade e carinho que nutrimos uns pelos outros.

Aos meus pais, pois sem eles, não seria possível minha graduação nesta instituição tão prestigiada a nível nacional. Sem o apoio psicológico e financeiro deles, eu não teria todo o conhecimento e amadurecimento que tenho hoje.

EPÍGRAFE

Pedras no caminho? Eu guardo todas. Um dia
vou construir um castelo (Nemo Nox).

RESUMO

Os princípios da eficiência e da universalização no contexto dos serviços de telecomunicações mostram-se as maiores preocupações para os administrativistas especialistas no tema, bem como para os responsáveis pela regulação e pela prestação de tais serviços no país, sobretudo após a desestatização do setor, a partir da década de 1990, com fundamento na reforma Gerencial do Estado.

Buscou-se, no presente trabalho, abordar os aspectos gerais dos princípios e das normas, com o objetivo de demonstrar a grande importância que têm os princípios na formulação de normas, leis gerais e políticas para o setor de serviços públicos em geral e, especificamente, para o setor de telecomunicações.

Com o foco de relacionar os relevantes princípios dos serviços públicos de telecomunicações no Brasil, quais sejam o da eficiência, o da universalização, o da continuidade e o da competição, com as modalidades de contrato com a iniciativa privada permitidos pela referida lei especial do setor em questão, abordou-se, antes, a importância do respeito aos princípios dos serviços públicos no Brasil na prestação de serviços públicos, nas modalidades de contrato da concessão, permissão e autorização, previstos na referida lei específica.

Tais reflexões se mostram importantes para análise feita no último capítulo do presente trabalho, de forma que abordou-se sobre as contradições das vertentes liberais e as publicísticas sobre os serviços públicos no Brasil, com o fim de estudar o respeito aos princípios presentes na prestação de serviços de telecomunicações, sobretudo os da eficiência e da universalização, demonstrando os prós e contras da maior liberalização do setor, conforme Projeto de Lei Complementar nº 79, de 2016, que pretende substituir o atual marco regulatório do setor, a Lei Geral de Telecomunicações.

ABSTRACT

The principles of efficiency and the universalization in the context of telecommunication services are showed as the biggest concerns to the specialists in Administrative law, as to the responsible people for the regulation and for the provision of these services in the country, about everything after the sector privatization, in the decade of 1990, founded in the State Managerial Reform.

This work seeked for approach the general aspects of principle and norms, with the target of showing the big importance of the principles in the norms, general laws and policies formulations for the public services in general sector and, specifically, to the telecommunications sector.

With the goal of relate the relevant principles of the telecommunications public services in Brazil, wich are the principles of efficiency, universalization, continuity and of the competition, with the contract modalities with the private agents allowed by the sector referred special law, it was approached, before, the importance of the respect about the Brazzilian public services principles in the provision of public services, in the contract modalities of concession, permission and autorization, foreseen in the referred special law.

These reflexions are showed importants to the analisys done in the last chapter of this work, once that it was approached about the contradictions between the liberal and public sides about the Brazzilian public services, with the goal of studiyng about the principles of the telecommunications public services provision,

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. TEORIA DA NORMA POR ROBERT ALEXY.....	13
2. NATUREZA JURÍDICA DAS TELECOMUNICAÇÕES.....	18
2.1. Evolução histórica.....	19
2.2. Conceito de Serviço Público e seus princípios.....	22
2.3. Conceito de Serviço Público e Privado e a crise da noção publicística das telecomunicações.....	27
2.4. Princípios dos Serviços de Telecomunicações.....	31
2.4.1. Princípio da Eficiência.....	32
2.4.2. Princípio da Universalidade.....	33
2.4.3. Princípio da Essencialidade.....	37
2.4.4. Princípio da Competição.....	39
3. O SERVIÇO PÚBLICO DE TELECOMUNICAÇÕES NAS CONCESSÕES.....	42
3.1. A delegação do serviço público à iniciativa privada.....	42
3.1.1. Concessão.....	42
3.1.2. Permissão.....	48
3.1.3. Autorização.....	50
4. A LEGALIDADE DAS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES RELACIONADAS AO PRINCÍPIO ADMINISTRATIVO DA EFICIÊNCIA E DA UNIVERSALIZAÇÃO.....	53
4.1. As propostas de alteração do marco regulatório.....	53
4.2. A (des)regulação do setor.....	54
4.3. A transação das concessionárias junto ao Poder Público.....	56
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

Os princípios da eficiência e da universalização são dois dos princípios presentes sobretudo naqueles serviços públicos considerados essenciais para a vida em sociedade e o exercício da cidadania por parte dos usuários. A Administração Pública, enquanto prestadora ou reguladora da prestação de serviços públicos, deve zelar pelo interesse público, garantindo direitos básicos aos usuários dessas atividades, como, por exemplo, a universalização destes serviços, estimulando o acesso amplo destinado a todos os cidadãos.

Diante dessa obrigação pelo Poder Público para com seus cidadãos, revela-se relevante explicar a teoria quanto aos princípios e normas existentes na linguagem jurídica, de modo que enfatizar a importância de sua observância nos atos administrativos praticados pela Administração Pública, em especial, os serviços públicos de caráter essencial.

A respeito do referido respeito aos princípios e normas estabelecidos para uma determinada atividade realizada pelo Poder Público, deve-se pensar sobre a relevância da classificação dos serviços entre aqueles prestados sob regime público e sob regime privado, abordando também sobre a crise da noção de serviços público, tema corrente nos debates dos juristas especializados em regulação no Brasil, com base na teoria do Estado Francês. Neste âmbito, ainda, aborda-se sobre a Reforma Gerencial do Estado, ocorrida na década de 1990, em que houve uma maior liberalização da economia brasileira e a consequente descentralização administrativa dos serviços públicos à iniciativa privada.

A existência dos dois regimes de exploração no serviço público de telecomunicações: de um lado, o regime público, em que há a obrigação de universalização, continuidade da prestação e modicidade das tarifas, e o regime privado, em que não existem tais obrigações, mas com sua grande relevância, mostra-se como um tema de delicada discussão, diante da necessidade de existência de algum poder de controle da Administração Pública.

Quanto à referida descentralização, portanto, destacam-se as modalidades de contratos firmados com os agentes privados no setor de telecomunicações, demonstrando suas semelhanças e diferenças, na medida em que se compara a presença maior ou menor na prestação dos serviços objeto desses contratos.

Desta forma, a desregulação representa um processo de “eliminação” do controle do Poder Público sobre as atividades consideradas essenciais e torna-se, por vezes, um obstáculo ao desenvolvimento socioeconômico do país, processo este de constante transformação social,

mas também marcado pela criatividade e pelo ambiente concorrencial, presente na realidade dos dias atuais dos serviços de telecomunicações, tendo em vista o marco regulatório de tal serviço, que preza pelo respeito ao livre mercado, sob a atuação forte do Estado.

A regulação do Estado em atividade consideradas essenciais, portanto, como os serviços de telecomunicações, consiste na efetivação de direitos fundamentais e na defesa do desenvolvimento socioeconômico do país, coordenando e atribuindo ao Estado uma direção.

1. TEORIA DA NORMA POR ROBERT ALEXY

Robert Alexy entende, em sua obra sobre *Princípios Formais*, que, no centro do debate que envolve o grau de interferência dos tribunais constitucionais no direito produzido pelos legisladores democraticamente legitimados, encontra-se a tese dos princípios formais.

A grande questão que permeia *Princípios formais* é o papel que o princípio formal do respeito ao legislador democraticamente legitimado desempenha no controle de constitucionalidade, sobretudo quando ele entra em choque com um direito fundamental material.¹

Esse é o aspecto central da teoria dos princípios formais criado por Robert Alexy.

Ricardo Marcondes Martins publicou um artigo em que trata da teoria dos princípios formais, valendo-se fortemente da teoria criada pelo filósofo alemão, apresentando o paradigma de que os princípios possuem interpretações ambíguas, sendo eles classificados em seu sentido primitivo e no sentido figurado. A classificação, entretanto, ocorre também pelo que os estudiosos do Direito chamam por “fases”: a primeira fase relaciona o conceito de princípio à ideia de origem, relacionando, por conseguinte tal conceito com a ideia de questões gerais de determinada matéria; a segunda fase, a seu turno, relaciona o conceito de princípio com a questão de que um princípio refere-se a uma ideia-chave, fundamentadora do sistema normativo, de modo geral, sem restringi-lo a uma disciplina de forma específica; a terceira fase, enfim, defendida pelo jurista cuja produção ora se analisa, relaciona a ideia de que os princípios são “normas jurídicas que apenas estabelecem uma razão para uma decisão, ou, noutros termos, impõem que seja concretizado um valor na maior medida possível”, o que seria chamado de princípio-valor positivado.² Tal é o motivo pelo qual os juristas aderentes a essa ideia consideram que os princípios podem ser considerados qualitativamente contrários às verdadeiras regras jurídicas. “Princípios são comandos de otimização.”³

Mônica Pimenta Júdice⁴ afirma que Robert Alexy defende a ideia de que princípio e regra jurídica se diferem pelo fato de que “as regras são normas que podem ser cumpridas ou

¹ LOPES, Mônica Sette; SALIBA, Aziz Tuffi; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Prefácio. In: LOPES, Mônica Sette; SALIBA, Aziz Tuffi; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (orgs.). **Princípios Formais e outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito** – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

² MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria dos Princípios Formais: Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, jul./ago. 2016, pg. 65-67.

³ ALEXY, Robert. *Princípios Formais*. In: LOPES, Mônica Sette; SALIBA, Aziz Tuffi; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (orgs.), op. cit., 2018. Pg. 2.

⁴ JÚDICE, Mônica Pimenta. **Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras**. 02/03/2017. Fl. 01. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras?imprimir=1. > Acesso em: 12 out. 2018.

não, e aos princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas.”

Os princípios, refinando o tema, são classificados em princípios materiais e formais. Os primeiros se caracterizam pelo fato de que seus objetos centrais, ou objetos de otimização, segundo o jurista alemão, são consistidos em conteúdos, como a vida e a liberdade de expressão. Em contrapartida, os objetos de otimização dos princípios formais são as decisões jurídicas, de forma geral, sem os respectivos conteúdos serem relevantes para a distinção. “Princípios formais exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada”.⁵

Ricardo Marcondes Martins admite que os princípios materiais são classificados em dois grupos: os princípios relativos a direitos subjetivos e os relativos aos bens coletivos, ou bens públicos. Mais à frente, Ricardo Marcondes Martins dispõe que Robert Alexy adota a ideia de há três modelos de atuação dos referidos princípios formais, quais sejam, o puro modelo material-formal, o modelo material-formal misto (ou modelo da combinação) e o modelo epistêmico.

Robert Alexy, ainda, em seu texto contido na referida obra organizada por Trivisonno, Saliba e Sette Lopes, aborda sobre a questão da ponderação envolvendo os referidos princípios formais e os princípios materiais. Discorrendo sobre os três modelos acima elencados, pode-se dizer que: no primeiro modelo, a ponderação ocorre entre um princípio formal e outro material, sem que o primeiro esteja relacionado a outro princípio material. Por isso o nome dado de modelo puro material-formal.

Neste primeiro modelo, Alexy dá como exemplo a conhecida fórmula de Radbruch, “segundo a qual a injustiça extrema não é Direito”⁶, ponderando o princípio material da justiça e o princípio formal da segurança jurídica. Tal ponderação, continua Alexy, adota duas leis, que se resumem à lei da ponderação, agora descrita, e à lei da colisão, que estabelece que deve existir uma precedência, pelo peso concreto dos princípios, considerando as condições do caso analisado.

Referida fórmula, ainda, admite a ideia de que as condições de precedência são duas: a injustiça abaixo do limiar da injustiça extrema e a própria injustiça extrema.

⁵ ALEXY, Robert. op. cit., 2018. Pg. 8.

⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. op. cit., pg. 70.

Sob a primeira condição, C1, o princípio formal da segurança jurídica tem precedência sobre o princípio material da justiça. Sob a segunda condição, C2, o princípio material da justiça tem precedência sobre o princípio formal da segurança jurídica. De acordo com a lei da colisão, a consequência da precedência do princípio da justiça sobre o princípio da segurança jurídica quando ocorre injustiça extrema é que, sob essa condição, aplique-se a consequência exigida pelo princípio da justiça, que é o princípio que prevalece. Isso é exatamente o que diz a Fórmula de Radbruch.⁷

Robert Alexy afirma, sobre esses dois princípios (o princípio material da justiça e o princípio formal da segurança jurídica) que ambos são *postulados normativos*, o que significaria dizer que ambos são mandados e, assim, “realiza-se na maior medida possível a justiça e respeita-se na maior medida possível a segurança”.⁸

O segundo modelo proposto por Alexy é o modelo da Combinação (ou modelo material-formal misto), em que um princípio formal entra na ponderação com um princípio material quando associado a outro princípio material. Neste caso, Alexy adota a chamada lei de conexão, pela qual “princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais”.⁹

O terceiro e último modelo refere-se ao modelo epistêmico, que se encontra “entre o modelo material-formal puro e o modelo material-formal misto”.¹⁰ Por este último modelo, Marcondes Martins, parafraseando Alexy, conclui que algum valor constitucional deve ser fundamentar qualquer imputação normativa, não sendo mais aceitas imputações normativas fundamentadas somente na competência dos agentes públicos, legisladores ou administradores. Dessa forma, conclui ainda, torna-se insustentável a defesa do modelo puro material-formal.

Mais adiante, Alexy trata da discricionariedade do legislador, limitada pelas margens fixadas pela Constituição, bem como trata dos chamados princípios formais fundamentais. Quanto às referidas margens, ele adota a ideia de que existem dois tipos: margens de ação estrutural e margens de ação epistêmica ou cognitiva. No caso do primeiro bloco, das margens de ação estrutural, este se refere à discricionariedade do legislador para escolha de fins, de meios e para ponderação. O segundo, por sua vez, é adotado em caso de incertezas, de dúvidas quanto à existência de uma solução constitucional.

⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. op. cit., pg. 70.

⁸ Ibidem, pg. 71.

⁹ Ibidem, pg. 71.

¹⁰ ALEXY, Robert. O Caminho equivocado. In: LOPES, Mônica Sette; SALIBA, Aziz Tuffi; TRIVISONNO, Alexandre Travassoni Gomes (orgs). op. cit., pg. 12.

Ainda tratando do segundo tipo de margem fixada pela Constituição sobre a discricionariedade do Legislador, o filósofo alemão adota a ideia de esta subdivide em dois grupos: margem epistêmica empírica e margem epistêmica normativa.

Além desses conceitos acima expostos, Alexy trata especificamente dos Princípios formais fundamentais a seguir explicados:

Segundo o autor, toda decisão jurídica é formada pela concretização de um ou mais princípios materiais, relativos a direitos subjetivos ou a bens coletivos. Para o autor, adota-se a lei da conexão, pela qual princípios formais sempre atuam em conjunto com princípios materiais na ponderação.

Alexy entende que os princípios formais se mostram presentes tanto na esfera legislativa, quanto na esfera administrativa, determinando que “assim como existe um princípio formal que dá primazia às ponderações legislativas e, pois, justifica a discricionariedade do legislador, há um princípio formal que dá primazia às ponderações administrativas e justifica a discricionariedade do administrador”.¹¹

O quinto e último princípio formal fundamental refere-se ao livre-arbítrio, sendo o menos “pesado” dos cinco princípios entendidos como fundamentais formais pelo jurista alemão. É o princípio que dá primazia às ponderações privadas.

Dessa forma, podemos classificar os cinco princípios fundamentais formais entendidos pelos especialistas no tema como:

- 1) Princípio fundamental formal constitucional originário, restringido apenas pelos postulados normativos e considerado o mais “pesado” dos cinco;
- 2) Princípio fundamental formal constitucional reformador, segundo o qual os legisladores têm a possibilidade de reformar a Constituição, sendo este restringido pelos postulados e pelos limites expressos e implícitos ao poder de reforma. É considerado o segundo mais pesado;
- 3) Princípio fundamental legislador, cuja discricionariedade é restringida pelos postulados e pelas normas constitucionais expressas e implícitas. É o terceiro mais pesado da ordem dos princípios fundamentais formais;

¹¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. op. cit., pg. 77.

- 4) Princípio fundamental da Administração, cuja discricionariedade é restringida pelos postulados, pelas normas constitucionais e todas as normas legislativas, expressas e implícitas. Somente é mais pesado que o princípio fundamental das ponderações privadas;
- 5) Princípio fundamental das ponderações privadas. Sua liberdade é restringida pelos postulados normativos, normas constitucionais, legislativas e todas as normas administrativas. É o menos pesado de todos.¹²

¹² MARTINS, Ricardo Marcondes. op. cit., pg. 78.

2. NATUREZA JURÍDICA DAS TELECOMUNICAÇÕES

Diante das teorias e estudos apresentados no capítulo anterior, pode-se concluir que a Teoria da Norma de Robert Alexy acima explicada relaciona-se com o serviço público em geral e com o serviço público de telecomunicações, em especial, de modo que um princípio é um mandamento de um sistema, interpretado inclusive como um de seus alicerces, de fundamental importância. O princípio de um sistema, como no caso do presente trabalho, do sistema de serviço público, pode se manifestar em diferentes normas, definindo sua lógica e racionalidade. Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a violação a um princípio tem maior gravidade que a transgressão a uma norma, tendo em vista a função básica que ele tem no entendimento da última. Tal violação confere ofensa não apenas ao dispositivo regulado, mas ao conjunto do sistema normativo.¹³

Conforme será abordado mais adiante, sob esse prisma, a teoria da Norma de Robert Alexy encontra sustentação no presente trabalho, sobretudo nos princípios da eficiência e da universalização dos serviços de telecomunicações, de modo que representam, atualmente, dois dos mais relevantes princípios que fundamentam a regulamentação e a ordenação jurídica de tal serviço público no Brasil, servindo de base inclusive para a observância de outros princípios relevantes desse serviço, como o da concorrência, adotado de forma mais recorrente na prestação de tal princípio, tendo em vista sua maior viabilidade fundamentada na universalização do serviço em análise.

Aí está a importância da abordagem da teoria da norma criada pelo alemão Robert Alexy no presente trabalho: a relevância dos princípios e das normas no ordenamento jurídico brasileiro para a observância à eficiência e à universalização do serviço público de telecomunicações no Brasil, cujas normas de prestação e exploração se alteraram de forma bastante dinâmica nos últimos 50 anos, privilegiando-se, atualmente, o regime da concorrência entre os autorizados e concessionários, em busca da maior flexibilização normativa e a consequente observância aos princípios acima apontados.

Irene Patrícia Nohara afirma que as normas e os princípios têm caráter vinculante, ou seja, obrigatório, de forma que “constatam a mais elevada expressão do consenso social

¹³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 12 edição, 2000. apud OLIVEIRA JUNIOR, Erick Menezes de. A interpretação do Direito Administrativo face aos princípios que o orientam. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 263, 27 mar. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5010>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

sobre os valores básicos a serem assegurados no Estado Democrático de Direito”. Ainda, segundo ela,

A partir da hermenêutica mais avançada, não podemos mais nos amparar em uma interpretação que vê o ordenamento jurídico como estrutura coesa, formada pelo conjunto de regras jurídicas capazes de darem respostas prontas para todas as circunstâncias fáticas possíveis e imagináveis; daí a necessidade de revitalização dos princípios, que foram sistematicamente desvalorizados pelo positivismo.¹⁴

Daí a importância, por exemplo, dos Planos Gerais de Metas de Universalização (PGMU), no setor de telecomunicações, que será mais a frente explicado. Os PGMUs é pautado em princípios que atendem os interesses sociais, de forma que obrigam a Administração Pública e as concessionárias a observarem os princípio da universalização e da eficiência, de modo que é capaz de responder prontamente as circunstâncias fáticas possíveis e imagináveis.¹⁵

Convém destacar no presente trabalho, ainda, temas importantes envolvendo os Serviços Públicos no Brasil, para posterior explicação da relação entre o princípio da universalização do serviço público, a garantia de importantes direitos dos usuários e a aplicação de normas voltadas para uma maior privatização do setor (privilegiando o regime de concorrência entre os concessionários e autorizados em detrimento da prestação e exploração do serviço pela Administração Pública), tema central da presente monografia.

2.1. Evolução Histórica

O conceito de Serviço Público surge no contexto do Estado Liberal francês, em que tal conceito era muito abrangente, envolvendo quase todas as atividades econômicas, que eram executadas pelo poder Público.

José Virgílio Lopes Enei afirma que pode-se pensar em três aspectos da prestação do Serviço Público naquela época: do aspecto no sentido subjetivo, essas atividades eram “sempre prestadas pelo Estado”; o aspecto no sentido material corresponde ao fato de que tais atividades eram voltadas “à satisfação de interesses coletivos avocados pelo Estado; e, do ponto de vista formal, sujeitavam-se a um regime próprio de Direito Público”.¹⁶

¹⁴ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 8ª ed.. São Paulo: Atlas, 2018. Pg. 54

¹⁵ KILMAR, Cibelle Mortari. *A (Des)Regulação do Setor de Telecomunicações e seus Impactos no Desenvolvimento Socioeconômico no Brasil*. 2019. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo, SP, 2019. Pg. 107.

¹⁶ ENEI, José Virgílio Lopes. *Serviço Público pode ser prestado em ambiente de concorrência ou pressupõe um regime necessário de privilégio e exclusividade?* *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. Vol. 2. Ano 1. Pg. 232. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul-set. 2017.

O avanço do Estado Social em escala global (*welfare state*), no século XX, influenciou na intervenção e regulação estatal na economia de forma mais intensa, criando condições para se pensar naquilo que alguns autores denominam de primeira crise da noção de serviço público¹⁷, termo que será bem melhor trabalhado nos próximos capítulos.

O resultado dessa maior intervenção do Estado fez com que as atividades econômicas, cada vez mais controladas e exercidas pelo aparelho público, requeressem um maior aparato industrial e empresarial, “que já não era mais possível qualificar tudo indistintamente como serviço público, nem tampouco era possível ao Estado executar todas essas atividades diretamente”.¹⁸

Segundo Ricardo Marcondes Martins, ainda, o Brasil, entre as décadas de 1930 e 1980, adotou de maneira forte a ideia de intervenção, sob tutela das Constituições e Governos civis e militares. Nesse âmbito,

(...)não só abarcou um rol extensivo de atividades como serviços públicos (praticamente todas as atividades compreendidas no setor elétrico, exploração de infraestrutura de transportes e logística etc.), como também assumiu diversas outras atividades econômicas, consideradas estratégicas, em regime de monopólio (como, por exemplo, as atividades ligadas ao setor de petróleo e mineração).¹⁹

A partir da década de 1980, frente à crise do modelo Estado intervencionista em boa parte do mundo ocidental, a atuação do Estado sobre as atividades econômicas foi obrigada a se reduzir. Nesse contexto, cada vez mais forte os ideais de liberalismo econômico promovido pelo governo britânico de Margaret Thatcher, caracterizado por alguns autores de Estado Neoliberal, o que influenciou nas reformas de Estado de alguns países pelo globo.²⁰

A Magna Carta brasileira não ficou de fora dos novos rumos resultantes das reformas de Estado. Esta adotou a noção do Estado subsidiário, de forma mais clara em seu artigo 173 (que autoriza a exploração de atividade econômica pelo Estado apenas quando necessária, frente à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo); e suas sucessivas emendas abriram espaço para a abertura de importantes setores até então controlados e exercidos de forma exclusiva pelo Estado ou suas estatais aos entes privados, incluindo as atividades do setor

¹⁷ENEI, José Virgílio Lopes, op. cit., pg. 232.

¹⁸ Ibidem, pg. 233.

¹⁹ Ibidem, pg. 233.

²⁰ Ibidem, pg. 233.

de telecomunicações, possibilitada com a Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995.²¹

Dessa forma, implementou-se diversos mecanismos para a delegação à iniciativa privada, “incluindo a transferência do controle acionário de empresas estatais (como foi o caso da Companhia Vale do Rio Doce; das empresas do grupo Telebrás;...), programas de concessões à iniciativa privada (como no caso do setor rodoviário), e reformas legais que admitiram a participação da iniciativa privada em atividades de competência da União, como geração ou comercialização de energia elétrica, mediante simples autorização.”²²

A atuação desses entes privados nas importantes atividades antes prestadas pelo Estado-Empresário, porém, não se torna livre, de forma que foram necessárias as criações de agências reguladoras, “autarquias especiais com maior grau de autonomia financeira e independência técnica, a exemplo da ANEEL, ANATEL, ANP, ANTT e ANTAQ”, tendo em vista o inegável interesse público e coletivo presente na realização de tais atividades econômicas.

Lopes Enei afirma que, diante dessa reforma estatal, perdeu relevância a distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, sobretudo referente no aspecto da regulação. No passado, afirma o autor, a regulação se dava mais presente nos serviços públicos, sendo as atividades econômicas submetidas tão somente ao poder de polícia estatal tradicional. No novo Estado-Regulador, exercente dessa função por meio das agências reguladoras formadas, “foi reconhecida competência para regular (e no contexto dessa regulação em sentido amplo, fiscalizar, sancionar e normatizar) atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos, indistintamente.”²³

“Essa relativização do serviço público como categoria diametralmente oposta à atividade econômica em sentido estrito é referida por alguns como uma segunda crise do serviço público.”²⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a seu turno, discorre sobre a evolução da noção de serviço público abordando, inicialmente, o pensamento dos autores, em suas origens, influentes pela Escola do Serviço Público, que adotavam três critérios para a definição do instituto, quais sejam:

1. O subjetivo, que se baseia na pessoa jurídica prestadora do serviço, ou seja, o serviço público seria prestado pelo Estado;

²¹ ENEI, José Virgílio Lopes, op. cit., 2017, pg. 234.

²² Ibidem, pg. 235.

²³ Ibidem, pg. 235.

²⁴ Ibidem, pg. 235.

2. O material, que considera a atividade exercida, e não a pessoa jurídica que a opera;
3. Por fim, o formal, que considera o regime jurídico, isto é, o serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público, e não privado.²⁵

Quando surgiram as primeiras noções de serviço público, era válida a combinação desses três elementos. Isso ocorreu no período do Estado liberal, em que o serviço público abrangia as atividades de interesse geral, prestadas pelo Estado sob regime jurídico publicístico.²⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro continua sua obra discorrendo sobre a evolução na noção de serviço público, já abordando a ideia da primeira crise dessa noção, voltando ao Estado histórico francês, que deixa de ser influenciado firmemente pelo liberalismo e passa a ser intervencionista, o que será melhor analisado no item 2.3 do presente trabalho.

Nesse estudo sobre a evolução histórica dos serviços de telecomunicações, convém destacar também a pesquisa realizada por Irene Patrícia Nohara, tratando da reforma gerencial do Estado, realizada na década de 1990 no Brasil, em que se deu maior abertura para a iniciativa privada, passando o Estado a desempenhar papel normativo e, também, regulador das atividades econômicas, sem deixar de lado de sua obrigação de promover uma sociedade justa e equilibrada, com o fim de desenvolver um desenvolvimento nacional sustentável e socialmente equilibrada.²⁷

2.2. Conceito de Serviço Público e seus princípios

Diante da referida evolução do conceito de serviço público, podemos concluir que o Serviço Público, de modo geral, possui alguns conceitos, designados por diversos administrativistas brasileiros e estrangeiros.

José Virgílio Lopes Enei, em seu trabalho acadêmico, defende que a qualificação de uma atividade como serviço público não pode ser firmada apenas por seus aspectos materiais, “como a constatação de maior ou menor essencialidade”, nem somente por aspectos subjetivos, âmbito em que há a diferença entre os serviços públicos prestados por entes de Direito Privado e entes de Direito Público, o que será explicado logo mais à frente. Segundo o autor, há a necessidade de uma previsão legal do que vem a ser um serviço qualificado como público,

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29 ed. Rev., Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Pg. 136.

²⁶ *Ibidem*, pg. 136.

²⁷ KILMAR, Cibelle Mortari. *op. cit.*, 2019, pg. 44.

“inclusive para conferir certeza e objetividade à aplicação do regime de Direito Público em oposição ao regime de Direito Privado. ”²⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello admite, por sua vez, que a expressão pode ser tomada em sentido subjetivo, objetivo e, ainda, em um aspecto formal.²⁹ No aspecto subjetivo, o serviço público é tomado como um órgão público, pelo qual é formado o aparelho do Estado. Assim, “é o mesmo que se referir a um complexo de órgãos, agentes e meios do Poder Público. ”³⁰ No aspecto objetivo, por sua vez, o serviço público é visto como uma atividade, uma função prestada pelo Estado. E, por isso, ele se define “em razão da natureza da atividade ou tarefa. É o fato de corresponder a uma necessidade de interesse geral, é a circunstância de se impor como uma exigência da coletividade”.³¹ Já na acepção formal do termo, Celso Antônio Bandeira de Mello cita Ricardo Marcondes Martins, dizendo que este é o que melhor definiu, com rigor, o serviço público por seu caráter estritamente formal:

Da qualificação pelo sistema normativo de uma dada atividade como serviço público, da *publicatio*, segue por decorrência lógica a submissão ao regime de direito público. Não é conceitualmente possível que a Constituição Federal, a Estadual ou a Lei Orgânica Municipal considerem uma atividade como própria do Estado, de titularidade estatal, e admitam sua submissão ao regime de direito privado (...). se a atividade é imputada ao Estado como própria dele, é *ipso facto* qualificada como pública. É uma imposição conceitual, uma exigência da razão. Trata-se de obviedade tão gritante, que não precisa ser dita: toda atividade de titularidade estatal é submetida ao direito público.³²

Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda, discorre, em sua distinta obra, sobre a noção tradicional de serviço público, tal como se desenvolveu no Direito Francês, afirmando a associação dos três aspectos caracterizados por meio dos conceitos subjetivo, objetivo e formal, há pouco explicitado, aspectos estes resumidos na “organização administrativa, a atividade de interesse geral e o regime jurídico especial. ”³³ Tais aspectos funcionavam como base para uma ideia mais complexa de serviço público, formada pelos mesmos. De forma similar à noção de serviço público no Direito francês definida por Maria Sylvia Zanella di Pietro, anteriormente transcrita, Celso Antônio Bandeira de Mello admite que, ainda no Direito Francês, era possível

²⁸ ENEI, José Virgílio Lopes. op. cit., 2017, pg. 240.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017. Pg. 33.

³⁰ Ibidem, pg. 34.

³¹ Ibidem, pg. 36.

³² MARTINS, Ricardo Marcondes. 2011, p. 284 apud MELLO, Celso Antônio Bandeira De. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017. Pg. 32.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. op. cit., 2017, pg. 43.

adotar a noção de Serviço público como sendo “a atividade de interesse geral prosseguida por um organismo administrativo sob um regime derogatório de direito comum.”³⁴

Celso Antônio dispõe o conceito jurisprudencial do Estado Francês, publicada por Jean Louis de Corail, que afirmava: “haveria serviço público quando uma empresa funcionasse sob a autoridade da Administração por meio de procedimentos de *puissance* publique e respondesse a uma necessidade de interesse geral.”³⁵

Abordando o conceito de serviço público e os requisitos de sua noção, tanto no Brasil quanto no Estado francês, Bandeira de Mello conceitua ele próprio, na página 81 de sua obra “Serviço Público e Concessão de Serviço Público”, o que vem a ser serviço público:

Serviço público é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular.³⁶

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, em seu trabalho, aborda a ideia do que vem a ser serviço adequado, expondo os conceitos constituídos em leis federal, estadual e municipal de São Paulo, SP, expondo que o seu conceito é “genérico e indeterminado.” Na famosa Lei das Concessões (Lei nº 8.987/1995), por exemplo, o artigo 6º, §1º, dispõe que serviço adequado é aquele “que satisfaz as condições de: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”³⁷ A lei paulista nº 7.835, de maio de 1992, anterior à referida lei que trata das concessões e permissões da prestação de serviços públicos, dispõe, por sua vez, que “serviço adequado é o que atende ao interesse público e corresponde às exigências de qualidade, continuidade, regularidade, modicidade, cortesia e segurança (art.17).”³⁸ A autora, por fim, informa sobre o disposto na Lei Orgânica do Município de São Paulo, que garante ao usuário “serviço público compatível com sua

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. op. cit., 2017, pg. 43.

³⁵ J. L. De Corail apud MELLO, Celso Antônio Bandeira De. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017. Pg. 43.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. op. cit., 2017, pg. 81.

³⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo Econômico. 1ª edição. 3ª tiragem. Ed.: Malheiros: São Paulo/SP. 2006. Pg. 49.

³⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, op. cit., 2006, pg. 49.

dignidade humana, prestado com eficiência, regularidade, pontualidade, uniformidade, conforto e segurança sem distinção de qualquer espécie (parágrafo único do art. 123).³⁹

Da simples referência aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais evidencia-se que o nosso Direito Positivo enumera diferentes princípios. Muitos deles, porém, carecem de autonomia e independência, pois são corolários de outros. Ademais, alguns princípios tradicionais foram afetados e outros aplicam-se, ainda que em extensão diferente, às atividades econômicas.⁴⁰

Quanto aos princípios do Serviço Público, podemos citar, entre outros:

1. O princípio da supremacia do interesse público, segundo o qual “o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão as conveniências da coletividade.”⁴¹ Em razão dele, outros princípios são relacionados ao serviço público, para a garantia do interesse da coletividade sobre os interesses privados, os quais se seguem:
2. O princípio da universalidade, segundo o qual o serviço é aberto, sem discriminações e indistintamente, ao público. Tal princípio é adotado como uma conjunção entre os princípios da eficiência, da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, dentre outros.⁴²
3. O princípio da continuidade do serviço público, “pois, como as atividades consideradas serviço público visam à satisfação de necessidades coletivas importantes, as prestações de serviço público devem ser contínuas, e tanto a execução do contrato administrativo como o exercício da função pública não podem parar.”⁴³
4. O princípio da mutabilidade do regime jurídico, que autoriza que ocorram mudanças no regime da execução do serviço, com o fim de adaptá-la ao interesse público, que sempre varia no tempo.⁴⁴ Assim, os concessionários ou demais contratantes com a Administração Pública não estão protegidos, como se tivessem direito adquirido, de alterações feitas no contrato pela Administração Pública, de forma unilateral.⁴⁵
5. O princípio da igualdade dos usuários, também conhecido como princípio da impessoalidade ou generalidade, dispõe que, “desde que a pessoa satisfaça às condições

³⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, op. cit., pg. 50.

⁴⁰ Ibidem, pg. 50.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. op. cit., 2017, pg. 83

⁴² Ibidem, pg. 84.

⁴³ NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo – Versão compacta. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. Pg. 155.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. cit., 2016. Pg. 145.

⁴⁵ NOHARA, Irene Patrícia. op. cit., 2013. Pg. 155.

legais, ela faz jus à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal".⁴⁶Dele “decorre a inadmissibilidade de gratuitas discriminações entre os usuários.”⁴⁷os serviços devem, assim, beneficiar o máximo de indivíduos possível, enquanto usuários, sem distinção, sem haver privilégios imotivados ou abusos, “em busca de universalidade.”⁴⁸

6. O princípio da modicidade das tarifas, derivado do princípio da generalidade, pelo qual os serviços públicos devem ser remunerados a preços módicos, visto que se sua execução fosse realizada a preços elevados, grande parte (se não a maior parte) dos usuários seriam excluídos da oferta desses serviços.⁴⁹
7. O princípio da adaptabilidade, que “impõe a atualização e modernização na prestação do serviço público.”⁵⁰

Sobre o princípio da modicidade das tarifas, ainda, atrelada diretamente ao princípio da universalidade, de importância acentuada para o presente trabalho, Celso Antônio Bandeira de Mello expõe, de forma clara e direta, sobre sua importância em nosso país:

Dessarte, em um País (sic) como o Brasil, no qual grande parte da população vive em estado de pobreza e, em alguns casos menos numerosos, até de miserabilidade, é óbvio que o serviço público, para cumprir sua função jurídica natural, terá de ser remunerado por valores baixos, *muitas vezes subsidiados*, circunstância que – ao contrário do que sucede em Países (sic) desenvolvidos – dificulta ou impossibilita o impropriamente chamado movimento das “privatizações”, isto é, da concessão dele a terceiros, para que o explorem com evidentes e naturais objetivos de lucro.⁵¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao encerrar o item “Princípios”, no capítulo em que aborda sobre os Serviços Públicos, em sua obra doutrinária, decorre sobre o que vem a ser serviço adequado, imposição esta que deve ser atribuída a todos os serviços prestados pelo Estado ou por entes privados, na forma fixada em contrato com a Administração Pública: serviço adequado é “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”⁵²

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2016, pg. 145.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. op. cit., 2017, pg. 84.

⁴⁸ NOHARA, Irene Patrícia. op. cit., 2013, pg. 155.

⁴⁹ Ibidem, pg. 155.

⁵⁰ COSTA, Elisson Pereira. Teoria e prática administrativa para o Exame da OAB: 1ª e 2ª fases. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pg. 118.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. op. cit., 2017, pg. 85.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2016. Pg. 145.

2.3. Conceito de Serviço Público e Privado e a crise da noção publicística das telecomunicações

Convém agora discorrer sobre a noção de serviço público de telecomunicações e as características de seu oferecimento por pessoas jurídicas de regime privado, abordando, inclusive, o tema da crise da noção de serviço público, anotado por diversos doutrinadores da matéria administrativista e o relacionando ao serviço público das telecomunicações.

Para iniciar referido assunto, convém abordar o que seriam as “crises” da noção de serviço público, tendo em vista que se relaciona aos Serviços Públicos de modo geral, e não apenas, especificamente, ao serviço de telecomunicações.

Celso Antônio Bandeira de Mello inicia sua análise discorrendo sobre os serviços públicos durante o Estado Liberal, em que a Administração Pública não interferia na sua prestação, a não ser por manifesto interesse geral. No exercício da função de prestador de serviços públicos, o Estado opera por seus próprios agentes, ou por órgãos que criava. Dessa forma, “fazia uso de suas prerrogativas de Poder Público, pelo que tais atividades se submetiam a um regime especial, distinto daquele que preside as relações privadas. Estavam, pois, integrados os três elementos: subjetivo, material e formal.”⁵³

De forma gradual, o Estado deu início a uma maior intervenção, chegando a um ponto, inclusive, de cometer a terceiros, antes da iniciativa privada, a gestão de serviços públicos sem concessão ou contrato. A Administração reconheceu que certas atividades promovidas por entes privados tinham o caráter de serviço público, seja por sua natureza, seja pelo efeito que alcançavam, tendo em vista o âmbito de sua atuação. “Viu-se, assim, inteiramente subvertida a noção clássica ou tradicional de serviço público, em face da dissociação de seus elementos.”⁵⁴

Diante desse cenário, Celso Antônio Bandeira de Mello acentua:

Em consequência, o sentido material ou elemento objetivo de serviço público tornou-se, em certos casos, muito mais extenso que o subjetivo, desde que a organismos privados, não administrativos, se reconheceu o caráter de serviço público. Por outro lado, o sentido subjetivo ou elemento orgânico também se tornou em outras hipóteses mais extenso que a aceção material, fato acarretado pela criação de numerosos organismos estatais não públicos e pelas nacionalizações. Outrossim certas atividades de interesse geral, prosseguidas por organismos do Estado, empresas suas, porém relativas à ordem econômica, vieram a ser regidas, pelo direito privado, afastando-se em boa parte ou quase completamente do regime de serviço público.⁵⁵

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. op. cit., 2017, pg. 47.

⁵⁴ Ibidem, pg. 48.

⁵⁵ Ibidem, pg. 48.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, em sua obra, também trata da crise na noção de serviço público. Ela trata, inicialmente, do Tratado de Roma, de 1957, destinado a regular as empresas sob o regime de interesse econômico geral.⁵⁶

A partir da década de 1980 ocorreu um confronto como o conceito de serviço público francês, advindo a liberalização e a privatização dos serviços públicos tradicionais. “Daí voltar-se a falar em nova crise do serviço público.”⁵⁷

Maria Sylvia Zanella di Pietro, parafraseando Vital Moreira (Revista de Direito Público da Economia – RDPE nº1, pg. 236), demonstra as principais diferenças entre os serviços públicos e os serviços de interesse econômico geral. São elas:

- a) A “mercadorização” dos serviços públicos, sob a forte concorrência;
- b) A transformação dos usuários em consumidores e clientes;
- c) A liberdade de escolha do prestador.⁵⁸

Maria Sylvia Zanella di Pietro, porém, afirma que, no Brasil, o que tem ocorrido é uma parcial liberalização de serviços públicos sob as normas ordinárias, como ocorreu no setor das telecomunicações, objeto deste trabalho, cuja lei específica não utiliza a expressão “serviço público”, mas sim em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito, estes submetidos ao princípio da concorrência, estimulando a livre iniciativa e a competição.⁵⁹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entretanto, assevera:

Mas esses avanços não permitem falar ainda em crise na noção de serviço público no direito brasileiro. A Constituição prevê determinadas atividades como exclusivas do Estado, permitindo que sejam desempenhadas diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização. E atribui ao Estado o dever de prestar determinados serviços sociais não exclusivos do Estado (especialmente nas áreas da saúde e educação). Nesses casos, a atividade é prestada sob regime jurídico total ou parcialmente público, a gestão fica a cargo da própria Administração Pública direta ou indireta ou de empresas privadas que atuam sob delegação do Estado. Continuam a aplicar-se os princípios da prestação dos serviços públicos. A responsabilidade rege-se por norma de direito público (art. 37, §6º, da Constituição).⁶⁰

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., 2016, pg. 142.

⁵⁷ Ibidem, pg. 142.

⁵⁸ Ibidem, pg. 143.

⁵⁹ Ibidem, pg. 143.

⁶⁰ Ibidem, pg. 144.

Alexandre Santos de Aragão trata da Segunda Crise dos Serviços Públicos, de forma que, iniciada na década de 1980. “se consubstancia em um aumento da atuação da iniciativa privada na economia, com a devolução ao mercado de uma série de atividades que dele foram retiradas ao longo do século passado.”⁶¹

O que ocorreu neste tempo foi que o advento da crença de que o interesse público seria melhor atendido em um outro regime, o de mercado; e, assim, com a adoção de uma forte concorrência, seria esta submetida a uma forte regulação, sem a titularidade da Administração Pública e do tradicional título de concessão.⁶² Na opinião do autor, ainda, a discussão que se deve considerar reside no fato de que ela se refere “à inclusão ou não das chamadas atividades privadas regulamentadas” no conceito tradicional de serviço público, tendo em vista que essas atividades, econômicas e liberalizadas no caso, podem ser enquadradas em tal conceito, uma vez que estas, em grande parte das vezes, são submetidas a “autorizações operativas e se sujeitam a um constante acompanhamento e regulação.”⁶³

Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda, trata em sua obra sobre a Segunda Crise da noção de serviço público, de forma que se assemelha à análise feita por Alexandre Santos de Aragão, exposta acima.

O autor aborda a chegada do chamado neoliberalismo, “trazida por um movimento político-econômico que se apelidou de globalização, e outro o advento da União Europeia.”⁶⁴

Neste contexto, acreditava-se que o mercado era capaz, por si só, realizar a promoção do progresso e do bem-estar, o que causou uma certa “demonização do Estado” e, por isso, sobreveio a crença de que seria melhor ele se retirar ao máximo da vida dos cidadãos e da econômica.⁶⁵

“Ali vieram a surgir as noções de serviços de interesse econômico geral, que, a nosso ver, (...), não são outra coisa senão o próprio serviço público, já que no concernente ao regime de sua prestação se submetem às mesmas imposições jurídicas” às chamadas “Leis de Rolland”, apontadas, no Direito Francês, como uma junção dos princípios administrativos dos serviços públicos: mutabilidade, igualdade e continuidade.⁶⁶

Helga Maria Sabóia Bezerra admite que tais atividades de interesse econômico geral

⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. *Interesse Público - IP* Belo Horizonte, n. 46, ano 9 Novembro /Dezembro 2007 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51132>>. Acesso em: 5 abr. 2019.

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. op. cit., 2017, pg. 59.

⁶⁵ Ibidem, pg. 59.

⁶⁶ Ibidem, pg. 59.

(...) refere-se a atividades de serviço comercial que operam no mercado e às quais, por motivo de interesse geral, também são impostas, pelos Estados-membros, obrigações de serviço público. São os serviços prestado pelas grandes indústrias de rede, como, por exemplo, os de energia elétrica e de comunicação, postais e de transportes. Estes serviços devem funcionar em conformidade com princípios e condições, econômicas e financeiras principalmente, que lhes possibilitem cumprir suas finalidades (missão de interesse público).⁶⁷

Especificamente no direito das telecomunicações, a seu turno, separa-se o regime de direito privado do de direito público, de forma que o artigo 62 da Lei Geral de Telecomunicações classifica os serviços entre serviços de interesse coletivo e serviços de interesse privado. Os serviços de interesse coletivo, sob o regime do direito público, são aqueles em que qualquer indivíduo interessado em seu uso tem direito de obtê-lo, não podendo o ente prestador usar de meios discriminatórios para a limitação de seu uso. Já os serviços de interesse restrito, classificados sob o regime de direito privado, são aqueles em que os prestadores possuem maior liberdade para seu exercício, como é o caso da telefonia celular, em que o prestador pode excluir do serviço o usuário que não lhe convenha atender, tendo em vista que não há a imposição das metas de universalização.⁶⁸

Dessa forma, a Lei Geral de Telecomunicações dispõe que, quanto aos serviços em regime público, há a exigência do instituto da concessão e são impostas as obrigações de universalização e continuidade, diferindo das exigências dos serviços em regime privado, em que se exige apenas a autorização, sem a fixação de um prazo máximo para sua vigência. Na autorização, logo, prevê-se a mínima intervenção estatal, adotando a liberdade comercial como regra.⁶⁹

Segundo José Virgílio Lopes Enei, existe clara concorrência em relação à atividade da telefonia fixa, que deve ser obrigatoriamente prestada sob o regime de serviço público, de modo que a sociedade tenha obrigatoriamente acesso a pelo menos um prestador, “com todas as garantias de qualidade, adequação, continuidade e universalidade próprias do regime de Direito Público.” Além disso, porém, admite-se que uma empresa atue por sua conta e risco e desenvolver sua própria infraestrutura e prestação em regime de Direito Privado.⁷⁰

⁶⁷ BEZERRA, Helga Maria Sabóia apud MELLO, Celso Antônio Bandeira De. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017. Pg. 60.

⁶⁸ CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. *A ANATEL e o mapeamento do mercado das telecomunicações no Brasil*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 ago. 2014. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49541&seo=1>>. Acesso em: 21.08.2018

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ ENEI, José Virgilio Lopes. op. cit., 2017, pg. 244.

Outra realidade de concorrência na prestação de serviço de telecomunicações é a competição estabelecida entre a concessionária da telefonia fixa e o agente autorizado para exploração de telefonia celular na mesma área de influência, considerando os avanços tecnológicos da telefonia celular.⁷¹

José Virgílio Lopes Enei, enfim, defende que a lei pode dispor que a atividade seja exercida sob o regime de direito público, ao mesmo tempo em que, em certas ocasiões, ela possa ser admitida como mera atividade econômica, convivendo ou competindo com o regime de direito público, como bem demonstra a lei Geral de Telecomunicações.⁷²

2.4.Princípios dos Serviços de Telecomunicações

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, em seu texto, aborda sobre os princípios que fundamentam o conceito de serviço público, como os que se referem às “leis naturais de serviços públicos”, discriminadas por Louis Rolland nos anos 30. Tais princípios foram ampliados pela doutrina e pela legislação, inseridos, portanto, os princípios da regularidade, da generalidade, o da eficiência⁷³, e, mais recentemente, o da competição, sob o cenário da globalização.

Assim, verifica-se a diversidade da presença dos princípios administrativos nos serviços públicos, tendo em vista a crescente complexidade da sociedade. Os serviços podem ser regidos por diferentes normas e princípios específicos, com a presença de princípios em comum, de acordo com as peculiaridades da atividade exercida, “de forma a possibilitar o atendimento dos seus objetivos.”⁷⁴

Os serviços públicos de telecomunicações no Brasil devem ser prestados sob a observância de diversos princípios, presente na prestação de outras atividades consideradas essenciais; o serviço público em análise, entretanto, exige, por sua lei regulatória, sobretudo, o respeito a determinados princípios, considerados essenciais para melhoria na qualidade da realização dos serviços e a consequente satisfação dos anseios dos usuários. Tais princípios de grande relevância para as prestadoras, agência reguladora e Administração Pública serão a seguir abordados.

⁷¹ENEI, José Virgílio Lopes. op. cit., 2017, pg. 244.

⁷² Ibidem, pg. 245.

⁷³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., 2006, pg. 48.

⁷⁴ Ibidem, pg. 48.

2.4.1. Princípio da Eficiência

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, ainda, dispõe, assim como Maria Sylvia Zanella Di Pietro mais atrás, que, no Brasil, existe a exigência constitucional de os serviços públicos serem prestados de modo adequado, não levando em conta a forma da prestação. Conforme a Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “serviço adequado” é o previsto no artigo 6º, §1º, da Lei federal 8.987/1995, segundo o qual é aquele “o que satisfaz as condições de: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”⁷⁵

O artigo 37 da Carta Magna teve incluído em seus princípios norteadores da Administração Pública o princípio da eficiência (por meio da Emenda Constitucional nº19/98), que, segundo José dos Santos Carvalho Filho, “corresponde ao conjunto de métodos empregados pela Administração Pública para alcançar as metas que efetivamente representem a solução de demandas da coletividade.”⁷⁶ Citando Onofre Alves Batista Junior, ainda, Carvalho Filho defende que o administrador deve atuar de forma mais flexível, conforme delimitado pelo princípio da eficiência, sem, contudo, deixar de observar a legalidade e uma fiscalização rígida frente a essa postura mais flexível, de modo que os cidadãos tenham acesso a uma boa administração.⁷⁷

Cibelle Mortari Kilmar afirma que, tratando-se do setor das telecomunicações, a expansão das políticas públicas deve ser realizada com flexibilidade e de forma eficiente, conforme se desenvolve as demandas sociais e aplicável em áreas em que haja carência de incentivos pelo Poder Público, especificamente.⁷⁸

José Osório do Nascimento Neto (apud KILMAR, Cibelle Mortari, 2019, pg. 87) dispõe que as políticas públicas são semelhantes a programas de Estado, cujo objetivo é cumprir prioridades vinculantes contidas na Carta Magna, para que se defenda a efetividade do conjunto de direitos fundamentais dos cidadãos, no presente e no futuro. A política pública, logo, vai além da aplicação das medidas governamentais, de forma que o Poder Público não é o único a promover políticas públicas e atender aos interesses da população.

⁷⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., 2006. Pg. 49.

⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Escolhas e eficiência: uma integração necessária*. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). *A regeneração da administração pública: Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo NATAL-2016*. Curitiba: Íthala, 2017. pg. 78.

⁷⁷ Ibidem, pg. 78.

⁷⁸ KILMAR, Cibelle Mortari. op. cit., 2019, pg. 87.

Cibelle Mortari Kilmar defende que “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”.⁷⁹

2.4.2. Princípio da Universalidade

Conforme Dinorá Adelaide Musetti Grotti, o princípio da universalização advém do princípio da igualdade, de forma que este pressupõe que a possibilidade de o serviço ser exigido e usado por todos os usuários, ainda que existam limites quantitativos na operação do serviço oferecido, por razões materiais e de segurança.⁸⁰

Ela continua defendendo que essa característica dos serviços públicos deve ser valorizada no Direito Administrativo brasileira, tendo em vista que se relaciona com os próprios fins do Estado e com os princípios previstos na Constituição Federal de 1988 que garantem a cidadania (artigo 1º, inciso II), a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a igualdade (artigo 5º, *caput*) e com os objetivos fundamentais da República, elencados no artigo 3º da Carta Magna, sendo eles: I – a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; II – a garantia do desenvolvimento nacional; III - a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; IV – a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer forma de discriminação.⁸¹

Quanto ao princípio, ainda, Dinorá Grotti continua seu trabalho defendendo que o princípio em análise admite um critério de proporcionalidade, de forma a observar a desigualdade entre os usuários e, perante estas, não há violação do princípio da igualdade na fixação de regras distintas. Em razão disso, “a prestação dos serviços públicos deve considerar as condições e as diferenças sociais dos usuários e a determinação da expansão dos serviços voltada para a consecução do atendimento universal, de modo a possibilitar o acesso a tais serviços a todos, independentemente das forças do mercado.”⁸²

Dinorá Adelaide Musetti Grotti afirma que existem diversos instrumentos para a viabilização das políticas de universalização na prestação dos serviços públicos. Dentre eles, ela aborda a política tarifária e o financiamento da universalização e o pagamento de subsídios (política essa relacionada com o regime de concorrência), a seguir tratados.

⁷⁹ KILMAR, Cibelle Mortari. op. cit., 2019, pg. 87.

⁸⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e da universalidade. Revista Interesse Público – IP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 8, n. 40, nov./dez. 2006.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

Conforme Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a adoção de uma política tarifária que garanta aos usuários, sobretudo àqueles que possuem limitadas condições econômicas para o pagamento da tarifa, um acesso e fruição dos serviços de modo adequado “é uma das principais formas de se promoverem políticas de universalização.”⁸³

A Lei Federal nº 8.987/1995 admite medidas administrativas na questão tarifária, como a observância ao princípio da modicidade tarifária, corolário, de certa forma, do princípio da generalidade, tendo em vista que a Administração Pública, ao respeitar tal princípio, propicia o acesso mais amplo pelos usuários, todos aqueles que tenham necessidade do serviço; dessa forma, não há obstáculo que a Administração adote a fixação de tarifas mais acessíveis ao usuário (o que se define como preço político) e compense o concessionário, para que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro firmado, característico dos contratos de concessão de serviço público.⁸⁴

Segue Dinorá Adelaide Musetti Grotti, ainda:

A distinção não ocorre por força de razões técnicas ou de custo do serviço, mas em razão da implementação de uma dada política pública. Desde que tal tratamento seja para o atendimento de um fim público (assim como a proteção ao idoso, a busca do pleno emprego e o incentivo à educação), não afronta o princípio da isonomia. Havendo um nexo lógico entre a diferenciação tarifária estabelecida e o fim de interesse público perseguido, não haverá ofensa ao princípio da isonomia e sim instituição legítima de uma política pública por meio do regime tarifário.⁸⁵

Marçal Justen Filho, sobre este assunto, complementa: “a concessão é um instrumento de implementação de certas políticas públicas. Não é pura e simplesmente uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado, muito mais do que isso, é uma alternativa para realização de valores constitucionais fundamentais.”⁸⁶

A carga tributária, segundo Cibelle Mortari Kilmar, como está presente no setor das telecomunicações, funciona como inibidor do progresso e como um obstáculo no combate à

⁸³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., Editora Fórum, ano 8, n. 40, nov./dez. 2006.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público, p. 72 apud GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e da universalidade. Revista Interesse Público – IP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 8, n. 40, nov./dez. 2006.

desigualdade de distribuição de renda, indo na contramão da importância do setor para o país, alavanca para seu crescimento socioeconômico e auxiliar na redução da exclusão social.⁸⁷

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, ainda, apresenta outra modalidade de incentivo do Estado para a universalização dos serviços públicos, qual seja, o financiamento da generalidade.

Tal assunto, inclusive, é de relevante interesse para nosso trabalho, tendo em vista que considera a competição entre os concessionários, apresentando exclusividades por parte do serviço de telecomunicações.

O artigo 35, caput, da Lei nº 9.074/1995, dispõe a concessão de novos benefícios tarifários seja acompanhada de norma que determine a origem dos recursos que a auxiliem. Na Lei Geral de Telecomunicações, entretanto, tal regra foi afastada, tendo em vista que cabe ao Presidente da República a prerrogativa da indicação das fontes para o custeio das obrigações de universalização previstas em seu ordenamento (artigo 81).⁸⁸

Dinorá Adelaide Musetti Grotti distingue, nesse aspecto, o subsídio externo do subsídio cruzado. Enquanto o primeiro advém de fonte externa ao âmbito da prestadora dos serviços, o segundo advém de dentro da prestadora. Assim, o subsídio cruzado se resume na transferência de recursos obtidos num determinado segmento de usuários para outro segmento, de modo que o beneficiado possa realizar pagamentos mais baixos. Este é um mecanismo para a viabilização do atendimento da política pública, visando a sua universalização, isto é, buscando “torna-lo acessível ao maior número possível de usuários, encontrando legitimidade no princípio da modicidade das tarifas, previsto expressamente na lei geral de concessões.”⁸⁹

Tal prática, porém, foi vedada em alguns setores da economia, devido à introdução das ideias da concorrência na prestação do serviço público em geral, para que evite, também a concorrência desleal.

Foi o que ocorreu, por exemplo, no setor de telecomunicações no Brasil. A Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), que instituiu um novo marco regulatório para o setor, vedou expressamente a prática de subsídios cruzados entre serviços. De um lado, considerou-a conduta anticoncorrencial, proibindo-a a priori como conduta empresarial das operadoras daquele setor; de outro, a excluiu como fonte de recurso para a universalização de serviços. O subsídio cruzado como fonte de recursos para a universalização foi admitido apenas em caráter transitório, para uso eventual da criação do fundo (art.81, parágrafo único, I, da Lei Geral de Telecomunicações).⁹⁰

⁸⁷ KILMAR, Cibelle Mortari. op. cit., 2019, pg. 89.

⁸⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., Editora Fórum, ano 8, n. 40, nov./dez. 2006.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Ibidem.

Outros instrumentos relacionados ao serviço de telecomunicações para o avanço à universalização do serviço é a criação do FUST – Fundo de Universalização dos Serviços das telecomunicações, fundo público financeiro, regulamentado pelo Decreto nº 3.624/2000 e instituído pela Lei nº 9.998/2000 cuja gestão está a cargo da ANATEL, conforme o artigo 4º da lei que leva seu nome, e cujo programa político é realizado pelo Ministério das Comunicações. Tal fundo se destina a direcionar recursos para que as prestadoras do serviço de telecomunicações cumpram as metas de universalização previstas.⁹¹ Seu objetivo é a promoção do desenvolvimento do setor de telecomunicações e “seria o serviço de voz que se personifica na essencialidade do setor”.⁹²

Os instrumentos de financiamento influenciam na atratividade do modelo de universalização, de modo que permite no aumento ou na diminuição do nível de confiabilidade dos investimentos no setor. O FUST, no entanto, foi atingido pela modernização na tecnologia. Era preciso a criação de um novo fundo voltado à universalização, para o progresso da universalização, da capacidade e da capilaridade das redes de transportes e acesso.⁹³

Em relação à universalização dos serviços de telecomunicações no Brasil, importante abordar também sobre os Planos Gerais de Metas de Universalização (PGMUs), que surgiram como uma continuidade do Programa de Recuperação e Ampliação do Sistema de Telecomunicações e do Sistema Postal (PASTE). O objetivo da criação dos PGMUs foi a continuação dos projetos de expansão criados na fase anterior à desestatização do setor, “determinando compromisso de universalização da telefonia fixa e a disponibilidade de telefones públicos no âmbito dos contratos de concessões.”⁹⁴

Segundo Cibelle Mortari Kilmar, as PGMUs estabelecem metas cujo objetivo é a oferta da telefonia fixa no território nacional em sua totalidade, por meio da “instalação de acessos individuais e coletivos, bem como o atendimento de pessoas em áreas remotas e rurais.”⁹⁵

Cibelle Mortari Kilmar afirma que os planos de universalização vão além da telefonia fixa, compreendendo também as metas destinadas às pessoas de baixa renda, as de necessidades especiais, às políticas criadas com foco nos Telefones de Uso Público (TUPs), os famosos

⁹¹ DA ROSA, Herculano Dias. Regulação do setor de telecomunicações e universalização dos serviços. Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008. Pg 64.

⁹² KILMAR, Cibelle Mortari. op. cit., 2019, pg. 92.

⁹³ Ibidem, pg. 93.

⁹⁴ Ibidem, pg. 102.

⁹⁵ Ibidem, pg. 102.

“orelhões”, dentre outras modalidades de oferta de serviço e políticas relacionadas ao serviço público de telefonia fixa.⁹⁶

A universalização, segundo Cibelle Mortari Kilmar,

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.⁹⁷

Frente aos avanços econômicos e tecnológicos na sociedade da informação, as metas de universalização referentes à telefonia fixa já não são mais o foco das políticas de universalidade. A banda larga tem apresentado maior carência de políticas públicas e investimentos para propiciar sua universalização. O mais recente PGMU, assim, tem a missão de mudar a realidade das estruturas das telecomunicações no Brasil, para um maior aperfeiçoamento e suas mudanças, de modo que supere o caráter de subdesenvolvimento e, em paralelo, disponibilizar meios para a reorganização do setor de telecomunicações, “sempre vinculando a supremacia dos interesses da coletividade.”⁹⁸

2.4.3. Princípio da Essencialidade

A Lei Geral de Telecomunicações é expressa ao estabelecer que as operações de troca, isto é, de alienação, oneração e substituição de bens reversíveis dependem de autorização prévia da agência reguladora, que é a responsável pela análise dos objetivos vinculados ao princípio da continuidade e da atualidade dos serviços objeto de concessão.⁹⁹

Irene Patrícia Nohara afirma que o legislador determinou a especialidade na regulação de forma a se obter maior eficiência, cujo princípio abrange os fins da “imparcialidade, da transparência, da aproximação do serviço da população, bem como a exigência de parâmetros de qualidade em sua prestação”.¹⁰⁰

⁹⁶ KILMAR, Cibelle Mortari. op. cit., 2019, pg. 103.

⁹⁷ Ibidem, pg. 103.

⁹⁸ Ibidem, pg. 106.

⁹⁹ Ibidem, pg. 108.

¹⁰⁰ NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, pg. 502.

A já citada Lei nº 8.987, de 1995, a Lei das Concessões, em seu artigo 6º, §1º, faz alusão ao princípio da continuidade dos serviços públicos, um dos requisitos para que tal serviço seja considerado adequado. Tal lei, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, indica também as hipóteses em que a concessionária pode paralisar ou interromper a prestação do serviço que contratou, sem sofrer as consequências de tal inadimplemento.¹⁰¹

O princípio da continuidade justifica:

- (a) A imposição de prazos rigorosos ao contratado;
- (b) A aplicação da teoria do equilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão;
- (c) A inaplicabilidade da regra da exceção do contrato não cumprido contra a Administração Pública, na ocasião de esta descumprir normas contratuais. Assim, à concessionária cabe dar continuidade à execução do contrato, podendo optar pela rescisão amigável ou judicial, com indenização por perdas e danos, conforme o artigo 39 da Lei nº 8.987.
- (d) O reconhecimento de determinados poderes pelo Poder público, como os da encampação e o de intervenção; e
- (e) A reversão dos bens da concessionária para o poder concedente, após o término do contrato.¹⁰²

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da continuidade representa a impossibilidade da interrupção da prestação do serviço público e o direito dos usuários a que não seja ele suspenso ou interrompido, observando as hipóteses legais de suspensão e interrupção previstas em lei, do que decorre, por exemplo a impossibilidade do direito de greve¹⁰³ nas atividades essenciais previstas no artigo 10 da Lei nº 7.783, de 1989, com as consequências impostas no artigo 722 da Consolidação das Leis do Trabalho.¹⁰⁴

O princípio da essencialidade (ou continuidade) mostra-se presente na Lei Geral de Telecomunicações no artigo 79, de modo que este dispor a obrigação da ANATEL de regular as “obrigações de universalização e de continuidade às prestadoras de serviço público.”¹⁰⁵

¹⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 11 edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. Pg. 94.

¹⁰² *Ibidem*, pg. 95.

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, 2017, pg. 84.

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, 2017, pg. 94.

¹⁰⁵ OLIVEIRA E NASCIMENTO, Marina Georgia de. O princípio da continuidade e a atividade fiscalizatória da ANATEL. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13431>. Acesso em ago 2018.

Segundo Marina Georgia de Oliveira e Nascimento, a interrupção à prestação do serviço público em análise possui caráter excepcional e, mesmo nas hipóteses elencadas em lei, cabe às prestadoras o cumprimento de certas exigências, como a comunicação ao público, ao assinante e aos prestadores interconectados.¹⁰⁶

Na realidade do setor dos últimos anos, o acesso à internet superou a prestação do serviço de telefonia fixa, tornando-se o destaque dos serviços de telecomunicações e priorizado para a essencialidade e necessidade básica dos usuários.¹⁰⁷

2.4.4. Princípio da Competição

No presente subitem, necessário se faz explicar a relação entre o direito das telecomunicações e o direito da concorrência. Historicamente, a prestação de serviços públicos, no Brasil, teve sua regulação, em geral, avesso à concorrência entre as suas prestadoras. Isso ocorreu até a fase da desregulação, da década de 1990, em que se adotou uma regulação pró-competição, o que representa uma “diretriz fundamental da LGT” (conforme artigos 2º-III, 6º, 71, 84, 98-III, 110-VI, 127-II, 129, 136, 146-I, 150 e 155).¹⁰⁸

Nas relações econômicas, no que se refere aos competidores entre si, existem dois lados: o direito antitruste, de um lado, em que se discute o direito e a defesa dos participantes contra as ameaças à concorrência; de outro lado, prevalece o direito da regulação, consistido em um conjunto de técnicas e normas criadas sob regime estatal que não tinham, originalmente, congruência com o princípio da livre concorrência.¹⁰⁹

Para Carlos Ari Sunfeld, a regulação prevista na lei específica das telecomunicações, ainda, não tem o objetivo de eliminar a dinâmica do livre mercado, mas sim introduzi-la no setor, tanto quanto for possível; de forma que, antes de seu advento, o setor era marcado pelo monopólio estatal. Após este período, iniciou-se uma liberalização do setor, para o fim de se garantir um ambiente competitivo. “Não há, portanto, contradição finalística entre a regulação

¹⁰⁶ OLIVEIRA E NASCIMENTO, Marina Georgia de. op. cit., 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13431>. Acesso em ago 2018.

¹⁰⁷ KILMAR, Cibelle Mortari. op. cit., pg. 92.

¹⁰⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. op. cit. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=41072>>. Acesso em: 02.02.2019

¹⁰⁹ Ibidem.

de telecomunicações e o direito antitruste – pois aquela tem, tanto quanto este, compromissos com a livre concorrência.”¹¹⁰

O que existe são regulamentos da LGT que a afetam a incidência do direito à livre concorrência, o que não o fizeram ser excluído. Alguns exemplos são o artigo 202 da própria lei, que proíbe a transferência do controle de empresas que foram desestatizadas, até 5 anos da desestatização; e os artigos 9º e 10 do Plano Geral de Outorgas.

Conforme Giuseppe Luigi Pantoja Constantino, “a busca pelo equilíbrio entre universalização e concorrência deve ser uma constante no mercado de telecomunicações.”¹¹¹

De todo este processo, evidenciam-se dois princípios norteadores da reforma proposta pela referida Emenda: a introdução da competição na exploração dessa atividade e a uni do acesso aos seus serviços básicos de telecomunicações. Destarte, o modelo jurídico regulatório adotado no Brasil no que tange às telecomunicações tem como prerrogativa adequar o setor ao novo contexto de globalização econômica, de evolução técnica setorial, de novas exigências de diversificação e modernização das redes e dos serviços.¹¹²

Atualmente, a regulação do setor de telecomunicações é feita pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, criada pela Lei nº 9.472, de 1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.338, também de 1997. A ANATEL é uma autarquia e, portanto, possui uma personalidade jurídica própria, apesar de ser integrante da Administração Pública indireta.¹¹³

Carlos Ari Sunfeld destaca a autonomia da agência. Afirma ele que a agência excuta as suas funções sem a interferência externa e, além disso, sua direção é composta por um colegiado, escolhido por meio de um sistema que privilegia a separação entre seus integrantes e o Poder Executivo.¹¹⁴

Segundo Carlos Ari Sunfeld, ainda, o ciclo realmente novo que a Lei Geral de Telecomunicações deu início foi o das agências independentes e com amplo poder de administração e regulação sobre um grande setor da economia, distinguindo-se das agências

¹¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. op. cit. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=41072>>. Acesso em: 02.02.2019

¹¹¹ CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. *A ANATEL e o mapeamento do mercado das telecomunicações no Brasil*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49541&seo=1>>. Acesso em: 21.08.2018.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ DA ROSA, Herculano Dias. op. cit., 2008, pg 30.

¹¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. op. cit., 2007.

reguladoras já existentes que não possuíam autonomia jurídica em relação à Administração Pública, como o Banco Central do Brasil, apesar da forma de autarquia.¹¹⁵

Entre as competências da agência está a edição das normas gerais de telecomunicações, conforme o artigo 18 da LGT, que também limita a competência do Poder Executivo na fixação da política nacional de telecomunicações.¹¹⁶

Segundo Carlos Ari Sunfeld,

Pela lei, a função normativo-administrativa da ANATEL não ficou sujeita a poder regulamentar genérico do Executivo. Ao contrário, não só o papel do presidente foi circunscrito às macro decisões políticas (art.18), como a agência foi definida como “autoridade administrativa independente (art. 9º). Não há subordinação hierárquica desta àquele (art. 8º, §2º).¹¹⁷

Diante desse cenário, com o intuito de preservar e garantir a todos os interessados o direito à livre concorrência, previsto na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8,884, de 1994, que rege sobre o abuso do poder econômico nos mercados de bens e serviços, cabe à ANATEL a prevenção e a pressão ao abuso do poder econômico, bem como a promoção da concorrência no mercado de telecomunicações, conforme dispõe o artigo 19, da Lei Geral de Telecomunicações.¹¹⁸

Dessa forma, com a intenção de se observar o princípio da Concorrência, por parte tanto do Poder Público, garantindo os direitos aos particulares, como por parte dos próprios agentes privados prestadores dos serviços de telecomunicações, cabe à ANATEL a garantia da concorrência a todos os prestadores de serviços públicos e a aprovação de ato de concentração somente em casos que “os seus efeitos não puserem em risco a execução do contrato de prestação de serviços nele envolvido e se tais efeitos não forem prejudiciais à concorrência”.¹¹⁹

¹¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *op. cit.* 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=41072>>. Acesso em: 02.02.2019

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ BARRIONUEVO, Arthur; DUTRA, Pedro. *Direito e economia das telecomunicações*. São Paulo: Singular, 2013, pg. 23.

¹¹⁹ *Ibidem*, pg. 31.

3. O SERVIÇO PÚBLICO DE TELECOMUNICAÇÕES NAS CONCESSÕES

3.1.A delegação do serviço público à iniciativa privada

No presente capítulo, abordar-se-á o as transformações histórico-normativas por que passou o serviço público de telecomunicações no Brasil, tratando das modalidades de contrato que existem para sua prestação e execução.

Serão abordados os contratos existentes no referido setor, nas modalidades de concessão, permissão e autorização e as características que essas modalidades atribuíram à sua regulação.

Na abordagem do tema, também é necessário que se identifique os conceitos e características dos conceitos dessas modalidades num âmbito geral, qual seja, o dos serviços públicos em sua generalidade, para a possível e posterior comparação com a regulação do serviço objeto do presente trabalho.

3.1.1. Concessão

Sobre a Concessão de serviços públicos, importante modalidade de contrato no setor de telecomunicações, sobretudo com o advento da Lei Geral de Telecomunicações, tratado mais a frente, importante destacar seu conceito e suas características para o seu entendimento no âmbito das telecomunicações.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra específica sobre as parcerias entre a Administração Pública e a iniciativa privada, se vale da definição contida na Lei nº 8.987/1995, em seu artigo 2º, inciso II, para conceituar o que é considerado concessão de serviço Público: “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante, licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.”¹²⁰

Na verdade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o conceito legal de concessão de serviço público é incompleto, imperfeito e inútil, tendo em vista que não contém todos os elementos necessários para a caracterização adequada dessa modalidade de contrato, devido, por exemplo à falta de previsão da forma de pagamento da tarifa paga pelo usuário ou outra

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2017, pg. 89.

fonte de renda ligada à exploração do serviço. Assim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que a concessão de serviço público é “o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.”¹²¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ainda, aborda o aspecto regulamentar da concessão, afirmando que se deve construir um equilíbrio econômico-financeiro do contrato, garantindo ao concessionário, durante a execução do contrato, a garantia da percepção de remuneração necessária para se manter a relação custo-benefício firmada na confecção do contrato. Esse aspecto, no entanto, não afasta a ideia de que a concessão seja uma forma de delegação da prestação de serviço público; por isso, tudo o que for decidido quanto à organização do serviço público concedido é feito de forma unilateral pela Administração Pública, bem como da mesma forma o contrato pode sofrer alterações conforme a variação das condições para o benefício do interesse público.¹²²

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra específica sobre serviços públicos, já citada no presente trabalho, define que:

Concessão de serviços públicos é um instituto por via do qual o titular do serviço – o concedente -, não podendo ou não querendo arcar com as despesas inerentes à prestação dele ou até mesmo (como ocorria no passado entre nós) simplesmente por carecer da aptidão tecnológica para seu desempenho ou a suficiência gerencial necessária, transfere a outrem – o concessionário – os encargos de desempenhá-lo por sua conta, risco e perigos, o qual se remunerará pela exploração da atividade, normalmente captando o correspondente dela junto aos usuários do serviço, e desfrutará da garantia de um equilíbrio econômico-financeiro assegurada pelo concedente.¹²³

Carlos Ari Sundfeld, de forma específica quanto à regulação das Telecomunicações no Brasil, aborda as modalidades de contrato firmados com a iniciativa privada, sobretudo a partir da década de 1990, em que foi criada a Lei nº9.472/1997, a Lei Geral de Telecomunicações, no artigo intitulado “ o Desenvolvimento futuro das telecomunicações brasileiras e o papel das concessões”, publicado pela editora Fórum, no ano de 2017. Carlos Ari Sundfeld se baseia em

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2017, pg. 90.

¹²² Ibidem, pg. 93.

¹²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. op. cit., 2017, pg. 83.

quatro ideias para a produção de sua obra, que serão explicadas de forma mais clara conforme se avança o presente capítulo:

- 1) A liberdade regulada sobre os contratos firmados sob a modalidade de autorização é a verdadeira base do desenvolvimento das telecomunicações no país;
- 2) As grandes concessões, resultantes da privatização do setor, serviram apenas de instrumentos da transição após a privatização, a qual está se esgotando;
- 3) Na nova fase das telecomunicações, são viáveis apenas concessões focadas;
- 4) A última ideia se refere ao fato de que “ tanto a Lei Geral de telecomunicações como os contratos de hoje existentes permitem uma transição consensual, rápida e eficiente para uma nova fase: a das contratualizações focadas. ”¹²⁴

Importante inserir no presente subitem, porém, uma abordagem sobre as fases do direito do serviço público de telecomunicações no Brasil.

Inicialmente, a titularidade dos serviços de telefonia cabia aos Municípios, tendo em vista os limites territoriais da comunicação. A partir dos anos 50 e 60, as transformações da infraestrutura no Brasil exigiram uma maior abrangência, que permitiu a criação de empresas com porte regional e nacional, refletindo, inclusive, na Constituição da República de 1969, que dispunha que cabia agora à União a prestação desse serviço.¹²⁵

Nessa época, foi de grande importância o instituto da concessão de serviço público. As empresas prestadoras, nesse tempo, portanto eram concessionárias do Município ou estatais não havia entretanto, regulação quanto ao modo de prestação dos serviços nem quanto aos direitos subjetivos dos envolvidos no contrato, “resumindo-se esta praticamente às regras dos contratos de concessão. ”¹²⁶

No ano de 1964, enfim, veio a forte presença da estatização dos serviços. Foi criada a Telebrás – Telecomunicações Brasileiras S/A, sociedade de economia mista com controle

¹²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. O desenvolvimento futuro das telecomunicações brasileiras e o papel das concessões. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno. Regulação e Novas Tecnologias. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. Pgs. 211 e 212.

¹²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. A Regulação das Telecomunicações: Papel atual e Tendências Futuras. Belo Horizonte, Interesse Público - IP, ano 3, n. 10, abr./jun. 2001. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=51477>>. Acesso em: 2 out. 2018.

¹²⁶ Ibidem.

acionário da União. Funcionava como uma *holding*, dona de 28 empresas que prestava os serviços no território nacional.¹²⁷

O código que regulava tal serviço no Brasil era o Código Brasileiro de Telecomunicações, editado pela Lei nº 4.717/1962, e, posteriormente ditado pela Lei nº 5.792, de 1972, autorizando a constituição da Telebrás.

Em 1988, com a edição da atual Constituição da República, fora disposto que os serviços públicos de telecomunicações poderiam ser prestados apenas de forma direta ou mediante contrato de concessão a empresas sob controle acionário do Estado.¹²⁸

Entre os anos de 1995 e 1997, iniciou-se, no Governo Fernando Henrique, a fase da flexibilização das telecomunicações, onde se esboçou a abertura do mercado de telecomunicações. O grande marco do setor foi a Emenda Constitucional nº 8, de 1995, autorizando o desfazimento do monopólio pela Telebrás.¹²⁹ Três leis tiveram repercussão nessa mudança: a Lei Mínima de Telecomunicações (nº 9.295, de 1996), autorizando a outorga de novas concessões do Serviço Móvel Celular – SMC; a Lei de Concessões de serviços públicos, genericamente (a já citada lei nº 8.987, 1995); e a lei de TV a Cabo (Lei nº 8.977, de 1995), regulando a concessão dessa modalidade de serviço.¹³⁰

Logo a seguir, iniciou-se a fase da privatização propriamente dita, de forma que o Estado se viu obrigado a garantir um cenário de competitividade e a criação de uma agência reguladora independente. O marco normativo dessa época foi a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997), com a instalação efetiva da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações. Nesse tempo, criou-se também os atos relevantes para o cenário do serviço em análise: o Plano Geral de Outorgas, os contratos de concessão e o Plano de Metas de Universalização, entre outros.¹³¹

Dinorá Adelaide Musetti Grotti aborda o tema da Concessão dos serviços de telecomunicações afirmando que o referido tema é antigo, devido ao fato de ter sido o primeiro modo de descentralização de serviços públicos em geral. Mas, no presente caso, como o objetivo de privatizar o setor, tal conceito é novo, de forma que, ela nasceu com a característica de estar fortemente ligada à outorga para determinados entes privados que queriam a

¹²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. op. cit., 2001. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51477>>. Acesso em: 2 out. 2018.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ Ibidem.

implantação do monopólio. A concessão voltada para a privatização, entretanto, surgiu para “servir a um projeto não de monopolização em favor de uma empresa particular, mas um projeto de exploração concorrencial desses serviços, que anteriormente foram monopolizados por empresas particulares na fase de sua implantação e depois por empresas estatais na fase de seu maior desenvolvimento.”¹³²

Dessa forma, pode-se afirmar que tal ideia de concessão cuida-se de uma concessão em regime competição, o que auxilia na observância ao princípio da eficiência, de forma que tal característica abandona a ideia do equilíbrio econômico-financeiro clássico, pelo qual “todos os prejuízos são do Estado e todos os proveitos são da concessionária.”¹³³

Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti, ainda, existe a previsão de que os ganhos econômicos da eficiência atrelada ao mercado privado serão compartilhados entre concessionária e usuários, de modo que as vantagens que dela não provenham, serão integralmente destinadas aos usuários, conforme a Lei Geral de Telecomunicações, em seu artigo 108, §§ 2º e 3º.¹³⁴

Segundo Carlos Ari Sunfeld, os criadores da Lei Geral de Telecomunicações resolveram por não seguir as regras gerais de licitação e concessão; eles decidiram pela autonomia da regulação do setor, auxiliada também pelas peculiaridades técnicas e econômicas do setor. Outro aspecto bastante relevante da regulação das telecomunicações trazido pela nova lei é que esta rompeu com os modelos jurídicos anteriores, isto é, revogou leis de telecomunicações, como o Código Brasileiro de Telecomunicações, criando uma nova estrutura de mercado, fazendo com que os direitos e deveres dos envolvidos – concessionários, usuários e a Administração Pública – tivessem de ter ser reconsiderados sob a nova perspectiva legal proposta pela referida lei específica dos serviços telecomunicativos.¹³⁵

Nesta fase, em que existia um ambiente pró-mercado para a prestação de serviços do setor de telecomunicações, ocorreu também uma ilimitação do número de empresas no acesso aos serviços, porém com uma considerada regulação para impedir o monopólio privado e garantir uma exploração concorrencial entre os concessionários.¹³⁶

¹³² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti.

Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão.

Interesse Público - IP Belo Horizonte, n. 12, ano 3 Outubro / Dezembro 2001. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51380>>. Acesso em: 2 out. 2018.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. op. cit., 2001. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51477>>. Acesso em: 2 out. 2018.

¹³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações.

Revista de Direito de Informática e Telecomunicações _ RDIT, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 55-84,

Com o intuito de regulação do setor, para o referido fim de se evitar o monopólio comercial, foi criada, por meio da Lei Geral de Telecomunicações, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL –, conforme já explicada anteriormente, no capítulo em que se discorreu sobre o princípio da competição, fundamental para a prestação do serviço no Brasil e sua consequente universalização.

Voltando para o que Carlos Ari Sunfeld, em seu trabalho mais recente acerca do tema da regulação do serviço de telecomunicações, afirma sobre as fases de implantação e viabilidade das formas de contrato firmados entre os entes privados e a Administração Pública, quais sejam, a concessão, a autorização e a permissão, necessário se faz explicar o que autor considera sobre o assunto.

Carlos Ari Sunfeld afirma que, na época da privatização das telecomunicações, ocorreu uma reforma com a criação de grandes concessões de telefonia assumidas pelas empresas privadas. Eram, porém, concessões caracterizadas por serem de transição, tendo em vista a ideia de competição fora imposta por lei, e logo, tal instituto no referido serviço ia deixar de existir. “A lei e o modo como foi implementada fizeram da liberdade regulada a base do setor.”¹³⁷

Carlos Ari Sunfeld afirma que, na pós-privatização, um dos objetivos era evitar que as concessões gerassem para a Administração Pública um grande passivo, “pela formação de um patrimônio que não faria sentido.” A lei específica previa não haver a possibilidade de existirem bens reversíveis. Assim, era necessário conceder liberdade para a formação de rede pelas concessionárias.¹³⁸

Diante deste cenário, Carlos Ari Sunfeld afirma que não era viável a realização de novas grandes concessões, devendo se observar a nova realidade do setor, qual seja, a liberdade regulada por meio das autorizações.¹³⁹

Carlos Ari Sunfeld segue sua obra defende também que, atualmente, as concessões devem estar focadas, de modo a atender localidades específicas ou usuários especiais, “para a execução de metas de universalização específicas.”¹⁴⁰ Ele sustenta que, observando a LGT quanto à não reversibilidade obrigatória dos bens em todas as concessões, tais concessões focadas, mediante contratos de concessão patrocinada, nos termos da Lei nº 11.079, de 2004, não têm o objetivo de gerar patrimônio ao Poder Público, mas para a viabilização da “instalação

jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=41072>>. Acesso em: 02.02.2019.

¹³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari.. op. cit., 2017, pg. 216.

¹³⁸ Ibidem, pg. 217.

¹³⁹ Ibidem, pg. 217.

¹⁴⁰ Ibidem, pg. 218.

e funcionamento de infraestrutura que seria antieconômico instalar apenas com os recursos que seriam gerados num primeiro momento. ”¹⁴¹

Carlos Ari Sundfeld, sob uma visão liberal, defende que, nos dias de hoje, defende-se a autorização dos serviços de telecomunicação, tendo em vista preferência dos usuários devido à oferta de outras opções, fundamentadas pela liberdade econômica ou por diversos aplicativos utilizados por esses indivíduos.¹⁴² Segundo Carlos Ari Sundfeld, não há que se falar em ampliação das concessões atuais por meio da atribuição do caráter publicístico de serviços que as empresas privadas hoje prestam aos usuários, como no caso da banda larga. “A razão é óbvia: isso não gera para as concessionárias vantagens capazes de complementar a renda declinante com a telefonia, ou de viabilizar novos investimentos, nos serviços acrescidos. ”¹⁴³

Na conclusão de sua obra, Carlos Ari Sundfeld, sob a visão privatista, defende que a Lei Geral de Telecomunicações deve se adaptar de forma constante, de modo que um dos instrumentos para tal foi a transição das grandes concessões para as concessões focadas, com a ressalva de que, para ele, hoje, a base do desenvolvimento e consequente universalização do serviço de telecomunicações no país deve ser a liberdade regulada por meio de autorizações¹⁴⁴, que serão melhor esclarecidas no subitem 3.1.3 do presente trabalho.

3.1.2. Permissão

Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que, ao contrário do contrato de concessão, “a permissão é ato unilateral, discricionário, e precário, não envolvendo, por isso mesmo, qualquer direito do particular contra a Administração Pública. ”¹⁴⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro atribui especial atenção à característica da precariedade no instituto da permissão de serviços públicos, de modo que tal expressão possui múltiplos sentidos, com o significado de instabilidade, transitoriedade, revogabilidade e inexistência de prazo. Para fins de distinção entre concessão e permissão, entretanto, deve-se considerar dois sentidos: (a) o ato é revogável a qualquer tempo, por vontade da Administração; (b) outorga

¹⁴¹SUNDFELD, Carlos Ari.. op. cit., 2017, pg. 218.

¹⁴² Ibidem, pg. 219.

¹⁴³ Ibidem, pg. 219.

¹⁴⁴ Ibidem, pg. 221.

¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. op. cit., 2017, pg. 167.

sem prazo fixado, e, assim, existe a revogabilidade a qualquer tempo, sem direito a indenização.¹⁴⁶

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a fixação de prazo cria para o particular uma expectativa de maior estabilidade em relação aos encargos que venha a ter com a formalização do contrato. Tendo essa expectativa frustrada, o concessionário teria o direito de requerer a compensação de natureza pecuniária, caso não tenha sido ele o inadimplente do contrato. Ocorre que, no entanto, a precariedade encontra-se presente na própria formalização do ato de outorga, sendo que o “fundamento da possibilidade de revogação por ato unilateral é a própria precariedade inerente ao ato formal da permissão.”¹⁴⁷

Ela faz referida observação com o fim de apontar que o artigo 2º, inciso IV da Lei das Concessões, na definição de permissão, dispõe que a mesma é feita a título precário, porém sem a observância do “prazo determinado”, contido nos incisos II e III, relacionados ao instituto da concessão. Assim, o fim do legislador ao permitir os contratos sob o regime de permissão sem prazo determinado torna-se evidente, frente à proibição imposta pelo artigo 57, §3º, da Lei das Licitações. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tal é a única explicação possível para a existência do instituto da permissão de serviços público enquanto contrato, previsto no artigo 175 da Carta Magna e na Lei das Concessões.¹⁴⁸

A relação com o instituto da permissão de serviço de telecomunicações, logo, está no fato de que:

Em face da natureza contratual da permissão, decorrente desse preceito constitucional, carece de validade a Lei nº 9.472/1997, quando trata a permissão do serviço de telecomunicações como ato unilateral (artigos 118 a 120). Também sofre o mesmo vício, por infringência ao princípio da legalidade (arts 5º, II e 37, caput, da Constituição) e à norma do art. 22, XXVII, da Constituição, o art. 125, ao estabelecer que “a Agência disporá sobre o regime da permissão, observados os princípios e objetivos desta Lei.”¹⁴⁹

Dinorá Adelaide Musetti Grotti aponta que a Lei Geral de Telecomunicações também prevê a realização de contrato entre as prestadoras de serviço de telecomunicação e a Administração Pública sob a forma de permissão de serviço público, prevista nesse caso como

¹⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. op. cit., 2017, pg. 168.

¹⁴⁷ Ibidem, pg. 169.

¹⁴⁸ Ibidem, pg. 171.

¹⁴⁹ Ibidem, pg. 171.

ato administrativo, e não como contrato, tendo em vista que é feita sob o regime de direito público, “portanto, serviço de interesse coletivo”¹⁵⁰, e em caráter transitório.

Segundo Dinorá Grotti, o artigo 19 da Lei Geral dispõe que a outorga da permissão de serviço público terá que ser precedida de procedimento licitatório, nos termos impostos pela ANATEL, excluídos os casos de inexigibilidade. A formalização do contrato é feita por meio da assinatura do termo, que conterà, sobretudo, o objeto e a área da permissão, assim como os prazos de vigência estimados, o modo, a forma, e as condições sob as quais será prestado o serviço, os direitos e deveres da empresa permissionária, os valores das tarifas, os direitos, as obrigações e garantias dos usuários, as condições gerais de interconexão, os bens indicados para reversão, se houver, as sanções e as hipóteses de extinção, nos termos do artigo 120 da referida lei.¹⁵¹

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Medida Liminar 1.668, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, resolveu pela suspensão da eficácia da expressão “procedimento licitatório simplificado”, devendo a permissão seguir as regras impostas pela Lei nº 8.666/1993. Devido a essa decisão, viu-se maior viabilidade em se licitar um contrato sob o regime de concessão do que a expedição de uma permissão.¹⁵²

3.1.3. Autorização

Outra modalidade de contrato entre a Administração Pública e as empresas prestadoras de serviço de telecomunicações é a da Autorização de serviço público, prevista no artigo 21, incisos XI e XII da Constituição Federal, que dispõem os serviços que a União pode executar diretamente ou mediante autorização, concessão e permissão.¹⁵³

No direito brasileiro, o instituto da permissão tem várias interpretações.

Num primeiro momento, considera-se a autorização como o ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o exercício de alguma atividade ou a prática de um ato que, sem essa delegação, seriam proibidos por lei.¹⁵⁴

¹⁵⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., 2001. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51380>>. Acesso em: 2 out. 2018.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., 2017, pg. 171.

¹⁵⁴ Ibidem, pg. 171.

Na segunda interpretação, é o ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso, de forma privativa e precária, de algum bem público. Trata-se do que se chama de autorização de uso.¹⁵⁵

Na terceira acepção, mais importante para o presente trabalho, representa o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual a Administração Pública delega ao particular a exploração e a prestação de serviço público, a título precário. Trata-se especificamente da autorização de serviço público.¹⁵⁶

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, sobre a modalidade de autorização no serviço de telecomunicações, trata das condições objetivas para sua obtenção, conforme o artigo 132, da Lei Geral de Telecomunicações: I - disponibilidade de radiofrequência necessária, no caso de serviços que a utilizem; II - apresentação de projeto viável tecnicamente e compatível com as normas aplicáveis.¹⁵⁷

Segundo Dinorá Grotti, ainda, a autorização, na referida lei, é tratada como ato vinculado e sem o caráter da precariedade, incompatível com tal tipo de ato. Esse é o entendimento do artigo 131 da lei, que define o instituto da autorização no setor.¹⁵⁸

Muitos administrativistas criticaram tal dispositivo, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que defende não haver previsão constitucional para que se conclua a mudança da natureza do ato, porque o fez de forma expressa. Para Dinorá Grotti, entretanto, tal vocábulo está inserido de maneira equivocada na lei, sendo o certo o vocábulo licença.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o conceito de autorização inserido na Lei Geral de Telecomunicações fugiu aos conceitos tradicionalmente considerados pelos administrativistas brasileiros, bem como do sistema constitucional, afirmando que existe uma gradação entre os institutos da autorização, da permissão e da concessão, levando em consideração o grau de participação ou o controle da Administração Pública na execução do serviço delegado à iniciativa privada.¹⁵⁹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma, diante da questão do tratamento da autorização como ato vinculado, que, nele, “o regramento pela lei atinge todos os aspectos do ato,

¹⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., 2017, pg. 172.

¹⁵⁶ Ibidem, pg. 172.

¹⁵⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., 2001. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51380>>. Acesso em: 2 out. 2018.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., 2017, pg. 175.

significando, isto, que a lei não deixa opções à Administração Pública. ”¹⁶⁰Assim, o particular tem um direito subjetivo de exigir do Poder Público a edição de tal ato, sob pena de efeitos judiciais. Diante disso, o artigo 138 da Lei Geral de Telecomunicações dispõe que a autorização não terá seu contrato sob a vigência firmada por um termo final, extinguindo-se somente por meio de cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação.¹⁶¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que, nos casos de autorização de serviço público em geral, não existe a possibilidade de o ato ser vinculado, tendo em vista a incompatibilidade entre a ideia de serviço público e a natureza vinculada do ato de outorga. Nos dispositivos constitucionais que cuidam dos institutos de modalidades de contrato com a iniciativa privada, “está prevista a opção entre a execução direta, pela própria Administração, ou a execução delegada por meio de concessão, permissão ou autorização. ”¹⁶²Diante desse fato, defende que o vocábulo autorização, na referida lei, fora usado de forma indevida pelo legislador, no lugar de licença.¹⁶³

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o legislador da referida lei específica para a regulação do setor teve o intuito de excluir do conceito de serviço público uma parte do setor. Para tanto, classificou os serviços em públicos e privados, em relação ao seu regime jurídico; dessa forma, os serviços sob regime de direito público seriam prestados sob contratos de concessão e permissão, enquanto que os contratos sob regime privado seriam firmados na modalidade de autorização.¹⁶⁴Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui que realmente foi intenção do legislador em considerar como serviço público uma parte do serviço de telecomunicações no Brasil, deixando a outra parte destinada aos contratos regidos sob o regime privado, na forma de autorização (inserida de forma indevida na Lei nº 9.472, de 1997, no lugar do vocábulo licença) tal qual como tantas outras atividades realizadas pela iniciativa privada submetidas ao poder de polícia da Administração Pública.¹⁶⁵

¹⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., 2017, pg. 175.

¹⁶¹ Ibidem, pg. 175.

¹⁶² Ibidem, pg. 176.

¹⁶³ Ibidem, pg. 177.

¹⁶⁴ Ibidem, pg. 177.

¹⁶⁵ Ibidem, pg. 178.

4. A LEGALIDADE DAS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES RELACIONADAS AO PRINCÍPIO ADMINISTRATIVO DA EFICIÊNCIA E DA UNIVERSALIZAÇÃO

4.1. As propostas de alteração do marco regulatório

A alteração que existe em relação ao marco regulatório do setor de telecomunicações brasileiro é representada pelo Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 79, de 2016, cuja tramitação ainda fora concluída pelo Poder legislativo.¹⁶⁶

O legislador tem o intuito de excluir a coexistência dos regimes público e privado de prestação de serviços de telecomunicações, mesmo diante das diferenças de relevância entre os dois regimes para a garantia dos direitos dos usuários.¹⁶⁷

Enquanto que no regime público existe a prestação de serviços observando os princípios da eficiência, da universalização e da continuidade, além daquelas previstas no contrato firmado com o Poder Público Concedente, sob as formas obrigatórias da concessão e permissão, por prazo determinado, sujeitando-se as concessionárias e permissionárias a riscos característicos do mercado privado, com a remuneração baseada em tarifas módicas pagas pelos usuários; o regime privado, conforme a lei específica do setor de telecomunicações, terá seus serviços prestados sob o princípio da livre concorrência, sujeitos “a um nível menor de interferência e controle por parte do Agente Regulador”.¹⁶⁸

A tendência do mercado atual, portanto, é a implementação de um regime único de autorização em todo o setor de telecomunicações, conforme referida afirmação de Carlos Ari Sunfeld.¹⁶⁹ Segundo Cibelle Mortari Kilmar, entretanto,

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.¹⁷⁰

Diante desse cenário, Cibelle Mortari Kilmar defende que cabe ao Poder Público a responsabilidade constitucional de zelar pela adequação e efetividade dos interesses sociais,

¹⁶⁶ KILMAR, Cibelle Mortari. op. cit., 2019, pg. 101.

¹⁶⁷ Ibidem, pg. 97.

¹⁶⁸ Ibidem, pg. 98.

¹⁶⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. op. cit., 2017, pg. 218

¹⁷⁰ KILMAR, Cibelle Mortari. op. cit., 2019, pg. 99.

revelando-se um instrumento de proteção e de direcionamento de recursos. Assim, o conceito de universalidade deve ser analisado frequentemente, devido ao fato de que a expansão somente da telefonia fixa não atende mais aos interesses da sociedade, mais atualizada com as novas tecnologias; o trabalho do Estado regulador, contudo, “deve ser pautado no estímulo e na ampliação das redes de acesso convergentes, que compreendem a multidisciplinariedade dos serviços de telecomunicações”.¹⁷¹

4.2.A (des)regulação do setor

Muitos administrativistas no Brasil se opõem às posições privatistas adotadas por Carlos Ari Sundfeld sobre a regulação do setor de telecomunicações e como ela deverá ser analisada atualmente, tendo em vista que, com uma visão liberal, pró-livre iniciativa, ele afirma que deve-se pensar em elaborar contratos com a iniciativa privada ou sob a modalidade de autorização ou sob a modalidade de concessão, porém “focada”.¹⁷²

Os administrativistas que se opõem a tal pensamento defendem que a desregulação, como é analisada a realidade do setor por eles, possui efeitos sociais relevantes, como o possível acordo entre agentes privados prestadores dos serviços e os regulamentadores, em detrimento dos direitos dos usuários.¹⁷³

Por outro lado, Cibelle Mortari Kilmar defende que a regulação em sua máxima extremidade pode acarretar outros problemas, como a corrupção pela Administração Pública e a existência por mais anos do monopólio do setor, promovida “pela adoção de barreiras ao ingresso de novas empresas”.¹⁷⁴

Diante do cenário da existência de oligopólios no setor de telecomunicações brasileiro, em que alguns autores defendem a observância estrita ao princípio da concorrência e outros, por outro lado, adotam a caracterização dos serviços de telecomunicações por seu aspecto publicístico, Cibelle Mortari Kilmar assevera que se faz necessária a identificação dos pontos relevantes em relação à concentração de mercado pelo oligopólio existente em referido setor, com o intuito de que sejam criadas alternativas para a não prejuízo aos usuários.¹⁷⁵

Segundo Cibelle Mortari Kilmar:

¹⁷¹ KILMAR, Cibelle Mortari. op. cit., 2019, pg. 100.

¹⁷² SUNDFELD, Carlos Ari. op. cit., 2017, pg. 218.

¹⁷³ KILMAR, Cibelle Mortari. op. cit., 2019, pg. 69.

¹⁷⁴ Ibidem, pg. 70.

¹⁷⁵ Ibidem, pg. 70.

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 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.

Dessa forma, o controle de mecanismos criados para a não-competitividade por parte das empresas privadas participantes do oligopólio existente no setor de telecomunicações deve buscar a maximização da qualidade dos serviços oferecidos aos usuários, bem como sua universalização, aliadas à adoção de tarifas módicas, que devem ser revistas constantemente, para que tais objetivos sejam satisfatoriamente alcançados.¹⁷⁶

O acesso à internet em banda larga é essencial para o trabalho e a vida pessoal dos cidadãos no Brasil, inclusive para o próprio exercício da cidadania, figurando como importante meio para o desenvolvimento socioeconômico do país. O Poder Público, por isso, não pode eximir-se de observar os princípios da eficiência e da universalização do referido serviço, devendo garantir a todos a sua prestação.¹⁷⁷

Diante desse cenário de disputa entre liberais e publicistas, muitas empresas concessionárias veem o instituto da reversibilidade como uma forma de insegurança jurídica e desincentivo para novos investimentos. Autores administrativistas, adeptos do publicismo, porém, entendem que referida interpretação tem o fim de eliminar barreiras legais, assim como a atividade fiscalizatória da agência reguladora e do concedente. Celso Antônio Bandeira de Mello defende que as concessões são contratos firmados com determinação de prazo e, por isso, a Administração Pública não forçará gastos de recursos a mais pelas empresas privadas para apoderar-se de aumento patrimonial posterior.¹⁷⁸

Sobre o presente subitem, Cibelle Mortari Kilmar assevera que, embora muitos administrativistas defendam a presença do estado mínimo na área econômica, diante do fortalecimento do neoliberalismo, referido tema é anunciado como de grande relevância para o setor de serviços públicos no país, tendo em vista tanto os benefícios como os perigos que ela pode acarretar ao longo do tempo, tendo em vista a transformação social e desenvolvimento em que pode interferir.¹⁷⁹

¹⁷⁶ KILMAR, Cibelle Mortari. op. cit., 2019, pg. 72.

¹⁷⁷ Ibidem, pg. 92.

¹⁷⁸ Ibidem, pg. 111.

¹⁷⁹ Ibidem, pg. 120.

4.3.A transação das concessionárias junto ao Poder Público

Cibelle Mortari Kilmar aborda também sobre a atividade fiscalizatória das políticas regulatórias no setor de telecomunicações no Brasil, discorrendo sobre, por exemplo, a inscrição do devedor nos cadastros públicos de devedores, para garantir a inibição das infrações e a promoção do pagamento efetivo de multas aplicadas às empresas prestadoras de serviços de telecomunicação. Os cadastros variam, podendo ser o Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN) e a Dívida Ativa da União.¹⁸⁰

Nesse contexto de fiscalização da agência reguladora responsável pelo setor das telecomunicações, a ANATEL, e sua importância para o reflexo no objetivo de universalização do serviço, se faz presente o atendimento dos usuários, para que sejam satisfeitas as solicitações realizadas pelas empresas prestadoras de serviços de telecomunicações e pela Administração Pública. Nesse âmbito a qualidade da prestação dos serviços é relevante, tendo em vista a tendência da judicialização de suas falhas de atendimento.¹⁸¹

Tal judicialização inseriu o Poder Judiciário em agente regulador, por meio da revisão judicial das políticas públicas no setor de telecomunicações que não satisfazem os interesses dos usuários. Tendo isso em vista, são analisados os casos em que há indícios de desempenho ou conduta diversa da estabelecida na regulamentação. Neste âmbito, a ANATEL instaura o Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO), contra a prestadora do serviço, com o fim de apurar o ato infração e aplicar as sanções cabíveis.¹⁸²

Uma das formas de se estimular a regularização de condutas dos prestadores de serviços de telecomunicações no Brasil junto à ANATEL é a assinatura dos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), que deve ser pensado como uma exceção, e não uma regra da atuação da agência reguladora.¹⁸³

O TAC é utilizado nos casos de práticas irregulares recorrentes, em casos de prevenção de ocorrência de reincidência, e em situações de insuficiência na aplicação de outros instrumentos para correção ou prevenção de “novas práticas irregulares sob o ponto de vista regulatório”.¹⁸⁴ O TAC, dessa forma, será celebrado entre os envolvidos para, somente, satisfazer os objetivos claros e demonstrados em cada caso concreto, para que se promova melhorias e desenvolvimento no setor como um todo, tendo em vista a dificuldade em separar

¹⁸⁰ KILMAR, Cibelle Mortari. op. cit., 2019, pg. 79.

¹⁸¹ Ibidem, pg. 80

¹⁸² Ibidem, pg. 83.

¹⁸³ Ibidem, pg. 84.

¹⁸⁴ Ibidem, pg. 84.

o descumprimento regulatório pela prestadora e a atuação coercitiva da agência reguladora em fazer respeitar suas ordens.¹⁸⁵

Segundo Cibelle Mortari Kilmar, entretanto, sobre o caráter de transação na elaboração de tais termos,

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.¹⁸⁶

A agência reguladora, ao elaborar os acordos para transação das obrigações descumpridas, faz acordo em relação à reversão de bilhões de reais oriundos do erário público para o patrimônio dos agentes privados, tendo em vista que as transações prevêm investimentos altos para a infraestrutura de banda larga, prestada sob o regime de direito privado, em que não há a observância obrigatória ao princípio da universalização e da eficiência, nem à 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”.¹⁸⁷

Diante disto, resta claro que os acordos realizados entre a agência reguladora responsável pela regulação no setor de telecomunicações no Brasil, a Agência Nacional de Telecomunicações, a ANATEL, e os agentes privados, prestadores de serviços de telecomunicações, descumpridores das obrigações na prestação e obrigados pelas respectivas multas, acabam por prejudicar o acesso dos serviços aos usuários, sobretudo nas áreas mais carentes do país, de forma que os TACs podem beneficiar as grandes prestadoras, que destinarão os recursos frutos de tais termos para a infraestrutura de serviços que se encontram nas grandes cidades do país, como a infraestrutura do serviço de banda larga, presente fortemente em São Paulo e Rio de Janeiro, por exemplo.¹⁸⁸

¹⁸⁵ KILMAR, Cibelle Mortari. op. cit., 2019, pg. 84.

¹⁸⁶ Ibidem, pg. 84.

¹⁸⁷ Ibidem, pg. 85.

¹⁸⁸ Ibidem, pg. 84.

CONCLUSÃO

Os princípios da eficiência e da universalização, vinculados aos serviços públicos regulados no Brasil, devem sempre ser observados pelos prestadores, sejam eles entes da iniciativa privada, ou entes da Administração pública, direta ou indireta, a fim de que o acesso aos serviços, como o das telecomunicações, seja o mais amplo e incentivado possível pelos prestadores e pelo Estado regulador.

O dever do Estado de propiciar o maior acesso aos serviços de telecomunicações tem como bases de sustentação, para a satisfação dos interesses sociais, os instrumentos necessários, de modo que os cidadãos devem usufruir os serviços de telecomunicações perenemente, sendo considerado, também por isso, serviço público essencial.

Diante da Reforma Gerencial do Estado, ocorrida no Brasil na década de 1990, houve uma liberalização em setores considerados essenciais, dentre os quais os serviços de telecomunicações, até então prestado pela Administração Pública, de forma direta, ou por entes privados, sob a forte regulação do Estado, com o auxílio da Agência Nacional de Telecomunicações, a ANATEL. Nesse contexto, ocorre o que se chama de desregulação do setor, indicando um processo de supressão de normas pelo Poder Público.

O assunto do momento dentro desse setor encontra-se na reflexão entre a universalização observada pelos serviços cujos contratos são regidos sob o direito privado e os regidos sob o direito público, tendo em vista que muitos administrativistas consideram que existe uma desatenção com os grandes agentes econômicos do setor, as concessionárias, o que pode trazer um desequilíbrio, diante da possível supressão da força do poder de polícia da Administração Pública, frustrando os objetivos de universalização e prestação dos serviços públicos adequados, refletindo na garantia dos direitos fundamentais pelo Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O serviço público e as suas crises. Interesse Público - IP Belo Horizonte*, n. 46, ano 9 Novembro /Dezembro 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51132>>. Acesso em: 5 abr. 2019.
- BARRIONUEVO, Arthur; DUTRA, Pedro. **Direito e economia das telecomunicações**. São Paulo: Singular, 2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Escolhas e eficiência: uma integração necessária*. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). **A regeneração da administração pública: Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo NATAL-2016**. Curitiba: Íthala, 2017.
- CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. *A ANATEL e o mapeamento do mercado das telecomunicações no Brasil. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 ago. 2014*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49541&seo=1>>. Acesso em: 21.08.2018
- COSTA, Elisson Pereira. **Teoria e prática administrativa para o Exame da OAB: 1ª e 2ª fases**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- DA ROSA, Herculano Dias. **Regulação do setor de telecomunicações e universalização dos serviços**. Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29 ed. Rev., Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 11 edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.
- ENEI, José Virgílio Lopes. *Serviço Público pode ser prestado em ambiente de concorrência ou pressupõe um regime necessário de privilégio e exclusividade?* In: **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. Vol. 2. Ano 1**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul-set. 2017. Pgs. 229 a 249.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e da universalidade*. **Revista Interesse Público – IP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 8, n. 40, nov./dez. 2006**.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos Serviços Públicos e sua transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª edição. 3ª tiragem. Ed.: Malheiros: São Paulo/SP. 2006.

JÚDICE, Mônica Pimenta. **Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras.** 02/03/2017. Fl. 01. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras?imprimir=1. > Acesso em: 12 out. 2018.

KILMAR, Cibelle Mortari. **A (Des)Regulação do Setor de Telecomunicações e seus Impactos no Desenvolvimento Socioeconômico no Brasil.** 2019. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo, SP, 2019.

LOPES, Mônica Sette; SALIBA, Aziz Tuffi; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Prefácio. *In: Princípios Formais e outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito ALEXY, Robert.* – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018,

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria dos Princípios Formais: Interesse Público – IP,** Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul./ago. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Serviço público e concessão de serviço público.** São Paulo: Malheiros, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo – Versão compacta.** 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA E NASCIMENTO, Marina Georgia de. **O princípio da continuidade e a atividade fiscalizatória da ANATEL.** *In: Âmbito Jurídico,* Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13431 >. Acesso em ago 2018.

OLIVEIRA JUNIOR, Erick Menezes de. **A interpretação do Direito Administrativo face aos princípios que o orientam.** *Revista Jus Navigandi,* ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 263, 27 mar. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5010>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A Regulação das Telecomunicações: Papel atual e Tendências Futuras.** Belo Horizonte, *Interesse Público - IP,* ano 3, n. 10, abr./jun. 2001. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51477>>. Acesso em: 2 out. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações.**

Revista de Direito de Informática e Telecomunicações _ RDIT, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 55-84,

jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=41072>>. Acesso em: 02.02.2019.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coords.). **Regulação e Novas Tecnologias.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

