



**ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE BRASÍLIA
PROGRAMA DE MESTRADO PROFISSIONAL EM
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: POLÍTICAS PÚBLICAS E GESTÃO GOVERNAMENTAL**

TAWFIC AWWAD JÚNIOR

**O REGIME PÚBLICO DE PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRO
Obstáculos à política pública de ampliação do acesso**

Dissertação apresentada à Escola de Administração do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Administração Pública.

Orientador Prof. Dr. Pedro Cavalcante.

Brasília
2018

TAWFIC AWWAD JÚNIOR

**O REGIME PÚBLICO DE PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRO**
Obstáculos à política pública de ampliação do acesso

Dissertação apresentada à Escola de
Administração do IDP – Instituto
Brasiliense de Direito Público como
requisito parcial para obtenção do título de
Mestre em Administração Pública.

Orientador Prof. Dr. Pedro Cavalcante.

Prof. Dr. Pedro Luiz Costa Cavalcante
IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público
Orientador

Prof. Dr. Luiz Ricardo Cavalcante
IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público

Prof. Dr. Renato Bigliuzzi
UnB – Universidade de Brasília

Brasília
2018

AGRADECIMENTOS

A Deus,

aos meus pais, pelo amor e pela dedicação,

às minhas irmãs, pela cumplicidade,

aos meus amigos, família que a vida me deu,

ao professor Dr. Pedro Cavalcante, pela presteza e pela atenção,

aos professores Dr. Renato Bigliuzzi e Dr. Luiz Ricardo Cavalcante,

aos colegas da ANATEL, por me acompanharem nesta missão,

agradeço.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de investigar os obstáculos existentes no modelo regulatório de telecomunicações brasileiro, constituído de um regime público de prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado, que possui correspondência com a concepção tradicional de serviço público que fundamenta a doutrina administrativista clássica brasileira, atuando de forma concomitante com outros serviços de telecomunicações prestados em regime privado, com liberdade econômica e, algumas vezes, competindo com o próprio serviço público. A perda de relevância do serviço posicionado no centro da política pública, a ausência de investimento de recursos públicos nas zonas economicamente inviáveis e o possível afastamento de investimentos privados decorrente de insegurança jurídica sobre elementos estruturais da concessão, dentre outros fatores, são apreciados neste trabalho. A pesquisa busca demonstrar que o anacronismo do marco regulatório do setor de telecomunicações brasileiro possui consequências negativas graves sobre os investimentos necessários à ampliação e à modernização da infraestrutura de suporte à prestação dos serviços, em um contexto em que há nítida correlação entre a penetração de banda larga e o desenvolvimento econômico. Ao final, busca-se realizar uma análise prospectiva de cenários regulatórios possíveis.

Palavras-chave: regulação econômica; telecomunicações, regimes jurídicos de prestação de serviços, universalização, bens reversíveis.

ABSTRACT

The present thesis seeks to investigate the obstacles of the Brazilian telecommunication regulatory model, defined by a public regime of fixed telephone service provision acting concomitantly with other telecommunication services provided at the private regime, with economic freedom. The telecommunication public regime has correspondence with the traditional public service conception of the classic Brazilian administrative doctrine. The loss of relevance of the service at the center of the public policy, the absence of public resource investments at the economic inviable zones and the possible distance of the private sector investment due juridical insecurity related to structural elements of the concessions, among other factors, are appreciated on this research. This thesis demonstrates the anachronism of the Brazilian telecommunication sector regulatory framework, which has severe consequences on the necessary investments to the expansion and modernization of the service provision support infrastructure, with clear correlation between the internet broadband penetration and economic development. Finally, the thesis provides a prospective analysis of the possible regulatory scenarios.

Key-words: economic regulation; telecommunications; legal regimes for the provision of public services; universalization; repossessable assets.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	3
RESUMO.....	4
ABSTRACT.....	5
SUMÁRIO.....	6
LISTA DE GRÁFICOS.....	7
LISTA DE TABELAS.....	7
Capítulo I Introdução.....	8
Capítulo II Regimes jurídicos de prestação de serviços de telecomunicações no Brasil.....	15
II.1. Regime Público de Prestação.....	17
II.1.1. Noções de Serviço Público.....	17
II.1.2. O Regime Público.....	19
II.1.3. Regime de bens e reversibilidade.....	23
II.1.4. Universalização.....	27
II.2. Regime Privado de Prestação.....	33
II.2.1. Autorização, regime privado e livre iniciativa.....	37
II.2.2. Assimetrias regulatórias e outras características aplicáveis a serviços prestados em regime privado.....	41
Capítulo III A regulação econômica e os novos horizontes do Direito Administrativo Brasileiro.....	47
III.1. Competição entre serviços prestados em regime privado e em regime público.....	62
Capítulo IV Questões específicas referentes ao regime público brasileiro.....	68
IV.1. Perda de relevância do STFC.....	69
IV.2 Ausência de investimento público na universalização – Mitigação no uso de recursos do FUST.....	81
IV.3. Reversibilidade de bens da concessão.....	96
IV.3.1. Visões patrimonialista e funcionalista na ANATEL.....	97
IV.3.2. Compartilhamento de bens reversíveis com serviços prestados em regime privado...	105
IV.3.3 Efeitos decorrentes do aumento do acervo dos bens reversíveis.....	110
Capítulo V Análise prospectiva.....	115
Capítulo VI Conclusões.....	132
REFERÊNCIAS.....	137

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 4.1. Motivo para não ter telefone fixo

Gráfico 4.2. Terminais telefônicos nos domicílios

Gráfico 4.3 – Acessos por serviço

Gráfico 4.4 – Níveis de competição de STFC Local dos municípios brasileiros

Gráfico 4.5 – Níveis de competição do mercado de voz e dados dos municípios brasileiros

Gráfico 4.6 – Receita Bruta do STFC (em bilhões de Reais)

Gráfico 4.7 – Arrecadação para o FUST (em milhões de Reais)

Gráfico 4.8 – Ações do Programa de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (em Reais)

LISTA DE TABELAS

Tabela 4.1. Domicílios particulares permanentes, por classes de rendimento nominal mensal domiciliar *per capita*

Tabela 4.2. Arrecadação e Usos do FUST: 2001-2015 (R\$ bilhões)

O setor de telecomunicações brasileiro, até meados da década de 1990, era explorado diretamente pelo poder público, por meio das empresas da *holding* Telebras. A partir das reformas ocorridas após a promulgação da Emenda Constitucional nº 8, de 25 de agosto de 1995, a exploração dos serviços de telecomunicações passou a ser realizada pela iniciativa privada, sendo reservadas ao Estado as funções de regular e coordenar o setor.

No intuito de direcionar os entes privados a disponibilizar serviços essenciais de telecomunicações a todos os brasileiros foi constituído um regime público, a ser seguido pelas empresas que adquiriram as redes preexistentes do Sistema Telebrás, relativamente ao serviço de telefonia fixa, com obrigações de universalização e de continuidade do serviço, controle tarifário e reversibilidade dos bens necessários à prestação do serviço à União em caso de interrupção na prestação.

Ao mesmo tempo, para atrair investimentos e permitir o desenvolvimento de um ambiente competitivo, capaz de fomentar o desenvolvimento tecnológico e a qualidade dos serviços, foi estabelecido um regime privado de prestação, baseado nos princípios constitucionais da atividade econômica e da livre iniciativa.

Pela coexistência entre os regimes, buscou-se a formação de um cenário em que fossem conciliadas as garantias sociais presentes no regime público com a liberdade de iniciativa inerente ao regime privado.

Passadas duas décadas da privatização das telecomunicações, muitas análises podem ser realizadas no intuito de se examinar a efetividade do sistema resultante do posicionamento da telefonia fixa no centro da política de universalização e da coexistência da prestação nos regimes público e privado na exploração da telefonia fixa, especialmente ao se observar o desenvolvimento tecnológico ocorrido no período, o advento da internet e a convergência tecnológica, fatos que têm levado os estudiosos a relativizar os limites conceituais entre os serviços de telecomunicações.

Ao longo do último século, o atendimento da necessidade dos indivíduos de transmissão de informações à distância deu-se por meio da telefonia fixa comutada. Contudo, as telecomunicações estão em processo de profunda transformação, no qual é percebida uma dinâmica tecnológica que tende a retirar a telefonia da posição de primazia que até então ocupou (FARACO, 2003).

Nota-se novo comportamento por parte dos usuários dos serviços de telecomunicações no sentido de perder interesse na telefonia fixa, especialmente em decorrência do desenvolvimento

tecnológico, que permitiu facilitação do acesso a tecnologias móveis e a ampliação do uso da internet.

Ao mesmo tempo, a ideia de monopólio natural dos serviços de telecomunicações foi derrubada pelo desenvolvimento tecnológico, que permite, inclusive, a transmissão de telefonia por meio de radiofrequência, reduzindo sobremaneira os custos de instalação de uma rede (MARQUES NETO, 2002a). Nesse aspecto, a doutrina enfatiza de forma acentuada a evolução tecnológica relacionada às telecomunicações como um dos aspectos centrais da ruptura do modelo tradicional.

Mesmo com a perda da relevância do Serviço Telefônico Fixo Comutado, tal serviço de telecomunicações segue figurando como o único prestado em regime público no país, dotado de obrigações de universalização e de reversibilidade dos bens da concessão.

Conforme previsto no artigo 102 da Lei Geral de Telecomunicações, a extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis, mediante o pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles vinculados, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. Ocorre que os investimentos em fibra ótica têm por objetivo viabilizar outras modalidades de serviços além do STFC, a exemplo de serviços de banda larga (SCM – Serviço de Comunicação Multimídia), de TV por assinatura (SeAC – Serviço de Acesso Condicionado) e de comunicação móvel (SMP – Serviço Móvel Pessoal), serviços autorizados, prestados no regime privado.

Diante desse quadro, surgem questionamentos sobre qual tratamento deve ser dado, no tocante à reversibilidade, aos elementos das redes das concessionárias que sejam utilizados para a prestação de outros serviços, no regime privado. E mostra-se relevante verificar os possíveis desestímulos a investimentos privados em infraestrutura de telecomunicações decorrentes da indefinição sobre a questão.

Além da questão do possível desinvestimento na ampliação de redes em decorrência da ausência de definição sobre as questões relacionadas à reversibilidade dos bens da concessão, vale destacar, também, o contingenciamento, pelo Ministério da Fazenda, dos recursos do FUST – Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações, cuja gestão é atribuída à Anatel. O FUST foi criado pela Lei nº 9.998/2000, com o objetivo de cobrir o custo da expansão das redes quando as obrigações de universalização das prestadoras de serviço de telecomunicações não pudessem ser recuperadas com a exploração eficiente do serviço, tendo sido concebido como um pilar do financiamento da universalização dos serviços de telecomunicações.

Recentemente, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 28/2016-TCU-Plenário, concluiu que, segundo dados da Anatel, a arrecadação bruta do FUST teria sido da ordem de R\$ 17,68 bilhões entre 2001 e 2015¹. O levantamento realizado pelo TCU indica que apenas 1,2% desse valor foi efetivamente utilizado na universalização de serviços de telecomunicações.

A existência de tais dificuldades atreladas ao regime público de prestação de serviços de telecomunicações no Brasil, que havia sido projetado para garantir a universalidade dos serviços no país, remete à averiguação sobre a forma do enfrentamento de situações semelhantes na esfera internacional, especialmente em países que adotam doutrinas que não se sustentam na dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas, e não possuem um regime de prestação fundado no direito público, tais como os Estados Unidos e sua doutrina de *essential facilities*.

Nota-se que o regime público brasileiro de prestação de serviços de telefonia fixa apresenta sinais de desgaste, não colaborando com a necessidade de investimentos para expansão de redes, sobretudo para oferta de banda larga e serviços móveis. Assim, vale examinar as barreiras existentes no atual modelo que dificultam a efetivação da política pública de universalização dos serviços de telecomunicações.

Um dos principais indicadores na atualidade para se aferir o nível de desenvolvimento de um país relaciona-se à penetração do acesso de banda larga na sociedade, incluindo-se, na análise, a verificação dos índices de velocidade alcançadas. Para que se atinjam os desejáveis níveis de penetração e velocidade, é necessária a constituição de uma rede de infraestrutura de telecomunicações robusta, o que leva à necessidade de pesquisa de quais instrumentos e ferramentas legais e normativos seriam mais apropriados para que se possa contar com uma estrutura que permita o alcance de tais objetivos.

O tema mostra-se relevante ao se observar que a sociedade contemporânea se encontra num momento de elevada interconectividade, num movimento crescente de busca por informação e ligação entre os indivíduos. A sociedade hiperconectada exige a disponibilização de condições para livre fruição do acesso à internet. Os recentes movimentos observados nas redes sociais no sentido de se exigir acesso livre e ilimitado à internet para toda a população demonstram a importância de se garantir o desenvolvimento da infraestrutura necessária à livre fruição dos benefícios sociais e econômicos que o acesso à internet propicia à sociedade.

Ao tempo da instituição do regime público como forma de se asseverar a adequada prestação de serviços de telecomunicações de forma democrática, os principais estudiosos

¹ A Secretaria do Tesouro Nacional informou ao TCU que o montante teria sido da ordem de R\$ 16,04 bilhões, enquanto a Anatel informou à corte administrativa o valor de R\$ 19,44 bilhões. Após acerto de contas realizado entre os órgãos, determinado pelo TCU, conforme será demonstrando adiante, chegou-se à cifra de R\$ 17,68 bilhões.

administrativistas do direito brasileiro debruçaram-se sobre a temática, existindo vasta produção bibliográfica sobre os elementos e características do regime que se propunha a estabelecer. Passadas duas décadas, o sistema adotado demonstra sinais de desgaste e ineficiência, mostrando-se necessária nova reflexão sobre a aplicabilidade atual dos institutos adotados nos tempos da privatização e sobre possíveis arranjos que se prestem a solucionar a questão da ampliação do acesso no país.

Nesse ponto, é importante registrar uma observação com relação ao título da pesquisa. Quando se propõe investigar as limitações do regime público adotado no Brasil que obstaculizam a ampliação de acesso, está se referindo, de forma geral, às dificuldades do regime que dificultam o aumento do alcance do acesso dos serviços de telecomunicações demandados pela sociedade e, não, do serviço de telefonia fixa, que cumpriu os objetivos estabelecidos na política pública anterior e perdeu sua relevância.

Assim, objetiva-se investigar as questões presentes no modelo regulatório atual, em especial as decorrentes da coexistência de regimes jurídicos de prestação em situação de competição, que acabam por impactar os investimentos necessários à expansão das redes, especialmente de banda larga.

Vale notar que o momento para a discussão proposta é oportuno especialmente porque tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei da Câmara nº 79/2016, que pretende resolver parte da problemática apontada por meio da possibilidade de se adaptar as concessões outorgadas em regime público para autorizações, a serem prestadas em regime privado, mediante a assunção de compromissos de ampliação da infraestrutura de redes de alta capacidade para locais em que a competição não se encontra estabelecida.

O governo federal busca atualmente redefinir o regime de prestação do Sistema Telefônico Fixo Comutado (telefonia fixa), avaliando a melhor forma de se organizar os serviços de telecomunicações e as obrigações de universalização, de continuidade da prestação dos serviços e de reversibilidade dos bens, especialmente numa época em que se observa um constante movimento na direção da convergência tecnológica entre os serviços e a crescente perda de importância da telefonia fixa. Nota-se, ao mesmo tempo, a necessidade de se encontrar mecanismos de se permitir o acesso à internet por toda a sociedade.

Assim, mostra-se importante verificar os caminhos que estão sendo tomados no estabelecimento do novo marco normativo que deverá ser implementado pelos atores envolvidos. Nesse sentido, sempre que possível serão realizadas projeções, no intuito de se adiantar a possível cenários decorrentes das decisões tomadas nas definições das políticas.

Como metodologia, a pesquisa realizou revisão bibliográfica no intuito de identificar os elementos do modelo atualmente praticado que acabam por obstar a desejável expansão das redes e ampliação do serviço, tais como: imposição de obrigações às concessionárias atualmente desnecessárias para a sociedade, tendo em vista a defasagem tecnológica do serviço de telefonia fixa; incapacidade governamental de utilização do fundo setorial de universalização para ampliação das redes; indefinição sobre o instituto da reversibilidade de bens, que aumenta o risco sobre a operação e afasta perspectivas de investimentos.

Além disso, também foram realizadas entrevistas com o Superintendente Executivo e com os Superintendentes de Competição e de Regulamentação da ANATEL, com Conselheiro Diretor da Agência, com o Diretor de Banda Larga da Secretaria de Telecomunicações do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, com a Conselheira da Proteste e representante do Terceiro Setor na CGI.br - Comitê Gestor da Internet no Brasil e com um Consultor Legislativo do Senado Federal, todas personalidades que convivem no setor. Por meio da análise das respostas às entrevistas, objetivou-se compreender a possível inadequação do regime público no Brasil frente à realidade tecnológica contemporânea.

Foram, também, analisados os discursos de parte dos doutrinadores utilizados na revisão bibliográfica desta pesquisa, os quais, em boa parte, estavam presentes no seminário realizado na Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro no dia 14 de setembro de 2017 em comemoração aos vinte anos da Lei Geral de Telecomunicações.

Além disso, foram investigadas diferentes práticas internacionais aplicadas sobre o assunto, buscando-se compreender como as nações mais desenvolvidas lidam com as questões da universalização dos serviços. Para tanto, é avaliada a bibliografia disponível sobre o assunto, além de dados extraídos do Relatório II.1 – Revisão do Modelo Regulatório: Benchmarking Internacional, elaborado para fundamentar o Planejamento Estratégico em curso na Agência Nacional de Telecomunicações.

Ao final, buscou-se tecer recomendações para o novo marco regulatório que se pretende instalar no Brasil, mediante a possibilidade de adaptação das atuais concessões em autorizações, com compromissos de expansão de infraestrutura necessária à prestação de serviços de banda larga, conforme previsto no Projeto de Lei da Câmara nº 79/2016. Nesse tópico, por intermédio das entrevistas com as autoridades acima descritas, foram estabelecidas recomendações a serem seguidas nas atuais reformas que se pretende efetuar, no intuito de ampliar a infraestrutura necessária para a prestação adequada dos serviços e de se fomentar a competição, sobretudo

considerando-se os novos desafios como a internet das coisas, as futuras redes de 5ª Geração e a crescente necessidade de banda decorrente dos novos costumes sociais.

Objetiva-se, portanto, com a presente pesquisa, compreender os obstáculos existentes no regime público de prestação de serviços de telecomunicações, que acabam por dificultar a implementação da política pública de universalização dos serviços.

Especificamente, foi investigada a perda de relevância da telefonia fixa e as consequências de sua permanência no centro da política pública.

Foi apreciado o contingenciamento, pelo governo federal, dos recursos públicos provenientes do fundo setorial de universalização – FUST criado para financiar parte da política pública de universalização do acesso.

Além disso, foi analisada a questão da reversibilidade dos bens da concessão, no intuito de se averiguar a forma como os diferentes atores interpretam as normas correlatas ao tema. Nesse ponto, foi analisado se as diferentes opiniões externadas pelos órgãos de controle, pela agência reguladora, pelas prestadoras de serviços e pelo poder judiciário podem acabar por ocasionar insegurança jurídica e subinvestimento privado na ampliação da infraestrutura necessária para a prestação dos serviços de telecomunicações.

Por fim, foram propostas recomendações para revisão do marco regulatório de telecomunicações relativamente ao regime de prestação dos serviços no Brasil.

A base teórica utilizada na revisão bibliográfica da presente pesquisa é constituída pelos estudos dos principais autores do Direito Público Administrativo brasileiro, que prestaram seu auxílio no caminho percorrido ao longo da pesquisa no sentido de revelar a evolução do conceito de serviço público, desde o seu nascimento na França do século XIX, até a situação em que se encontra hoje, de convivência com vários entes até então desconhecidos, como mercados concorrenciais e avanços tecnológicos surpreendentes.

O norte da pesquisa foi guiado pelas lições do professor Carlos Ari Sundfeld, um dos principais autores da Lei Geral de Telecomunicações, que busca reconfigurar a noção de serviço público, de forma compatibilizá-la com a realidade contemporânea, em que a antiga visão contraposta de conceitos como *serviço público* e *atividade privada* não é capaz de colaborar com soluções jurídicas relacionadas à intervenção do Estado na economia. A regulação econômica, nesse contexto, possui o efeito positivo de permitir a adoção de formas jurídicas diversificadas, que busquem estabelecer vínculos regulatórios constantes, de natureza negocial, com conteúdo adaptável, entre o Estado e seus delegados ou autorizados.

O autor defende que a Constituição não estabelece um regime jurídico universal aplicável às atividades de titularidade pública. Pelo contrário, no atual contexto do Direito Administrativo Negocial, é necessária a pesquisa da legislação respectiva para possibilitar a compreensão dos diversos níveis de profundidade existentes no âmbito da regulação para lidar com a realidade dos diferentes setores, o que impacta a legislação e a teoria.

No segundo capítulo, são estudados os regimes público e privado de prestação de serviços de telecomunicações no Brasil. É analisada, também, a forma como outros países que não possuem sua estrutura regulatória estabelecida sobre a noção de serviço público lidam com as questões de universalização e continuidade. Foi dada ênfase nas características do modelo regulatório brasileiro que se aplicam, tanto a serviços prestados em regime público, quanto a serviços prestados em regime privados, e que aproximam nosso arcabouço normativo da doutrina das *essential facilities* norte-americana.

No terceiro capítulo, é estudada noção de regulação econômica frente aos conceitos do Direito Administrativo Brasileiro, especialmente a doutrina de Carlos Ari Sundfeld, Egon Bockmann Moreira e Floriano de Azevedo Marques Neto. Ao final do capítulo, são apresentadas possíveis incompatibilidades entre a prestação de serviços em regime público de forma concomitante com o mesmo serviço, ou seu substituto, prestado em regime concorrencial.

No quarto capítulo, são analisadas questões específicas referentes ao regime público brasileiro de prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado que acabam por obstar o desenvolvimento das redes no Brasil e, conseqüentemente, a ampliação do acesso. Nesse sentido, é abordada a perda de relevância da telefonia fixa, e os efeitos de sua manutenção no centro da política, a ausência de recursos públicos para universalização do acesso e as conseqüências das indefinições sobre o alcance da reversibilidade dos bens da concessão, dentre outras questões.

Por fim, no quinto capítulo, é realizada uma análise prospectiva de possíveis cenários regulatórios a partir das respostas fornecidas pelas personalidades entrevistadas, das palestras proferidas e da bibliografia revisada.

Capítulo II Regimes jurídicos de prestação de serviços de telecomunicações no Brasil

No caso de indústrias cuja infraestrutura dependa de uma rede específica, como é o caso das telecomunicações, da energia elétrica, do saneamento básico, da distribuição de gás natural, etc., é comum o estabelecimento de metas de universalização ou expansão dos serviços. Nesses casos, para se alcançar a universalização do serviço, a primeira barreira a ser vencida é o limite físico, de forma que a ampliação da rede consiste em um dos principais investimentos realizados pelas empresas prestadoras do serviço (PEREIRA NETO e ADAMI, 2014).

As telecomunicações foram vistas tradicionalmente como uma atividade que dependeria de um regime de monopólio para o seu adequado funcionamento, tendo em vista que historicamente se considerou que a existência de um único prestador seria a forma mais apta ao melhor aproveitamento econômico dos serviços e à coordenação necessária à integração das redes. Por esse motivo, o setor foi apresentado de forma recorrente como um monopólio natural. O volume elevado de investimentos exigidos, a escala demandada para viabilizar tais investimentos, bem como o aproveitamento das externalidades positivas inerentes às redes corroboraram com essa tese (FARACO, 2003).

Entende-se por monopólio natural a situação fática em que é economicamente ineficiente, ou mesmo impossível, a instalação de vários operadores para o desenvolvimento de certa atividade econômica, de forma que a estrutura do mercado torna mais eficiente a presença de um único produtor do que a presença de vários, seja em decorrência de custos fixos elevados ou de economias de escala (MOREIRA, 2011). No conceito de Marçal Justen Filho (2004, *apud* MOREIRA, 2011) monopólio natural é o a “situação econômica em que a duplicação de operadores é incapaz de gerar a redução do custo da utilidade”.

Em resumo, justificava-se o monopólio natural no setor de telecomunicações por três fatores: i) a sua prestação depende de infraestrutura de redes, a qual demanda vultuosos investimentos e tornava o detentor das redes, de forma natural, o único explorador de serviço delas dependente; ii) os investimentos necessários eram tão elevados que inviabilizavam a exploração do serviço em regime de competição; iii) havia o argumento de que a essencialidade das atividades identificadas como serviços públicos interditava sua prestação por particulares (MARQUES NETO, 2002a).

A partir da evolução tecnológica experimentada pelas telecomunicações, que possibilitou o desenvolvimento de novas opções de serviços, além de reduzir os custos envolvidos

na prestação, passou-se a questionar cada vez mais o caráter natural de monopólio atribuído a diversos segmentos do setor (FARACO, 2003).

As dinâmicas de outras atividades econômicas que utilizam as telecomunicações como insumo básico acarretaram mudanças em relação às quais o monopolista e o Estado não foram capazes de apresentar respostas satisfatórias. A globalização econômica dependia de fluxo constante de informações e interações simultâneas entre unidades produtivas e centros financeiros em pontos diferentes do planeta. Ao mesmo tempo, as restrições e o encarecimento do crédito internacional no final da década de setenta, decorrentes da crise do petróleo, dificultaram a capacidade de diversos países a canalizarem recursos para o setor de telecomunicações, justamente no período em que surgiam novas necessidades de investimento em virtude das transformações do setor em nível mundial (FARACO, 2003).

Tanto no Brasil, como em outros países da América Latina e Europa, assistiu-se ao esgotamento do padrão de financiamento do setor público, ao mesmo tempo em que ocorreu o esgarçamento do modelo de bem-estar social e o desenvolvimento de um novo perfil de organização da economia capitalista, cujo caráter globalizado é o mais visível indicador (MARQUES NETO, 2002a).

Se por um lado se assistiu à acelerada diminuição do intervencionismo estatal direto na economia, pode-se afirmar que ocorreu no período o desenvolvimento de mecanismos de intervenção indireta do Estado na ordem econômica, marcada pela atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento e na ordenação da economia. Trata-se da atuação estatal com vistas a influenciar, por indução ou coerção, a ação dos atores privados atuantes em certo setor da economia (MARQUES NETO, 2002a).

No Brasil, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 8, de 25 de agosto de 1995, foi transferida à iniciativa privada a exploração dos serviços de telecomunicações. No modelo adotado no país, as empresas incumbentes, resultantes da divisão da Telebrás, as quais possuíam vantagens competitivas sobre as novas entrantes, foram submetidas a um regime público de prestação de telefonia fixa, por meio de contrato de concessão, com obrigações de universalização e continuidade, regime de teto de preços praticados e prazo definido de 20 anos, prorrogáveis por igual período. Por seu turno, as novas entrantes submeteram-se a um regime privado, baseado nos princípios constitucionais da atividade econômica e da livre iniciativa, para prestação dos demais serviços de telecomunicações e da própria telefonia fixa, pelo qual não foram impostas obrigações de continuidade e universalização, não houve controle tarifário e a exploração do serviço dá-se por prazo indeterminado.

De acordo com o que consta do Plano Geral de Outorgas, primeiramente instituído pelo Decreto nº 2.534/1998, sucedido pelo Decreto nº 6.654/2008, hoje, o único serviço prestado em regime público é o Serviço Telefônico Fixo Comutado.

II.1. Regime Público de Prestação

II.1.1. Noções de Serviço Público

O serviço público foi definido pelo precursor da Escola do Serviço Público no direito administrativo francês Léon Duguit como a atividade cujo cumprimento é assegurado, regado e controlado pelos governantes, eis que a execução dessa atividade é indispensável à realização da interdependência social e é de tal natureza que não pode ser realizada completamente senão pela intervenção da força governante. Tal conceito é extremamente pertinente para a compreensão da dimensão que o serviço público alcança no Direito, na medida em que, ao construir o direito público sobre a noção de serviço público, o autor ressaltou o fato de que o Estado possui um dever para com o administrado e que, apenas na consecução de tal dever, é que o exercício público do poder se torna legítimo (FARACO, 2003).

A noção de serviço público, como conhecida atualmente, deu-se a partir da leitura da jurisprudência do Conselho de Estado que veio a delinear os contornos “do direito administrativo, da competência jurisdicional do Conselho de Estado e do próprio Estado, como forma de conciliação entre os ideais liberais da época e as necessidades coletivas” (SCHIRATO, 2011).

No Brasil, a partir da proclamação da República, com a promulgação da Constituição de 1891, não mais se cogitou a ingerência sobre atividades econômicas em decorrência de privilégios régios. Nesse momento, no decorrer das primeiras décadas do século XX, ocorreu uma aproximação maior do direito brasileiro ao direito norte-americano, em detrimento do direito francês. Nesse contexto, certas atividades sofriam algum controle estatal em virtude de sua *utilidade pública*, em um modelo semelhante ao das *public utilities* dos Estados Unidos, e não mais em decorrência de privilégios da coroa (SCHIRATO, 2011).

A crise de 1929 impactou as empresas prestadoras de serviços tidos como de utilidade pública, o que veio a afetar a qualidade e a continuidade da oferta desses serviços. Tal fato conduziu a uma reação de desconfiança da sociedade em relação ao setor privado e às empresas estrangeiras, estando relacionado diretamente ao componente ideológico que levou Getúlio Vargas ao poder pela primeira vez em 1930 (AGUILLAR, 2011).

A respeito da assunção, pelo Estado, de tarefas típicas empresariais, e da mudança de visão ocorrida na Era Vargas, Fernando Herren Aguillar (2011) afirma que a experiência de

frustração com a iniciativa privada explorando serviços públicos fez surgirem gerações de publicistas que se formaram em ambiente de desconfiança em relação aos empresários privados.

Com a promulgação da Constituição de 1937, foi estabelecida competência privativa da União para exploração de determinadas atividades, tais como serviço de correios, radiocomunicação, dentre outras. Em atendimento ao disposto no texto constitucional, foi criada uma comissão de juristas pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, composta por Odilon Braga, Bilac Pinto, Miranda de Carvalho, Anhaia Melo, dentre outros, com o objetivo de elaborar uma lei geral sobre fiscalização e controle dos serviços públicos concedidos (SCHIRATO, 2011). A comissão concluiu que existia, à época, uma aproximação do direito brasileiro ao direito norte-americano na disciplina da prestação dos serviços de utilidade pública concedidos após a proclamação da República, o que não seria conveniente. A comissão concluiu pela necessidade de aplicação de elementos do direito continental europeu, sobretudo o francês, ao direito brasileiro em substituição à influência norte-americana, inclusive com a substituição da expressão *serviço de utilidade pública* pela expressão *serviço público concedido*.

Nota-se que ocorreu, no período, uma mudança na percepção sobre o critério para definição do serviço público. As atividades econômicas anteriormente denominadas de *utilidade pública*, assim eram classificadas em decorrência do seu caráter de interesse coletivo. A partir do momento ora narrado, por influência do direito europeu, o critério para se considerar uma atividade como *serviço público* passou a ser subjetivo. Assim, denomina-se um serviço como *público* quando pertencer ao sistema de atividades do Estado, de forma que se observa a própria assunção dessa atividade pelo poder público.

A noção de atividades de interesse coletivo, de influência norte-americana, foi substituída pela noção institucional de serviço público, de influência europeia, sobretudo francesa (BRAGA, 1995, *apud* SCHIRATO, 2011).

Para Fernando Herren Aguillar (2011), serviços públicos, hoje, são atividades econômicas desenvolvidas sob responsabilidade do Estado (União, estados, municípios e Distrito Federal), que é o competente para concebê-las, estruturá-las e oferecê-las ao público, sendo normalmente estruturadas em rede e oferecidas a um número amplo de pessoas. O autor destaca que os serviços oscilam no tempo e no espaço, desafiando conceituações doutrinárias.

Atualmente, no Brasil, vigora a opção constitucional de listar em *numerus clausus* os serviços públicos, seja na Constituição ou na lei ordinária, conforme admitido pela doutrina

majoritária². A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o costume de se referir a serviços públicos como qualquer atividade estatal tornou-se insustentável. O artigo 175 do texto constitucional estabeleceu que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Especificamente com relação às telecomunicações, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no seu artigo 21, inciso XI, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 8/1995, que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Nesse aspecto, o legislador cuidou de classificar as diferentes espécies de serviços de telecomunicações, de acordo com a ordem jurídica de sua prestação, em regime público e privado, adotando o critério de essencialidade do serviço para tanto. Dessa forma, a Lei Geral de Telecomunicações erigiu à condição de serviço público tão somente os serviços prestados em regime público, conferindo aos demais o tratamento dedicado às atividades econômicas, exploradas em regime privado (MARQUES NETO e COSCIONE, 2011).

II.1.2. O Regime Público

Após a mudança de percepção sobre o fundamento do serviço público, ocorrida no Brasil, sobretudo a partir da segunda metade da década de 1930, que passou a considerá-lo uma atividade pertencente ao Estado, consolidou-se a noção de que a esses serviços deveria ser atribuído um regime jurídico especial. Especialmente a partir dos estudos de Themístocles Brandão Cavalcanti, passou-se a considerar que a noção de serviço público não é una, nem estática, variando em função do tempo, o que revelou forte alinhamento com a doutrina francesa (SCHIRATO, 2011). Nessa esteira, para o autor, “o essencial no serviço público é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e os privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa atender” (CAVALCANTI, 1964, *apud* SCHIRATO, 2011).

Assim, a partir da doutrina de Themístocles Brandão Cavalcanti, além de se considerar que os serviços públicos são aqueles pertencentes ao rol de atividades do Estado, passou a se

² Conforme Aguillar (2011), existem, em resumo, três correntes sobre a identificação de atividades que estariam, ou não, sujeitas ao regime dos serviços públicos: a) os serviços públicos são listados na Constituição de 1988, ainda que de maneira assistemática; b) os serviços públicos encontram-se definidos na Constituição e em leis federais, estaduais, distritais e municipais; c) os serviços públicos são definidos com apoio na doutrina ou na observação da experiência de outros países, como decorrência da necessidade de controle estatal sobre determinadas atividades econômicas com vistas à proteção de direitos fundamentais. A segunda corrente é predominante na doutrina, com posições nesse sentido defendidas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Carlos Ari Sundfeld, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Celso Antônio Bandeira de Mello, Odete Medauar, Paulo Modesto e Alexandre Santos de Aragão.

considerar, também, que os serviços públicos são aqueles sujeitos a um regime jurídico especial, decorrente de normas especiais impostas pelo Estado e necessárias para o atendimento de necessidades coletivas. Tal teoria fez acentuar a divisão entre o regime jurídico aplicável aos serviços públicos e aquele aplicável às demais atividades (SCHIRATO, 2011).

Os institutos da concessão e da permissão, tradicionais no direito administrativo brasileiro, servem para instrumentalizar a delegação dos serviços públicos às empresas privadas, que ficam submetidas a uma particular relação de subordinação ao Poder Público. Não obstante o fato de a execução dos serviços ser atribuída a um particular, a responsabilidade jurídica sobre a forma como tais serviços são prestados segue sendo atribuída ao Estado, tendo em vista que o Poder Público permanece como seu responsável constitucional (AGUILLAR, 2011).

A concessão de serviço público tem, atualmente, seu regime jurídico estabelecido no Brasil por meio da Lei Federal nº 8.987/1995, complementada pela Lei Federal nº 9.074/1995. Com relação ao setor de telecomunicações, a Lei Geral de Telecomunicações previu, em seu artigo 210, que “as concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações”.

Nesse ponto é interessante observar que, não obstante a Lei de Concessões não seja aplicável ao setor de telecomunicações, a LGT, nos seus artigos 64³ e 79, § 1º⁴, traçou correspondência entre os serviços de telecomunicações prestados em regime público e os serviços públicos (MARQUES NETO e COSCIONE, 2011). Além disso, conforme se denota dos artigos 79 e seguintes da LGT, os princípios e fundamentos gerais sobre o instituto da concessão de serviços públicos foram preservados pela lei setorial, o que autoriza a aplicação dos conceitos tradicionais presentes na doutrina geral de concessões ao setor de telecomunicações brasileiro. As semelhanças e as diferenças existentes entre o regime estabelecidas na Lei de Concessões e na Lei Geral de Telecomunicações serão descritas ao longo do capítulo. Para Alexandre Santos de Aragão (2007), a definição de serviços públicos prevista na Lei Geral de Telecomunicações identifica-se com a definição de serviços públicos.

³ Art. 64. Comportar-se prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

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

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012) conceitua concessão de serviço público como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

A autora destaca o aspecto regulamentar da concessão, estabelecido na relação contratual entre o concedente e o concessionário, considerados os interesses especulativos deste, razão pela qual foi constituída a teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, com o objetivo de garantir que o concessionário tenha assegurado o recebimento de remuneração suficiente para manter a relação custo-benefício estabelecida no momento da contratação. Tais cláusulas, denominadas cláusulas financeiras, não podem, inclusive, ser alteradas unilateralmente pela Administração.

Nesse sentido, destaca-se que o principal direito transferido ao concessionário é o de explorar o serviço público delegado, recebendo a remuneração tarifária correspondente. Associado a tal direito, existe o direito à incolumidade da equivalência monetária da tarifa, que se desdobra na vedação de alterações unilaterais no seu valor sem concomitante reposição, e, ainda, no direito de revisão tarifária caso fatores alheios ao contrato afetem tal equivalência (MARQUES NETO, 2015).

O direito ao equilíbrio econômico financeiro, conforme conceituado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012), constitui a relação que se estabelece no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo concessionário e a remuneração que lhe assegura a Administração por via do contrato. Os Contratos de Concessão do Serviço Telefônico nas modalidades Local, Longa Distância Nacional e Longa Distância Internacional⁵, estabelecem que a concessionária não é obrigada a suportar prejuízos em decorrência do contrato, salvo se decorrente de negligência ou de gestão ineficiente dos negócios. O contrato prevê, nesse sentido, que caberá o restabelecimento da situação econômica anterior, preferencialmente pela revisão de tarifas ou por qualquer outro mecanismo que, a critério da Anatel, seja considerado apto a neutralizar a situação verificada.

Por seu turno, as chamadas cláusulas regulamentares, disciplinadas unilateralmente pela Administração, que muitas vezes decorrem da própria lei, dizem respeito à forma de gestão do serviço, definindo o objeto, a forma de execução, a fiscalização, os direitos e deveres das partes, as hipóteses de rescisão, as penalidades, os direitos dos usuários, etc. (DI PIETRO, 2012).

O concessionário de serviços públicos encontra-se sujeito aos princípios da continuidade, igualdade dos usuários, mutabilidade do regime jurídico (DI PIETRO, 2012), além

⁵ Conforme modelos vigentes aprovados pela Resolução da Anatel nº 678, de 06 de junho de 2017.

dos elencados no artigo 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995, quais sejam regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. A LGT, por seu turno, consagra nos seus artigos 79 e seguintes a necessidade de observância, no setor de telecomunicações, das obrigações de universalização e continuidade, sendo, esta última, definida como aquela que possibilita aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

O princípio da continuidade do serviço público significa ser impossível a interrupção do serviço, por iniciativa do concessionário, a não ser em hipóteses estritas previstas em lei e no contrato. Tal princípio tem origem no direito francês, em que era visto como essencial, porque ligado à própria ideia de Estado, o qual era considerado nada mais do que um conjunto de serviços públicos (DI PIETRO, 2012).

A Administração Pública, no contrato de concessão, dispõe de alguns poderes que a posicionam em situação de supremacia em relação ao contratado. Tal desigualdade é inerente ao regime jurídico e é caracterizada pelo duplo aspecto: prerrogativas necessárias à satisfação do interesse público e restrições indispensáveis à garantia dos direitos individuais (DI PIETRO, 2012).

A Lei Geral de Telecomunicações estabelece, no seu artigo 83, parágrafo único, que a concessão se remunera pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas, sendo vedados os subsídios entre modalidades de serviços e segmentos de usuários⁶. As concessões devem ser realizadas por períodos relativamente longos, no intuito de possibilitar a amortização dos elevados investimentos atrelados à condução da atividade por meio da remuneração advinda da tarifa do usuário (AGUILLAR, 2011; DI PIETRO, 2012).

Um aspecto relevante sobre as tarifas aplicáveis aos contratos de concessão diz respeito aos critérios que podem ser utilizados na fixação dos seus valores. Tais critérios podem ser divididos em dois grandes grupos: (i) contratos de incentivo de baixa potência, referenciados em custos, também denominados *cost plus* ou “por taxa de retorno” e (ii) contratos de incentivo de alta potência, conhecidos na doutrina como regulação por incentivos, dentre os quais se encontra a regulação por *price cap*, ou por teto de preço (LAFFONT e TIROLE, 2001).

⁶ Os subsídios entre modalidades de serviços de telecomunicações ou entre segmentos de usuários foram permitidos antes da constituição do FUST - Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações, conforme artigo 81, parágrafo único, inciso I, da LGT.

No esquema de *price cap*, adotado na regulação das tarifas aplicáveis às concessões de telefonia no Brasil^{7;8}, o contrato determina um valor máximo de tarifa, ou um conjunto de tarifas teto, e pactua um fator de produtividade a ser aplicado para reduzir o reajuste das tarifas, calculado por meio de um índice de variação de preços fixado no contrato. Em tal método, as tarifas são calculadas com base em fatores e procedimentos estabelecidos no contrato, variando permanentemente com base em critérios predefinidos. Assim, nota-se que o instrumento contratual não prevê tarifas fixas e garantidas, mas critérios e procedimentos relacionais para permanente adequação da estrutura tarifária (MARQUES NETO, 2015).

II.1.3. Regime de bens e reversibilidade

A reversão, conforme definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, *apud* DI PIETRO, 2012), é a “passagem ao poder concedente dos bens do concessionário aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão”. O seu fundamento é o princípio da continuidade do serviço público, de forma que os bens necessários à prestação do serviço só interessam a quem vai dar continuidade a sua prestação (DI PIETRO, 2012).

A reversibilidade de bens é um instituto atrelado à prestação de serviços no regime público. Sua previsão na legislação pátria encontra-se no retromencionado artigo 35, § 1º, da Lei de Concessões, a qual disciplina concessões prestadas no regime público, e no artigo 102 da LGT, o qual se encontra inscrito no Título II da Lei, que trata dos serviços a serem prestados no regime público. Assim, sua aplicabilidade no setor de telecomunicações diz respeito ao único serviço prestado no regime publicista, ou seja, o STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado.

A LGT, no seu artigo 101, prevê que a alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da Agência⁹. No mesmo sentido, os Contrato de Concessão do STFC¹⁰, estabelecem que integram o acervo da concessão todos os bens pertencentes ao patrimônio da concessionária que sejam indispensáveis à prestação do serviço, especialmente aqueles relacionados no documento anexo ao contrato respectivo. De acordo com os documentos, a

⁷ Ver Cláusula 11.1 dos modelos de Contrato de Concessão aprovados pela Resolução da ANATEL nº 678, de 06 de junho de 2017.

⁸ No mercado de STFC de Longa Distância Internacional, tendo em vista a identificação do atendimento ao requisito de ampla competição, o Conselho Diretor da ANATEL, em sua Reunião nº 702, realizada em 27 de junho de 2013, decidiu pela adoção de regime de liberdade tarifária com relação a essa modalidade a partir de 1º de janeiro de 2014, conforme Acórdão do Conselho Diretor nº 111/2013-CD. A esse respeito, o artigo 104 da LGT prevê que, transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato, a ANATEL poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária.

⁹ Ver decisões da ANATEL relacionadas à gestão dos bens reversíveis, por concessionária. Disponíveis em: <<http://www.anatel.gov.br/dados/telefonia-fixa/telefonia-fixa>>. Acesso em: 28 jan 2018.

¹⁰ Conforme modelos aprovados pela Resolução da ANATEL nº 678, de 06 de junho de 2017.

concessionária deve apresentar anualmente a atualização da relação de bens vinculados à concessão. Nessa esteira, os contratos de concessão preveem a necessidade de prévia aprovação, pela Anatel, da aquisição dos bens para que caiba indenização em favor da concessionária.

Os bens das concessionárias associados à continuidade da prestação do STFC são passíveis de reversão e devem constar da lista de bens reversíveis a ser entregue pelas prestadoras à ANATEL periodicamente, conforme previsão contratual. Tendo em vista que o artigo 102, parágrafo único, da LGT estabelece que a reversão ocorrida antes de expirado o prazo contratual da concessão do serviço importa pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, os investimentos na manutenção e na atualização da rede de suporte do STFC devem ser contabilizados separadamente pelas prestadoras e pela Agência.

Interessante notar que, no caso do regime público de prestação de serviços de telecomunicações brasileiro, não se estabeleceu a obrigatoriedade de adoção do instrumento da reversibilidade de bens, nem mesmo se impôs a necessidade de incidência do instituto sobre todo o acervo de bens da concessionária. É o que se denota da Exposição de Motivos nº 231, de 10 de dezembro de 1996¹¹, do Ministério das Comunicações, por meio do qual foi apresentado o Projeto de Lei que daria origem à Lei Geral de Telecomunicações:

Em se tratando de serviço de interesse coletivo, cuja existência e continuidade a própria União se comprometa a assegurar, os bens que a ele estejam aplicados poderão (e não deverão) ser revertidos ao Poder concedente, para permitir a continuidade do serviço público. Mas nem sempre o princípio da continuidade do serviço público supõe a reversão dos bens que lhe estejam afetados. Quando os bens do concessionário não forem essenciais à sua prestação, quer por obsolescência tecnológica, quer pelo esgotamento de sua própria vida útil, a reversão não deverá ocorrer, não precisando, os bens, ser reintegrados ao patrimônio do poder concedente, ao término da concessão.

Nesse mesmo sentido, a LGT foi clara, no seu artigo 93, inciso XI, ao estabelecer que o contrato de concessão indicará os bens reversíveis “se houver”.

A ANATEL regulamentou a forma de acompanhamento dos bens reversíveis por meio de sua Resolução nº 447, de 19 de outubro de 2006, que disciplina os procedimentos relacionados a registro, inventário, desvinculação, alienação, oneração ou substituição dos bens necessários à prestação de serviço de telecomunicações no regime público. O conceito de bens reversíveis foi apresentado nos seguintes termos no Regulamento em questão: Bens Reversíveis são “equipamentos, infraestrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, inclusive Bens

¹¹ Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=331>>. Acesso em: 11 mar 2018.

de Massa, ou direitos integrantes do patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público”.

O Regulamento prevê que a prestadora deve manter atualizado, durante todo o período da concessão, o inventário de todos os bens e direitos integrantes do seu patrimônio, com a informação de serem reversíveis ou não, mantendo o documento disponível por meio de sistema de informações com acesso eletrônico, na forma e nos prazos definidos pela Anatel. Além disso, deverá encaminhar à Agência, anualmente, para aprovação, a sua RBR – Relação de Bens Reversíveis – com as informações pertinentes aos bens necessários à prestação do STFC, acompanhada de parecer de auditoria independente.

A Lei nº 8.987/1995 – Lei de Concessões – prevê, no artigo 35, § 1º, que extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato. A Lei nº 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações – por seu turno, no seu artigo 102, estabelece que a extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis. A redação contida na Lei Geral de Telecomunicações, no sentido de que a *posse* dos bens indispensáveis à prestação reverterá ao poder concedente, causa debates nos âmbitos doutrinário e administrativo.

Com relação ao tema da transmissão de propriedade ao final da concessão, nota-se que a preocupação com o assunto não é contemporânea. Sobre a questão, Afrânio de Carvalho (1956) afirma que a “cláusula de reversão, associada geralmente, não a uma eventualidade, mas a um prazo, equivale correlatamente, não a uma condição, mas a um termo resolutivo”. Nesse sentido, o jurista defende, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que estava se estabelecendo à época, especialmente de lavra do Ministro Orozimbo Nonato, que a reversão equivale a uma cláusula resolutiva, “destinada a operar por si mesma a translação do domínio do concessionário” para o poder concedente ao fim do prazo da concessão.

Para Paulo Todescan Lessa Matos (2014), a Lei Geral de Telecomunicações em nenhum momento trata de expropriação do ativo no momento da reversão, mas sim de posse do ativo. Dessa maneira, a titularidade do bem permaneceria com a empresa para qual houve a venda do controle em 1998. O que ocorreria ao fim do contrato, em 2025, seria uma eventual reivindicação de posse para a continuidade na prestação do serviço, configurando-se, na prática, uma reivindicação de compartilhamento de uso da rede. Assim, a União, diretamente ou por meio de delegatárias ou autorizadas, teria o direito de uso do bem para continuar a prestar a telefonia fixa, se entender necessário. Nesses casos, o professor entende que compartilhamento deve se dar forma compulsória, por se tratar de um poder-dever da União em garantir a continuidade do STFC.

A Procuradoria Federal Especializada junto à ANATEL emitiu recentemente Parecer¹² no qual expressa seu entendimento de que, no momento da reversão, os bens vinculados à concessão passam a ser de propriedade do poder concedente.

Outro debate que se faz com relevância na doutrina e no âmbito da Administração diz respeito às duas concepções existentes a respeito do conteúdo da regra de reversibilidade. De um lado há a visão chamada de patrimonial ou de patrimonialista; de outro, há a visão funcional, conforme leciona Floriano de Azevedo Marques Neto (2004, *apud* PEREIRA NETO, ADAMI e CARVALHO, 2016):

Na primeira [patrimonial], os bens reversíveis são aqueles cuja titularidade está aferrada ao fato de ser o poder público o titular do serviço público. Sendo o serviço público uma atividade reservada à prestação em regime público (excepcional em relação à regra geral de liberdade de empresa e de iniciativa) e de titularidade do ente estatal, teríamos que os bens titularizados pela pessoa jurídica de direito privado (concessionária) ou adquiridos por força econômica das receitas auferidas com a exploração do serviço seriam, necessariamente, públicos, ainda que momentaneamente trespassados à posse (ou domínio útil) do particular.

Na segunda, funcional, o plexo de bens reversíveis estaria mais ligado à sua afetação ao serviço público. Ou seja, o traço da reversibilidade decorreria não do fato do bem integrar o patrimônio de um delegatário do poder público ou ter sido adquirido com receitas de natureza tarifária. Seria sim decorrência do seu emprego, da utilização ou, melhor ainda, de sua essencialidade (imprescindibilidade) para a prestação do serviço público.

A primeira concepção dá mais ênfase à ideia de propriedade sobre os ativos do que à própria necessidade de preservação do serviço público, considerando que da titularidade sobre o serviço decorreria a necessidade de que o Estado detivesse uma expectativa de recebimento de direitos reais sobre os bens da concessionária. Por seu turno, a segunda concepção não incorpora tal elemento patrimonial e “não considera necessária a projeção de direitos de proprietário sobre o acervo de bens da concessão, bastando que o Poder Concedente regule o serviço delegado e assegure mecanismos de manutenção de sua continuidade”. Assim, a necessidade de garantir a continuidade na prestação gera obrigações tanto ao concessionário quanto à Administração Pública, aparecendo, a reversibilidade, como mecanismo para impedir a descontinuidade (PEREIRA NETO, ADAMI e CARVALHO, 2016).

Por fim, vale consignar que os modelos de contrato de concessão aprovados pela regulamentação da ANATEL preveem a necessidade de que tenha ocorrido a aprovação prévia pela Anatel da aquisição dos bens para que caiba indenização em favor da concessionária.

¹² Ver Parecer nº 00114/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU. NUP 53500084866201747. Chave de acesso: f5ae702e. Disponível em: <<https://sapiens.agu.gov.br/externo>>. Acesso em: 16 abr 2018.

II.1.4. Universalização

No setor de telecomunicações brasileiro, o critério para determinar a adoção do regime público na prestação dos serviços foi a assunção, pela União, do dever de assegurar a continuidade e a universalidade da atividade convertida. O artigo 64 da Lei Geral de Telecomunicações prevê expressamente que “comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar”, incluindo nessa classe de serviço “as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral”.

Nesse sentido, a Constituição Federal, conforme consta do seu artigo 21, atribuiu o poder-dever de assegurar a toda gente o acesso e a fruição dos serviços de telecomunicações exclusivamente à União (MARQUES NETO e COSCIONE, 2011).

A LGT, no primeiro dispositivo legal que trata dos Serviços Prestados em Regime Público, artigo 79, estabelece que a ANATEL “regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público”. Além disso, conceitua as obrigações de universalização como aquelas que “objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público”.

Nesse aspecto, contudo, é interessante notar que a Lei Geral de Telecomunicações, no seu artigo 2º, inciso I, estabelece que o Poder Público tem o dever de “garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas”, de forma que o legislador cuidou de incluir, também, as atividades prestadas em regime privado nos objetivos de expansão dos serviços.

Observa-se, assim, que os serviços públicos de telecomunicações incorporaram obrigações específicas de universalização assumidas pelas concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC (PEREIRA NETO e ADAMI, 2014). Isso se deu porque a política pública que deu ensejo às primeiras medidas governamentais tomadas com objetivo de difundir o acesso dos serviços pautou-se nos imperativos socioeconômicos e tecnológicos existentes em 1998, os quais apontavam unicamente para a universalização do STFC (MARQUES NETO e COSCIONE, 2011).

Assim, a Lei Geral de Telecomunicações, no seu artigo 64, parágrafo único, incluiu nominalmente o STFC, e somente tal atividade, na categoria de serviços a serem prestados no regime público, com universalização e continuidade asseguradas pela União. Contudo, a LGT, no

seu artigo 18, inciso I, atribuiu ao Poder Executivo, por meio de decreto, a instituição ou eliminação de prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado.

As obrigações de universalização das concessionárias são definidas conforme as diretrizes traçadas pelo Plano Geral de Metas para a Universalização, cuja última versão foi aprovada pelo Decreto nº 7.512, de 30 de junho de 2011. A Resolução da ANATEL nº 598, de 23 de outubro de 2012, por seu turno, aprovou o Regulamento de Obrigações de Universalização.

Os contratos de concessão do STFC¹³ preveem que a universalização constitui traço essencial do regime de prestação do serviço concedido e será caracterizada pelo atendimento uniforme e não discriminatório de todos os usuários e pelo cumprimento das metas constantes do Plano Geral de Metas para a Universalização, nos termos do artigo 18, inciso III, e do artigo 80 da Lei n.º 9.472, de 1997. Além disso, os contratos de concessão estabelecem que os custos de implementação das metas de universalização constantes do Plano Geral de Metas para a Universalização serão suportados com recursos da Concessionária.

A ampliação das redes, em uma situação ideal, embora demande investimento inicial, seria amortizada em um prazo determinado pela remuneração decorrente da prestação do serviço junto a novos usuários, mediante a prática de tarifa módica e não discriminatória, pela qual deverão ser compensados, inclusive, os novos custos de manutenção incorridos. Entretanto, em um país com as características do Brasil, especialmente a dimensão territorial, a baixa densidade populacional e diferenças relevantes na renda regional, o objetivo de universalizar o serviço depende de mecanismos que viabilizem investimentos, mesmo quando não for possível a obtenção de retorno em bases de mercado (PEREIRA NETO e ADAMI, 2014).

Nesse sentido, o já citado artigo 81 da LGT previu as fontes dos recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço. Foi prevista a utilização do Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de recursos provenientes de um fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual devem contribuir prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, o qual veio a ser denominado FUST – Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações.

Conforme argumentam Caio Mario da Silva Pereira Neto e Mateus Piva Adami (2014), uma preocupação central no desenho do financiamento das obrigações de universalização era zelar

¹³ Conforme modelos aprovados pela Resolução nº 678, de 06 de junho de 2017

pela ausência de vantagens ou de desvantagens competitivas para os prestadores de serviços atingidos, ou seja, foi adotada a premissa de neutralidade em relação à concorrência no modelo estabelecido, de forma a evitar distorções nos mecanismos de mercado. Dos modelos aventados originalmente para o financiamento da expansão do serviço, apenas os subsídios governamentais diretos e a criação do fundo específico foram considerados compatíveis com essa premissa.

É importante notar que, conforme o artigo 80 da LGT, acima mencionado, as obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, devendo serem detalhadas as fontes de financiamento, as quais devem ser neutras em relação à competição.

O Edital MC/BNDES nº 1/1998, pelo qual se deu a privatização das antigas empresas estatais do setor, previa que os controladores das concessionárias deveriam se comprometer a investir recursos suficientes para dar cumprimento aos seus deveres de universalização, na forma aprovada pelo Decreto nº 2.592/1998, que ficou conhecido como PGMU I – Plano Geral de Metas para a Universalização I. Assim, os professores Caio Mario da Silva Pereira Neto e Mateus Piva Adami (2014) entendem que as metas do PGMU I deveriam integrar de forma indissociável a equação financeira dos contratos de concessão, de forma que deveriam ser indicadas as origens das fontes adicionais de recursos sempre que novos investimentos forem fixados pelo órgão regulador na revisão das metas.

O PGMU I previa, dentre outras obrigações, a instalação de STFC, com acesso individual, até 31 de dezembro de 2003, em todas as localidades com mais de seiscentos habitantes, e até 31 de dezembro de 2005 em todas as localidades com mais de trezentos habitantes. Além disso, o plano previa a instalação de TUP – Telefone de Uso Público – em localidades com mais de seiscentos habitantes até 31 de dezembro de 2001, em localidades com mais de trezentos habitantes até 31 de dezembro de 2003 e com mais de cem habitantes até 31 de dezembro de 2005. O documento indicava, também, metas relacionadas à densidade a ser alcançada de Telefones de Uso Público por habitante.

O Decreto nº 4.769/2003, que ficou conhecido como PGMU II – Plano Geral de Metas para a Universalização II, reduziu a densidade estabelecida de TUPs por habitante, exigindo, como contrapartida, a instalação de PSTs – Postos de Serviços de Telecomunicações¹⁴. Assim, os investimentos necessários à imposição das novas metas, quais sejam a instalação dos PSTs, decorreram do montante que deixou de ser investido com a ampliação da densidade dos TUPs.

¹⁴ PST – Posto de Serviço de Telecomunicações, conforme definido no Decreto nº 4.769/2003, é um conjunto de instalações de uso coletivo, mantido pela concessionária, dispondo de, pelo menos, TUP – Telefone de Uso Público – e TAP – Terminal de Acesso Público -, o qual se trata de terminal que permite o acesso ao STFC com funções complementares que possibilitem o acesso à internet.

Na mesma linha, o Decreto nº 6.424/2008 substituiu as metas de instalação de PSTs por metas de implementação de *backhaul* em municípios não atendidos. Conforme conceituado no Decreto em comento, *backhaul* é a infraestrutura de rede de suporte do STFC para conexão em banda larga, interligando as redes de acesso ao *backbone* da operadora. Ou seja, as metas estabelecidas no Decreto em questão dizem respeito à obrigação de disponibilização e compartilhamento de elementos da rede física do STFC da concessionária nos municípios estabelecidos para possibilitar a oferta de internet banda larga pelos provedores¹⁵.

O Decreto nº 7.512/2011 que aprovou o PGMU III - Plano Geral de Metas para a Universalização III, atualmente em vigor, novamente reduziu a meta de densidade de TUP por habitante e impôs, em substituição, novas metas de universalização, em especial relacionadas à telefonia rural. Em resumo, as metas de universalização hoje vigentes, contidas nos Decretos acima mencionados, incluem a obrigação de: (i) manter um TUP nas localidades entre 100 e 300 habitantes; (ii) manter, nas localidades com mais de 300 habitantes, TUPs de forma que qualquer ponto da localidade esteja a no máximo 300 metros de um equipamento; (iii) atender estabelecimentos de ensino, de saúde, de segurança pública, bibliotecas e museus públicos, além de instalações do Poder Judiciário, do Ministério Público e de defesa do consumidor; (iv) atender com TUPs, mediante solicitação dos respectivos órgãos competentes, comunidades quilombolas, assentamentos de trabalhadores rurais, escolas públicas, postos de saúde públicos, aldeia indígenas, organizações militares das Forças Armadas, posto da Polícia Rodoviária Federal e aeródromos públicos; (v) tornar acessível ao público em geral um PSM – Postos de Serviços Multifacilidades, que consiste em um conjunto de instalações de uso coletivo que ofereça acesso de voz, internet, digitalização, impressão e transmissão de texto e imagem para atender a cada cooperativa localizada em área rural, mediante solicitação de seu representante legal.

A proposta do novo Plano Geral de Metas para a Universalização elaborada pela ANATEL encontra-se atrelada à aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 79/2016, pelo qual se objetiva abrir a possibilidade de adaptação das concessões outorgadas em regime público para autorizações, a serem prestadas em regime privado, mediante a assunção de compromissos de

¹⁵ A imposição de metas de universalização de STFC sob forma de implementação de *backhaul* não é prática pacificada no âmbito da Agência, não obstante sua aplicação desde 2008. Conforme consta da Análise nº 25/2016-GCIF (Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=339458&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=339458.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2017), por meio da qual o Conselheiro Igor Vilas Boas de Freitas entende que “que não há amparo jurídico para a inclusão, no PGMU, das metas de implementação de infraestrutura de *backhaul* em fibra óptica. De um lado, essas metas, de ampliação da capacidade de transmissão instalada, não se justificam como garantia de acesso ao STFC, representando um desvirtuamento do objeto do contrato e uma sobreposição do PGMU com outras políticas públicas em vigor. De outro lado, a inclusão dessas metas implica a concessão de subsídios a serviços de conexão à internet em banda larga, prestados sob o regime privado, prática vedada pela LGT”.

ampliação da infraestrutura de redes de alta capacidade para locais em que a competição não se encontra estabelecida.

O Conselho Diretor da ANATEL, em sua Reunião nº 816, realizada em 15 de dezembro de 2016, aprovou as novas minutas dos contratos de concessão a serem firmados em razão da revisão quinquenal determinada na Cláusula 3.2 dos contratos vigentes, incluindo as novas metas de universalização e qualidade. Na reunião também foi aprovada a minuta de Plano Geral de Metas para a Universalização para envio ao Poder Executivo para aprovação por meio de Decreto. O texto modelo dos novos contratos foi publicado no Diário Oficial da União em 8 de junho de 2017, por meio da Resolução da ANATEL nº 678/2017. Contudo, em decorrência de discordância das concessionárias com relação a cláusula referente à assunção dos saldos decorrentes das desonerações das metas de universalização ocorridas nos últimos PGMUs, acima relatadas (POSSEBON, 2017a e 2017c), as empresas se recusaram a assinar os contratos.

Além disso, foi impetrado mandado de segurança¹⁶ em face da tramitação do Projeto de Lei da Câmara nº 79/2016¹⁷ no Senado. Por meio do *mandamus*, um grupo de treze senadores questionou o envio do projeto para sanção presidencial sem apreciação da matéria pelo plenário¹⁸, o que seria exigido pelo artigo 58, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, tendo em vista a interposição de recurso não apreciado pela Mesa Diretora daquela Casa¹⁹. Em 5 de outubro de 2017, o Supremo Tribunal Federal decidiu o mérito do mandado de segurança interposto, determinando a apreciação do Projeto de Lei da Câmara nº 79/2016 pelo plenário do Senado Federal.

Diante da ausência da entrada em vigor do projeto de lei em questão, e diante da recusa das concessionárias em assinar a revisão dos contratos, o governo federal manteve em vigor as regras do PGMU III. O MCTIC solicitou à ANATEL, em 6 de outubro de 2017, que dê continuidade à implementação de novas metas de universalização, independentemente de futura aprovação do projeto de lei que possibilitará a extinção das concessões atualmente vigentes (POSSEBON, 2017b; GROSSMANN, 2017).

¹⁶ Mandado de Segurança do STF nº 34562, impetrado por Luiz Lindbergh Farias Filho e outros em face do Presidente do Senado Federal, atualmente relatado pelo Min. Alexandre de Moraes.

¹⁷ O referido projeto foi aprovado nas Comissões de Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, na Comissão de Constituição e Justiça e na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviço, com alterações desta última, do Congresso Nacional, sob o nº 3453/2015, e enviado para aprovação do Senado em 29 de novembro de 2016. Para mais informações, ver 'PL 3453, que acaba com concessão de telefonia e com licitação de espectro, avança para o Senado. *Tele.Síntese Portal de Telecomunicações, Internet e TICs*, São Paulo, 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/pl-3453-que-acaba-com-concessao-de-telefonia-e-com-licitacao-de-espectro-avanca-para-o-senado/>>. Acesso em 30 out. 2017.

¹⁸ O Projeto de Lei da Câmara nº 79/2016 foi aprovado no Senado Federal no âmbito da Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional.

¹⁹ Ver 'Senadores questionam aprovação de Nova Lei das Telecomunicações'. *Notícias STF*, Brasília, 21 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=332716&caixaBusca=N>>. Acesso em: 30 out. 2017.

No direito comparado, a regulação inaugurada pela *Telecommunications Act* de 1996 norte-americana também traz a lume o desafio de estimular inovações e diversificação de serviços por meio da competição de mercado ao mesmo tempo em que busca promover os serviços a parcelas crescentes da população menos desprovida por meio de mecanismos de financiamento (LEHFELD, 2003). No caso norte-americano, a FCC – Federal Communications Commission, com o consentimento do poder legislativo, define o que constituem os serviços universais, que são referidos na lei como um nível de serviços em constante evolução.

Jean-Jacques Laffont e Jean Tirole (2001) utilizam-se do conceito anglo-saxão de serviço universal, que o define como serviços de telecomunicações que devem ser ofertados com qualidade, a preços acessíveis aos consumidores, incluindo consumidores de baixa renda, em todas as regiões do país, incluindo áreas rurais e insulares.

Um fundo federal suporta a prestação de serviços de telecomunicações nos Estados Unidos (SCHYMURA, 2014), incluindo telefonia fixa e serviços de banda larga, em áreas de alto custo, para os grupos de consumidores de baixa renda, instalações de saúde, escolas e bibliotecas nas zonas rurais. O fundo é administrado por uma organização independente não lucrativa, a USAC – Universal Service Administrative Company, financiada através de taxações de todos os prestadores de serviços, incluindo fornecedores de VoIP. Contudo, o acesso à internet e a serviços baseados em internet não estão sujeitos a essa taxaço (ADVISIA OC&C STRATEGY CONSULTANTS, 2015).

A União Europeia, por meio de seu parlamento, adotou a Diretiva 2002/22/EC, emendada pela Diretiva 2009/136/EC, no intuito de acompanhar a abertura do mercado das telecomunicações à concorrência, em consonância com os progressos tecnológicos e os requisitos do mercado. O referido texto garante, no âmbito europeu, a prestação de um conjunto mínimo de serviços definidos a todos os usuários finais, independentemente da sua localização geográfica, a um preço acessível. Nesse sentido, a diretiva estabelece que cabe ao Estado-Membro decidir, com base em critérios objetivos, em qual contexto específico será exigido o cumprimento de obrigações de serviço universal.

Atualmente, o serviço universal no âmbito europeu deve ser capaz de suportar comunicações de voz, fax e dados a taxas de dados suficientes para permitir o acesso funcional à internet. A diretiva exige a imposição de obrigações, pelos Estados-Membro, de instalação de telefones públicos de forma a satisfazer as necessidades dos usuários, inclusive portadores de deficiências.

O documento prevê, ainda, que as empresas designadas para a prestação do serviço universal sejam compensadas pelos custos líquidos específicos envolvidos, de forma que os encargos sejam recuperados de forma competitivamente neutra. Assim, a diretiva recomenda que os fundos de universalização dos Estados-Membro sejam constituídos por recursos recolhidos pelas prestadoras de forma geral. Quanto à utilização do fundo, foi recomendado que o método de repartição se baseie em critérios objetivos e não discriminatórios, e que esteja em conformidade com o princípio da proporcionalidade. A contribuição para o fundo de universalização, conforme a diretiva, deve ser utilizada exclusivamente para o financiamento das obrigações de serviço universal, não devendo ser aplicada em outras atividades que não estejam diretamente ligadas à prestação das obrigações de serviço universal.

A *Telekommunikationsgesetz*, a lei setorial alemã, nos termos do § 78(1), define que serviços universais são aqueles em que, à medida que se tornaram indispensáveis, atribuiu-se determinado nível de qualidade, e ao qual todos os usuários deverão ter acesso a um preço razoável, não importando o seu local de residência ou de trabalho. A referida lei, no § 80, prevê que a cobrança de uma contribuição para universalização somente se dará em face das prestadoras detentoras de poder de mercado significativo, e somente se o atendimento estiver sendo deficitário em determinada região. O montante da contribuição será equivalente ao valor necessário para cobrir o déficit.

A universalização de serviços de voz na Alemanha, contudo, não é uma preocupação relevante porque as questões envolvendo cobertura já foram suficientemente atendidas. Houve uma tentativa, em 2011, de se instituir o serviço de banda larga como serviço universal, mas tal medida não foi aprovada (ADVISA OC&C STRATEGY CONSULTANTS, 2015).

II.2. Regime Privado de Prestação

A partir das reformas estatais ocorridas em meados dos anos 1990, especialmente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 8, de 25 de agosto de 1995, transferiu-se à iniciativa privada a exploração dos serviços de telecomunicações, sendo reservadas ao Estado as funções de regular e coordenar o setor, tendo sido criada a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel – com esse objetivo.

A Emenda Constitucional nº 8/1995, na verdade, suprimiu a exigência de que as outorgas de serviços fossem concedidas exclusivamente a empresas sob controle acionário estatal. Após a promulgação da Emenda, foram editadas duas leis específicas para o setor de

telecomunicações: a Lei nº 8.987/1995, conhecida como “Lei do Cabo” e a Lei nº 9.295/1996, conhecida como “Lei Mínima de Telecomunicações”, pelas quais foi regulamentada, de forma sucinta, a organização de alguns serviços de telecomunicações, tais como TV a cabo, telefonia móvel celular e transmissão de sinais por satélite. Contudo, a liberalização do setor por meio da alienação das participações da Telebras em suas subsidiárias apenas se materializaria com o advento da Lei Geral de Telecomunicações (PEREIRA NETO, ADAMI e CARVALHO, 2016).

Sobre o processo de desestatização das subsidiárias da Telebras, Caio Mario da Silva Pereira Neto, Mateus Piva Adami e Felipe Moreira de Carvalho (2016) apontam que a LGT autorizou a desestatização das subsidiárias do grupo empresarial em duas fases. Na primeira, as subsidiárias do Grupo Telebras, bem como as empresas regionais independentes de capital privado, que não haviam sido incorporadas ao Grupo, foram obrigadas a pleitear a celebração de novos contratos de concessão com a União, sob pena de suas concessões vigorarem apenas até o esgotamento de seu prazo original. Na segunda fase, operou-se a transferência do controle societário dessas concessionárias do STFC, que passaram a ser sociedades integralmente privadas, de forma que a relação dessas empresas com o Estado passou a se resumir ao vínculo regulatório decorrente de seu contrato de concessão.

A Lei Geral de Telecomunicações, Lei nº 9.472/1997, regulamentou o dispositivo constitucional e criou o órgão regulador, como “entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, vinculada ao Ministério das Comunicações, com função de órgão regulador das telecomunicações”. Assim, a Agência Nacional de Telecomunicações configura-se como ente descentralizado, dotado de independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, autonomia financeira e funcional, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, o que lhe confere o desprendimento necessário para realização da regulação setorial (MARQUES NETO e COSCIONE, 2011). A Agência, portanto, não possui relação de subordinação ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Telecomunicações, mas é vinculada a esse órgão, a quem compete, por meio de Decreto, definir as políticas públicas do setor.

A Emenda Constitucional nº 8/95, ao eliminar a restrição existente no texto originário da Constituição Federal no sentido de limitar a exploração de serviços de telecomunicações diretamente pelo Estado ou pelas concessionárias dotadas de controle acionário estatal, inaugurou, no setor, o regime de prestação por competição. Em verdade, conforme se observa da Exposição de Motivos da Lei Geral de Telecomunicações, a reestruturação do setor deu-se sob duas premissas: a universalização dos serviços e a plena competição. Por meio da primeira premissa, busca-se a expansão do conjunto de indivíduos com acesso aos serviços, enquanto, pela segunda, pretende-se

diversificar a oferta de serviços e de prestadores num quadro de disputa que permita elevar a qualidade e reduzir os preços, rompendo-se com o padrão monopolista (MARQUES NETO e COSCIONE, 2011).

Ao tempo da privatização do setor de telecomunicações, havia uma preocupação premente: encontrar mecanismos que conduzissem os entes privados a disponibilizar serviços essenciais de telecomunicações a todos os brasileiros, independente da ausência de interesse comercial das companhias em certas regiões do país. Ao mesmo tempo, o sistema a ser adotado deveria atrair investimentos e permitir o desenvolvimento de um ambiente competitivo, capaz de fomentar o incremento na qualidade dos serviços prestados e o desenvolvimento tecnológico.

No intuito de conciliar ambos os anseios, o de alcance da universalização e o de fomento à competição, o legislador pátrio definiu que os serviços de telecomunicações, quanto ao regime jurídico de sua prestação, podem ser classificados em públicos e privados, conforme consta do artigo 63 da Lei Geral de Telecomunicações. O serviço de telecomunicações em regime público, conforme já visto, é prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição à sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade. Por seu turno, os serviços prestados em regime privado, disciplinados pelos artigos 126 e seguintes da LGT, são explorados segundo os princípios constitucionais da atividade econômica, mediante autorização. Pretendia-se, assim, inaugurar um ambiente competitivo, capaz de atrair investimentos e de fomentar o desenvolvimento do país.

O texto original da Lei Geral de Telecomunicações, no seu artigo 86, estabelecia que a concessão somente poderia ser outorgada a empresa constituída exclusivamente para explorar os serviços de telecomunicações objeto da concessão. Ou seja, a concessionária somente poderia possuir, no seu objeto social, a prestação do serviço objeto da concessão. Contudo, a própria LGT já possuía, à época, um dispositivo que tornava possível a detenção concomitante, pela concessionária, de autorizações de outros serviços. O artigo 207, § 3º, da lei já previa que “em relação aos demais serviços prestados pelas entidades a que se refere o *caput*, serão expedidas as respectivas autorizações ou, se for o caso, concessões”. O texto mitigou a limitação vigente de exclusividade de prestação do STFC, pela concessionária, antes da abolição do dispositivo (PEREIRA NETO, ADAMI e CARVALHO, 2016), o que veio a ocorrer por meio da Lei nº 12.485/2011.

Com o intuito de dar andamento aos objetivos de se inaugurar um ambiente competitivo, capaz de atrair investimentos e de fomentar o desenvolvimento, a Telebrás foi dividida em 13 empresas, reduzindo-se seu poder de mercado, sendo 9 constituídas para prestação do então denominado Serviço Móvel Celular (Banda A), 1 de serviços de longa distância (Embratel) e 3 para prestação do STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado (Telemar, Telesp e Brasil Telecom)

(PINHEIRO e SADDI, 2005). Nessa esteira, o Plano Geral de Outorgas, instituído pelo Decreto nº 2.534/1998, orientou a divisão da Telebrás a partir da divisão do país em regiões para prestação do STFC.

Nos anos seguintes à privatização, foram autorizadas novas entrantes para a exploração do STFC, que ficaram conhecidas como “espelhos”. Além disso, foram promovidas licitações de direitos de uso de radiofrequências, correspondentes às Bandas B, D e E, que possibilitaram a entrada de novos atores no mercado de telefonia móvel.

Com relação ao STFC, nesse momento inicial, a estrutura de mercado constituía-se em um duopólio por região do PGO, formado por uma concessionária e uma autorizada atuando em cada região. Nessa primeira fase, o Plano Geral de Outorgas impôs restrições relativas à transferência de outorgas ou de controle societário das concessionárias do serviço, além de fixar padrões para se identificar coligações no setor, estabelecendo prazo para liberalização do mercado para dali a cinco anos, com a possibilidade de adiantamento da data estabelecida caso se verificasse a antecipação do cumprimento de metas de universalização pelas concessionárias (MARQUES NETO e COSCIONE, 2011).

No intuito de balancear as assimetrias existentes entre as incumbentes (resultantes da divisão da Telebrás) e as novas entrantes, foi criado um regime de prestação do STFC explorado concomitante em regimes público e privado. Tal modelo se estruturou numa tentativa de equilíbrio entre universalização e competição. Para viabilizar essas duas metas de forma concomitante, o sistema jurídico introduziu o conceito de *assimetrias regulatórias* (MARQUES NETO, 2002b).

Para Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005), a reforma regulatória do setor antecipou, de forma correta, que a simples liberalização da entrada não seria suficiente para criar competição, especialmente no STFC local. Para contrabalancear as vantagens das incumbentes, a LGT faz amplo uso de regulações assimétricas, que impõem menos responsabilidades e dão mais flexibilidade aos novos entrantes do que às concessionárias.

Assim foi delineada a organização dos regimes de prestação dos serviços de telecomunicações no Brasil: foi estabelecido um regime público a ser seguido pelas empresas que adquiriram as redes preexistentes do Sistema Telebrás, aplicável ao serviço de telefonia fixa, com obrigações de universalização e continuidade do serviço, controle tarifário e reversibilidade dos bens necessários à prestação do serviço à União em caso de interrupção na prestação, e com a criação de um Fundo destinado a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço.

Paralelamente, foi instituído um regime privado, baseado nos princípios constitucionais da atividade econômica e da livre iniciativa para a prestação dos demais serviços de telecomunicações e da própria telefonia fixa, conforme estabelecido no artigo 126 da Lei Geral de Telecomunicações. Com vistas a permitir a competitividade na exploração dos serviços, a LGT criou um novo modelo de organização, flexibilizando a concepção formalista de serviço público e dando base ao entendimento de que os serviços de telecomunicações podem ser submetidos a regime de direito privado (ESCOBAR, 2005).

É interessante observar que a Lei Geral de Telecomunicações tentou criar um sistema de concorrência que envolvesse, inclusive, os serviços prestados em regime público, criando um ambiente concorrencial que pudesse abranger, também, os serviços explorados sob a forma de concessão (FARACO, 2003). Conforme permitido pelo artigo 65 da LGT, o Serviço Telefônico Fixo Comutado é prestado, atualmente, nos regimes público e privado, de forma concomitante. Os demais serviços de telecomunicações, a exemplo da telefonia móvel, da banda larga (fixa e móvel) e da televisão por assinatura, são explorados, hoje, exclusivamente no regime jurídico privado de prestação.

II.2.1. Autorização, regime privado e livre iniciativa

Para Fernando Herren Aguillar (2006), o princípio da liberdade de iniciativa é o resguardo jurídico assegurado ao agente econômico para que possa empreender o que desejar sem interferência estatal. O professor destaca que o princípio da liberdade de iniciativa e o princípio da liberdade de concorrência são tomados erroneamente como sinônimos. Na verdade, tais princípios são contraponto um do outro, na medida em que “o agente econômico é livre para empreender o que bem entenda, desde que não prejudique a liberdade, de outros agentes, de concorrer”. Ao mesmo tempo, e em sentido inverso, “para que haja liberdade de concorrer é preciso que não se utilize em termos absolutos a liberdade de empreender, o que somente pode ser obtido mediante restrições a esta última”.

Para os serviços prestados no regime privado, a Lei Geral de Telecomunicações, no seu artigo 128, estabeleceu que, ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada. Nesse sentido, os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes e o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser.

Além disso, de acordo com o inciso II do artigo 128, nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante. Isso significa dizer que, em regra, não há limites ao número de autorizações. Nesse sentido, o artigo 136 da LGT prevê que não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.

A outorga dos serviços prestados em regime privado dá-se mediante autorização. Diferentemente do conceito administrativista tradicional de autorização, que normalmente é atrelada à conveniência e oportunidade do administrador, no setor de telecomunicações o instituto se trata de ato administrativo vinculado, que faculta a exploração do serviço quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias, por força do artigo 131, § 1º, da LGT. Assim, a autorização, no regime privado de exploração de serviços de telecomunicações, possui caráter vinculado e estável, sendo dever da Agência outorgar a autorização correspondente quando comprovado o preenchimento das condições objetivas e subjetivas estabelecidas nos artigos 132 e 133 da lei.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012), a “autorização de serviços públicos” é ato administrativo unilateral e discricionário, pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público a título precário. A autorização de serviços públicos, conforme a acepção tradicional da doutrina, seria dada no interesse exclusivo do particular que a obtém, não sendo prestada ao público no interesse geral, mas no interesse restrito do próprio beneficiário da autorização. Segundo a autora, a “autorização de serviço de telecomunicações” não encontra guarida nesse conceito, tendo em vista que a Lei Geral de Telecomunicações tratou o instituto como ato vinculado, destinado a autorizar a exploração de atividades privadas submetidas ao poder de polícia do Estado.

Assim, o tratamento dado pela Lei nº 9.472/1997 à autorização de serviço de telecomunicações inovou na matéria e rompeu com os conceitos tradicionais do Direito Administrativo Brasileiro e com o sistema constitucional. Trilhando a direção contrária da doutrina vigente, no sentido de que os serviços públicos devem ser prestados, total ou parcialmente, sob regime de Direito Público, a Lei Geral de Telecomunicações contemplou a possibilidade de submissão ao regime de Direito Privado de serviços reservados ao Estado (GROTTI, 2002). Para Floriano de Azevedo Marques Neto (2015), a autorização se mostra um importante instrumento para ensejar a atuação de particulares sem lhes conferir, contudo, todo o plexo de prerrogativas e direitos que são próprios ao instituto da concessão.

Nessa esteira, a autorização não se trata de ato precário, não sendo possível, portanto, a sua revogação a qualquer tempo sem que o autorizado tivesse direito a indenização (MARQUES NETO e COSCIONE, 2011). Com efeito, as causas de extinção da autorização encontram-se enumeradas no artigo 138 da LGT, que prevê que a autorização de serviço de telecomunicações não terá sua vigência sujeita a termo final, extinguindo-se somente por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação.

Não obstante a autorização de serviços de telecomunicações ser ato vinculado, devendo ser expedida por qualquer empresa que preencha as condições objetivas e subjetivas estabelecidas, existem certas situações em que se evidencia limitações técnicas, especialmente quanto à necessidade de uso de radiofrequências para prestação dos serviços. Em tais circunstâncias, há a necessidade de instauração de processo licitatório pela Anatel, na forma do artigo 164 da LGT.

A Lei Geral de Telecomunicações, no âmbito dos serviços prestados em regime privado, dispõe que o preço dos serviços será livre, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria.

Por seu turno, o artigo 130 da LGT estabelece que a prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação. Para tanto, as normas concederão prazos suficientes para adaptação aos novos condicionamentos.

Nota-se, assim, que, embora a liberdade seja a regra na exploração dos serviços de telecomunicações em regime privado, é possível que o órgão regulador estabeleça regras e condicionamentos na prestação da atividade. De acordo com Fernando Herren Aguillar (2011), a liberdade de iniciativa não é um direito absoluto, pois admite que o Estado possa estabelecer requisitos mínimos para o desempenho de atividades econômicas.

Conforme lecionam Floriano de Azevedo Marques Neto e Milene Louise Renée Coscione (2011), é legítimo que o regulador estipule assimetrias regulatórias em benefício de alguns regulados, em detrimento de outros, quando se verificarem assimetrias econômicas que possam prejudicar o fluxo natural das regras de mercado. Tal situação pode ser observada diante de monopólios naturais ou de barreiras de entrada ditadas por fatores econômicos e, ainda, de hipossuficiência econômica de uma determinada parte, dentre outros fatores.

Assim, os autores defendem que, de forma excepcional, para garantir a aplicação de preceitos, diretrizes e interesses protegidos pela LGT, notadamente a universalização e a competição, a agência reguladora pode intervir na prestação de serviços de telecomunicações

prestados em regime privado, estipulando assimetrias regulatórias (MARQUES NETO e COSCIONE, 2011). Nesse sentido, a lei dispõe, no artigo 135, que a Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade.

Para João Carlos Mariense Escobar (2005), os serviços privados de telecomunicações devem sujeitar-se aos condicionamentos necessários para evitar que a sua exploração pelos particulares possa acarretar prejuízos ao interesse coletivo. Para o autor, a disciplina da exploração de serviço no regime privado busca viabilizar o cumprimento das leis relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos do consumidor.

Nesse mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto Marques Neto (2015) entende que, por meio de autorização, o Poder Público admite a atuação de um privado em segmento sobre o qual tem responsabilidade, submetendo tal admissão a um plexo de condições que podem ir de uma regulação mais intensa até o condicionamento à assunção de alguns compromissos.

Por intermédio do estabelecimento da autorização para exploração de serviços de telecomunicações, o setor pôde ser aberto à iniciativa privada em geral, submetido a um regime concorrencial ou a uma regulação que afasta ou limita em determinado grau a liberdade de ação dos agentes econômicos, ainda que sem adotar-se o regime de serviço público. Nesse sentido, embora possam vir a ser verificados abusos ao poder conferido pelo artigo 174 da Constituição Federal, a depender da extensão da regulação criada, a atuação regulatória mais marcante deve ser considerada legítima em razão da titularidade do ente público sobre as respectivas atividades. Assim, tendo em vista que o Poder Público poderia, inclusive, afastar totalmente os particulares dessa esfera da economia, certamente pode permitir a atuação submetida a estrito esquema de regulação (FARACO, 2003). Nessa esteira, caberá ao Estado definir, de acordo com a relevância e o interesse público em questão, a intensidade das regras e restrições que incidirão sobre dada atividade, seja ela serviço público ou não (MENDES, 2014).

Assim, considera-se que, com a edição da Lei Geral de Telecomunicações, os serviços de telecomunicações passaram a possuir um regime jurídico peculiar, os quais, de acordo com Raquel Dias da Silveira “expressam uma das mais fantásticas e significativas interdisciplinaridades jurídicas já presenciadas entre o Direito Administrativo e o Direito Econômico e demonstram que o Direito atual tende, cada vez mais, a se flexibilizar, diminuindo-se a clássica e rígida separação entre Direito Público e Direito Privado” (2003, *apud* ESCOBAR, 2005).

II.2.2. Assimetrias regulatórias e outras características aplicáveis a serviços prestados em regime privado

É interessante notar que o órgão regulador do setor de telecomunicações vem adotando, de forma paulatina, assimetrias regulatórias que não são definidas pelo regime jurídico de prestação a que o serviço se encontra submetido, mas pelo poder que o grupo econômico em questão exerça perante o mercado.

Antes de adentrar no tema das assimetrias regulatórias estabelecidas conforme o porte das empresas, vale trazer a lume algumas considerações sobre o funcionamento e a interligação entre redes. As características dos serviços de telecomunicações decorrem diretamente das redes estruturadas para disponibilizá-los aos usuários. Assim, seria um completo disparate imaginar empresas de telecomunicações concorrendo a partir de redes fechadas, isto é, que permitissem o acesso apenas aos demais usuários atendidos pelo mesmo agente. A utilidade que um usuário pode auferir de uma rede de telecomunicação de mediação²⁰ está diretamente vinculada ao número de outros usuários com os quais ele pode se comunicar. Assim, o próprio sentido econômico dos respectivos serviços está ligado à organização de uma rede única para a sua prestação (FARACO, 2003).

No intuito de prestigiar o princípio básico da rede aberta, que se coloca como um elemento fundamental à introdução da concorrência (FARACO, 2003), a Lei Geral de Telecomunicações estabeleceu, nos seus artigos 145 e 146, que é obrigatória a interconexão entre as redes destinadas a dar suporte à prestação de serviços de interesse coletivo²¹, no regime público ou privado. Assim, as regras que tratam da obrigatoriedade de interconexão entre as redes não fazem distinção quanto ao regime da prestação, mas quanto ao interesse envolvido, se coletivo ou restrito. Tal dispositivo legal encontra-se em consonância com a doutrina norte-americana das *essential facilities*.

A título de comparação, a doutrina norte-americana aplicável sobre a prestação de serviços de telecomunicações não se encontra fundada sobre noções de serviço público, ou de conceitos essenciais de direito público. As primeiras infraestruturas para exploração de tais serviços eram detidas em regime de monopólio pelo denominado Sistema Bell, oriundo de direitos de patentes. A partir da progressiva abertura dos mercados, a doutrina e a jurisprudência norte-

²⁰ As redes de mediação são aquelas que permitem criar uma ligação entre pontos determinados capaz de suportar a troca de informação entre tais posições, de forma que a transmissão de informações tem caráter bidirecional (FARACO, 2003).

²¹ Existem serviços de telecomunicações de interesse coletivo prestados nos regimes público e privado. Conforme a Lei Geral de Telecomunicações, os serviços de telecomunicações classificam-se em (i) serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito, quanto à abrangência dos interesses a que atendem e em (ii) serviços públicos e privados, quanto ao regime jurídico de sua prestação.

americana necessitaram desenvolver uma teoria para lidar com as constantes recusas de acesso às redes das empresas monopolistas, essenciais para o desenvolvimento de ambiente competitivo. Inaugurava-se a doutrina das *essential facilities*.

Na experiência norte-americana, a American Telephone & Telegraph negava-se a fornecer acesso de sua rede às concorrentes, o que levou a doutrina e a jurisprudência a desenvolver uma doutrina para tratar do problema. Nesse sentido, percebe-se que existem situações em que a recusa de acesso a uma rede, ou seja, uma recusa de contratar, pode configurar um abuso de posição dominante, nos casos em que a conduta do agente impedir o desenvolvimento de uma atividade em outro mercado. Assim, o caráter abusivo da recusa de contratar decorre, não apenas da inviabilização da concorrência em um dos mercados, mas também, porque possibilitaria ao monopolista o controle sobre este. Nessa ótica, trata-se de delito de monopolização, nos termos da Seção 2 do *Sherman Act* (FARACO, 2003).

Para Ana Maria de Oliveira Nusdeo (2002), as *essential facilities* são atividades em que não existe possibilidade de efetiva concorrência, “mas cujo acesso é essencial à manutenção da competição em outras fases da mesma cadeia de produção ou prestação de serviços, funcionando como um “gargalo” (*bottleneck*) do sistema”. Assim, “a política pública deve garantir o acesso e a passagem dos agentes por essa zona de estrangulamento, para que possam chegar ao seu destino – as outras atividades competitivas – com a sua integridade, enquanto agentes de mercado, mantida”. E a recusa de acesso ou de uso de uma estrutura, pelo seu titular, pode caracterizar abuso de posição dominante e domínio de mercados, estando sujeita a punições.

A doutrina das *essential facilities* se desenvolveu a partir de um relevante precedente judicial sobre assunto²², firmado em ação movida pela empresa MCI contra a AT&T. Para Alexandre Ditzel Faraco (2003), trata-se da própria decisão que costuma ser referenciada para tratar da forma como a doutrina geral do *essential facilities* encontra-se atualmente sistematizada. Alegou-se, na lide, que a AT&T, titular de monopólio de telefonia fixa local, negara interconexões à rede da primeira, impedindo-a de fornecer o serviço de telefonia interurbana, na qual concorria contra a própria AT&T. A doutrina que se estabeleceu deu-se no sentido de que a empresa detentora de uma *essential facility*²³ é obrigada a torná-la disponível em bases não discriminatórias (NUSDEO, 2002).

²² MCI Communic. Corp. v. AT&T, 708 F.2d, 1.081, 1.132 (7th Cir.), cert. denied, 464 US., 891, 104, S.Ct. 234 (1983), cit. por NUSDEO, 2002.

²³ A jurisprudência estabeleceu quatro elementos necessários à identificação de recusa ilícita de acesso à rede: (i) o controle de uma *essential facility* por um monopolista; (ii) a impossibilidade de o recorrente duplicar a *essential facility*; (iii) a não permissão de seu uso pelo concorrente; (iv) a viabilidade de prover-se a sua utilização (FARACO, 2003).

A doutrina do *essential facilities* ganhou espaço no direito comunitário europeu, de maneira que a Comissão Europeia possui diversos precedentes do emprego da doutrina ora em estudo, por vezes reconhecendo certas situações como detenção de *essential facility*, e por vezes, ao analisar as peculiaridades de cada caso, afastando sua aplicabilidade. Nesse aspecto, cumpre salientar que a referida terminologia – *essential facilities* – não é empregada no âmbito desse sistema legal (FARIA, 2014).

O Parlamento Europeu e o Conselho aprovaram a Diretiva 2002/19/CE no intuito de disciplinar a interconexão de redes no bloco. O documento prevê que, em um mercado aberto e concorrencial, não deverão existir restrições que impeçam as empresas de negociar acordos de acesso e interconexão entre si, especialmente acordos transfronteiriços. Assim, as empresas que recebam pedidos de acesso devem celebrar os acordos numa base comercial e negociar de boa fé. Nas situações em que ainda se verificam grandes diferenças no poder de negociação entre empresas justifica-se a criação de um quadro destinado a garantir o bom funcionamento do mercado. As autoridades reguladoras nacionais europeias devem ter poderes para garantir, em caso de falha das negociações comerciais, acesso e interconexão adequados e interoperabilidade dos serviços, no interesse dos usuários finais.

No direito concorrencial alemão existe o reconhecimento expresso da doutrina em tela, no § 19(4) da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, a lei concorrencial alemã. Especificamente com relação às telecomunicações, a versão em vigor da TKG – *Telekommunikationsgesetz* – a lei setorial alemã, estabelece no § 30(5) que as empresas que possuem posição dominante devem possibilitar o acesso às suas redes pelos seus concorrentes, em bases não discriminatórias, na medida em que tenham caráter essencial.

No Brasil, conforme estabelecido na LGT, não interessa se determinado serviço é prestado sob forma de concessão ou autorização. Caso esse serviço seja classificado como serviço de interesse coletivo, qualquer que seja o regime jurídico aplicado, as redes que dão suporte ao seu funcionamento deverão ser obrigatoriamente interconectadas às demais redes. Conforme consta dos artigos 152 e seguinte da lei, o provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, e sob preços isonômicos e justos. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo. Caso não haja acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrar as condições para a interconexão.

O artigo 150 da LGT prevê que a implantação, o funcionamento e a interconexão das redes obedecerão à regulamentação editada pela Agência, devendo ser assegurada a compatibilidade

entre as redes das diferentes prestadoras. Nesse diapasão, a ANATEL editou o Regulamento Geral de Interconexão, cuja atual versão foi aprovada pela Resolução nº 410, de 11 de julho de 2005.

A interconexão manifesta-se juridicamente sob a forma de um acordo entre as partes que controlam as redes. Contudo, na sistemática adotada pela LGT existe um dever recíproco de as partes se vincularem por meio de um contrato que disciplinará a interconexão entre as suas redes, nos casos em que sirvam de suporte para serviços de interesse coletivo. O ajuste deverá abarcar não somente o pagamento pelo uso da rede de cada uma das partes, mas, também, a forma de distribuição dos custos relativos à implementação e à manutenção da interconexão (FARACO, 2003).

Além disso, existem regras comuns, aplicáveis tanto aos serviços prestados no regime público, quanto aos prestados no regime privado, relacionadas ao uso compartilhado de infraestruturas pelas prestadoras. Dentre elas, destaca-se o artigo 155 da Lei Geral de Telecomunicações, que estabelece que, para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Nessa linha de raciocínio, foi adotada, no Brasil, a negociação, de forma transparente e padronizada de produtos de atacado ofertados pelos grupos detentores de Poder de Mercado Significativo, por meio do sistema denominada SNOA – Sistema de Negociação de Ofertas de Atacado²⁴. Por meio de tal plataforma é garantido o acesso às redes de infraestrutura das grandes prestadoras, ou, para ser mais preciso, de grupos econômicos detentores de PMS – Poder de Mercado Significativo²⁵, por quaisquer provedores interessados.

A metodologia para se aferir se determinada prestadora, ou se determinado grupo econômico, detém, ou não, posição de PMS consta do referido diploma regulamentar e considera os seguintes fatores: (i) participação de mercado²⁶; (ii) capacidade de explorar as economias de escala do mercado relevante; (iii) capacidade de explorar as economias de escopo do mercado relevante; (iv) controle sobre infraestrutura cuja duplicação não seja economicamente viável; (v) atuação concomitante nos mercados de atacado e varejo.

²⁴ O SNOA se trata de sistema informatizado operado pela Entidade Supervisora de Atacado que permite a conexão entre esta, os Grupos demandantes e os Grupos ofertantes de produtos de atacado, permitindo o envio de ordens de compra e de venda desses produtos, conforme artigo 4º, inciso XIV, do Plano Geral de Metas de Competição, aprovado pela Resolução da ANATEL nº 600, de 8 de novembro de 2012.

²⁵ O conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS – consta do PGMC – Plano Geral de Metas de Competição, aprovado pela ANATEL por meio da Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012, nos seguintes termos: PMS é a “posição que possibilita influenciar de forma significativa as condições do Mercado Relevante”.

²⁶ Diz respeito à detenção de uma participação maior do que 20% do mercado relevante.

O PGMC autoriza a aplicação das seguintes medidas assimétricas aos grupos detentores de Poder de Mercado Significativo²⁷: (i) medidas de transparência; (ii) medidas de tratamento isonômico e não-discriminatório; (iii) medidas de controle de preços de produtos de atacado; (iv) medidas de obrigação de acesso e de fornecimento de recursos de rede específicos; (v) obrigações de oferta de produtos de atacado nas condições especificadas pela Anatel; (vi) obrigações para corrigir falhas de mercados específicas ou para atender ao ordenamento legal ou regulatório em vigor; e (vii) separação contábil, funcional ou estrutural.

No momento, o Plano Geral de Metas de Competição, acima descrito, encontra-se sob revisão²⁸. Já foi realizada a respectiva Consulta Pública necessária à aprovação de novo Regulamento, que se encontra sob o crivo do Conselho Diretor da ANATEL para deliberação²⁹. A nova versão do PGMC buscará compreender uma nova forma de aplicação de assimetrias regulatórias, que considerará o grau de competição existente em cada município para que incidam diferentes níveis de carga regulatória em diferentes situações, a depender do patamar de competição observado em cada caso. Novamente, estão sendo estabelecidas assimetrias regulatórias que independem do regime jurídico dos serviços prestados. No caso, será levado em conta o grau de competição, observado a nível municipal.

Além das experiências acima relatadas, pode-se mencionar, também, dentre os casos de assimetrias regulatórias que independem do regime jurídico, a aplicação de grau diferenciado de regulação decorrente da classificação de certas empresas como prestadoras de pequeno porte. O Regulamento do SCM – Serviço de Comunicação Multimídia³⁰, por exemplo, define prestadora de pequeno porte como sendo aquelas que possuem até cinquenta mil acessos em serviço e excepciona o cumprimento de diversas obrigações para essas prestadoras. Na mesma linha seguiu o RGC – Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações³¹, que também estabeleceu tratamento diferenciado às prestadoras com menos de cinquenta mil usuários. Vale

²⁷ Atualmente, são definidos grupos detentores de PMS para os seguintes mercados relevantes: (i) de terminação de chamadas em redes móveis nas regiões do PGA – Plano Geral de Autorizações; (ii) de oferta atacadista de infraestrutura de rede fixa de transporte local e de longa distância para transmissão de dados em taxas de transmissão iguais ou inferiores a 34 Mbps nos municípios; (iii) de roaming nacional nas ARs – Áreas de Registro; (iv) de oferta de infraestrutura de rede fixa de acesso para transmissão de dados por meio de par de cobre ou cabo coaxial em taxas de transmissão iguais ou inferiores a 10 Mbps nos municípios; e (v) no mercado de infraestrutura passiva para redes de transporte e acesso. Tais medidas são aplicadas a quaisquer prestadoras detentoras de Poder de Mercado Significativo, independente do regime jurídico ao qual os serviços explorados estejam submetidos, não importando se tenham sido outorgados por concessão ou autorização.

²⁸ O artigo 13, § 2º, do Plano Geral de Metas de Competição em vigor, aprovado pela Resolução da ANATEL nº 600, de 8 de novembro de 2012, prevê que a Agência reavaliará a cada quatro anos os mercados relevantes e as medidas regulatórias assimétricas discriminadas no Plano.

²⁹ Ver Processo da ANATEL nº 53500.207215/2015-70. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 31 mar 2018.

³⁰ Aprovado pela Resolução da ANATEL nº 614, de 28 de maio de 2013.

³¹ Aprovado pela Resolução da ANATEL nº 632, de 7 de março de 2014.

salientar que se encontra na Agenda Regulatória da Agência para o período 2017-2018³² a previsão de aprovação de regulamentação com vistas a uniformizar o conceito de prestadora de pequeno porte no arcabouço regulamentar do setor.

É importante mencionar, também, que as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, conforme artigo 73 da LGT. Tal fato possibilita às prestadoras de serviço de interesse coletivo, tanto de regime público, quanto de regime privado, o uso mútuo de postes de distribuição de energia elétrica, o direito de lançar redes de cabos ópticos ao longo das vias públicas, mesmo se concedidas à exploração de particulares (ESCOBAR, 2005). Assim, os bens que integram a rede, embora pertencentes a determinada empresa, cumprem uma função social, tendo em vista que seu uso é garantido, por lei, a outras empresas que dele necessitem, sejam elas do mesmo setor, sejam de setores distintos (DI PIETRO, 2012).

Nesse sentido, a ANATEL aprovou o Regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura de Suporte à Prestação de Serviço de Telecomunicações³³, pelo qual estabelece que o preço do compartilhamento da capacidade ociosa da infraestrutura será definido por meio do valor de Oferta de Referência de Produtos de Atacado relativamente às prestadoras com Poder de Mercado Significativo, independente do regime jurídico aplicável. Além disso, a ANATEL, a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica – e a ANP – Agência Nacional do Petróleo – aprovaram a Resolução Conjunta nº 2, de 27 de março de 2001 (Aneel, Anatel e ANP), na qual são estabelecidos procedimentos sobre resolução administrativa de conflitos sobre o compartilhamento de infraestrutura.

Percebe-se que a LGT oferece garantias de interconexão e mecanismos de composição administrativa dos conflitos relacionados ao tema. Além disso, em condições específicas de mercado, estabelece a obrigatoriedade de compartilhamento de elementos de rede de forma não discriminatória, mediante procedimentos previamente estabelecidos. Assim, pode-se afirmar que o legislador pátrio buscou incorporar ao modelo regulatório as garantias oriundas da doutrina das *essential facilities*, sem vinculação de suas ferramentas a regimes jurídicos de prestação específicos.

³² Ver item 18 da Agenda Regulatória da Anatel para o biênio 2017-2018, aprovada pela Portaria nº 491, de 10 de abril de 2017. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4q_11hzjuDmOSa_zRxbqNb-ZIwaWpOsn1BwPNY3273mcDwjPacsPhkdGIKguzfZNY1gUdatv2iqsWSxy1BS88>. Acesso em: 31 mar 2018.

³³ Aprovado pela Resolução da ANATEL nº 683, de 5 de outubro de 2017.

Capítulo III A regulação econômica e os novos horizontes do Direito Administrativo Brasileiro

Para Carlos Ari Sundfeld (2014), o direito é essencial às operações econômicas, pois determina o espaço em que elas podem ocorrer e condiciona sua montagem, a definição de seu conteúdo e a sua efetiva execução. Nesse contexto, as operações econômicas no mercado envolvem a circulação de bens, de serviços e de riqueza em geral, gerando direitos e obrigações de diferentes espécies, necessitando de instrumentos jurídicos que vinculem os sujeitos em torno das prestações de valor econômico que criam relações jurídicas, tendo em vista que a execução e a estabilidade desses direitos e obrigações necessitam de ser garantidas juridicamente.

O autor ensina que, quando essas operações se dão entre sujeitos não estatais e cuja montagem, conteúdo e execução não sejam alvo de regulação administrativa, pode-se afirmar que se realizam no campo do direito privado. Por seu turno, quando entes estatais forem sujeitos da operação, ou quando haja regulação feita por autoridade da administração pública envolvida, as operações estarão submetidas ao direito administrativo dos negócios ao lado dos condicionamentos do direito privado.

Assim, para o autor, a existência da regulação pública resulta da opção realizada pelo Estado no sentido de influir na organização das relações humanas de forma constante e profunda, mediante uso de poder de autoridade. Reconhecendo que não há conceito jurídico exato de regulação pública, o autor afirma que “no âmbito jurídico essa expressão tem servido para designar o conjunto das intervenções estatais, principalmente sobre os agentes econômicos, e, portanto, o conjunto de condicionamentos jurídicos a que essas intervenções se sujeitam e de mecanismos jurídicos que essas intervenções geram”.

Para o professor, a carga significativa do termo *regulação* advém de sua associação ao adjetivo *econômica*. Tal associação vincula imediatamente a regulação aos debates fundamentais da teoria econômica, especialmente relativos à liberdade econômica, ao poder econômico e à eficiência econômica. Nas palavras do autor:

O objeto “operações econômicas” tem características que devem ser consideradas pela disciplina jurídica respectiva, limitando as escolhas do legislador, da regulador administrativo e dos intérpretes (juristas, advogados, juízes). O desenvolvimento econômico de qualquer país depende de esse ambiente ser favorável à realização de operações econômicas, geradoras de riqueza, de modo que o direito administrativo dos negócios tem de levar esse interesse em conta quando calibra, incentiva ou protege as operações.

O conjunto de normas de organizações administrativas relativas aos negócios tem de gerar operações juridicamente consistentes, propiciando eficiência

econômica e concorrência, mas também equilíbrio com outros valores institucionais.

Assim, o autor defende que, quando a administração é parte em negócios, como ocorre nos contratos de concessão, há necessidade de submissão a um regime jurídico coerente com a lógica econômica. Entretanto, a viabilidade de engajamento da administração nesse tipo de relação, o grau e o modo de engajamento são condicionados por fins institucionais, que são a “razão última de ser do Estado”. Surge, a partir daí, um direito dos negócios específico à administração pública, no qual se verifica a necessidade de imposição de condicionamentos institucionais a negócios em que a administração seja parte, ou a negócios em que exerça função reguladora.

Além disso, o professor ensina que o desafio central na imposição de condicionamentos está em conseguir fazê-lo sem desnaturar os negócios, e sem comprometer a lógica econômica, de forma a incentiva-los, protege-los e calibra-los adequadamente. Nesse contexto, a irracionalidade econômica seria um “vício fatal ao direito administrativo dos negócios”, motivo pelo qual é necessário se evitar defeitos na modelagem jurídica dos mecanismos de regulação administrativa, inclusive nos contratos administrativos, e de organizações estatais encarregadas dos negócios. E, ainda, é preciso impedir a imposição de normas, interpretações e concepções jurídicas contrárias à lógica econômica.

O autor argumenta que os juristas podem contribuir no processo de modelagem dos mecanismos aplicáveis às operações econômicas no campo do direito administrativo dos negócios, tais como medidas, instrumentos e organizações estatais. A maior contribuição dos juristas seria no sentido de verificar a consistência jurídica da modelagem, ou seja, perceber se as características de funcionamento desses mecanismos jurídicos permitem que eles realizem os fins a que foram dirigidos. Isso pode ser realizado por meio da aplicação de testes de consistência nos mecanismos do direito administrativo dos negócios para avaliar sua qualidade jurídica. Os “mecanismos juridicamente inconsistentes podem ser melhorados ou substituídos”. Vale transcrever:

Evidentemente, a produção da regulação administrativa pode ser adequada ou não. Uma regulação de qualidade atende a finalidades variadas, entre elas a de reforçar os negócios. Os instrumentos jurídicos para a qualidade da regulação (tanto os relativos à organização institucional como à mecânica processual-administrativa) têm de ser capazes de evitar falhas regulatórias nocivas aos negócios. Entre esses instrumentos estão a autonomia de agências reguladoras, os requisitos formais e processuais para edição de atos administrativos regulatórios, a consulta pública para edição de normas de regulação e o estudo de impacto regulatório para alteração da regulação.

A regulação realizada pelo Estado pode assumir formas diversificadas a depender do contexto em que se encontra inserida. Mas sempre estabelece uma relação de natureza negocial, com conteúdo adaptável, entre o Estado e seus delegados ou autorizados. Nesse sentido, vale citar:

Nesse campo, a regulação nunca é um episódio, mas relação contínua, com vínculos dotados de constância. Sua constituição e transformação não vêm apenas de atos de autoridade estatal: são vínculos dependentes da vontade de o regulado se engajar e permanecer engajado, e cujas bases essenciais não podem ser destruídas por uma das partes. São, assim, vínculos negociais. Direitos, competências e deveres entre regulador e regulado estão sempre em processo de construção: são adaptáveis.

O autor argumenta que o estabelecimento, pela Constituição e pelas leis, de titularidade estatal a certas atividades é realizado com objetivos variados, e por intermédio de mecanismos de exploração e regimes jurídicos diversos, não havendo uniformidade nesses aspectos. Dessa forma, para se compreender o regime jurídico de determinada atividade estatal explorada por particular, deverá ser realizada “a pesquisa e consideração da legislação de regência”.

Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld (2014) afirma que, quando a Constituição reserva para o Estado certos setores da economia, exclui o dever de observância dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, previstos no artigo 170 da Lei Maior. Assim, quando a atividade é definida constitucionalmente como estatal, cabe ao Estado deliberar livremente quanto à estrutura do mercado, sendo juridicamente viáveis, por exemplo, a exploração monopolista, por empresa estatal, por empresa privada concessionária, por meio de concorrência, dentre outras formas.

Assim, cabe ao legislador e aos administradores legalmente incumbidos dos serviços a tomada de decisões quanto à profundidade da regulação, quanto a implementação de programas de desregulação e quanto à escolha do modelo regulatório aplicável. Com relação à regulação dos preços, o autor destaca que a política tarifária é determinada por lei, de forma que diversos modelos são compatíveis com a Constituição, existindo diversos exemplos de serviços prestados mediante liberdade tarifária, em que os preços são definidos pelos próprios prestadores em função da competição, sem controle estatal, como no caso do transporte aéreo e de certos serviços de telecomunicações. Sobre as possíveis variações de intensidade na atuação regulatória do Estado, vale citar:

A profundidade da regulação nos setores de titularidade pública tem variado bastante, de modo que que flutuam também os graus de liberdade conferida pelo Estado aos particulares que atuam como seus delegados ou autorizados. Essa flutuação vem impactando a legislação e a teoria.

Para o autor, a teoria clássica dos contratos de concessão, construída no século XIX e dotada de prestígio no Brasil até a década de 1980, é inspirada numa visão “bastante interventiva”, na qual os poderes administrativos sobre a concessão independem de previsão expressa e são interpretados ampliativamente, constituindo a forma mais profunda de regulação.

A partir das reformas ocorridas a partir da década de 1990, em que exsurgiram leis setoriais com projetos regulatórios distintos e graus de intensidade regulatória diferentes, a teoria

mais interventiva, que até então pretendia figurar-se como teoria geral, tornou-se obsoleta. O novo quadro normativo tornou inviável a afirmação de que a regulação das atividades de titularidade pública deve ser tão profunda quanto possível. Assim, não há fundamento jurídico para um princípio superior geral que exija sempre regulações de grande intensidade (SUNDFELD, 2014).

Partindo do pressuposto da liberdade econômica plena, de base constitucional, o autor passa a questionar em que medida o princípio da liberdade limita ou condiciona a regulação de atividades privadas pelo Estado. E responde:

As respostas têm variado bastante no tempo, sob a influência de muitos fatores. Mas é significativa a tendência – que se mantém constante – de considerar compatíveis com o direito à liberdade econômica níveis cada vez maiores de regulação, legal ou administrativa, com instrumento cada vez mais variados e potentes. De modo geral, o direito constitucional à liberdade econômica não tem sido uma barreira muito forte ao aumento de regulação das atividades privadas.

Prosseguindo, o autor trata da dicotomia *serviço público x atividade privada* como sendo uma “imagem fundadora”, óbvia, que dispensa “esforço mais consistente de justificação”, formando a visão comum do operador. Tal dicotomia apresenta-se como chave tradicional para compreensão do exercício de autoridade sobre setores da economia. Nessa visão, se algo é serviço público deve sujeitar-se ao *poder estatal concedente*, e se é atividade econômica privada deve sujeitar-se ao *poder de polícia estatal*.

Para o professor Carlos Ari Sundfeld (2014), o uso de classificações apriorísticas, como no caso de *serviço público x atividade privada*, possui efeito discriminador, “levando os sujeitos a tratar diferentemente os elementos de conjuntos distintos, simplesmente porque discriminar é coerente com a afirmação inicial de diferença”. Assim, um efeito positivo da adoção do termo *regulação* é tornar possível a superação desse “dualismo radical” caracterizado pela contraposição entre serviço público e atividades econômicas. A ideia jurídica de *serviço público*, diretamente relacionada com a prática do direito administrativo, passou por profundas mudanças conceituais desde a sua concepção, em virtude das próprias transformações no modelo de Estado.

O termo *regulação* refere-se a debates sobre a intervenção estatal na economia com esteio na teoria econômica, especialmente norte-americana, em que não se usa a dualidade *poder concedente x poder de polícia*. Nesse sentido, o professor destaca que o Brasil está a se acostumar a utilizar um único termo, *regulação*, para designar, tanto autoridade sobre setores que tradicionalmente foram considerados serviços públicos, quanto autoridade sobre setores em que impera a atividade privada.

Dois pontos interessantes são destacados pelo autor. O primeiro é que os grandes serviços públicos, em sua origem, eram muito simples tecnológica e economicamente, de forma que sua disciplina também não era complexa, constituída por exploração monopolista por concessionárias privadas ou empresas estatais. Atualmente, já não predomina a uniformidade de regime jurídico nos diversos setores da economia, de forma que “cada serviço desses é, hoje, objeto de universo jurídico com peculiaridades muito próprias”.

O segundo ponto é que os administrativistas consideravam que os serviços públicos possuíam regime diverso, oposto mesmo, ao das atividades privadas. Contudo, “com o passar dos anos, muitas dessas diferenças foram atenuadas, com novas soluções regulatórias, tanto para serviços públicos como para atividades privadas”. Em diversos casos, “ocorreu convergência dos modelos econômicos de exploração, outrora distintos, o que também aproximou os modelos jurídicos em muitos aspectos”.

A respeito da suposta imposição implícita, na Constituição de 1988, de um regime jurídico único para exploração de serviços públicos, o autor assevera que o texto constitucional não coíbe a adoção, pelo legislador, de diferentes soluções regulatórias na prestação dos serviços, remetendo às leis a disciplina dos direitos e deveres de prestadores, usuários e do poder público.

Em relação às concepções tradicionais do direito administrativo brasileiro, o professor defende que existe um problema de autoafirmação, na medida em que os especialistas ainda veem como missão explicar e divulgar os conceitos fundadores da disciplina, como ato administrativo, poder de polícia, bem público, contrato administrativo, etc., assegurando a sua permanência frente a um direito positivo em mutação.

Sobre a tendência supostamente científica de se tentar apartar as áreas do conhecimento jurídico, o autor explica que, ao tempo da fundação do direito administrativo, a grande preocupação era demonstrar que ela constituía uma classe distinta do direito civil, de forma que a doutrina se focou em identificar aquilo “que pudesse defini-lo em oposição à outra classe”. A oposição entre serviço público e atividade privada teria, pois, decorrido desse fato.

Os ramos do direito não são resultado de rigorosa classificação científica, mas de “puro uso cultural, ligado à história da legislação, da política, da jurisprudência, do ensino e das práticas profissionais”. Assim, o direito administrativo não pode ser constituído por um conjunto de conceitos construídos de forma rigorosa pelo processo de dedução lógica. Ele é uma “reunião de figuras, imagens necessariamente imprecisas, representando realidades jurídicas em operação e mutação constantes” (SUNDFELD, 2014).

Atualmente, o direito administrativo se presta a enfrentar os desafios da regulação, de modo que o serviço público assume dois sentidos: o de privilégio estatal, decorrente do ressurgimento das concessões a partir das privatizações verificadas; e o de dever estatal (e direito dos administrados), em decorrência da assunção do papel de regulador do Estado, com a criação das Agências, e do estabelecimento de diplomas normativos como o Código de Defesa do Consumidor.

Nos primórdios do direito administrativo, a noção de serviço público era um dos conceitos basilares da disciplina, permitindo a divisão do mundo em *público* e *privado*. Tal divisão não serve mais. Hoje, embora a vida privada siga regrada no Código Civil, ela é regulada pelo direito de forma muito distinta, não apenas no diploma civilista. Exemplos são os mercados de bancos e de seguros, os quais, embora não sejam classificados como serviços públicos, são regulados por normas semelhantes àquelas que regulam os serviços públicos tradicionais.

Nessa esteira, o direito positivo atual não possui compromisso com as classificações e conceitos tradicionais, sendo construído por necessidades e objetivos concretos, embora frequentemente incoerentes, e alterados com rapidez.

É importante deixar claro que o serviço público, enquanto conceito estruturante do direito administrativo, perdeu a importância. Apesar disso, a expressão serviço público continua fazendo parte do discurso político-jurídico como lugar comum. Em muitas frases feitas e aforismos, em pareceres e artigos doutrinários, a expressão serviço público costuma ser usada, mesmo sem compromisso com técnicas jurídicas ou com grandes noções estruturantes. São exemplos: o Estado deve cuidar do serviço público, o serviço público não pode parar, o serviço público não pode dar lucro, o serviço público tem de ser protegido etc.

Apesar de constantemente usados, nem todos esses lugares-comuns possuem justificativa normativa na Constituição Federal ou na legislação, não obstante a doutrina frequentemente vinculá-los a dispositivos constitucionais e legais.

Para além da interação entre os universos jurídico e econômico, Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho (2014) analisam a influência mútua observada entre o mundo do direito e o mundo das políticas públicas. Na opinião dos autores, a ideia de política pública não deve se sobrepôr às noções tradicionais de direito, mas, sim, dar uma nova perspectiva ao fenômeno jurídico. Assim, “sob a ótica da ideia de políticas públicas, a tônica pode se deslocar de uma análise mais isolada da norma para outra na qual sejam levados em conta os grandes objetivos perseguidos pelo Estado e a relação entre meio e fins. Haveria, neste sentido, uma ampliação dos horizontes do conhecimento jurídico”.

Ao mesmo tempo, para os autores, o sucesso da ação governamental depende do “ingrediente jurídico”, de forma que para se conceber adequadamente uma política pública, tanto no plano normativo, quanto no plano fático, o Direito e suas variáveis devem ser observadas. Assim, o

Direito possui importância fundamental para as políticas públicas desde a concepção, até a implantação, o controle e a revisão.

As medidas da política pública são definidas por intermédio de normas e atos jurídicos. Além disso, os atos e as normas que definem e condicionam a política pública também são condicionados por outras normas jurídicas, de diferentes níveis hierárquicos, de forma a obrigar o estabelecimento de uma espécie de diálogo com as limitações e exigências do restante do Direito (SUNDFELD e ROSILHO, 2014).

Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho (2014) afirmam que o Direito também condiciona o método de definição da política pública, ou seja, “os trâmites processuais e os requisitos procedimentais que guiarão sua execução”. Além disso, são estabelecidos controles jurídicos sobre as políticas públicas, no intuito de verificar a sua conformidade com as normas jurídicas, o que pode ser determinante na definição dos seus rumos, bem como na sua paralização ou continuidade. Assim, o conhecimento jurídico “tem de estar no centro da discussão de qualquer política pública”.

Os autores destacam, ainda, a importância de se conhecer o papel dos órgãos de controle e a sua forma de atuação na condução das políticas públicas:

A constatação quanto ao papel dos órgãos de controle na gênese das alterações normativas – para manter ou para alterar políticas – é importante para guiar seus intérpretes e aplicadores. Ao fazer esse trabalho a partir das novas normas, as autoridades têm de estar conscientes de que estão em meio a um jogo, de muitos lances, e que os órgãos de controle estarão ansiosos pelo próximo lance. É preciso, então, que as autoridades façam seu lance com plena consciência de que estão jogando.

Para os autores, mais importante do que a engenharia normativa, entendida como o modo pelo qual as normas surgem, é a consistência das políticas, compreendida como a ação contínua dos organismos setoriais aplicadores das normas. Assim, não somente as normas, mas também a experiência, definem os rumos e características das políticas públicas, de forma que a sua configuração e a sua consistência são determinadas pela conjunção do desempenho institucional fixado nas normas e nos atos jurídicos com o desempenho dos organismos estatais a elas ligados.

Para Sidnei Turczyn (2002), a ciência jurídica cuida do dever-ser, de modo que as normas jurídicas são estabelecidas para impor um determinado comportamento. Assim, o direito prevê “uma série de efeitos para determinado comportamento, sob pena de sanções específicas”. A ciência econômica, por seu turno, surge da observação da realidade, formando suas leis a partir dessa observação. Nesse sentido, “as leis econômicas exteriorizam simplesmente uma tendência daquilo que a economia entende que deva ocorrer, ou seja, elas elaboram previsões, nem sempre efetivadas”.

A economia estuda algo extremamente sério que é a escassez de recursos naturais e materiais. Assim, por um lado, há escassez de recursos e, por outro lado, há as necessidades humanas, que são praticamente ilimitadas. O direito, por meio da disciplina da concorrência, coordena essas duas realidades, as necessidades ilimitadas e os recursos escassos, tendo em vista que “este ramo do conhecimento jurídico destina-se a estipular as formas pelas quais os agentes econômicos devem atuar no mercado, dentro de uma determinada orientação política” (TURCZYN, 2002).

Sidnei Turczyn (2002) defende que a nova função do Estado, com relação aos serviços públicos, seria a de criar o mercado competitivo. Considerando que a concorrência consiste na disputa pelo consumidor por meio do menor do preço e da melhor qualidade dos produtos, a criação de um mercado concorrencial torna possível que a fixação dos preços pela prestação dos serviços se dê por conta do próprio mercado. Nesse contexto, cabe às agências reguladoras a função garantir que o mercado concorrencial funcione corretamente. Sobre o assunto:

A partir do momento que a ANATEL formar o mercado concorrencial de telecomunicações, sua função estará cumprida nesta atribuição legal. Este mercado deverá, então, desenvolver-se pelas regras concorrenciais normais, sem distinção pelo fato de se tratar de um serviço público, sob pena de criarmos, novamente, realidades totalmente diferentes na formação de preço do serviço ou no agrupamento empresarial, por exemplo.

Esta situação terá como efeitos uma mudança quanto à regulação da atividade, pois estes serviços terão sua prestação regida por um regime jurídico mais próximo do Direito Contratual corriqueiro, ao invés do regime de Direito Público/Administrativo. [...]

O Poder Público deverá, então, estar preparado para solucionar tais problemas que se colocam neste período recente de transformações do Direito, em que o público e o privado cada vez mais se aproximam, a fim de regular setores da economia que movimentam um volume de recursos substancial e dizem respeito a relevantes necessidades da população, de modo a tornar compensadores e lucrativos os investimentos da iniciativa privada na busca de ganhos de produtividade em benefício dos destinatários dos serviços.

Nessa mesma linha, Conrado Hübner Mendes (2002) afirma que, na aplicação da regulação, entendida como a mecânica estatal de ordenação das atividades econômicas, cabe ao Estado definir, de acordo com a relevância e o interesse público em questão, a intensidade das regras e restrições que incidirão sobre dada atividade, seja serviço público ou não.

Conforme leciona Egon Bockmann Moreira (2007), hoje, os países influenciados pelo sistema francês de Direito Público passam por transformações ainda mais radicais do que aquelas experimentadas à época da inauguração da noção tradicional de serviço público, a partir dos estudos de Léon Duguit. A respeito das mutações pelas quais passam o Direito Público e o Direito Privado hodiernamente, assim entende o professor:

Quase um século depois, não só em França, mas também nos demais países influenciados pelo sistema francês de Direito Público, todos estão a passar por transformações ainda mais céleres e revolucionárias do que aquelas vivenciadas por Duguit. Alterações que não são periódicas nem sistemáticas nem circunscritas a um ou outro aspecto da disciplina e muito menos se submetem a juízos de probabilidade. As fronteiras estão a ser transpostas – importando, p. ex., a coabitação entre institutos típicos da *common law* em países cujos sistemas outrora lhes eram antagônicos (e vice-versa). Melhor dizendo: hoje, todo o Direito, Público e Privado, é objeto de sérias e constantes mutações – algumas simpáticas, outras nem tanto; algumas explícitas, outras imperceptíveis – muitas das quais incutem perplexidade nos aplicadores. Sem exagero, passa-se por um *continuum* de transformações esparsas e fragmentadas.

Até pouco tempo, direito público e desenvolvimento eram temas considerados antagônicos por boa parte da academia brasileira e se revelavam numa constante síndrome de tensão e disputa, num cenário de escassez de estudos abrangentes. Nesse contexto, relevante parcela do direito brasileiro foi concebida “como um sistema fechado, imune e incomunicável com outras ciências sociais”. Os juristas deveriam se debruçar exclusivamente sobre as normas jurídicas, deixando a economia para os economistas. Assim, as repercussões econômicas das normas eram assuntos impertinentes e irrelevantes para os estudiosos do direito (MOREIRA, 2007).

A soberania estatal, consolidada nas revoluções burguesas do século XVIII, instalou esferas excludentes entre o público e o privado. Nesse contexto, o Estado, que detinha a exclusividade do interesse público, cumpria fazer respeitar a ordem pública de forma coativa; as pessoas privadas detinham a liberdade e a autonomia para gerir seus interesses pessoais, como patrimônio, contrato e família (MOREIRA, 2007).

O professor aponta a ilegibilidade da economia brasileira como possível fator que levou à mútua exclusão acadêmica entre direito e economia. Nesse sentido, vale citar:

Desde a década de 1930, com clímax nas de 1980 e 1990, o Brasil viveu os fenômenos da inflação (depreciação do poder aquisitivo da moeda combinada com alta contínua e substancial dos preços), estagflação (inflação simultânea ao aumento da taxa de desemprego) e hiperinflação (índices de inflação muito elevados e fora de controle). A rigor, a economia brasileira demonstrou que equivocadas estavam algumas das premissas neoclássicas, pois a inflação deixou de ser um desvio circunstancial e passou a fazer parte da lógica interna ao sistema, no qual ela convivia com o desemprego crescente num mercado oligopolista, onde quanto menor o poder aquisitivo da população, maiores os custos automaticamente imputados aos produtos. O quadro era genuinamente caótico. [...]

Nem mesmo as projeções mais conservadoras poderiam estimar os riscos numa economia cuja inflação ultrapassava os dois mil por cento ao ano. Vivia-se no reino das aplicações *overnight*. Assim, como pensar no longo prazo em termos jurídicos? De que maneira seria possível dedicar-se à compreensão jurídica dos fenômenos econômicos? Ora, se nem mesmo os economistas conseguiam interpretar esses hieróglifos estatísticos, o que se poderia exigir dos juristas?

Para Egon Bockmann Moreira (2007), o trauma causado pelos sucessivos “planos econômicos”, tais como o “Plano Cruzado”, o “Plano Bresser” e o “Plano Collor”, também se mostra revelador do distanciamento observado entre o estudo da economia e do direito. Em um período de mais de cinco anos se verificou intenso descontrole da economia, com medidas reiteradas de choques, que produziam algum efeito por pouquíssimo tempo e, em decorrência de ausência de planejamento, pioravam ainda mais a economia. Nesse cenário, foram editadas diversas normas unilateralmente pelo governo federal, muitas delas modificando contratos e vínculos estatutários. Os modelos jurídicos utilizados para efetivar os choques econômicos instalavam “conflitos com os temas mais caros ao constitucionalismo”, tais como estabilidade e segurança jurídica, separação dos poderes, limites ao exercício do poder público, devido processo legal, ato jurídico perfeito e direito adquirido, liberdade empresarial, direito de propriedade, vedação ao confisco, dentre outros.

Outro fator apresentado pelo autor como motivador do afastamento entre direito e economia na história brasileira reside no próprio relacionamento do Estado brasileiro com a economia, especialmente no período de intervenção direta na economia notado a partir da década de 1930, com apogeu na década de 1970. Como parte considerável dos principais setores da economia, tanto em volume de investimentos, como em importância socioeconômica, encontravam-se sob titularidade pública, deu-se um alargamento do espaço jurídico-econômico do Estado, que se espalha até hoje, tanto em serviços públicos, como nos monopólios legais e nas atividades econômicas privadas (MOREIRA, 2007).

A partir de meados da década de 1990, após a transição democrática e a Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se um novo patamar histórico de transformações. Uma série de medidas foi implementada no intuito de se alcançar a estabilização econômica, por meio do denominado “Plano Real”, o que conferiu certa legibilidade à economia brasileira, que melhorou com o passar do tempo. O plano para a contenção da inflação se deu de forma gradual, sem choques ou agressões a direitos, de maneira que, a partir de 1994, “o Estado e sua economia foram se tornando menos irracionais, atenuando os riscos e as incertezas”. A Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000 colaborou com o panorama, ao estabelecer o dever de composição do orçamento com base no tripé equilíbrio fiscal, planejamento tributário e limites dos gastos públicos (MOREIRA, 2007).

No período, foram editadas leis que objetivavam “reordenar a convivência entre os espaços público e privado”, tais como a Lei nº 9.491/1997, que aprovou procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, e as Leis nº 8.987/1995 e nº 9.074/1995, que tratam de concessões e permissões de serviço público. Observou-se, assim, um processo incremental que

gerou estabilidade jurídico-econômico e que gerou incentivos à aproximação entre o universo dos juristas e dos economistas.

No contexto do momento da economia em situação legível, o Direito Público deixou de ser visto apenas como apaziguador das relações sociais e obstáculo às agressões do Estado, mas passou a ser condição essencial à estabilidade e segurança dos futuros projetos econômicos, tanto públicos, quanto privados, essenciais ao desenvolvimento nacional. Abdicou-se de uma função reativa e retrospectiva, que apenas busca solução para os conflitos já postos, e passou-se a aplicar o Direito como instrumento ativo, formal e material do desenvolvimento econômico. Assim, os juristas passaram a atuar de forma mais prospectiva, agindo mais intensamente na disciplina do planejamento e do desenvolvimento econômico (MOREIRA, 2007).

Assim, diversas distinções entre Direito Público e Direito Privado tornaram-se frágeis, “permitindo uma convivência franca de alguns institutos marcantes das disciplinas”. Contudo, não obstante essa evolução, o direito ainda é “um tanto quanto rude” quando trata com temas de economia, de maneira que ainda não foi construída uma “ponte segura” na forma de uma teoria jurídica consistente que permita a interligação entre esses planos. A esperança está numa das principais preocupações dos dias de hoje, que é a vivência e a integração entre o jurídico e o econômico” (MOREIRA, 2007).

Para Egon Bockmann Moreira (2007), é chegado o momento na essência do Direito Público contemporâneo, de se a suprimir a dissociação absoluta entre o Estado, os particulares e o desenvolvimento econômico, naquilo que se consignou lógica da cooperação. Consta-se que as mutações do Direito Público permitem flexibilizar o modelo clássico baseado em desigualdade, hierarquia e exclusão recíproca do relacionamento das pessoas privadas com o Estado.

Para o autor, contemporaneamente às mudanças na economia brasileira, a antiga concepção jurídica também começou a se alterar, flexibilizando o modelo clássico da Administração Pública desigual, e se desdobrando no relacionamento das pessoas privadas com o Poder Público e na definição e na implementação de políticas públicas ou em ações desenvolvimentistas. A noção de Administração Pública unilateral, impositiva e excludente, única detentora da “supremacia do interesse público”, passa a ser parcialmente sucedida por uma Administração plurilateral, cooperadora e interativa, quiçá democrática. As mudanças no relacionamento da economia pública com os agentes privados, e vice-versa, foram igualmente marcantes, e se tornaram possíveis devido a atenuação da presença estatal e aos novos instrumentos normativos que exsurgiram. Procurou-se, então, introduzir na Administração Pública certos modelos ligados à ideia de gestão empresarial, com definição prévia de objetivos, racionalização

eficiente de recursos públicos e privados, alcance de metas e diretrizes e formas contratuais de gerenciamento.

Nessa realidade, o Estado passou a se valer da iniciativa privada para atingir fins públicos, numa lógica cooperativa, horizontal e integradora. Nas palavras do autor:

O Estado outrora *monocêntrico*, que prestava os serviços públicos e definia quem os poderia prestar, vê-se envolvido num *processo de sucessão* por um Poder Público que *privatiza* (material e formalmente), *concede, autoriza e regula os serviços públicos* (e interage em outras das demais *atividades econômicas*), muitos deles com *características concorrenciais*. O antigo Estado definidor das *tarefas de interesse público* convive com a *instalação de atividades públicas* por iniciativa e gestão de pessoas privadas. O espaço público passa a ser espontaneamente ocupado pelos particulares. O Estado passa a ver o interesse público ser definido e implementado *extra muros*, deixando de ser apenas ele o *public interest maker*. Assim, responsabilidade de garantia atribuída ao Estado contemporâneo é muitíssimo mais complexa do que as outrora por ele detidas.

E tal evento não se mostra possuindo começo, meio e fim, mas encontrando-se em contínua transformação. Para Pedro Gonçalves (2006, *apud* MOREIRA, 2007), trata-se de “acomodação do papel do Estado às novas coordenadas jurídicas e econômicas, por via da conversão de sua antiga responsabilidade operativa ou de execução (Estado de serviço público) numa nova responsabilidade pública de garantia e de regulação (Estado regulador)”.

Para a implantação desse panorama, foram criadas novas figuras jurídicas, “de difícil adaptação aos modelos antigos, que implementaram um outro tipo de convivência entre o público e o privado em setores essenciais às políticas públicas”, tais como o contrato de gestão e os termos de parceria, figuras que não se enquadram no conceito tradicional dos contratos administrativos (MOREIRA, 2007). O professor destaca, dentre as mutações contemporâneas do Direito Público, as mudanças observadas quanto à própria ideia de ato administrativo, especialmente com relação aos chamados “atos administrativos consensuais”, que já fazem parte do cotidiano do Direito Público brasileiro. Exemplos são as novas autorizações administrativas, especialmente na área de telecomunicações, os termos de ajuste de conduta e os contratos de gestão.

No caso da autorização para serviços de telecomunicações, a Administração outorga, sem licitação, a prestação desse serviço público, não na condição de serviço público, mas na de atividade econômica com intensa regulação intrusiva, a determinado agente econômico que cumpra os requisitos legais e regulamentares. Desse modo, a pessoa privada recebe uma espécie de “autorização convencional”, distinta da forma tradicional de “autorização-licença”, cujo conteúdo foi previamente submetido à consulta pública. Tal autorização condiciona o exercício da atividade econômica a determinados objetivos e à fiscalização estatal, bem como submete o agente autorizado

a modificações futuras, sobretudo com relação aos deveres estatutários que orientam o desempenho da atividade (MOREIRA, 2007).

Egon Bockmann Moreira (2014), nesse aspecto, afirma que a regulação pode se dar mediante diferentes graus de intensidade. A *soft regulation* se estrutura mediante incentivos e estímulos, e respectivas sanções positivas, ou seja, premiaias, e, não, por meio de ordens mandamentais e sanções negativas. Nesse contexto, pretende-se que o agente econômico, se assim o desejar, adote a conduta que a regulação objetiva atingir. Por seu turno, a *hard regulation* é aquela em que a autoridade competente estabelece ordens a serem obedecidas pelos agentes econômicos, que são obrigados a cumpri-las. A forma mais clássica é o controle de preços, mas pode ser praticada, também, por outros meios, como, por exemplo, a submissão à convivência com empresa estatal que pratica preços inferiores aos definidos pelo mercado por meio da aplicação de subsídios públicos.

Em recente palestra proferida em seminário na Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro em comemoração aos vinte anos da LGT, o professor Egon Bockmann Moreira (informação verbal)³⁴ tratou do tema das mutações contratuais no setor de telecomunicações. O professor iniciou sua exposição afirmando que as mutações contratuais nas telecomunicações são bem mais velozes, bem mais intensas e bem mais desafiadoras do que aquelas que ocorriam há uma década. Assim, as soluções regulatórias e contratuais devem tentar corresponder, por um lado, as demandas sociais, os avanços tecnológicos e o necessário incremento de investimentos em infraestrutura. E, por outro lado, devem atender a legislação, compreendida na condição de facilitadora, de acolhedora e de implementadora de soluções prospectivas e, não, de soluções retrospectivas, como se acostumou a fazer. Vale citar:

E a bem da verdade, se nós refletirmos um pouco, podemos chegar à conclusão de que, quando falamos de mutações contratuais, estamos falando de medidas de compatibilização de vários tempos diferentes. Com efeito, essa invenção humana, que é o tempo, funciona com dimensões distintas. Existe um tempo extremamente veloz nos avanços tecnológicos. Mas há um outro tempo diferente, mas, ainda sim, bastante rápido, que é o das demandas socioeconômicas, e é o das demandas de mercado. Existe o tempo dos investimentos de longa maturação, que como o nome já diz, é um tempo que demora mais a passar, como é no setor de capital intensivo, como é no setor de telecomunicações. Existe uma quarta medida de tempo [...] que é o tempo legislativo, que convive com outra periodicidade, também, da burocracia, das votações, a periodicidade das eleições. Isso sem se falar, e foi mencionado de manhã e à tarde também, no tempo do Judiciário. Que é, também, todo próprio. [...]

³⁴ Professor Egon Moreira, “As mutações contratuais nas telecomunicações: concessões e autorizações” (palestra), FGV – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 14 set 2017.

Nesse sentido, o professor argumenta que é o direito da regulação que integra e torna possível que essas realidades convivam entre si sem rupturas. Esse “cerzido”, que tenta compatibilizar tempos naturalmente desarmônicos entre si, é o que se tem por hábito chamar de segurança jurídica. Assim, o objetivo do direito da regulação é, de um modo imparcial, tornar estável a prestação dos serviços de telecomunicação, apesar dos imensos desafios num setor tão importante da vida cotidiana.

O professor passa, então, a desenvolver interessante raciocínio, no sentido de que, em setores de contratos públicos de longo prazo, como é o caso das concessões e das autorizações de telecomunicações, a segurança jurídica adviria da certeza da mudança. A segurança jurídica se prestaria, de fato, a tornar certas determinadas mutações. Em suas palavras:

No setor de contratos públicos a longo prazo, como é o de concessões e de autorizações de telecomunicações, a segurança jurídica advém da certeza da mudança. A segurança jurídica se presta a tornar certas determinadas mutações. Assegurar que nós podemos ter confiança legítima de que as mutações serão implementadas se, e quando, necessárias. Reitero, a segurança jurídica em contratos de longo prazo é fruto da certeza da mudança. Esse aparente paradoxo é o que se passa, também, no setor de telecomunicações. Em que a segurança jurídica contratual e regulatória deve se prestar a garantir a mutabilidade do negócio jurídico firmado. Seja qual for a técnica pela qual se firma esse negócio jurídico: concessão de serviço público, autorizações, outras técnicas porventura criadas pelo legislador. A segurança jurídica presta-se, portanto, não a impedir, mas a garantir a efetividade das mutações contratuais. [...]

É justamente porque nós reverenciamos os contratos que devemos, também, respeitar as suas mutações. Sobretudo aquelas objetivas, que decorrem de fatos, decorrem de evolução tecnológica, decorrem de novas demandas de mercado. E não apenas das vontades unilaterais dos contratantes.

O professor Egon Bockmann Moreira passa, então, a arrazoar sobre as mutações ocorridas a nível constitucional, que subverteram a lógica puramente estatal do setor, operada por meio de mudança formal, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 8/1995. Na sequência, trata das mutações constitucionais propriamente ditas, no sentido tradicional da expressão, isto é, da capacidade de aprendizagem da Constituição. Um dos exemplos citados foi o do próprio conceito de autorização, que passou de uma antiga ideia de poder de polícia para a ideia de um ato administrativo negocial, tendo sido compreendida pela Constituição tal como se passa no mundo dos fatos. Ao tratar das denominadas mutações endocontratuais, ou seja, aquelas operadas *dentro* dos contratos, assim destaca o autor:

[Os contratos] foram celebrados em vista de uma realidade objetiva que os circundava, da base objetiva do negócio, [que era representada por] comunicação analógica de voz, rede física de transmissão e universalização por meio de orelhões comunitários. Porém, eles tiveram a capacidade de aprendizagem, tal como a Constituição faz, de se adaptar aos desafios objetivos que a tecnologia nos trouxe: telefonia digital, transmissão de

dados, universalização por meio de telefonia celular. E, hoje, experimentam concorrências disruptivas, como *WhatsApp* [...].

O setor de telecomunicações já demonstrou, portanto, e à larga, que não há, ao menos na minha percepção, outro setor econômico brasileiro que demonstre cumprir a máxima da evolução das espécies. Ele consegue sobreviver e evoluir porque tem ampla e dinâmica capacidade de adaptação. Nada obstante haja novas espécies, que reiteradamente invadem o seu *habitat* natural, sejam elas tecnológicas, sejam legislativas, sejam jurisdicionais, o setor de telecomunicações sobrevive porque se adapta. Ou, em outras palavras, e aqui eu volto para o jurídico: ele sobrevive devido às mutações contratuais que efetivam a segurança jurídica dos negócios e que permitem a sua prestação ao usuário.

O professor Floriano de Azevedo Marques Neto (informação verbal)³⁵, também em palestra proferida no seminário realizado na Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro para comemorar os vinte anos da LGT, avaliou a evolução da noção de serviço público ocorrida aos tempos da privatização da prestação dos serviços de telecomunicações, ressaltando a forma como a lei geral foi útil ao oferecer instrumentos para o rompimento do monopólio. Ao mesmo tempo, o palestrante demonstrou que a lei possui ferramentas que permitiriam a adaptação do modelo regulatório conforme a evolução tecnológica, embora muitas dessas ferramentas não tenham sido utilizadas:

Hoje, nós temos impactos muito mais sérios que são impactos que levam a nós termos que repensar a própria concepção de serviço público, já atualizada no âmbito do setor de telecomunicações. Se vocês pensarem no exemplo que eu dei agora dos táxis *versus* Uber, é nítido esse impacto. A viabilização de um programa de computador, programa telemático, um aplicativo tornou absolutamente possível um serviço privado fazer exatamente a competição com o serviço público de táxi. [...]

Não há como manter conceitos do século XVIII para enfrentar realidades econômicas do século XXI. E como que a Lei Geral de Telecomunicações enfrenta esse tema? E aí o grande engenho e a arte da lei geral, a grande criatividade de Carlos Ari. Se vocês olharem para a Lei Geral de Telecomunicações, ela é uma lei que tem uma caixa de ferramentas. Ela não é uma lei que congela um modelo de exploração do serviço de telecomunicações. Ela dá instrumentos para que esse modelo vá sendo adaptado ao longo do tempo, ou, dá modelos, dá instrumentos para que o modelo pudesse ser adaptado, a tempo e modo a partir da percepção e da evolução tecnológica. [...]

No mundo acadêmico, nós temos que, definitivamente, abandonar, sepultar, deixar de ter que prestar contas à concepção do serviço público tradicional. Isso é um atraso, isso gasta uma energia brutal que não tem efeito nenhum, é prático, não resolve nenhum problema posto para os administrativistas. [...]

O professor finaliza destacando que a dicotomia “atividade econômica e serviço público”, que teria sido tão útil nos anos 1990, não possui mais serventia para resolver problemas contemporâneos, como o conflito táxis *versus* Uber, por exemplo.

³⁵ Professor Floriano de Azevedo Marques Neto, “Reconfiguração da noção de serviço público diante das novas tecnologias” (palestra), FGV – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 14 set 2017.

III.1. Competição entre serviços prestados em regime privado e em regime público

As telecomunicações foram percebidas tradicionalmente como uma atividade cuja organização e cujo desenvolvimento adequados dependeriam de um regime de monopólio, tendo em vista que se considerava que um único prestador realizaria o melhor aproveitamento econômico dos serviços e seria mais adequado para a coordenação necessária à integração das redes (FARACO, 2003).

Hoje, o desenvolvimento tecnológico passou a permitir a transmissão da telefonia por outros meios, como a radiofrequência, por exemplo, e reduziu sobremaneira os custos de instalação das redes, derrubando a teoria do monopólio natural dos serviços de telecomunicações (MARQUES NETO, 2002b). A concorrência em telecomunicações é uma realidade não apenas no Brasil, mostrando-se um fenômeno global. Vale assinalar a seguinte observação de Martin Cave (1999, *apud* DUTRA, 2017), na pátria da doutrina jurídica do instituto da concessão de serviços públicos, a França:

É mesmo notável que, em um lapso de tempo tão curto, de vinte anos, a concorrência no mercado de telecomunicações, que ao início era senão uma noção excêntrica, aberrante, proposta por uns poucos excêntricos tenha se tornado um objetivo amplamente reconhecido e aprovado pelos governos nacionais, a União Europeia e a Organização Mundial do Trabalho.

De fato, conforme será demonstrado no quarto capítulo, recentes estudos da ANATEL avaliaram o nível de competição do mercado de voz nos municípios brasileiros, com base em premissas de substituição do Serviço Telefônico Fixo Comutado pelo Serviço Móvel Pessoal. Os resultados revelaram que existe algum nível de competição em mais de oitenta por cento dos municípios do país.

Sobre o assunto, assim versa Pedro Dutra (2002) a respeito das modificações observadas em relação ao papel de regulador do Estado ao longo dos anos, especialmente em decorrência da inauguração da competição em certos setores:

Cresceram assim as atribuições das agências reguladoras, hoje distante a atribuição singular de fixar preços de bens e serviços ofertados em regime de monopólios naturais; a elas hoje compete fixar preços, expandir os mercados sob sua jurisdição - universalização - promover a atualização tecnológica dos produtos e serviços neles ofertados, e neles afirmar e promover a concorrência, sendo esta última atribuição crescentemente vista, com apoio na experiência recente, como a mais significativa cometida ao órgão regulador.

Para Robert Baldwin e Martin Cave (1999, *apud* DUTRA, 2002), a concorrência envolve rivalidade entre as empresas para os negócios do cliente em todas as dimensões do preço do

serviço, qualidade e inovação. Seu oposto é uma situação na qual uma única empresa pode efetivamente agir independentemente de qualquer concorrente e impor uma oferta específica no mercado. Nesse aspecto, a competição seria o melhor regulador, na medida em que imporá às empresas incentivos mais fortes para oferecer aos usuários o que eles desejam em termos de preço e qualidade de serviço. Em tais circunstâncias, as empresas também têm um forte incentivo para obter vantagem temporária sobre seus rivais por meio da inovação e do desenvolvimento de novos serviços.

A existência da concorrência incentiva os agentes a promoverem melhoria de qualidade e de eficiência, o que permite a oferta de melhores serviços e a redução de preços, assim como a manutenção de um processo de inovação (FARACO, 2003). Isso ocorre porque o processo de concorrência caracteriza-se fundamentalmente pelas tentativas das firmas de construir vantagens competitivas sobre as demais, de forma que os bens e serviços por elas ofertados sejam diferenciados, permitindo, mediante a venda, a apropriação de poder de compra (POSSAS, 1999, *apud* FARACO, 2003).

A respeito do processo de transformação da regulação das telecomunicações no Brasil, a partir da implementação da competição, vale mencionar que o Professor Carlos Ari Sundfeld (informação verbal)³⁶, um dos principais elaboradores da Lei Geral de Telecomunicações, em recente palestra, afirmou que o projeto de longo prazo que se procurou viabilizar buscava, nos primeiros tempos, uma regulação mais presente necessária à introdução da competição. Contudo, paulatinamente, deveria ocorrer um retrocesso no volume de regulação e um aumento do papel antitruste do Estado. Nesse sentido, imaginava-se que a ANATEL deveria, com o tempo, diminuir a sua atuação como regulador prévio (editando normas, aprovando todos os atos) e, aos poucos, tornar-se um órgão mais articulado com o CADE, utilizando o Direito antitruste na medida em que progredisse a competição. Sobre a introdução de dois regimes jurídicos distintos, assim consignou o professor:

Para que se pudesse fazer a privatização, passar de monopólio para um sistema de paulatina implantação de competição, criou-se a assimetria regulatória dos dois regimes. Regime público e regime privado, concessão de telecom e autorização. Qual era a ideia? “[...] No serviço em que existe a maior rede, nós vamos fazer uma concessão. [...] E o restante da atuação, inclusive para os novos, para os entrantes, será por autorização. Um regime sem prazo determinado, quer dizer, uma ‘licença’ para atuar que seria permanente, sem interferência na fixação de preços e sem criação de bem público”. O serviço autorizado não deveria “gerar” bem público. Não haveria bem reversível. E o mercado iria crescer pela autorização. A concessão seria para aquilo que havia sido patrimônio público e que estava

³⁶ Professor Carlos Ari Sundfeld, “Os 20 anos da Lei Geral de Telecomunicações” (palestra), FGV – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 14 set 2017.

sendo vendido para permitir uma transição. Só que essa concessão também foi concebida pela Lei de um modo muito mais flexível até do que a visão tradicional de concessão, para que, aos poucos, aqueles mesmos contratos de concessão, das décadas iniciais fossem “diminuindo”, sendo adaptados (porque não se sabe exatamente o tempo que demoraria a transição), e, eventualmente, antes do vencimento do prazo, a concessão se extinguisse. A ideia era promover a eficácia do regime de autorização. Exigiu-se clara reconstrução do conceito de serviço público e de autorização.

O termo *desregulação*, para Carlos Ari Sunfeld (2002), relativamente aos serviços públicos, relaciona-se à crescente opção de substituir a “regulação autoritária das tarifas” pela chamada “regulação pela concorrência”. A adoção deste modelo não significa a renúncia das competências estatais com referência ao serviço, mas sim de seu exercício por outra modalidade.

É interessante notar que a *Telecommunications Act* norte-americana possui dispositivos dirigidos à Federal Communications Commission, nos quais estabelece que a autoridade reguladora deve avaliar todas as regulações existentes, no intuito de eliminar aquelas que se tornarem desnecessárias em decorrência do desenvolvimento de condições concorrenciais (FARACO, 2003)

A respeito do tema, vale assinalar a opinião do Conselheiro Diretor da ANATEL Leonardo Euler de Moraes (informação verbal)³⁷, para quem o regime de concessão é incompatível com mercados competitivos. Para o Conselheiro, existe, hoje, uma concessão de um serviço de telefone fixo que percebe competição do mesmo serviço prestado por autorizados, e de serviços de telecomunicações que são substitutos a ele, como o SMP. Nesse cenário de competição, verifica-se a perda de importância do serviço prestado em regime público, que não pode ser compensada por reajuste tarifário, que traria mais perda de atratividade à concessão.

No mesmo sentido, opina o Superintendente Executivo da ANATEL, Carlos Manuel Baigorri (informação verbal)³⁸, para quem a instauração da competição inviabiliza a prestação no serviço no regime público, sobretudo sob o prisma dos investimentos. Para o Superintendente, o maior problema no modelo regulatório brasileiro reside no fato de que, havendo coexistência, no mesmo mercado e na mesma região de dois regimes, público e privado, o capital externo dos investidores que será aplicado acaba sendo direcionado para os serviços autorizados, no regime privado. Nesse contexto, nota-se que o regime de concessão é construído sobre muitas obrigações, tais como obrigações de universalização e de controle de preços, o que gera riscos para o contrato. Do ponto de vista lógico dos investidores, o fluxo de capital externo é direcionado às autorizações,

³⁷ Entrevista concedida por MORAIS, Leonardo Euler de. Entrevista V [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (58min14sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

³⁸ Entrevista concedida por BAIGORRI, Carlos Manuel. Entrevista I [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min15sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

tendo em vista que, ambos os regimes estão expostos aos mesmos resultados econômicos, sendo que um apresenta muito mais riscos que o outro.

O Superintendente de Regulamentação da ANATEL, Nilo Pasquali (informação verbal)³⁹, também compartilha o entendimento de que o regime público de concessão se mostra inadequado para mercados que deixaram de se estruturar sob monopólios, como é o caso de telecomunicações. Para o Superintendente, o regime de concessão demonstrou um funcionamento adequado no início do processo de privatização, tendo em vista que, à época, de forma geral, vigorava um modelo praticamente monopolista de prestação de serviço. Nesse contexto, eram imprescindíveis mecanismos regulatórios mais fortes, tais como controle de preços. Contudo, a dinâmica do setor de telecomunicações tornou o regime público inadequado, especialmente pela lógica de compartilhamento de rede entre serviços diversos. A segregação jurídica de regimes público e privado é um problema regulatório na medida em que dificulta a convergência de serviços e de regras em decorrência de uma “divisão meramente burocrática”, considerando que todos os serviços da prestadora são prestados sobre a mesma rede. As complexidades atreladas ao regime jurídico acabam sendo consideradas pelos investidores no momento do aporte de recursos, de forma que a detenção de concessões por três dos grandes *players* atuantes do país acaba se mostrando problemática para o direcionamento de investimentos.

A manutenção da coexistência de regimes jurídicos em um contexto em que se verifica competição também é considerada um entrave ao desenvolvimento do setor pelo Superintendente de Competição da ANATEL, Abraão Balbino e Silva (informação verbal)⁴⁰, *in verbis*:

Quando se fala de regime público, tem que se pensar no momento em que ele foi feito. Naquela época, fazia sentido, porque do ponto de vista da regulação, tinha-se o monopólio estabelecido, tinha-se redes muito diferentes entre si. Naquela época, isso era esperado, porque o regime público é muito focado para uma situação de monopólio. Ele não é desenhado para uma situação de competição. [...] Então, quando se olha hoje para o regime público, olhando para o setor, percebe-se que ele não faz sentido. Basicamente, você conseguiria tratar isso com as ferramentas regulatórias existentes, dentro de um regime único, ou de um regime privado, como você quiser chamar. Mas sem uma separação de regimes, sem uma assimetria jurídica estabelecida.

Na opinião do Diretor de Banda Larga da Secretaria de Telecomunicações do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, Artur Coimbra de Oliveira (informação

³⁹ Entrevista concedida por PASQUALI, Nilo. Entrevista III [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min19sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

⁴⁰ Entrevista concedida por SILVA, Abraão Balbino e. Entrevista II [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (29min27sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

verbal)⁴¹, o modelo de prestação de serviços no regime público, em tese, ainda seria aplicável ao setor de telecomunicações, para áreas onde não se identificasse viabilidade econômica de prestação. No entanto, a ausência de recursos públicos para financiamento dessas concessões e o tratamento institucional que foi dado às concessões de telecomunicações até hoje acabaram por inviabilizar a utilização do instituto no setor. Vale citar:

O problema mais grave na minha opinião, que realmente acabou com a viabilidade da concessão, é o uso que foi feito da concessão. Essa é uma análise mais institucionalista, afasta-se um pouco da discussão instrumental. [...] A maneira como a Agência, e talvez a regulamentação, tenha implementado essas regras fez com que elas gerassem traumas quase intransponíveis no mercado. Note, por exemplo, o volume de multas que a Anatel aplicou. Historicamente, 90% são por conta de concessão de telefonia fixa. Existem 10% distribuídos entre telefonia móvel, tv por assinatura, etc. Então, a Anatel sempre tratou de maneira muito aferrada, e alguns dizem até exagerada, o cumprimento e a fiscalização da concessão, sobretudo quando comparada com uma autorização. Isso gerou uma cultura de como ser tratar a concessão dentro da Agência, isso gerou protocolos, procedimentos, métodos de trabalho, e tudo isso é carga que dá significado à concessão. [...] E se você ler a Exposição de Motivos da LGT, existem deixas ali no sentido de que um dia a concessão pode vir a não ser mais necessária, por conta da competição.

A advogada Flávia Lefèvre Guimarães (informação verbal)⁴², conselheira da Proteste⁴³ e representante do Terceiro Setor na CGI.br - Comitê Gestor da Internet no Brasil⁴⁴, entende que serviços públicos essenciais, como é o caso das telecomunicações, não poderiam ser prestados em regime privado. A advogada concorda com a posição no sentido de que a coexistência de prestação dos serviços em dois regimes jurídicos seria negativa. Contudo, em sua opinião, todos os serviços de telecomunicações deveriam ser prestados sob um regime jurídico público:

Eu penso que é muito negativa a existência de uma distinção de regimes sobre um serviço que é público. Porque as telecomunicações são públicas, está na Constituição Federal, no artigo 21, então ela é pública. Se ela é pública, o Estado é que vai decidir qual é a medida da força regulatória que vai se determinar para vários tipos de delegação, de outorga, de transferência, de obrigação que ele possui com relação a esse serviço para os particulares. [...] O fato de a LGT ter dito que somente a telefonia fixa está no regime público e todos os demais serviços estão no regime privado gerou o que? Impediu o uso do FUST para os outros serviços, que se mostraram muito relevantes e importantes para a sociedade, e não podemos usá-lo.

⁴¹ Entrevista concedida por OLIVEIRA, Artur Coimbra de. Entrevista IV [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min06sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

⁴² Entrevista concedida por GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. Entrevista VII [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo.mp3 (1h1min17sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

⁴³ Conforme informação constante do *site* da Proteste. Disponível em: <<https://www.proteste.org.br/institucional/quem-somos/equipe>>. Acesso em: 15 abr 2018.

⁴⁴ Conforme informação constante do *site* do CGI.br - Comitê Gestor da Internet no Brasil. Disponível em: <<https://cgi.br/membros/>>. Acesso em: 15 abr 2018.

Constata-se que a percepção geral se dá no sentido de que não existe coerência na prestação de um serviço em regime público em competição com serviços no regime privado. Além disso, nota-se que mecanismos intensos de regulação estatal usualmente aplicados em ambientes monopolísticos, tais como controle de preços e reversibilidade de bens, não se mostram compatíveis com serviços prestados em regime de competição.

Passados mais de 20 anos da reforma do setor de telecomunicações, que se iniciou a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 8/1995 e foi formatada com a edição da Lei Geral de Telecomunicações no ano de 1997, é possível afirmar que o modelo regulatório adotado permitiu a alocação de grandes investimentos no setor e possibilitou a ampliação do acesso pelos brasileiros (MATTOS, 2014).

Evidenciou-se, nos últimos anos, aumento da penetração dos serviços de telecomunicações e sucesso da arrecadação de recursos por parte da União com o modelo regulatório em vigor. Contudo, o ciclo virtuoso de investimentos que se percebeu até o momento poderá não se repetir de forma eficiente e suficiente para gerar aumento de bem-estar na sociedade se, de maneira objetiva, não forem realizados investimentos para ampliar a oferta de serviços e para possibilitar a fruição de tais serviços em diferentes mercados consumidores, considerando as discrepâncias de densidade populacional e de renda *per capita* observadas no país (MATOS, 2014).

A Lei Geral de Telecomunicações, no seu artigo 207, § 1º, estabeleceu que a concessão terá seu “termo final fixado para o dia 31 de dezembro de 2005, assegurado o direito à prorrogação única por vinte anos, a título oneroso”. As prorrogações ocorreram em dezembro de 2005⁴⁵, postergando os contratos de concessão até 2025, tendo sido incluída a possibilidade de realização de revisões quinquenais para estabelecimento de novos condicionamentos e de novas metas para universalização e para qualidade. Atualmente, após a realização de operações societárias entre prestadoras, existem cinco concessionárias de STFC⁴⁶: Algar Telecom S.A., Claro S.A., Oi S.A., Sercomtel S.A. Telecomunicações e Telefônica Brasil S.A..

Conforme se percebe das entrevistas realizadas com os convidados selecionados no âmbito desta pesquisa, os temas apontados como obstáculos ao desenvolvimento das redes e à ampliação do acesso aos serviços de telecomunicações no Brasil foram recorrentes.

De acordo com os dados a seguir apresentados, aliados às respostas das entrevistas realizadas, demonstrarão, o modelo regulatório atual, fundado na prestação do STFC em regime público, percebendo concorrência do mesmo serviço e de outros prestados em regime privado, mostra sinais de desgaste. A ausência de recursos públicos para o financiamento da ampliação das redes possui efeitos negativos relativamente ao desenvolvimento do setor de telecomunicações, e do

⁴⁵ Ver ZANATTA, Carlos Eduardo, ‘Sob protestos, teles assinam contratos para os próximos 20 anos’. *Teletime News*. São Paulo, 22 dez 2005. Disponível em: < <http://teletime.com.br/22/12/2005/sob-protestos-teles-assinam-contratos-para-os-proximos-20-anos/>>. Acesso em: 04 fev 2018.

⁴⁶ Para referências atualizadas, ver Relação de prestadoras do STFC, elaborada pela ANATEL. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/setorregulado/relacao-de-autorizados>>. Acesso em: 04 fev 2018.

próprio país. As inseguranças jurídicas decorrentes da incapacidade de o Estado brasileiro tomar decisões efetivas e tempestivas com relação a temas relevantes, como a reversibilidade de bens da concessão, por exemplo, acabam por gerar retração nos investimentos.

Neste capítulo, serão analisadas questões que, numa análise apriorística, se considerou que poderiam constituir obstáculos no modelo regulatório atual à ampliação do acesso. Tais temas foram corroborados pelas entrevistas com os convidados selecionados. Foi realizada revisão bibliográfica sobre os temas em questão, foi avaliada a forma como os assuntos vêm sendo enfrentados pelos atores envolvidos nos processos decisórios por meio de análise de documentos oficiais e foram coletados dados sobre a exploração dos serviços. Foram observados, ainda, os relatos dos entrevistados com relação aos temas específicos.

IV.1. Perda de relevância do STFC.

Ao longo do século passado, a transmissão de informações à distância esteve, em grande medida, associada a processos de telefonia fixa comutada. A própria noção de telecomunicações, entendida como *comunicação à distância* encontra-se estreitamente vinculada ao serviço de telefonia (FARACO, 2003).

Nesse sentido, a Lei Geral de Telecomunicações, no seu artigo 64, estabeleceu que comportarão prestação, no regime público, as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar, e definiu, no parágrafo único desse artigo, que as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado se incluem em tal situação. No seu artigo 18, inciso I, a LGT atribuiu ao Poder Executivo, por meio de decreto, a instituição ou eliminação de prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado.

Como se vê, foi definido, na lei federal que baliza o funcionamento do setor, que o STFC deveria figurar dentre os serviços a serem prestados sob o prisma publicista, não obstante a possibilidade de sua prestação concomitante no regime privado. Assim, o legislador, nesse ponto de partida, estabeleceu uma relação entre uma tecnologia específica – processo de telefonia por comutação – a um regime jurídico de prestação a ser aplicado – o regime público de prestação.

A rede de telefonia fixa é formada por um número infindável de terminais telefônicos conectados por meio de cabos a uma central de comutação, a qual, por sua vez, está conectada a outras centrais. Vale citar Alexandre Ditzel Faraco (2003):

A comutação constitui a essência da organização dessa rede, tornando possível a um usuário contatar milhões de outros espalhados pelos mais

diversos lugares. Significa que a conexão feita entre dois pontos (telefones) existe apenas enquanto a ligação estiver sendo realizada, ao contrário do que ocorre com uma linha dedicada, na qual a conexão é permanente. Uma vez tendo a ligação chegado ao seu fim, a capacidade e os equipamentos que estavam sendo utilizados para possibilitá-la poderão ser empregados em outras ligações feitas pelos demais usuários.

Dessa forma como foi inicialmente concebida, a telefonia seria feita de maneira dedicada, isto é, com cabo ligando permanentemente dois aparelhos. Isso representava uma limitação obriga a expansão do serviço, pois demandaria a instalação de um cabo para cada pessoa que usuário deseja se contatar. Para superar esse problema foram criadas centrais telefônicas, com as quais usuários passaram a estar conectados. Assim, para fazer-se um telefonema ligava-se à central e solicitava-se à telefonista uma conexão com determinada pessoa. Por conseguinte, não se fazia mais necessária a ligação física permanente entre as pessoas que tivessem telefones, bastando uma ligação através de um único cabo com a central. Nisso consiste a comutação em seu aspecto essencial. Atualmente, ao invés de serem feitas através de telefonistas, as conexões em geral são automatizadas.

Ao se optar pela prestação do STFC em regime público, o legislador da época concluiu que, diante da possibilidade de manutenção de um monopólio na prestação do serviço, os benefícios contidos na essência do regime compensariam os encargos inerentes às concessões. Assim, foram estabelecidas assimetrias regulatórias em face das concessionárias de telefonia fixa comutada, não obstante a possibilidade da prestação do serviço concomitantemente em regime privado.

No documento *ICT Regulation Toolkit*, elaborado pela UIT – União Internacional de Telecomunicações, consta o seguinte conceito de neutralidade tecnológica: “*In a telecoms regulatory context, the concept of technology neutrality means that different technologies offering essentially similar services should be regulated in similar manners*” (UIT, *The ICT Regulation Toolkit*). A abordagem tecnologicamente neutra apresenta o benefício de encorajar as empresas a se envolverem em uma competição baseada em serviços e em infraestrutura, incentivando o investimento em diferentes formas de tecnologia. Tal conceito garante que nenhuma solução tecnológica específica será artificialmente estimulada, ou penalizada, por uma regulação injustificada e inconsistente (ALEXIADIS e COLE, 2006)⁴⁷.

O enfoque tecnologicamente neutro encontrou guarida na regulação de diversos países, tais como Austrália, Japão, Cingapura, Estados Unidos e na União Europeia (ALEXIADIS e COLE, 2006; ADVISIA OC&C STRATEGY CONSULTANTS, 2015). Pode-se citar o exemplo da Lei nº 15/2004 de Portugal, denominada Lei das Comunicações Eletrônicas, que estabelece expressamente que “deve ser tida em conta a conveniência de elaborar legislação e regulamentação

⁴⁷ Pode haver casos em que um projeto seja adequado ao financiamento de uma tecnologia específica. Nesse caso, deve ocorrer uma análise de custo-benefício que considere a gama de alternativas possíveis para a prestação do serviço em questão (ALEXIADIS e COLE, 2006).

tecnologicamente neutras, competindo à ARN⁴⁸ no âmbito das suas atribuições de regulação, consagradas nesta lei, nomeadamente das destinadas a assegurar uma concorrência efectiva, proceder do mesmo modo”.

A Diretiva 2002/22/EC do Parlamento Europeu e do Conselho, emendada pela Diretiva 2009/136/EC, prevê, nesse sentido, que o conceito de serviço universal deve evoluir para refletir os avanços da tecnologia, os desenvolvimentos do mercado e as mudanças na demanda do usuário.

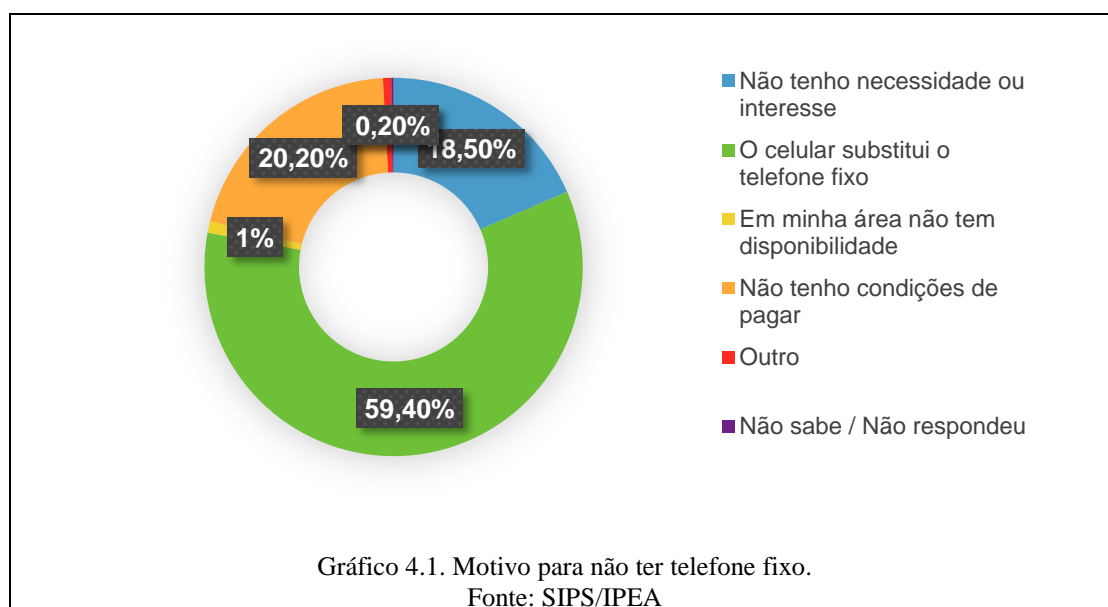
Nesse aspecto, pode-se considerar que a LGT, no seu artigo 64, ao estabelecer que se incluem, no regime público de prestação, as diversas modalidades do serviço telefónico fixo comutado não obedeceu ao princípio da neutralidade tecnológica, considerando a tecnologia empregada no critério para definição de assimetrias regulatórias. Contudo, é interessante notar que a agência reguladora já vem se utilizando de critérios tecnologicamente neutros na imposição de assimetrias, levando em conta, por exemplo, a detenção da condição de Poder de Mercado Significativo⁴⁹ para tanto. Conforme será explanado adiante, a revisão da regulamentação sobre competição em curso na Agência, em especial do Plano Geral de Metas de Competição, buscará estabelecer as assimetrias regulatórias com base no nível de competição em nível municipal, reunindo, na definição dos mercados, serviços considerados substitutos, prestados sob diversas tecnologias.

Assim, passa-se a averiguar se a opção tomada pelo legislador no sentido de se vincular o regime público de prestação a processos tecnológicos de comutação ainda guarda algum sentido.

Um interessante estudo realizado pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – demonstrou que 45,6% dos domicílios pesquisados não contam com o serviço de telefonia fixa. Ao serem questionados sobre o motivo para não contratar os serviços, 59,4% afirmaram que a comunicação móvel substituiu o telefone fixo. Para 18,5% dos respondentes, não há necessidade ou interesse pelo serviço (OLIVEIRA, 2014). O estudo considerou que tal resposta também pode indicar o efeito de substituição do telefone móvel sobre o fixo. As respostas constantes da pesquisa para o questionamento sobre o motivo para não contratar o STFC podem ser visualizadas no gráfico abaixo:

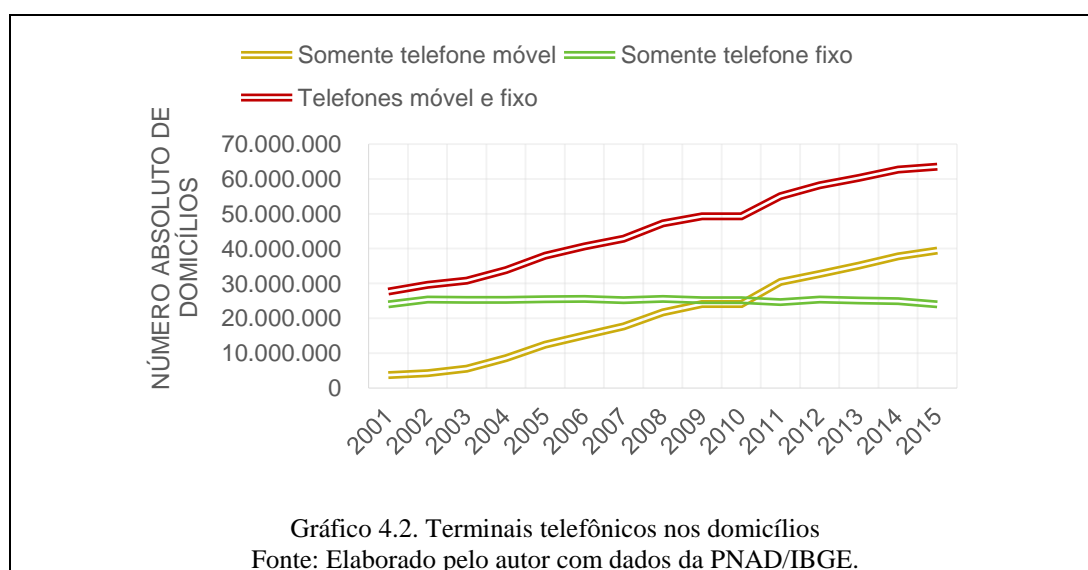
⁴⁸ Autoridade Reguladora Nacional.

⁴⁹ O Regulamento da ANATEL nº 600, de 8 de novembro de 2012, define os critérios de identificação de grupos econômicos com PMS – Poder de Mercado Significativo. A regulamentação dos serviços editada pela Agência estabelece diversas assimetrias regulatórias destinadas a empresas detentoras da condição de PMS.



O estudo conclui que “a crescente proporção de domicílios sem telefonia fixa (45,6%), o serviço mais tradicional de todos, indica efeito substituição gerado pela telefonia móvel. Dos que não possuem telefone fixo no domicílio, quase dois terços afirmaram que o celular substitui o telefone fixo. Daí prescindirem dele.” Outro ponto da pesquisa que merece destaque é o fato de que apenas 1% dos respondentes afirmou não dispor do serviço na área de domicílio, evidenciando “o grau de cobertura do STFC no país” (OLIVEIRA, 2014).

Nessa esteira, também se mostra relevante apreciar os seguintes dados da PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD, 2001 a 2015) realizada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, relativos aos anos de 2001 a 2015⁵⁰, referentes aos domicílios que possuem (i) somente acesso à telefonia fixa, (ii) somente acesso à telefonia móvel e (iii) acesso concomitante de ambos os serviços:



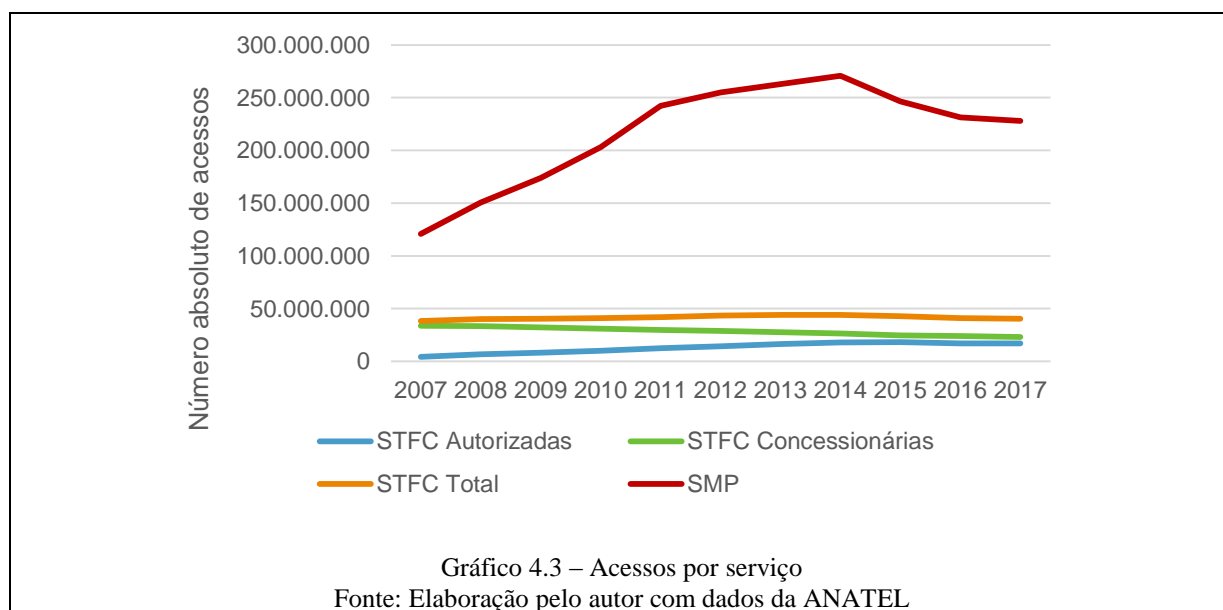
⁵⁰ Tendo em vista não existirem dados disponíveis para o ano de 2010, foram duplicados os dados de 2009.

Os dados do IBGE mostram que o número absoluto de domicílios com acesso exclusivo ao SMP subiu de 3.661.153 domicílios em 2001 para 39.476.000 domicílios em 2015, ou seja, um incremento de 978,23 %. Por outro lado, no mesmo período, o número absoluto de domicílios com acesso exclusivo ao STFC, apresentou incremento de apenas 0,18%. O número de domicílios com acesso a ambos os serviços subiu de 27.648.563 em 2001 para 63.507.000 em 2015, ou seja, um incremento de 129,69%. Os dados da PNAD corroboram com os resultados da pesquisa do ENAP acima mencionada, no sentido de que a atratividade do STFC se encontra reduzida frente ao interesse por outros serviços de telecomunicações.

Some-se a essas pesquisas o estudo intitulado “Fixo e Móvel: substituição ou complementaridade? Evidências para o Brasil”, publicado pelo IPEA (LOBO, 2011), cujas conclusões valem ser citadas:

Este estudo centrou-se, portanto, em determinar se o serviço móvel está substituindo o serviço de linha fixa convencional. [...] As evidências sugerem que os serviços móveis e fixos são substitutos, embora de forma assimétrica. [...] a telefonia móvel é um razoável substituto para a telefonia fixa, mas o serviço fixo é um substituto fraco do serviço móvel.

Nesse sentido, vale destacar os seguintes dados, que demonstram o crescimento no número de acessos do SMP experimentado nos últimos anos, de forma concomitante com a estagnação do STFC. Foram extraídos do banco de dados da ANATEL o número bruto de acessos de cada serviço registrado em dezembro de cada ano^{51; 52}. Para o STFC foram considerados os acessos individuais em serviço. Para o SMP foram considerados os acessos de voz e dados, pré-pagos e pós-pagos, e excluídos os acessos *máquina a máquina*.



⁵¹ Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dados>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

⁵² Com relação aos dados de 2017, foram extraídas informações de agosto desse ano, tendo em vista serem as últimas disponíveis para o STFC.

Observa-se que, no período analisado, ocorreu crescimento acentuado do número de acessos do SMP, da ordem de 88,4%⁵³. No mesmo período, o número total de acessos do STFC, considerados os dados das concessionárias e das autorizadas, obteve um incremento de 5,5%. Se evidenciados os dados das concessionárias, nota-se um decréscimo acentuado de 31,4%, o que leva a concluir que o discreto aumento de 5,5% no número global foi impulsionado pelas autorizadas do serviço.

O resultado decorre, em grande parte, de mudanças de comportamento dos consumidores, que passaram a buscar serviços com novas funcionalidades, tais como mobilidade e acesso à internet em alta velocidade. Nesse contexto, destaca-se a possibilidade atual de realização de comunicação por voz por meio de programas de computador ou aplicativos de celular, que funcionam por meio de qualquer conexão à internet, inclusive pelo pacote de dados do SMP. Assim, destaca-se a crescente utilização de voz sobre IP na realização de chamadas, em contraposição à estagnação do tráfego tradicional de voz.

Nessa esteira, merece destaque a ampliação das redes de suporte ao Serviço Móvel Pessoal ocorrida nos últimos anos. As prestadoras do Serviço Móvel Pessoal, ao sagrarem-se vencedoras nos editais de licitação para outorga de direito de uso das radiofrequências necessárias à prestação do serviço, assumem, via de regra, compromissos de abrangência de disponibilização de acesso vinculados às radiofrequências cujo direito de uso foi adquirido.

Não obstante sua prestação ocorrer em regime privado, o Serviço Móvel Pessoal já se encontra presente em todos os municípios brasileiros, estando prevista a expansão da disponibilização da tecnologia 3G para a totalidade dos municípios até 2019⁵⁴. Via de regra, os municípios são considerados como atendidos quando possuem cobertura em 80% da área do distrito sede do município, podendo haver disposições específicas em editais de licitação da ANATEL.

Um fato interessante diz respeito à penetração do Serviço Móvel Pessoal nas faixas de renda mais baixas da população. Segundo dados do IBGE constantes do Censo 2010, quando comparados, por rendimento, os respondentes que afirmaram possuir no domicílio telefone fixo e os que afirmaram possuir telefone celular, observa-se maior predominância da posse de telefone celular em relação à posse de telefone fixo, quanto mais baixo o rendimento *per capita* da faixa. Vale observar os dados:

⁵³ Com relação ao decréscimo no número de acessos do SMP observado nos últimos períodos analisados, nota-se que o fato se deve, provavelmente, à redução das tarifas de interconexão determinadas pela ANATEL, o que vem reduzindo o preço de chamadas para prestadoras diversas das contratadas, reduzindo o incentivo à detenção de mais de um acesso por alguns usuários, conforme será explanado mais à frente. Contudo, o incremento no número de acessos do serviço no período global analisado segue sendo inquestionavelmente expressivo.

⁵⁴ Conforme compromissos assumidos na licitação instituída pelo Edital da ANATEL nº 002/2007.

Características dos domicílios	Domicílios particulares permanentes				
	Classes de rendimento nominal mensal domiciliar <i>per capita</i> (salário mínimo) (1)				
	Até 1/4	Mais de 1/4 a 1	Mais de 1 a 3	Mais de 3 a 10	Mais de 10
Telefone Celular	3.155.567	19.591.270	16.274.626	5.676.917	1.237.386
Telefone Fixo	408.043	6.718.463	9.855.848	4.578.817	1.089.772
Relação Fixo/Celular	12,9 %	34,29%	60,55%	80,65%	88,07%

Tabela 4.1. Domicílios particulares permanentes, por classes de rendimento nominal mensal domiciliar *per capita*
 Fonte: Elaborado pelo autor com dados do Censo 2010/IBGE

Com relação à preferência da população de baixa renda pela telefonia móvel, em detrimento da telefonia fixa, o estudo da ANATEL realizado pela Superintendência de Competição⁵⁵ sugere que, além da mobilidade, a utilização do celular permite a ausência de comprometimento mínimo mensal com relação à conta, tendo em vista a forma pré-paga de cobrança.

Sobre esse ponto, vale comentar que a ANATEL implementou medidas⁵⁶ (BERBERT, 2014; TAVARES, 2014) relacionadas à modelagem de custos das prestadoras que permitiram a fixação e a redução gradual de valores de referência de interconexão, segundo os custos que seriam suportados por uma empresa munida das mais eficientes tecnologias disponíveis comercialmente no mercado⁵⁷. A chamada VU-M – Valor de Remuneração do Uso de Rede do SMP – é o valor pago às prestadoras do SMP devido ao completamento de chamadas em sua rede. Por meio da implementação do modelo de custos, a exemplo do que ocorreu na União Europeia e em diversos países latino americanos e africanos⁵⁸, o preço de chamadas entre prestadoras diferentes vem ficando mais próximos dos preços das chamadas entre usuários da mesma prestadora⁵⁹, de forma a tornar mais acessível, sob os pontos de vista de praticidade e economia, a utilização do serviço móvel em detrimento do serviço fixo.

⁵⁵ Ver Análise de Impacto Regulatório elaborada pela ANATEL no processo de Revisão do Plano Geral de Metas de Competição – Processo nº 53500.207215/2015-70. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_or_gao_acesso_externo=0>. Acesso em: 16 abr 2018.

⁵⁶ Ver Resolução da ANATEL nº 639, de 1º de julho de 2014.

⁵⁷ Importante destacar que tais medidas também possibilitam potencialmente a redução do preço das chamadas das redes fixas para móveis.

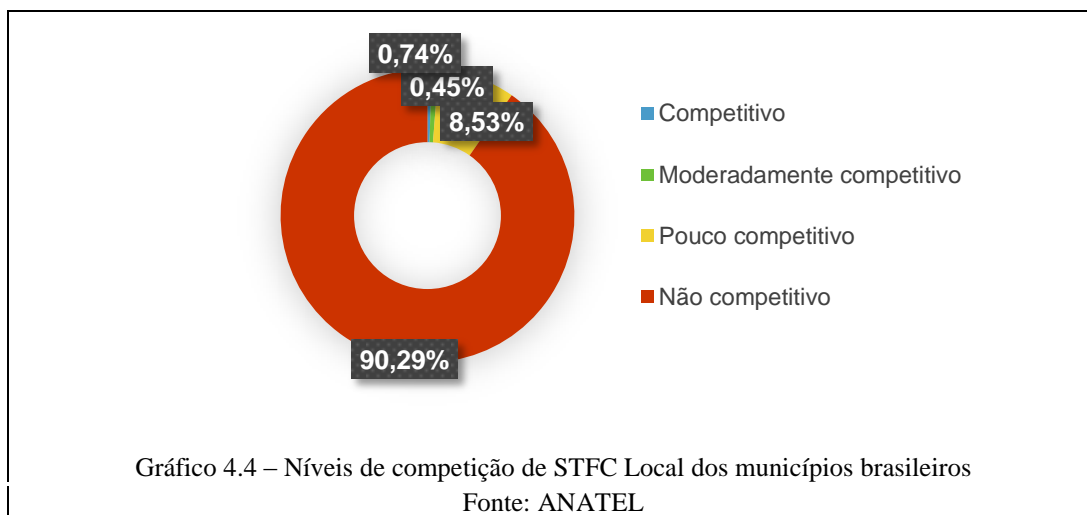
⁵⁸ Ver *benchmark* internacional realizado em parceria com a UIT – União Internacional de Telecomunicações, por meio de consultoria internacional, visando à implementação do modelo custos no Brasil, cujo resumo encontra-se exposto na Análise nº 66/2014-GCRZ do Conselheiro Rodrigo Zerbone Loureiro (Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=313383&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=313383.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2017).

⁵⁹ Ver ‘Telefonia móvel registra pequena redução entre junho e julho de 2017 no país’, *Últimas Notícias - ANATEL*, Brasília, 13 set. 2017. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/institucional/ultimas-noticiass/1739-telefonia-movel-permanece-estavel-entre-junho-e-julho-de-2017-no-pais>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

É importante destacar, ainda, que a Superintendência de Competição da ANATEL realizou estudo⁶⁰ para se avaliar o grau de competição no país e propor a revisão quadrienal⁶¹ do PGMC – Plano Geral de Metas de Competição. Além de analisar o nível de competição, em granularidade municipal, das prestadoras do STFC, o estudo propôs, com base nas premissas de substituição do STFC pelo SMP acima descritas, que ambos os serviços sejam agrupados em mercados relevantes classificados nos seguintes contextos: (i) mercado de voz; e (ii) mercado de voz e dados. Para tanto, foram filtrados os dados de acessos do SMP de acordo com a tecnologia empregada, para que fossem considerados conjuntamente com os acessos do STFC.

Interessante notar que outros órgãos reguladores, em diferentes países, utilizam-se da perspectiva da cadeia de substituição na definição dos mercados. Conforme consta do *Benchmark* realizado pela Consultoria ADVISIA OC&C Strategy Consultants no âmbito do Planejamento Estratégico em curso na ANATEL⁶², pelo menos Austrália e Reino Unido, dentro os países pesquisados, utilizam esse modelo (ADVISIA OC&C STRATEGY CONSULTANTS, 2015).

O estudo da ANATEL realizou, então, uma análise baseada no HII – Herfindahl-Hirschman Index, que se trata de índice para medir a concentração de mercado. Qualificou-se, então, os municípios segundo uma escala que os classifica como “não competitivos”, “pouco competitivos”, “moderadamente competitivos” e “competitivos”. Se considerado o mercado de STFC local separadamente, o resultado da competição nos municípios seria o seguinte:

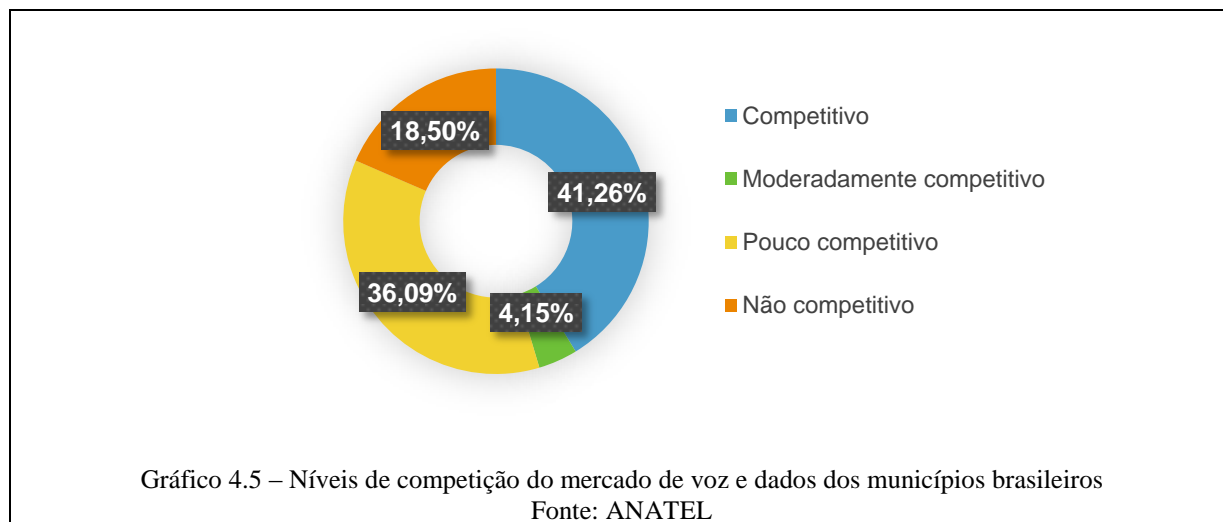


⁶⁰ Ver Processo da ANATEL nº 53500.207215/2015-70. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em 31 mar 2018.

⁶¹ O artigo 13, § 2º, do Plano Geral de Metas de Competição em vigor, aprovado pela Resolução da ANATEL nº 600, de 8 de novembro de 2012, prevê que a Agência reavaliará a cada quatro anos os mercados relevantes e as medidas regulatórias assimétricas discriminadas no Plano.

⁶² Ver Processo da ANATEL nº 53500.005127/2015-35. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 14 abr 2018.

Pela visualização do gráfico acima, poder-se-ia chegar à conclusão de que o mercado de telefonia possui problemas estruturais de competição. Contudo, ao se considerar o mercado de voz e dados⁶³ como substituto do STFC local, incluindo-se, na análise, os acessos do SMP de segunda, terceira e quarta geração (2G, 3G e 4G), o resultado⁶⁴ passa a ser o seguinte:



As pesquisas acima demonstram que o legislador da década de 1990 possuía razão em se preocupar com a situação de competição do STFC após a privatização. O Gráfico 4.5 mostra que o serviço, se considerado isoladamente, é prestado de forma concentrada, sem competição, em mais de noventa por cento dos municípios brasileiros. O que o legislador não imaginou é que o serviço perderia a relevância de forma tão acentuada, em menos de duas décadas, sendo substituído de forma gradativa e acelerada por outros serviços, prestados em regime privado, em especial pelo Serviço Móvel Pessoal, o qual oferece, sobretudo, as vantagens da mobilidade e do acesso à internet em alta velocidade.

Nesse aspecto, o que se nota, conforme acima demonstrado, é que o serviço fixo comutado perde relevância de forma saliente frente a serviços que ofertam maiores utilidades para o consumidor, inclusive perante a população de renda mais baixa. Nesse contexto, cabe averiguar a situação econômico-financeira atual das concessionárias do serviço prestado em regime público.

⁶³ O estudo da ANATEL considerou que, tendo em vista a tendência do mercado de migração para tecnologias mais avançadas (3G e 4G), considerar o mercado de voz e dados como substituto do STFC é mais representativo tanto no momento atual, quanto prospectivamente.

⁶⁴ O estudo em referência considerou, inicialmente, o SMP como substituto do STFC inclusive dentro do mesmo Grupo Econômico, de maneira que os acessos do SMP de uma prestadora não foram somados aos acessos do STFC de outra prestadora do mesmo grupo, tendo sido considerados dois *market share* distintos para o cálculo do índice de concentração de mercado. Posteriormente, tal hipótese foi relaxada, sendo os acessos de ambos os serviços devidamente agregados. Na presente pesquisa considerou-se estes últimos dados, nos quais prestadoras do mesmo grupo econômico são vistas de forma agregada e, não, como competidoras.

Primeiramente, cabe salientar o momento empresarial vivido pelo Grupo Oi, que apresentou, em 20 de junho de 2016, perante a 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro⁶⁵, pedido de recuperação judicial, com base na Lei nº 11.101/2005 – Lei de Recuperação Judicial e Falências. Tal pedido de recuperação é considerado o maior da história do Brasil⁶⁶ e busca reestruturar dívidas da companhia da ordem de mais de R\$ 65 bilhões, dos quais R\$ 10,6 bilhões se tratam de multas administrativas impostas pela ANATEL⁶⁷. A esse respeito, vale citar as alegações da prestadora presentes em sua petição inicial⁶⁸ do pedido de recuperação judicial em tela, especificamente quanto às razões apresentadas como justificativa para a crise econômica enfrentada pela empresa:

94. Outro fator que contribuiu decisivamente para a crise financeira do GRUPO OI foi a evolução tecnológica com impactos nos padrões de consumo de serviços de telecomunicações, entre o momento em que foram outorgadas as concessões do STFC, em 1998, e o presente. Como é público e notório, o interesse da generalidade das pessoas em possuir linha telefônica fixa decaiu marcadamente nesse período e, embora essa pareça uma constatação simples, os impactos na dinâmica econômico-financeira das concessões do GRUPO OI são sensíveis. [...]

96. Em paralelo à redução da atratividade do serviço de telefonia fixa frente aos serviços móveis, e especialmente do STFC (voz fixa) frente aos serviços de dados, os objetivos e metas de universalização para o serviço de telefonia fixa seguem estabilizados no mesmo nível em que se encontravam em 1998, ano da assinatura dos atuais contratos de concessão. O serviço de telefonia fixa era, então, muito mais relevante socialmente do que é hoje. [...]

99. Tal processo resulta, em síntese, na ampliação dos custos e redução progressiva das receitas, movimento refletido na queda de 33% das receitas do STFC observada entre 2006 e 2015 [...].

No mês de outubro de 2017, o Plano de Recuperação Judicial elaborado pela empresa foi revisado e novamente submetido ao juízo empresarial do Rio de Janeiro⁶⁹, que o homologou em 8 de janeiro 2018⁷⁰.

O Grupo Sercomtel, detentor de concessão para exploração do STFC, em localidades do Paraná, também se encontra em situação de dificuldade financeira⁷¹. A prestadora busca a

⁶⁵ O processamento do pedido foi deferido pelo juízo em 29 de junho de 2016 nos autos do Processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001.

⁶⁶ Ver 'Pedido de recuperação da Oi é o maior da história do Brasil; veja lista', 2016. *GI*. Rio de Janeiro, 21 jun. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/pedido-de-recuperacao-da-oi-e-o-maior-da-historia-do-brasil-veja-lista.html>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

⁶⁷ De acordo com a petição inicial do pedido de recuperação judicial, tornada pública no endereço eletrônico do administrador judicial. Disponível em: <<http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ Ver 'Oi entrega à Justiça terceira versão de seu plano de recuperação judicial, 2017'. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 12 out. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/10/1926545-oi-entrega-a-justica-terceira-versao-de-seu-plano-de-recuperacao-judicial.shtml>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

⁷⁰ Ver CARRO, Rodrigo. Justiça homologa plano da Oi, mas disputa com acionistas continua. *Valor Econômico*. Rio de Janeiro, 09 jan 2018. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/5250339/justica-homologa-plano-da-oi-mas-disputa-com-acionistas-continua>>. Acesso em: 16 abr 2018.

composição de um plano de recuperação financeira junto a ANATEL. Em nota à imprensa, o órgão regulador se manifestou nos seguintes termos⁷² a respeito da situação da concessionária:

A partir de informações coletadas e análises elaboradas pelas áreas técnicas da Agência, identificou-se cenário econômico-financeiro de notável complexidade, o qual denota a necessidade de soluções de curto prazo para a manutenção da prestação dos serviços de telecomunicações pela empresa, especialmente do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), operado mediante concessão, em regime público.

Com fundamento no voto do relator da matéria, conselheiro Igor de Freitas, foi decidida a instauração de processos para a apuração, em caráter definitivo, da capacidade econômico-financeira de a Sercomtel cumprir sua obrigação, como concessionária, de prestar o STFC de forma contínua, bem como de prestar o Serviço Móvel Pessoal (SMP) e de Comunicação Multimídia (SCM), de modo a atender à regulamentação setorial. Deverá ser decidida, ao final, a continuidade ou a extinção de suas outorgas, precedida de procedimento administrativo instaurado pela Agência, em que se assegure a ampla defesa da concessionária. Ao longo desses processos, restará garantida à prestadora a oportunidade de demonstrar uma eventual alteração de seu quadro financeiro.

É importante mencionar que, não obstante as perdas de receita das prestadoras referentes ao STFC de modo geral, alguns grupos econômicos de telecomunicações que possuem concessões dentre suas outorgas de serviços seguem em situação financeira mais estável^{73; 74}. Tal fato pode decorrer das crescentes receitas de outros serviços, em especial serviços móveis e de dados⁷⁵ e da localização geográfica mais favorável das concessões devido a fatores populacionais e de renda.

Vale observar os dados abaixo relacionados à receita bruta do Serviço Telefônico Fixo Comutado dos anos de 2000 a 2016, em bilhões de reais, elaborado pela Teleco Consultoria em parceria com a associação de prestadoras TELEBRASIL – Associação Brasileira de Telecomunicações:

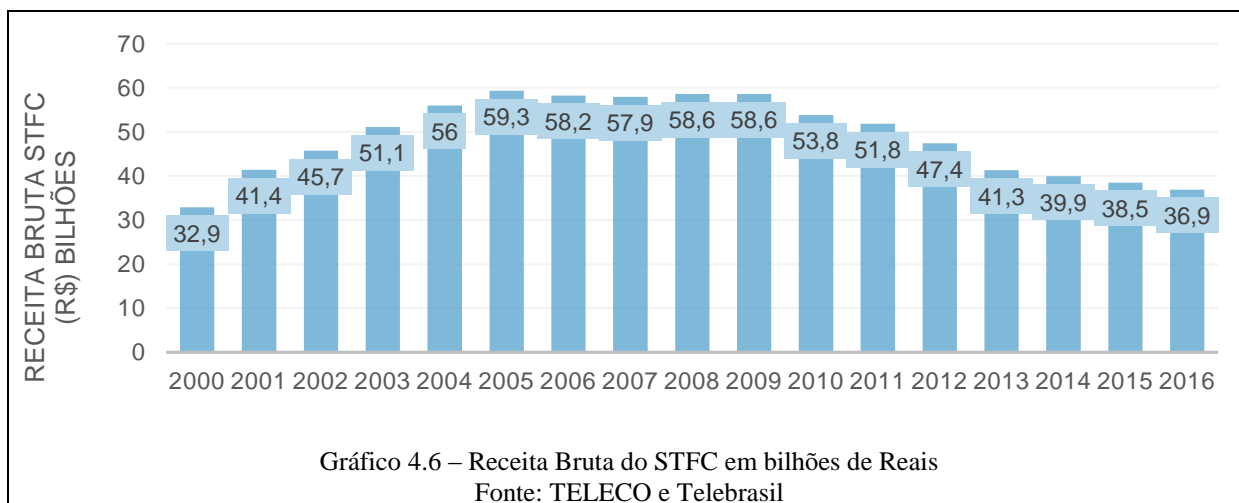
⁷¹ Ver SANTANA, Ivone. Sercomtel entrega plano de recuperação à Anatel. *Valor Econômico*. São Paulo, 17 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/5040566/sercomtel-entrega-plano-de-recuperacao-anatel>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

⁷² Ver 'Sercomtel – Nota à imprensa', *Últimas Notícias - ANATEL*, Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/institucional/ultimas-noticiass/1721-nota-a-imprensa-sercomtel>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

⁷³ Ver MELO, Alexandre. 'Lucro da Algar Telecom avança 28% no 3º trimestre'. *Valor Econômico*. São Paulo, 16 out. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/5157038/lucro-da-algar-telecom-avanca-28-no-3-trimestre>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

⁷⁴ STENZEL, Raquel, SLATTERY, Gram. 'Lucro da Telefônica Brasil sobe 28,3% no 3º trimestre'. *Exame*. São Paulo, 25 out. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/lucro-da-telefonica-brasil-sobe-283-no-3o-trimestre/>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

⁷⁵ Ver SANTANA, Ivone. 'Na Telefônica, dados somam mais de dois terços da receita de serviços'. *Valor Econômico*. São Paulo, 25 out. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/5168844/na-telefonica-dados-somam-mais-de-dois-tercos-da-receita-de-servicos>>. Acesso em: 08 nov. 2017.



O professor Alexandre Ditzel Faraco (2003) destaca que, dentro do enfoque evolutivo consagrado no plano legal, conforme acima demonstrado, um critério objetivo para avaliação do momento em que um serviço deve fazer parte de metas de universalização baseia-se na observação de sua utilização no meio social. As políticas públicas de universalização do acesso aos serviços de telecomunicações devem possuir caráter mutável, “na medida em que a avaliação quanto a quais serviços serão objeto de universalização sofrerá, inevitavelmente, os influxos das mudanças tecnológicas”. Nesse sentido, “quanto mais difundido for um serviço, maiores são os motivos para integrá-los às políticas de universalização”.

Para o Conselheiro Diretor da ANATEL Leonardo Euler de Moraes (informação verbal)⁷⁶ a manutenção de um regime público sobre a telefonia fixa gera ineficiência alocativa de recursos, na medida em que direciona investimentos à implantação e à manutenção de TUPs, que não mais percebem tráfego de chamadas. Nas palavras do Conselheiro, “esse dinheiro podia estar sendo colocado em banda larga nas áreas que não tem atratividade econômico-financeira”, de forma que, no modelo atualmente praticado, “não se maximiza o proveito social e econômico desses recursos”.

Para Nilo Pasquali, Superintendente de Regulamentação da ANATEL (informação verbal)⁷⁷, a manutenção da telefonia fixa no regime público cria desinteresse de investimento em serviços de telecomunicações nas áreas onde existe a prestação do STFC em regime público, e está descasada com os anseios sociais:

[A manutenção do regime público para o STFC] cria um baita desinteresse de investimento, principalmente nas áreas onde está atrelado o regime público. Está se colocando o serviço como prioridade do Estado, que é isso

⁷⁶ Entrevista concedida por MORAIS, Leonardo Euler de. Entrevista V [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (58min14sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

⁷⁷ Entrevista concedida por PASQUALI, Nilo. Entrevista III [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min19sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

que quer dizer o regime público. É um serviço que a União se compromete a manter, caso o particular não quiser fazer. Um serviço que as pessoas simplesmente não querem mais. Ou, pelo menos, a grande maioria não quer mais, ou não está mais interessada no serviço. O foco legal e jurídico está totalmente descasado do que de fato a sociedade quer.

Um contraponto foi apresentado pelo Consultor Legislativo do Senado Federal Marcus Augustus Martins (informação verbal)⁷⁸, para quem o STFC ainda é relevante em certas regiões mais isoladas do país, onde as concessões, na sua opinião, deveriam ser mantidas:

Agora, ainda é um serviço que, para rincões do país, onde não há SMP, onde não há banda larga, tem que ser mantido. Porque senão você ilha essa parcela da população que, por menor que seja, não tem acesso a outro serviço de comunicação, que não o STFC. E aí, a questão é: por que não manter nesses rincões a concessão?

Nas palavras do Superintendente de Competição da ANATEL, Abraão Balbino e Silva (informação verbal)⁷⁹, “a telefonia fixa foi crucial como uma grande desbravadora de infraestrutura no Brasil”. O serviço possuiu notável relevância no momento da privatização, figurando como protagonista da abertura do setor naquele momento.

Nota-se que, hoje, contudo, os sinais de decadência do serviço são latentes, com a gradativa perda de interesse dos usuários, ao tempo em que permanecem as obrigações de universalização afetas à sua prestação.

IV.2 Ausência de investimento público na universalização – Mitigação no uso de recursos do FUST

O objetivo de universalizar um serviço público depende de instrumentos que viabilizem investimentos, mesmo quando não for possível a obtenção de retorno segundo as regras de mercado. Assim, devem ser propostas formas de possibilitar o aporte de recursos, inclusive quando o VPL – Valor Presente Líquido – for baixo ou negativo (PEREIRA NETO e ADAMI, 2014). Tradicionalmente, foram identificadas duas fontes de recursos que independem de perspectiva de retorno sobre o investimento a ser feito: (i) receitas estatais redirecionadas ao setor e (ii) subsídios cruzados entre diferentes modalidades de serviços ou segmentos de usuários (FARACO, 2003).

Nesse contexto, a Lei Geral de Telecomunicações previu, no seu artigo 81, as fontes dos recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que

⁷⁸ Entrevista concedida por MARTINS, Marcus Augustus. Entrevista VI [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (38min37sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

⁷⁹ Entrevista concedida por SILVA, Abraão Balbino e. Entrevista II [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (29min27sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço. Em suma, foi prevista a utilização do Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a finalidade em questão, além de recursos provenientes de um fundo especificamente constituído para tanto, para o qual devem contribuir prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado.

Nota-se que o legislador reconheceu que seriam necessários investimentos externos à concessão no intuito de se resguardar a universalização dos serviços de telecomunicações, sobretudo para os casos em que a expansão dos serviços não seja possível por meio da obtenção de receitas advindas da exploração regular da atividade. Assim, o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST – criado pela Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, no intuito de dar cumprimento ao inciso II do artigo 81 da Lei Geral de Telecomunicações, foi concebido como um pilar do financiamento da universalização dos serviços de telecomunicações.

A Lei Geral de Telecomunicações dispôs de forma cristalina que os subsídios governamentais, sejam oriundos do FUST ou do orçamento geral, devem suprir tão somente a parcela irrecuperável do investimento na universalização. Nesse aspecto, o artigo 80, § 2º, da LGT, veda expressamente a destinação de recursos do fundo à cobertura de custos com universalização dos serviços que, nos termos do contrato de concessão, a própria prestadora deva suportar. Dessa forma, não é possível o uso dos recursos públicos no financiamento de investimentos assumidos pelas concessionárias na forma do que foi previsto no edital e no contrato. Tais investimentos devem ser amortizados pela própria exploração do serviço. Uma vez demarcados os investimentos a serem realizados pela concessionária, fica definida a equação financeira do contrato, não cabendo ao poder público alterar a previsão de investimentos sem o reestabelecimento do equilíbrio contratual (PEREIRA NETO e ADAMI, 2014).

Percebe-se, portanto, que, no sistema de financiamento instituído pela LGT, foi vedada a utilização dos recursos orçamentários e dos recursos do FUST para cobrir investimentos que devem ser realizados pela própria concessionária. Ao mesmo tempo, quaisquer exigências do poder concedente de novos investimentos que não possam ser recuperados com a exploração eficiente dos serviços devem ser financiadas por recursos do FUST ou por recursos do orçamento geral.

Vale observar que, anteriormente à criação do FUST, a LGT, no seu artigo 81, parágrafo único, admitiu, como situação de transição, a prática de subsídio cruzados entre modalidades de serviços de telecomunicações ou entre segmentos de usuários, bem como obtenção

de receita adicional com interconexão⁸⁰. Tais soluções possuem a propensão a onerar usuários de outros serviços, de forma que o uso dos recursos do FUST foi estabelecido como mecanismo prioritário para implantação da universalização, sem prejuízo de aportes diretos a serem realizados pelo poder público (PEREIRA NETO e ADAMI, 2014). O que o legislador fez, na verdade, foi admitir a utilização de mecanismo de financiamento associado ao modelo anterior, mas exclusivamente no período prévio à implementação de meios adequados à reorganização concorrencial do setor (FARACO, 2003).

No intuito de garantir que o fundo previsto no artigo 81 da LGT atendesse à neutralidade relativamente à concorrência, a Lei nº 9.998/2000, que criou o FUST – Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – estabeleceu que incidirá, a título de contribuição para o fundo, um por cento sobre a receita operacional bruta⁸¹ decorrente da exploração dos serviços de telecomunicações por todas as prestadoras, nos regimes público e privado. Nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira Neto e Mateus Piva Adami (2014):

Vale notar que o Fust procura diversificar suas fontes de receita, incidindo sobre todos os serviços de telecomunicações, em regime público ou privado. Dessa forma, procura-se diluir seus impactos sobre as diversas operadoras, distribuindo o ônus financeiro da universalização sobre todo o setor. Esse método tende a gerar poucas distorções quando comparado com outros – como a incidência de um valor maior sobre a receita de determinados serviços ou usuários. Além disso, na medida em que há a incidência de uma única alíquota baixa (isto é, 1%) sobre o faturamento de todas as operadoras, o mecanismo de financiamento tende a ser concorrencialmente neutro.

Conforme visto, o FUST foi criado para ser o “principal motor das políticas de universalização do setor” (PEREIRA NETO e ADAMI, 2014) tendo em vista que, desde a elaboração da LGT, o legislador já havia reconhecido que a expansão dos serviços não seria possível exclusivamente pela via das regras de mercado.

A lei de constituição do fundo – Lei nº 9.998/2000 – discriminou um rol de objetivos a serem perseguidos na utilização dos recursos do FUST. Dentre eles⁸²: (i) atendimento a localidades com menos de cem habitantes; (ii) complementação de metas estabelecidas no Plano Geral de Metas de Universalização para atendimento de comunidades de baixo poder aquisitivo; (iii) implantação de acessos individuais para prestação do serviço telefônico, de acessos para utilização

⁸⁰ A interconexão é obrigatória entre redes de suporte a serviços de interesse coletivo e deve se dar a preços isonômicos e justos, conforme artigos 147 e 152 da lei. Nesse sentido, o pagamento de um valor adicional ao valor da interconexão não deixa de ser, portanto, um subsídio cruzado, pois os serviços prestados no âmbito de uma rede acabarão por subsidiar os serviços prestados na outra rede (FARACO, 2003).

⁸¹ Excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

⁸² O artigo do diploma legal que permitia o emprego de recursos do FUST para antecipação das metas atribuídas às concessionárias foi vetado, por ter se considerado que essa era uma obrigação inerente à concessão, de forma que não se poderia utilizar recursos externos para cumpri-la.

de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde, incluindo os equipamentos terminais para operação pelos usuários; (iv) instalação de redes de alta velocidade, destinadas ao intercâmbio de sinais e à implantação de serviços de teleconferência entre estabelecimentos de ensino e bibliotecas; (v) fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a instituições de assistência a deficientes; (vi) implantação da telefonia rural.

A referida lei define, ainda, que cabe ao Poder Executivo formular as políticas, as diretrizes gerais e as prioridades que orientarão as aplicações do FUST, bem como definir os programas, projetos e atividades financiados com recursos do fundo. Por seu turno, cabe ao órgão regulador: (i) implementar, acompanhar e fiscalizar os programas, projetos e atividades que aplicarem recursos do Fust; (ii) elaborar e submeter, anualmente, ao Ministério das Comunicações⁸³ a proposta orçamentária do FUST, para inclusão no projeto de lei orçamentária anual, levando em consideração o atendimento do interesse público e as desigualdades regionais, bem como as metas periódicas para a progressiva universalização dos serviços de telecomunicações; e (iii) prestar contas da execução orçamentária e financeira do FUST.

O Decreto nº 3.624/2000 regulamentou a Lei nº 9.998/2000, definindo, em suma: (i) que os recursos do Fust não poderão ser destinados à cobertura de custos com universalização dos serviços que, nos termos dos contratos de concessão, a própria prestadora deva suportar; (ii) que a progressiva universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado no regime público deve ser observada pelo atendimento ao disposto no PGMU – Plano Geral de Metas para Universalização, cabendo à Anatel elaborar o plano ou suas alterações; (iii) que as aplicações dos recursos do fundo, detalhadas no PGMU, devem estar em consonância com as políticas, diretrizes gerais e prioridades formuladas pelo Ministério das Comunicações⁸⁴ e com os programas, os projetos e as atividades por ele definidos; (iv) que os recursos do Fust serão aplicados de forma não reembolsável, ou seja, a fundo perdido; (v) que o saldo positivo do FUST, apurado no balanço anual, será transferido como crédito do mesmo Fundo para o exercício seguinte.

Após a edição da Lei do FUST e do Decreto regulamentar respectivo, foram aprovados os Decretos nº 3.753/2001 e nº 3.754/2001, os quais se trataram, respectivamente, do Plano de Metas para a Universalização de Serviços de Telecomunicações em Escolas Públicas de Ensino Profissionalizante e do Plano de Metas para a Universalização de Serviços de Telecomunicações em Escolas Públicas de Ensino Médio. Os referidos planos cuidavam de metas de universalização de

⁸³ Atualmente Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.

⁸⁴ Atualmente Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.

acesso de serviços de redes digitais de informação, inclusive internet, incluindo os equipamentos terminais, nos estabelecimentos públicos de ensino profissionalizante e médio.

A Anatel, por seu turno, editou a Resolução nº 269/2001, que aprovou o Regulamento de Operacionalização da Aplicação de Recursos do FUST – Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações. Tal regulamento buscou detalhar como se daria a utilização dos recursos do fundo por meio das metas estabelecidas nos planos de universalização editados pelo Poder Executivo.

Para Caio Mario da Silva Pereira Neto e Mateus Piva Adami (2014), o modelo previsto na regulamentação editada pela Anatel seria bastante próximo do que se entende idealizado pela legislação setorial. No caso, a Agência chegou a publicar edital de licitação⁸⁵ no intuito de eleger prestadoras para implementar as metas previstas nos planos mencionados acima, mediante utilização de recursos do FUST, conforme a regulamentação aprovada pela Agência. Contudo, o Tribunal de Contas da União, ao apreciar preliminarmente a questão⁸⁶, considerou que existiam indícios de possíveis irregularidades no edital de licitação lançado pela Anatel, especialmente quanto: (i) a suposta necessidade de aplicação da Lei nº 8.666/1993 à contratação em questão; (ii) a limitação de possibilidade de participação na licitação pelas concessionárias de STFC; (iii) o lançamento do edital sem previsão do respectivo programa no Plano Plurianual para o período 2000-2003; e (iv) a suposta previsão de utilização de recursos do fundo em casos para cobertura de custos que a própria prestadora deveria suportar. Diante dos motivos citados, o Tribunal de Contas da União determinou a suspensão cautelar da Licitação nº 001/2001/SPB-ANATEL e solicitou os esclarecimentos que considerou pertinentes à Agência. Diante dos questionamentos levantados pela corte de contas, a Anatel decidiu, por meio do Ato nº 27.130/2002, anular o edital de licitação em comento.

Posteriormente, em março de 2003, o então ministro das comunicações, Miro Teixeira, decidiu apresentar consulta ao Tribunal de Contas da União⁸⁷ sobre a adequada interpretação de dispositivos legais relacionados ao tema. Em suma, foram levadas ao TCU questões relacionadas a contratação hipotética, a ser custeada com recursos do FUST de empresa para (i) implantar, manter e operar o serviço de acesso para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde, mediante provimento de conexão em banda larga nas interligações dos equipamentos

⁸⁵ Edital de Licitação nº 001/2001/SPB/ANATEL - Processo nº 53500.004352/2001. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/institucional/acervo-documental>>. Acesso em: 10 dez 2017.

⁸⁶ Processo nº 013.158/2001-1, Decisão nº 1095/2001, Ata nº 56/2001 – Plenário.

⁸⁷ O teor das perguntas apresentadas encontra-se transcrito no Acórdão nº 1.107/2003 – Plenário – do Tribunal de Contas da União.

terminais com os provedores de acesso a redes digitais de informação e à Internet; (ii) prover acesso a redes digitais de informações e à Internet; (iii) prover equipamentos terminais para operação do serviço e respectivos *softwares* que o viabilizem; (iv) administrar e operar sistemas e serviços disponibilizados.

As perguntas, em suma, tratavam sobre a aplicabilidade⁸⁸, ou não, da Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações – ao tema e sobre a possibilidade de participação de empresas que já fossem prestadoras de serviço no certame.

As conclusões da corte de contas constantes do Acórdão nº 1.107/2003 – Plenário, por meio do qual foram interpretados dispositivos da Lei nº 9.998/2000 e foram respondidos os questionamentos, são as seguintes: (i) que a contratação de empresa para prestação dos serviços com a utilização de recursos do FUST deveria ser licitada com base na Lei nº 8.666/1993, não se aplicando a exceção tratada no artigo 210 da LGT, a qual se refere exclusivamente a licitações para outorga de concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência; (ii) que qualquer prestadora de serviços de telecomunicações, seja ela concessionária, permissionária ou autorizatória, poderia participar do processo licitatório para as situações hipotéticas apresentadas, desde que esteja devidamente habilitada a prestar os serviços, somente podendo concorrer nas localidades incluídas em suas áreas geográficas de atuação, não podendo ser imputadas metas adicionais às concessões de STFC para acesso a redes digitais de informação mediante conexão em banda larga.

Para Caio Mario da Silva Pereira Neto, Filippo Maria Lancieri e Mateus Piva Adami (2014), a resposta elaborada pelo TCU em resposta à consulta do então ministro das comunicações “praticamente definiu como deveria ser implantada a política de universalização do setor de telecomunicações, à reveria da ANATEL”. Além disso, “a análise empreendida pelo TCU interpretou de forma bastante peculiar a legislação aplicável ao caso, além de ter deixado pouco espaço para a atuação do órgão regulador”. Para os autores, a interpretação realizada pela corte de contas reflete-se atualmente “no uso de recursos do FUST em patamares irrisórios”.

Na opinião de Floriano de Azevedo Marques Neto (informação verbal)⁸⁹:

[...] Em um determinado momento do primeiro governo Lula, já com a situação fiscal melhor do que a do final do segundo governo do Fernando Henrique, o Ministério das Comunicações, dirigidos pelo Ministro Miro

⁸⁸ O artigo 210 da LGT define que as licitações referentes a concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequências não são regidas pela Lei nº 8.666/1993. Por seu turno, o artigo 22, II, da lei estabelece que compete ao Conselho Diretor da ANATEL aprovar normas próprias de licitação e contratação. As licitações realizadas pela Agência são regidas atualmente pela Resolução nº 65/1998.

⁸⁹ Professor Floriano de Azevedo Marques Neto, “Reconfiguração da noção de serviço público diante das novas tecnologias” (palestra), FGV – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 14 set 2017.

Teixeira, tem a “genial” ideia de consultar o TCU sobre como utilizar os recursos do FUST. E em mais uma “obra do TCU para a paralisação do país”, o TCU deu uma decisão que simplesmente disse: “os recursos do FUST não são utilizáveis”. E nós não utilizamos os recursos de um fundo que nós pagamos para custear a universalização dos serviços. Simples assim. Uma consulta indevida, uma resposta inapropriada. A Lei do FUST, eu também acho que foi mal feita. Mas, enfim, a partir daí, acabou.

É interessante apontar a opinião do o Superintendente Executivo da ANATEL, Carlos Manuel Baigorri (informação verbal)⁹⁰, para quem o FUST não pode ser considerado, de fato, concorrencialmente neutro, tendo em vista que, hoje, é recolhido por todas as prestadoras, mas somente poderia ser utilizado pelas concessionárias de STFC. No mesmo sentido, para o professor Caio Mario da Silva Pereira Neto (informação verbal)⁹¹, o distanciamento ocorrido entre a opção do legislador relativamente ao financiamento da universalização e a realidade gera diversos problemas:

A ideia do 1% sobre todas as operadoras era diminuir o financiamento sobre todas e garantir oportunidade de aplicação para todas também. Acho que é essa a ideia geral que nunca foi implementada. E isso gera distorção nos preços relativos para financiar essas metas. Então, de alguma forma, esse subsídio está embutido nas próprias tarifas das concessionárias. Não tem como limitar, elas têm que financiar isso. E gera uma dispersão de energias com metas cada vez mais obsoletas, a dos TUPs é somente a mais drasticamente obsoleta.

Desde que foi criado, o FUST arrecadou a cifra de R\$ 20,3 bilhões, conforme dados da ANATEL atualizados até março de 2018⁹².

Em auditoria operacional⁹³ realizada com o objetivo de verificar as dificuldades, limitações e barreiras que impedem a aplicação dos recursos do FUST, o TCU concluiu, no ano de 2005, em primeiro lugar, que o “Ministério das Comunicações foi deficiente na formulação e na implementação de políticas, diretrizes gerais e prioridades” que pudessem orientar de forma efetiva a aplicação dos recursos do fundo. Para a corte de contas, a política de universalização formulada naquele período demonstrava fragilidades e inconsistências em relação à definição de prioridades, além de possuir problemas com relação a “medidas de estratégia orçamentária”.

Com relação à deficiência na formulação da política pública correspondente pelo Ministério das Comunicações, vale destacar as seguintes conclusões contidas no relatório: (i) as

⁹⁰ Entrevista concedida por BAIGORRI, Carlos Manuel. Entrevista I [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min15sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

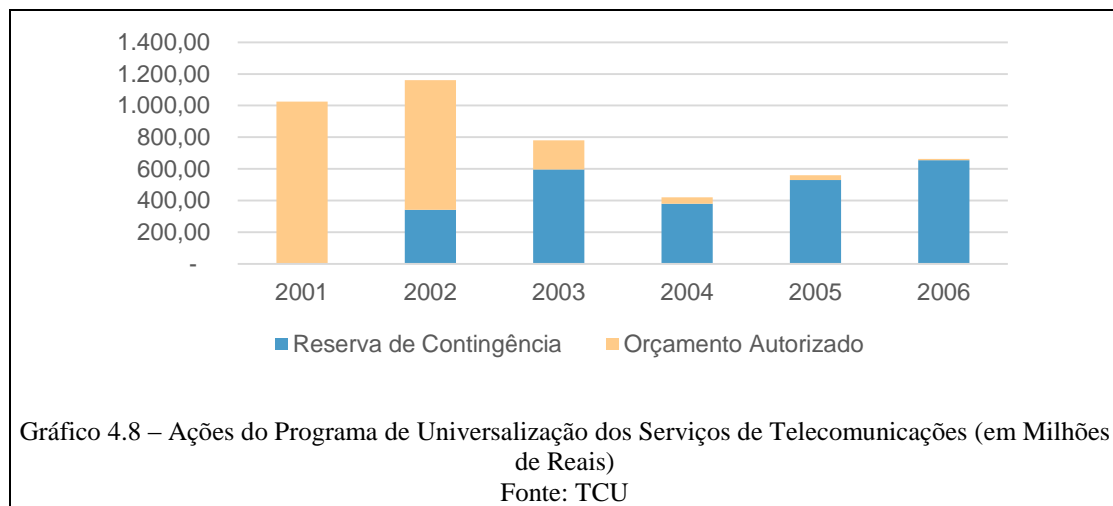
⁹¹ Professor Caio Mario da Silva Pereira Neto, “O Fust como instrumento para promover o desenvolvimento do setor de telecomunicações” (palestra), FGV – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 14 set 2017.

⁹² Ver Série Histórica FUST 2001 a 2018. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/setorregulado/arrecadacao-fust>>. Acesso em: 10 mai 2018.

⁹³ Ver Relatório anexo ao Acórdão do TCU nº 2.148/2005-Plenário, Relator: Min. Ubiratan Aguiar, Processo nº TC 010.889/2005-5. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 13 dez 2017

prioridades definidas pelo Ministério das Comunicações à época da edição da Lei do FUST, foram estabelecidas de forma superficial e genérica; (ii) houve descompasso entre programas de universalização e as leis orçamentárias no período; (iii) houve ausência de supervisão e interlocução para elaboração do denominado Serviço de Comunicações Digitais – SCD⁹⁴, proposto pela Anatel em decorrência de recomendações realizadas pelo TCU; (iv) ausência de estudos e definições de premissas essenciais para aplicação do FUST; (v) a grande rotatividade na pasta do Poder Executivo ocorrida a partir de 2003; (vi) carência de um corpo técnico especializado, apto a tratar as complexas questões envolvidas, no então Ministério das Comunicações.

Nesse tópico, o relatório apresenta os valores previstos pelas respectivas leis orçamentárias anuais do período 2001-2006 que deveriam ser aplicados no Programa de Universalização dos Serviços de Telecomunicações, bem como os valores destinados por essas leis à reserva de contingência. Vale refletir o gráfico constante do documento:



Nessa seção, o relatório conclui que “[...] em 2001 não havia destinação de recursos do Fust à reserva de contingência, a integralidade da arrecadação do Fundo (R\$ 1,025 bilhões) seria aplicada em ações do Programa de Universalização dos Serviços de Telecomunicações. Em 2002, foram destinados 29,37% (R\$ 341 milhões) da previsão de arrecadação (R\$ 1,161 bilhões) à reserva de contingência. A partir de então, ano após ano, a porcentagem da previsão de arrecadação do Fundo destinada à reserva de contingência aumentou: em 2003, 76,44% (R\$ 596 milhões), em 2004, 90,49% (R\$ 380 milhões) em 2005, 94,33% (R\$ 529 milhões) e, finalmente, a intenção, conforme o projeto de LOA 2006 em tramitação no Congresso Nacional, é que 98,65% (R\$ 655

⁹⁴ Tendo em vista as conclusões do TCU constantes do Acórdão nº 1.107/2003 – Plenário, por meio do qual foram interpretados dispositivos da Lei nº 9.998/2000 e foram respondidos os questionamentos apresentados pelo então ministro Miro Teixeira, a Anatel realizou Consultas Públicas – de 24/11/2003 a 1/3/2004 – objetivando a criação do Serviço de Comunicações Digitais – SCD, a ser prestado em regime público. Após consolidar as contribuições obtidas, a Agência encaminhou ao Ministério das Comunicações, em 6/10/2004, sua proposta de criação do novo serviço. O Ministério das Comunicações, contudo não deu continuidade à proposta de criação do SCD.

milhões) dos recursos arrecadados pelo Fust (R\$ 664 milhões) sejam destinados à reserva de contingência”.

O TCU avaliou, ainda, se a evolução no conceito de universalização das telecomunicações teria se mostrado uma barreira para a utilização dos recursos do FUST. Com relação à questão, o tribunal administrativo afirma que refuta a tese de que o conceito de universalização previsto na LGT estaria associado ao serviço telefônico, enquanto que a Lei do FUST teria inovado ao prescrever a universalização da internet, o que dificultaria a aplicação dos recursos. Para o TCU, a referência à universalização da internet estava também presente na LGT, conforma consta da Exposição de Motivos nº 231, do Ministério das Comunicações, que acompanhou o Projeto da Lei Geral das Telecomunicações. Assim, a Lei do FUST apenas teria explicitado a referência legal a outros serviços a serem universalizados.

Além de explicitar os serviços a serem objeto de universalização, a Lei do FUST inovou ao priorizar os beneficiários dos recursos, quais sejam, estabelecimentos de ensino, bibliotecas, instituições de saúde, órgãos de segurança pública e instituições de assistência a deficientes. Tal fato, segundo o TCU, “tornou mais complexa a formulação – e implementação – das políticas e dos programas governamentais para a aplicação dos recursos do Fust, por exigir capacidades de colaboração e articulação entre as diferentes áreas governamentais, o que ultrapassa o âmbito do Ministério das Comunicações”.

Nos termos do relatório, a Casa Civil seria o órgão legalmente competente para buscar uma solução para o problema, conforme prescreve o art. 2º da Lei n.º 10.683/2003. Nesse sentido, o TCU identificou a necessidade de o órgão realizar a integração das diversas iniciativas de inclusão digital e das futuras ações vinculadas ao FUST. O TCU destacou, ainda, que, na sua avaliação, ocorreu falta de consenso interno na ANATEL e deficiência na orientação ministerial para a criação de um serviço de telecomunicações a ser prestado em regime público, apto a receber os recursos do fundo, na forma recomendada pela corte de contas.

Por fim, foi ressaltado que a legislação em vigor, na opinião do tribunal administrativo, não se mostraria como obstáculo à aplicação dos recursos e que não haveria qualquer incompatibilidade entre os conceitos de universalização contidos na LGT e na Lei do FUST.

Ao final do relatório, o Tribunal de Contas da União destaca que uma das fontes de receita do FUST, que alcançaria 52% dos recursos arrecadados pelo fundo, provém da contribuição de 1% sobre a receita das prestadoras de telecomunicações, a qual é denominada CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. Tendo em vista se tratar de CIDE, a destinação de recursos dessa parcela arrecadada deve ser vinculada às disposições legais dessa

espécie tributária, o que importaria, de acordo com o TCU, restrições a serem consideradas em qualquer proposta de alteração da Lei do FUST que viesse a ser discutida no Congresso Nacional. Nessa esteira, a corte de contas aponta a posição doutrinária no sentido de que há limites rígidos na aplicação dos recursos de CIDE, pois seria justamente a destinação específica dos recursos que autorizaria a sua criação, considerando que a Constituição Federal permite a instituição de CIDEs para que funcionem como fonte de custeio da intervenção do Estado no domínio econômico. Assim, para o TCU, qualquer alteração na destinação dos recursos da Lei do FUST poderia ensejar propositura de ação judicial com vistas à devolução aos contribuintes dos valores recolhidos, via ação de repetição do indébito tributário, o que traria “relevante impacto fiscal às contas governamentais”.

Após relatada a análise realizada pelo TCU no ano de 2005 sobre as dificuldades, as limitações e as barreiras que impediriam a aplicação dos recursos do FUST, vale acrescentar que apenas um PMU – Plano de Metas de Universalização entrou em vigor, tendo sido estabelecido pelo Decreto nº 6.039/2007. Por meio do mencionado plano, que ficou conhecido como PMU I, foram estipuladas metas de fornecimento de acessos individuais ao STFC, incluído o pagamento mensal da assinatura básica, a instalação e a manutenção de equipamentos de interface para comunicação entre pessoas com deficiência auditiva, nas dependências de instituições de assistência tais usuários.

O plano em questão previu que os recursos destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento de suas metas seriam oriundos do FUST, observada a dotação orçamentária prevista⁹⁵. Nesse aspecto, vale notar que o PMU I apenas definiu novas metas às atuais prestadoras de serviços no regime público, sem que tenha se estabelecido competição pelos recursos disponibilizados, de forma que se perdeu a oportunidade de se incentivar a entrada de novos agentes e de se utilizar os recursos do FUST de forma mais eficiente (PEREIRA NETO e ADAMI, 2014).

O referido programa atendeu, ao todo, 121 (cento e vinte uma) instituições, sendo que, ao final do seu prazo de vigência, em setembro de 2012, havia 67 (sessenta e sete) instituições cadastradas. Entre os anos de 2007 a 2012, de acordo com o encontro de contas aprovado pelo órgão regulador⁹⁶, foram ressarcidos, no total, R\$ 438.073,09 às concessionárias de STFC relativos à parcela de custo não recuperável referente ao PMU I, atualizados monetariamente⁹⁷ até o mês de outubro de 2015, oportunidade em os valores foram efetivamente pagos às prestadoras.

⁹⁵ Artigo 2º do Anexo ao Decreto nº 6.039/2007.

⁹⁶ Conforme consta do Acórdão do Conselho Diretor da Anatel nº 478/2015-CD, Processo nº 53500.033453/2008. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalRedireciona.do?codigoDocumento=336732>>. Acesso em: 08 dez 2017.

⁹⁷ Conforme cálculos constantes do Informe nº 120/2015/COUN/PRUV/SCO/SPR, Processo nº 53500.033453/2008.

Por meio da Portaria nº 555/2007⁹⁸ do então Ministério das Comunicações, um outro projeto chegou a ser aprovado na tentativa de se utilizar recursos do FUST para fins de universalização. Tal projeto pretendia complementar o PGMU – Plano Geral de Metas de Universalização pela imposição de obrigação de atendimento, com Telefone de Uso Público, das localidades com menos de cem habitantes. O Conselho Diretor da Anatel chegou a aprovar⁹⁹ as minutas dos documentos necessários à implantação do projeto, tendo encaminhado sua proposta à apreciação do Poder Executivo, o qual passaria a ser denominado PMU II. Contudo, após recomendações de alterações pelo Conselho Consultivo da Anatel^{100; 101}, e solicitação de informações complementares pelo então Ministério das Comunicações, a Agência restituiu o assunto ao Poder Executivo em fevereiro de 2016 para estabelecimento de diretiva com relação ao prosseguimento do projeto¹⁰², especialmente em vista das propostas em curso para revisão metas do PGMU – Plano Geral de Metas para a Universalização, as quais incluem a redução da planta de TUPs das concessionárias, em decorrência da perda de interesse da população, mas mantém a meta de instalação de TUPs em localidades com menos de cem habitantes. Dessa maneira, o referido projeto nunca foi efetivado na prática.

Observa-se, assim, que as únicas despesas de universalização custeadas, até a presente data, com recursos do FUST foram aquelas provenientes do PMU I, as quais alcançaram o aporte de R\$ 438.073,09.

Recentemente, o Tribunal de Contas da União realizou fiscalização¹⁰³ com o intuito de averiguar, dentre outros temas, a arrecadação e a destinação dos recursos arrecadados por dois dos fundos setoriais previstos na LGT: o FISTEL – Fundo de Fiscalização das Telecomunicações e o FUST – Fundo de Universalização dos Serviços de Fiscalização. No decorrer da fiscalização, o TCU solicitou à STN – Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda, à SOF – Secretaria de Orçamento e Finanças do Ministério do Planejamento e à Anatel informações sobre receitas do FUST e execução de despesas com recursos do fundo. Com relação às receitas, a STN informou ao TCU que a arrecadação bruta do FUST entre 2001 e 2015 teria sido de R\$ 16,04 bilhões. Por seu turno, a Anatel informou que, no mesmo período, a arrecadação bruta do fundo

⁹⁸ Publicada no Diário Oficial da União de 28 de setembro de 2007.

⁹⁹ Conforme deliberação na 540ª Reunião do Conselho Diretor da Anatel, Processo nº 53500.026681/2007.

¹⁰⁰ Ver ‘Relatório de Análise da Proposta do Plano de Metas para Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado em Localidades com menos de Cem Habitantes (PMUII)’ do Conselho Consultivo da Anatel, Conselheiro Relator: Ricardo Lopes Sanchez, Processo nº 53500.026681/2007.

¹⁰¹ Ver ‘Conselho Consultivo recomenda alterações no PMU’, *Tele.síntese Portal de Telecomunicações, Internet e TICs*. São Paulo, 8 fev 2010. Disponível em: < <http://www.telesintese.com.br/conselho-consultivo-recomenda-alteracoes-no-pmu>>. Acesso em: 10 dez 2017.

¹⁰² Ver Informe da Anatel nº 12/2016/SEI/PRUV/SPR, Processo nº 53500.026681/2017. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/seipesquisa>>. Acesso em: 10 dez 2017.

¹⁰³ Processo TC 008.293/2015-5 – Relatório de Levantamento (Órgãos/Entidades: Ministério das Comunicações; Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel; Telecomunicações Brasileiras S.A - Telebrás).

teria sido de R\$ 19,44 bilhões, o que representa uma diferença da ordem de R\$ 3,39 bilhões. Após determinação da corte administrativa¹⁰⁴; ¹⁰⁵, a STN e a Anatel promoveram ajustes de metodologia¹⁰⁶, o que resultou em conciliação de contas, que indicou arrecadação de R\$ 17,68 bilhões ao FUST no período em comento. Com relação ao saldo financeiro do fundo, de igual forma, a STN e a Anatel informaram valores divergentes ao TCU. Para a STN, o saldo em questão alcançaria o importe de R\$ 4,72 bilhões, enquanto, para a Anatel, o saldo seria de R\$ 19,44 bilhões.

Nesse caso, a SOF, em resposta a diligência solicitada pelo TCU, informou que considerou que o empenho de recursos do FUST nas seguintes ações orçamentárias se enquadraria nos objetivos constantes do artigo 5º da Lei do FUST – Lei nº 9.998/2000: (i) fomento à pesquisa e desenvolvimento em telecomunicações na Fundação CPqD; (ii) fomento a projetos de desenvolvimento de tecnologias inovadoras nas telecomunicações; (iii) administração da unidade; (iv) remuneração a instituições financeiras que operam financiamentos a projetos de desenvolvimento de tecnologias na área de telecomunicações; (v) implantação de instalações para acesso a serviços públicos; (vi) modernização da estrutura de informática do Ministério das Comunicações; (vii) assistência médica e odontológica aos servidores, (viii) empregados e seus dependentes; (ix) assistência pré-escolar aos dependentes dos servidores e empregados e auxílio-transporte aos servidores e empregados; (x) política produtiva e inovação tecnológica.

Assim, a SOF considerou que as despesas executadas com assistência médica de servidores do então Ministério das Comunicações, por exemplo, estaria enquadrada dentre os objetivos de universalização, os quais, conforme a Lei do FUST, autorizam a aplicação de recursos do fundo. Segundo consta do relatório do TCU¹⁰⁷, “se corretas as informações apresentadas pela SOF, R\$ 2,22 bilhões de recursos do Fust teriam sido utilizados em ações não previstas nos objetivos do fundo”. Além disso, conforme mencionado no relatório, a SOF admite a possibilidade de existência de recursos do Fust empenhados e executados entre 2001 e 2015 em outras ações orçamentárias que não se enquadram nos incisos I a XIV do artigo 5º da Lei 9.998/2000, afirmando que seria “matematicamente impossível afirmar onde foram ou não foram utilizados recursos arrecadados nas naturezas específicas do Fust”.

¹⁰⁴ Ver JARDIM, Lauro, ‘TCU constata que governo usou apenas 1,2% do arrecadado no Fust’. *O Globo*. Rio de Janeiro, 14 fev 2016. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/tcu-constata-que-governo-usou-apenas-12-do-arrecadado-no-fust.html>>. Acesso em: 10 dez 2017.

¹⁰⁵ Ver Relatório anexo ao Acórdão do TCU nº 28/2016-Plenário, Relator: Min. Bruno Dantas, Processo nº TC 008.293/2015-5. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 12 dez 2017.

¹⁰⁶ Ver Nota Técnica Conjunta nº 14/DEINF/SEAFI/SOF/MP/2015 e Informe da Anatel nº 14/2016/SEI/AFFO/SAF, Processo nº 53500.003436/2016-51. Disponíveis em: <<http://www.anatel.gov.br/seipesquisa>>. Acesso em: 10 dez 2017.

¹⁰⁷ Ver Relatório anexo Acórdão do TCU nº 28/2016-Plenário, Relator: Min. Bruno Dantas, Processo nº TC 008.293/2015-5. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 12 dez 2017.

A Anatel, por seu turno, informou que, até aquele momento, haviam sido executados R\$ 192 mil de recursos do fundo¹⁰⁸, de maneira que o saldo do FUST seria de R\$ 19,44 bilhões, conforme apurado naquela oportunidade. Após o acerto de contas determinado pelo TCU, a Agência passou a adotar o valor do saldo considerado pela SOF¹⁰⁹, que advém da execução da receita orçamentária no SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal. As conclusões do TCU a respeito da execução orçamentária dos valores provenientes do FUST, conforme consta do relatório anexo ao Acórdão nº 28/2016-Plenário, são representados na tabela abaixo:

Total Arrecadado	16,05	100%
Universalização	0,192	1,20%
Outros Usos Identificados	2,22	13,83%
Outros Usos não Identificados	8,92	55,56%
Saldo	4,72	29,41%

Tabela 4.2 – Arrecadação e Usos do FUST: 2001-2015 (R\$ bilhões)

Fonte: TCU

Percebe-se que o FUST, instrumento criado para ser o principal motor das políticas de universalização do setor, não foi utilizado para os fins a que se propunha, contribuindo para a distorção do modelo originalmente proposto pela Lei Geral de Telecomunicações. De acordo com o que foi estabelecido nos contratos de concessão, as obrigações de universalização a serem assumidas pelas concessionárias encontravam-se previstas no PGMU I, documento vigente à época da licitação. A partir desse momento, a criação de novas obrigações deveria se dar mediante o uso de recursos do FUST, no intuito de se viabilizar o financiamento da parcela irrecuperável do investimento de forma neutra, evitando-se a prática de subsídios cruzados entre serviços (PEREIRA NETO e ADAMI, 2014).

Para o Superintendente de Competição da ANATEL, Abraão Balbino e Silva (informação verbal)¹¹⁰, a ausência de uso de recursos do FUST na universalização no Brasil gerou *gaps* de infraestrutura no país, não somente do ponto de vista geográfico, mas do ponto de vista de gerações tecnológicas:

Necessitamos fibrar o país, do ponto de vista de transporte, necessitamos levar telefonia móvel, banda larga, seja fixa ou seja móvel, nas diversas dimensões. E esses *gaps* vão continuar existindo, porque não se trata de um *gap* geográfico, mas um *gap* de geração tecnológica que se cria nesse contexto. E, naturalmente, o FUST seria um elemento que poderia ter eliminado esses *gaps*.

¹⁰⁸ Valor referente ao ressarcimento às concessionárias de STFC decorrente do PMU I, conforme consta do Processo nº 53500.033453/2008 da ANATEL.

¹⁰⁹ Ver Informe da ANATEL nº 14/2016/SEI/AFFO/SAF, Processo nº 53500.003436/2016-51. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/seipesquisa>>. Acesso em: 12 dez 2017.

¹¹⁰ Entrevista concedida por SILVA, Abraão Balbino e. Entrevista II [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (29min27sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

Na opinião de Nilo Pasquali, Superintendente de Regulamentação da ANATEL (informação verbal)¹¹¹, deveria ter sido criada uma sistemática permanente de uso de recursos do FUST desde a sua concepção. A ausência dessa sistemática acabou por facilitar a criação de justificativas para sua não utilização. Mas os motivos reais da ausência de uso dos recursos, além da necessidade de realização de superávit nas contas governamentais, teria sido o fato de que se atrelou a sua utilização ao serviço de telefonia fixa, já sem interesse por parte da população:

Na prática, o que se está fazendo é drenar recursos do setor, e que não se reverterem em uso para o setor. O FUST já está chegando a 20 bilhões de arrecadação nos últimos 20 anos. É um dinheiro com o qual já se poderia ter universalizado, ou pelo menos construído rede provavelmente para o Brasil todo, nem que fosse de 3G ou de 4G. Mas não se teria um problema de cobertura como se tem hoje. Isso já teria sido sanado há um bom tempo. E por um mecanismo muito interessante, que é o mecanismo de financiamento público.

O professor Caio Mario da Silva Pereira Neto (informação verbal)¹¹² ensina que, na falta de recursos público para subsidiar as parcelas não amortizáveis dos investimentos das concessionárias, passou-se a adotar um modelo de substituição progressiva de metas nos contratos de concessão. No intuito de buscar o investimento em novas tecnologias e ampliar a conexão de dados, imputou-se obrigações de instalação de *backhaul* às concessionárias:

A partir de então, houve uma falta de iniciativa concreta para operacionalizar o FUST. E, com a manutenção das concessionárias como único agente para implementar obrigações de universalização, ao invés de se usar o modelo de utilizar os recursos do FUST para alavancar recursos privados e subsidiar apenas parcelas não amortizáveis dos investimentos, passou-se a adotar um modelo de substituição progressiva das metas ao longo dos tempos nos contratos de concessão. [...] Só que surge a necessidade de investir em novas tecnologias, então a própria Anatel começa a ver que não faz mais sentido essa história de ficar impondo obrigação adicional em STFC. E aí começam a surgir as pequenas gambiarras, porque como a gente não tem um instrumento que foi pensado no início, em 97, para fazer isso, a gente começa a tentar a remendar pelos lados. Então, primeiro a imputação de novas obrigações das concessionárias associadas a dados. Exemplo: troca de meta do PST por *backhaul*. É uma meta de STFC, porque o *backhaul* também atende o STFC, mas que visa, na verdade, ampliar a conexão de dados de vários municípios. Então, a gente tenta pegar carona na concessão de STFC para implantar uma meta que vai contribuir para conexão de dados. [...] Tudo isso são contornos em volta do problema, a gente não resolveu o problema de utilizar os recursos do FUST e viabilizar um projeto de larga escala de universalização a gente está remendendo aqui pelas bordas.

Para Caio Mario da Silva Pereira Neto e Mateus Piva Adami (2014), a substituição sucessiva de metas não permite que a ANATEL selecione propostas mais vantajosas para a

¹¹¹ Entrevista concedida por PASQUALI, Nilo. Entrevista III [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min19sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

¹¹² Professor Caio Mario da Silva Pereira Neto, “O Fust como instrumento para promover o desenvolvimento do setor de telecomunicações” (palestra), FGV – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 14 set 2017.

implantação do serviço em áreas não rentáveis, a exemplo do que aconteceria por meio da adoção de procedimentos competitivos entre as empresas interessadas. Os autores citam os casos do Peru e do Chile como exemplos de países que possuem procedimentos competitivos previstos para seleção de particulares para implantação de projetos de universalização. Na experiência estrangeira, permitiu-se que a iniciativa privada identificasse formas menos onerosas para a implantação dos projetos e que as contrapartidas públicas representassem o menor valor possível.

Para o Superintendente Executivo da ANATEL, Carlos Manuel Baigorri (informação verbal)¹¹³, a não utilização dos recursos do FUST acelerou o processo de falência do regime de concessão, na medida em que não se concretizou a previsão legal de um fundo para suportar a parcela não recuperável dos investimentos. Dessa forma, as concessões, hoje, são um encargo aos grupos econômicos que exploram serviços de telecomunicações.

A advogada Flávia Lefèvre Guimarães (informação verbal)¹¹⁴, crê que a decisão de se impor reversibilidade sobre as estruturas de *backhaul* na oportunidade da substituição de metas de universalização foi acertada. Contudo, a advogada ressalta que soluções regulatórias improvisadas geram inseguranças para o setor.

Para o Conselheiro Diretor da ANATEL Leonardo Euler de Moraes (informação verbal)¹¹⁵, as políticas públicas encontram-se atreladas ao marco regulatório da telefonia fixa, motivo pelo qual foram utilizados instrumentos regulatórios improvisados para endereçar os problemas existentes:

Então, hoje em dia, o que ocorre, no meu ponto de vista, é que o marco das concessões de telefonia fixa amarra a política pública e, por consequência, amarra, também, os instrumentos regulatórios. Em consequência disso, nós estamos fazendo, desde as revisões dos chamados Planos Gerais de Metas de Universalização, os PGMUs, quase que “puxadinhos regulatórios” para endereçar esse problema e buscando alternativas de aplicar desonerações, de telefonia fixa, que são necessárias.

Na opinião do Conselheiro, a ausência de uso dos recursos do fundo de universalização atua contra a própria expansão das redes e do acesso:

O impacto [da não utilização dos recursos do FUST] é diretamente em escassez de infraestrutura, posso dizer assim. [...]. Para aqueles municípios altamente competitivos não é necessário que haja destinação de recursos públicos, naquele setor. Há aqueles outros que são potencialmente

¹¹³ Entrevista concedida por BAIGORRI, Carlos Manuel. Entrevista I [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min15sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

¹¹⁴ Entrevista concedida por GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. Entrevista VII [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo.mp3 (1h1min17sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

¹¹⁵ Entrevista concedida por MORAIS, Leonardo Euler de. Entrevista V [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (58min14sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

competitivos e que, com algumas ferramentas regulatórias, consegue-se estimular os agentes ali. Mas há um quarto *gap* de municípios no Brasil, que não são poucos, em que não haverá uma infraestrutura se não for através do FUST. Então, a não utilização do FUST joga contra a própria universalização do acesso.

Para o Consultor Legislativo do Senado Federal Marcus Augustus Martins (informação verbal)¹¹⁶, a ausência da utilização dos recursos do FUST ocasionou consequências de cunho social em detrimento das pessoas que poderiam estar se beneficiando da ampliação das redes, além de causar efeitos negativos sobre a própria perspectiva de investimento das empresas.

IV.3. Reversibilidade de bens da concessão

Conforme estudado no Capítulo II, o princípio da continuidade da prestação do serviço público é o fundamento jurídico que justifica a adoção do instrumento da reversão dos bens da concessão. Tal mecanismo permite a transmissão dos bens necessários à prestação do serviço ao poder concedente quando findado o prazo do contrato.

Assim, não obstante o fato de que, via de regra, os bens necessários à prestação do serviço se tratam de bens privados, integrantes do acervo patrimonial da concessionária, é verdade, também, que, na forma da legislação, tais bens devem continuar a assegurar a prestação do serviço público após a cessação do contrato, mesmo que a prestação vier a ser realizada por outra prestadora ou pelo próprio Poder Público. Vale lembrar que, no caso específico do setor de telecomunicações brasileiro, não foi imposta a obrigatoriedade da adoção da reversibilidade de bens, nem mesmo a necessidade de sua imposição sobre todo o acervo de bens da concessionária, conforme consta do artigo 93, inciso XI, da LGT¹¹⁷.

O Relatório Final¹¹⁸ desenvolvido pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 4.420/2015 do Ministério das Comunicações expõe que “o atual regramento dos bens reversíveis no setor de telecomunicações constitui parte de uma política pública maior, a saber, o da garantia, pela União, da oferta de serviços de telecomunicações à sociedade, intenção subjacente do disposto no art. 21, XI, da Constituição Federal”. Além disso, o relatório destaca que o acompanhamento de

¹¹⁶ Entrevista concedida por MARTINS, Marcus Augustus. Entrevista VI [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (38min37sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

¹¹⁷ “Art. 93. O contrato de concessão indicará: [...] XI - os bens reversíveis, se houver;”

¹¹⁸ Ver *Alternativas para a revisão do modelo de prestação de serviços de telecomunicações – Relatório Final do Grupo de Trabalho entre o Ministério das Comunicações e a Anatel* – Processo da ANATEL nº 53500.015702/2016-99. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 07 fev 2018.

bens reversíveis seria “uma entre as diversas ferramentas e mecanismos de garantia da continuidade realizados pela Agência Nacional de Telecomunicações, como: (i) acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão; (ii) análise de sustentabilidade da concessão; (iii) acompanhamento econômico-financeiro da concessionária; (iv) controle de obrigações relacionadas, sobretudo, à qualidade e à universalização do serviço; e (v) fomento à competição”.

A Lei Geral de Telecomunicações, no seu artigo 19, dispõe que compete à ANATEL propor “a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público”. Além disso, no artigo 100, consta que poderá “ser declarada a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão, de bens imóveis ou móveis, necessários à execução do serviço, cabendo à concessionária a implementação da medida e o pagamento da indenização e das demais despesas envolvidas”.

Não obstante a existência de outras formas de garantia da continuidade do serviço prestado em regime de concessão, a LGT, no seu artigo 102, estabelece que a extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis. De igual modo, a título de comparação, a Lei nº 8.987/1995 – Lei de Concessões – prevê, no artigo 35, § 1º, que após a extinção da concessão, deverão retornar ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

Tanto a Lei das Concessões, no seu artigo 36, quanto a LGT, no seu artigo 102, parágrafo único, estabelecem a mesma premissa, no sentido de que a reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. Nesse sentido, espera-se que, no final do contrato, ao tempo da reversão, o valor dos bens a serem revertidos já tenha sido amortizado pela remuneração recebida pela concessionária a título de tarifa. Caso a amortização não tiver sido total, ou se a extinção se der antes do prazo estipulado, caberá ao poder concedente indenizar o concessionário pelo valor restante, sob pena de estar caracterizada situação de confisco (DI PIETRO, 2012).

IV.3.1. Visões patrimonialista e funcionalista na ANATEL

Conforme já visto no Capítulo II, Caio Mario da Silva Pereira Neto, Mateus Piva Adami e Felipe Moreira de Carvalho (2016) ensinam, com lastro em Floriano de Azevedo Marques Neto, que existem duas concepções sobre a regra da reversibilidade: a visão patrimonialista, em que os

bens titularizados pela concessionária, ou adquiridos por força econômica das receitas auferidas com a exploração do serviço, são considerados públicos, ainda que momentaneamente trespassados à posse do particular, de forma que a titularidade dos bens estaria relacionada à detenção da titularidade do serviço público pelo poder público; a visão funcional, em que a reversibilidade não decorre do fato de o bem integrar o patrimônio de um delegatário do poder público, ou das tarifas decorrentes, mas sim, da imprescritibilidade desse bem na prestação do serviço público.

No âmbito do órgão regulador brasileiro, a questão do alcance da reversibilidade dos bens da concessão não se encontra inteiramente harmonizada, existindo a incidência das duas correntes antagônicas. (FREITAS, FAUTH e FREITAS, 2016).

A primeira decisão do Conselho Diretor sobre o tema que merece destaque foi aquela consubstanciada na Análise nº 006/2001-GCAV, do Conselheiro Antônio Carlos Valente da Silva. Nessa oportunidade, o colegiado do órgão regulador respondia a consulta elaborada pela então Superintendência de Serviços Privados, relativa à pretensão da empresa Crown Castle do Brasil Ltda. em negociar, à época, a compra de sítios utilizados por prestadoras de Serviço Móvel Celular - SMC, constituídos de torres, área de edificação, obra civil, alimentação elétrica e proteção patrimonial. A referida empresa buscava a definição do entendimento da Agência sobre a inclusão, ou não, desses sítios na categoria de bens reversíveis, tendo em vista que a telefonia móvel era prestada, à época, sob o regime de concessão¹¹⁹. Ao final, no intuito de estimular o compartilhamento de estruturas, e por compreender que a infraestrutura necessária para a prestação do então Serviço Móvel Celular exigia “ação dinâmica na localização desses sítios, com a criação de novos e modificação ou deslocamento de existentes”, o Conselho Diretor decidiu “favoravelmente à proposta de não considerar os sítios, definidos como torres, área de edificação, obra civil, alimentação elétrica e proteção patrimonial, como parte integrante dos bens reversíveis de prestadora do Serviço Móvel Celular”.

No mesmo ano, a Telecomunicações de São Paulo S.A. – TELESP¹²⁰ - solicitou à ANATEL autorização para: (i) terceirizar atividades associadas ao seu Centro de Processamento de Dados – CPD, localizado no denominado “complexo de Alphaville”; (ii) alienar bens associados ao CPD do “complexo de Alphaville”; e (iii) alienar imóvel situado no “complexo de Alphaville”, o qual abrigava uma central telefônica. Nesse caso, sob relatoria do Conselheiro Luiz Francisco Tenório Perrone, conforme consta da Análise nº 061/2001-GCLP, aprovada pelo Conselho Diretor

¹¹⁹ Os instrumentos de concessão do antigo SMC – Serviço Móvel Celular – foram adaptados para o SMP – Serviço Móvel Pessoal, prestado em regime privado, conforme autorizado pela Resolução da ANATEL nº 254/2001.

¹²⁰ Antiga prestadora do grupo Telebrás atuante no Estado de São Paulo, adquirida pelo grupo espanhol Telefônica, operando, atualmente, no Brasil, como Telefônica Brasil S.A.

por unanimidade na sua 180ª Reunião¹²¹, o colegiado decidiu unanimemente autorizar a alienação do imóvel em questão, desde que fosse gravada, na escritura de compra e venda do imóvel, cláusula contendo o ônus da reversão imposta à área onde se encontra instalada a central telefônica, inclusive, quanto a alienações sucessivas. Por força do Parecer da Procuradoria Federal Especializada emitido nos autos¹²², o Conselho Diretor determinou a constituição do gravame na escritura do bem no intuito de buscar assegurar a reversão ao fim do contrato, conforme acima relatado. Não obstante a inscrição da cláusula resolutiva na escritura, nota-se que a decisão do colegiado ainda refletia o caráter funcional da reversibilidade, focando-se na continuidade da prestação do serviço.

Em 2006, mediante a aprovação pela ANATEL do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, por meio da Resolução nº 447/2006, foi agregado um elemento mais patrimonialista sobre a reversibilidade, especialmente quando o normativo estabelece o seguinte:

Art. 17. O recurso proveniente de alienação de bens, já deduzidos os encargos incidentes sobre eles, deverá ser depositado em conta bancária vinculada, aberta para esse fim, até a definitiva aplicação dos recursos na concessão.

Assim, de acordo com o dispositivo regulamentar, os recursos provenientes da alienação de bens reversíveis devem ser mantidos em conta bancária vinculada à aplicação do montante em novos bens reversíveis. Vale comentar que, na opinião do Superintendente de Competição da ANATEL, Abraão Balbino e Silva (informação verbal)¹²³, a imposição de obrigação de manutenção desses valores em conta vinculada reforçou a visão patrimonialista da reversibilidade e trouxe, ao processo, ambiguidades que não estavam postas na Lei Geral de Telecomunicações.

No ano de 2008, a concessionária SERCOMTEL S.A. apresentou à Agência solicitação para alienação de um bem imóvel, alegando que o terreno havia sido adquirido para abrigar uma estação de telecomunicações já transferida para outro endereço, não havendo previsão de utilidade para o bem, que possuiria o valor de IPTU elevado. A ANATEL constatou, por meio de fiscalização, que inexistia, no local, qualquer bem vinculado à prestação, de forma que o imóvel foi considerado dispensável à continuidade e à atualidade do serviço. Assim, conforme consta da Análise nº 645/2009-GCER¹²⁴, relatada pela Conselheira Emília Maria Silva Ribeiro Curi, aprovada

¹²¹ Ver Ata da 180ª Reunião do Conselho Diretor da ANATEL, Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=32689&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=biblioteca/atas/conselhodiretor/atacd_180.pdf>. Acesso em: 11 mar 2018.

¹²² Parecer nº 366/2001-PRC, de 15 de maio de 2001.

¹²³ Entrevista concedida por SILVA, Abraão Balbino e. Entrevista II [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (29min27sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

¹²⁴ Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=271643&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=271643.pdf>>. Acesso em: 11 mar 2018.

por unanimidade na 547ª Reunião do Conselho Diretor da ANATEL¹²⁵, foi anuída a alienação requerida pela concessionária, mantendo o enfoque mais funcional sobre o tema.

Por meio da Análise nº 313/2010-GCJV¹²⁶, relatada pelo Conselheiro Jarbas José Valente, aprovada por unanimidade pelo Conselho Diretor da ANATEL na sua 575ª Reunião¹²⁷, a Agência analisou o requerimento de alienação de diversos bens reversíveis da TELESP. Do Relatório consta que foi averiguada situação de abandono e de precariedade de conservação em quatro dos imóveis em análise naquele processo, que não mais estavam sendo utilizados pela prestadora para prestação do serviço em regime público. O Conselho Diretor decidiu, então, aprovar a alienação de tais imóveis, tendo sido negado o pedido relativo a imóveis em relação aos quais se evidenciou a utilização a prestação do STFC. Ao final, foi determinado, expressamente, que a TELESP comprovasse o depósito dos recursos provenientes das alienações em conta vinculada específica, conforme determina o artigo 17 do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, acima transcrito.

Na Análise nº 307/2011-GCJV¹²⁸, também de lavra do Conselheiro Jarbas Valente, aprovada unanimemente pelo Conselho Diretor da ANATEL em sua 603ª Reunião¹²⁹, em oportunidade em que se apreciava pedido de reconsideração apresentado pela Telemar Norte Leste S.A. contra decisão de aplicação de multa decorrente de alienação de bens reversíveis sem autorização da ANATEL, a Agência entendeu que os imóveis em que os equipamentos de telefonia estão instalados também são revestidos de reversibilidade, tendo em vista que se a empresa “vier a perder o imóvel em que os equipamentos estão localizados, deverá efetuar adaptações em sua rede, o que poderá causar interrupções no serviço considerado essencial, afetando, por conseguinte a continuidade do STFC”. Nota-se a ampliação da aplicação de aspectos patrimoniais ao assunto. Contudo, a justificativa para tanto teve lastro na tentativa de se evitar interrupções no serviço e de se garantir a continuidade do STFC.

No mesmo sentido, o colegiado decidiu sobre pedido de reconsideração apresentado pela Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – EMBRATEL – em processo semelhante, por

¹²⁵ Ver Ata da 547ª Reunião do Conselho Diretor da ANATEL. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=242303&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=242303.pdf>>. Acesso em: 11 mar 2018.

¹²⁶ Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=251000&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=251000.pdf>>. Acesso em: 11 mar 2018.

¹²⁷ Ver Ata da 575ª Reunião do Conselho Diretor da ANATEL. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=249325&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=249325.pdf>>. Acesso em: 11 mar 2018.

¹²⁸ Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=261283&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=261283.pdf>>. Acesso em: 11 mar 2018.

¹²⁹ Ver Ata da 603ª Reunião do Conselho Diretor da ANATEL. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=259822&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=259822.pdf>>. Acesso em: 11 mar 2018.

meio da Análise nº 329/2012-GCJV¹³⁰, também de relatoria do Conselheiro Jarbas Valente, aprovada na 658ª Reunião do Conselho Diretor¹³¹. Nessa ocasião, o Relator chegou a transcrever excertos da peça técnica elaborada pela Superintendência de Serviços Públicos, na qual foi mencionado que uma das funções da proibição de livre oneração de bens reversíveis pelas concessionárias seria “evitar a dilapidação” do seu patrimônio.

Entretanto, o caso em que a ANATEL adotou a visão patrimonialista sobre a reversibilidade de forma mais expressa foi aquele consubstanciado na Análise nº 131/2012-GCRZ¹³², aprovada, também por unanimidade, na 641ª Reunião do Conselho Diretor¹³³, que tratou de resposta a consulta apresentada pela então Superintendência de Serviços Públicos sobre pedido de alienação de ativos da Telefônica Brasil S.A.¹³⁴ Vale destacar os seguintes pontos da Análise relatada pelo Conselho Rodrigo Zerbone Loureiro:

3.3.21. [...] Sob essa lógica, o aspecto patrimonial dos bens reversíveis não pode ser afastado, como sugerido pela Concessionária, pois assume uma importância fundamental para assegurar a viabilidade econômica da prestação do serviço durante e após a extinção de uma concessão, visto que são os bens concedidos, tangíveis e intangíveis, que asseguram a viabilidade econômica e a competitividade das concessionárias em um mercado disputado com empresas operando no regime privado. [...]

3.2.24. A aplicação do aspecto patrimonial, por sua vez, embora tenha como ponto de partida a relevância dos bens originalmente concedidos para a atratividade da concessão, tem seu foco nos efeitos da evolução patrimonial sobre a eficiência da concessão e sobre a modicidade tarifária.

3.2.25. Paralelamente, é preciso ter em mente que a Concessionária, assim como qualquer empresa com fins lucrativos, deve buscar constantemente o aprimoramento de sua eficiência operacional e administrativa, de modo que o patrimônio da concessionária, a qualquer momento, deve ser composto majoritariamente por bens reversíveis.

Além disso, conforme consta da referida Análise, a utilização de bens de terceiros para consecução da prestação do STFC deve ser “estabelecida como exceção e condicionada à anuência da Anatel”, no intuito de “mitigar o risco de continuidade dos serviços e evitar prejuízos à concessão decorrentes do impedimento da reversão de bens vinculados”.

¹³⁰ Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=281421&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=281421.pdf>>. Acesso em: 11 mar 2018.

¹³¹ Ver Ata da 658ª Reunião do Conselho Diretor da ANATEL. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=282034&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=282034.pdf>>. Acesso em: 11 mar 2018.

¹³² Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=274096&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=274096.pdf>>. Acesso em: 11 mar 2018.

¹³³ Ver Ata da 641ª Reunião do Conselho Diretor da ANATEL. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=274872&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=274872.pdf>>. Acesso em: 11 mar 2018.

¹³⁴ O Processo da ANATEL nº 53500.025781/2011-31 encontra-se à disposição para visualização no *site* da Agência. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/seipesquisa>>. Acesso em: 11 mar 2018.

No caso específico em apreço¹³⁵, foi reconhecida a reversibilidade dos bens imóveis administrativos da concessionária, tendo sido determinada a inclusão do complexo de imóveis em debate naquele processo na Relação de Bens Reversíveis da Telefônica Brasil S.A. Além disso, o Conselho Diretor determinou que as diretrizes traçadas no processo em questão, constantes da Análise em apreço, fossem aplicadas a todos os pedidos de anuência de desvinculação, alienação e substituição de bens reversíveis. Com a referida decisão, o Conselho Diretor da ANATEL passou a adotar o caráter mais patrimonialista relativamente à reversibilidade, passando a compreender que tal instrumento se trata de mecanismo de preservação do valor econômico da concessão no longo prazo. Trata-se de uma perspectiva mais abrangente dos bens reversíveis, que engloba ativos tangíveis e intangíveis, e se presta não somente a garantir a continuidade do serviço, como também a maximizar o patrimônio a ser revertido à União ao fim da concessão (FREITAS, FAUTH e FREITAS, 2016).

Com base nas novas diretrizes delineadas pelo Conselho Diretor em resposta à consulta da então Superintendência de Serviços Públicos¹³⁶, o Superintendente de Controle de Obrigações da ANATEL decidiu¹³⁷, no mês de outubro de 2013, indeferir a alienação dos imóveis tido como reversíveis requerida pela concessionária. Na sequência, a Telefônica Brasil S.A. interpôs recurso administrativo ao Conselho Diretor da Agência em face da decisão em tela. O Conselheiro sorteado para relatar o recurso em apreço, Igor Vilas Boas de Freitas, conforme consta da Análise nº 5/2015-GCIF¹³⁸, defendeu o não conhecimento do Recurso, pois considerou que a peça buscava, na verdade, a reforma da decisão anterior do Conselho Diretor, acima mencionada, e, não, da decisão do Superintendente de Controle de Obrigações, de forma que teria se dado o fenômeno processual da preclusão lógica no processo administrativo em referência. Não obstante a inadmissibilidade do Recurso, o Conselheiro Relator propôs, com base no princípio da autotutela da Administração Pública, a rediscussão da matéria deliberada, especialmente com relação aos efeitos que

¹³⁵ Ver Despacho do Conselho Diretor da ANATEL nº 2.262/2012-CD, acessível no inteiro teor do processo (Processo nº 53500.025781/2011-31) disponibilizado no *site* da Agência. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/seipesquisa>>. Acesso em: 11 mar 2018.

¹³⁶ A partir da publicação do novo Regimento Interno da ANATEL, aprovado pela Resolução nº 612/2013, a estrutura organizacional do órgão deixou de se pautar pelos serviços regulados, passando a ser definida conforme os processos do órgão regulador. Assim, as Superintendências deixaram de ser divididas em Superintendência de Serviços Públicos, Superintendência de Serviços Privados, Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa, dentre outras, para serem divididas em Superintendência de Planejamento e Regulamentação, Superintendência de Outorga e Recursos à Prestação, Superintendência de Fiscalização, Superintendência de Competição, dentre outras. Para mais detalhes, ver 'Anatel terá oito superintendências com reestruturação'. *O Globo*. Rio de Janeiro, 25 abr 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/anatel-tera-oito-superintendencias-com-reestruturacao-8215768>>. Acesso em: 11 mar 2018.

¹³⁷ Ver Despacho do Superintendente de Controle de Obrigações da ANATEL nº 5.194/2013/COUN/SCO, acessível no inteiro teor do processo (Processo nº 53500.025781/2011-31) disponibilizado no *site* da Agência. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 11 mar 2018.

¹³⁸ Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=324951&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=324951.pdf>>. Acesso em: 11 mar 2018.

transcenderiam o caso concreto em apreço, como a definição de reversibilidade para os imóveis administrativos das concessionárias.

Na Análise em questão, o conselheiro relator expôs a posição jurisprudencial firmada na década de 1950 pelo Supremo Tribunal Federal ao analisar o Recurso Extraordinário nº 32.865, relatado pelo Ministro Edgard Costa, e em outras decisões de tribunais superiores¹³⁹, e recomendou cautela na leitura da assertiva constante da Análise nº 131/2012-GCRZ, no sentido de que a reversão se aplicaria de forma geral e abrangente sobre o patrimônio da concessionária, constituindo exceções os casos de bens isentos de tal ônus. A distinção do posicionamento dos conselheiros Igor Vilas Boas de Freitas e Rodrigo Zerbone Loureiro pode ser resumida no seguinte trecho da Análise nº 5/2015-GCIF:

4.2.65. A reversibilidade, portanto, está associada à efetiva indispensabilidade do bem à operação do serviço concedido, que se traduz na sua aplicação, atual e imediata, nessa atividade, ou ainda na necessidade, devidamente comprovada, de utilização futura. Bens que estejam fora de uso ou que estejam aplicados em atividades estranhas ao serviço concedido não devem ser considerados propriedade reversível. Conforme ressaltado no precedente acima discutido, *O que está desativado e fora de uso não é essencial a qualquer serviço.*

No processo em tela, o Conselho Diretor decidiu, por meio do Acórdão nº 57/2018, pela revogação da diretriz de aplicação de reversibilidade sobre os bens imóveis das concessionárias. Vale ressaltar que no Voto nº 3/2018/SEI/PR, do Conselheiro Presidente Juarez Quadros, que foi seguido pela maioria dos demais conselheiros¹⁴⁰, consignou-se a necessidade de submissão do regramento do assunto ao rito da consulta pública, no intuito de conferir segurança jurídica, publicidade e estabilidade regulatória ao tema.

Mais recentemente, em 23 de fevereiro de 2018, o Conselheiro Leonardo Euler de Moraes proferiu seu voto de relatoria, nos termos da Análise nº 3/2018/SEI/LM¹⁴¹, em processo que debate a dispensabilidade de um terreno vazio e abandonado da Oi – Telemar Norte Lesta S.A., no sentido de recomendar a possibilidade de dispensa do bem. A deliberação da matéria encontra-se suspensa em decorrência de pedido de vistas do Conselheiro Presidente Juarez Quadros.

¹³⁹ A exemplo do Recurso Extraordinário nº 65.646, relatado pelo Ministro Themístocles Cavalcanti, e do recente Agravo Regimental no Recurso Especial nº 971.851-SC, relatado pelo Ministro Castro Meira, ambos citados na Análise nº 5/2015-GCIF.

¹⁴⁰ Os conselheiros Rodrigo Zerbone Loureiro e Igor Vilas Boas de Freitas proferiram seus votos antes do término de seus mandatos (Voto nº 186/2015-GCRZ e Análise nº 161/2017/SEI/IF, respectivamente), de forma que os Conselheiros Leonardo Euler de Moraes e Emmanoel Campelo de Souza Pereira, que os sucederam, não proferiram votos quanto ao mérito da questão. Votaram a favor da revogação das diretrizes anteriormente adotadas com relação aos bens imóveis, além do Presidente, os conselheiros Anibal Diniz e Otavio Luiz Rodrigues Junior.

¹⁴¹ O Processo da ANATEL nº 53500.009630/2013-06 encontra-se à disposição para visualização no site da Agência. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/seipesquisa>>. Acesso em: 15 abr 2018.

O relator destacou que “não há espaço para erigir a valorização patrimonial da concessão como objetivo a ser buscado dentro do modelo regulatório do setor de telecomunicações por meio do instituto da reversão”, tendo em vista que o “vínculo precípua que se estabelece com a reversão é o da continuidade do serviço, não o de uma finalidade hipotética de maximização do acervo patrimonial a ser revertido à União ao término da concessão”. Além disso, a Análise destaca que a intervenção excessiva em critérios de alocação de ativos pela concessionária na forma de determinações que extrapolam os limites definidos no contrato, afetam o desempenho da prestadora, pois reduz as possibilidades de ganhos decorrentes da alocação eficiente de seus ativos, colocando-a em posição de desvantagem perante os demais operadores de mercado.

Ressaltando que a taxonomia decorrente da classificação dos pontos de vista sobre a reversibilidade como “patrimonialista” ou “funcionalista” não colabora com o deslinde da questão, o Conselheiro relator refuta a argumentação que consubstanciou a posição anteriormente adotada pelo Conselho Diretor da ANATEL no sentido de que a preservação dos bens teria importância econômica para a concessão na medida em que preservaria a modicidade tarifária após o seu término. Nesse aspecto, o Conselheiro Leonardo Euler de Moraes afirma que “a maximização do estoque de bens reversíveis não implica viabilidade econômica da concessionária, nem tampouco a modicidade tarifária”, em consonância com o que será demonstrado mais à frente.

Outro ponto destacado pelo Conselheiro relator, para além do efeito indesejado do aumento do estoque de bens reversíveis sobre as tarifas, foi o risco, para a União, de ser condenada a indenizar a concessionária após a reversão, caso a interpretação sobre a reversibilidade resulte em expropriação de bem privado sem justa e devida remuneração.

Vale registrar a opinião de Floriano de Azevedo Marques Neto (informação verbal)¹⁴² sobre a patrimonialização da concessão:

Para piorar, a ANATEL teve uma “grande” ideia, uma “genial” ideia: “Olha, nós podemos capitalizar a União, tornando todos bens das *teles* bens da União”. E começaram a dar sucessivas decisões sobre bens reversíveis a ponto de dizer que um imóvel vazio que gerava despesa para uma *tele* não poderia ser alienado e nem desapropriado por um governo de Estado para instalar uma repartição pública porque era um bem reversível. Pesquisem o caso Oi - Governo de Minas. E com isso você teve o seguinte efeito: o que era algo absolutamente imprescindível no setor de telecomunicações, investimentos contínuos de renovação de rede, foram, praticamente congelados porque existe uma incerteza brutal sobre o que é e o que não é bem reversível. Alguém aqui, no conselho de uma *tele* autorizaria o investimento de alguns milhões para fibrar uma rede de última milha no município sem saber se daqui a sete anos esse bem pode ser explorado por você? Alguém assumiria a responsabilidade de vender para os acionistas,

¹⁴² Professor Floriano de Azevedo Marques Neto, “Reconfiguração da noção de serviço público diante das novas tecnologias” (palestra), FGV – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 14 set 2017.

normalmente acionistas em bolsa, um investimento para algo que você não vai amortizar e também não sabe sequer se vai poder usar e sequer se vai ser indenizado. E isso é visto como defesa do patrimônio público. É inacreditável. Quando se for fazer a narrativa dessa história, não é possível que isso seja esquecido.

Apesar dos indicativos de que a questão do alcance da reversibilidade deve ser solucionada segundo o enfoque mais funcionalista, fato é que a celeuma segue instaurada no âmbito do regulador. A expectativa é que se pacifique os entendimentos a partir da aprovação da reavaliação do Regulamento sobre Controle de Bens Reversíveis, constante da Agenda Regulatória da ANATEL para o período de 2017-2018¹⁴³, com previsão de aprovação final no segundo semestre de 2018.

IV.3.2. Compartilhamento de bens reversíveis com serviços prestados em regime privado

Em um processo instaurado para acompanhar a atuação da ANATEL na transferência de controle acionário da Brasil Telecom para a Oi-Telemar¹⁴⁴, ambas concessionárias de telefonia fixa, ocorrida em 2008, o TCU – Tribunal de Contas da União – exarou o Acórdão nº 2.468/2010-TCU-Plenário, pelo qual concluiu que haveria indícios de que não existiria certeza razoável com relação à fidedignidade e à atualidade das relações de bens reversíveis apresentadas pelas empresas à Agência. Os ministros recomendaram que a ANATEL realizasse periodicamente ações de fiscalização e que desenvolvesse novos métodos, de forma a permitir que exista razoável certeza de que as relações de bens reversíveis apresentadas pelas concessionárias do STFC são fidedignas e atuais.

Posteriormente, o TCU promoveu auditoria específica¹⁴⁵ sobre o controle de bens reversíveis do STFC desempenhado pela Anatel. Nessa oportunidade, o órgão considerou parcialmente implementada a recomendação exarada no item 9.2.1 do Acórdão nº 2.468/2010-Plenário, acima transcrita, e realizou determinações à Agência relativas (i) a apuração do valor total dos recursos obtidos por cada concessionária a partir das alienações de bens reversíveis, (ii) a apresentação de plano de ação para finalização de processos sancionatórios relacionados a bens

¹⁴³ Ver Item 10 da Agenda Regulatória da ANATEL para o período de 2017-2018. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4q_11hzjuDmOSa_zRxbqNb-ZIwaWpOsn1BwPNY3273mcDwjPacsPhkdGIKguzfZNY1gUdatv2iqsWSxy1BS88>. Acesso em: 17 abr 2018.

¹⁴⁴ Ver Relatório anexo Acórdão do TCU nº 2.468/2010-TCU-Plenário, Relator: Min. Raimundo Carreiro, Processo nº TC 020.460/2008-3. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 30 jan 2018.

¹⁴⁵ Ver Relatório anexo Acórdão do TCU nº 3.311/2015-TCU-Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler, Processo nº 024.646/2014-8. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 04 fev 2018.

reversíveis, (iii) a divulgação de listas de bens reversíveis, dentre outras. Além disso, o tribunal administrativo realizou diversas recomendações ao órgão regulador, dentre elas, quanto à necessidade de definição sobre a forma como deve ser tratada a reversibilidade dos bens de uso compartilhado com outros serviços de telecomunicações.

Sobre este último tema, consta do relatório anexo ao Acórdão nº 3.311/2015-TCU-Plenário, em referência, que não existe um entendimento uniforme na ANATEL quanto ao fato de que bens reversíveis utilizados pela prestadora para prestação de outros serviços de telecomunicações de interesse coletivo permaneceriam “integralmente revestidos do ônus da reversibilidade”. Assim, o TCU recomendou que a ANATEL definisse de que forma deve ser tratada a reversibilidade dos bens de uso compartilhado entre outros serviços e o da concessão, dando publicidade ao conceito adotado, com vistas a dirimir as diferenças de interpretação existentes no setor.

Os Contratos de Concessão do STFC atuais¹⁴⁶ preveem que os bens indispensáveis à prestação do serviço e que sejam de uso compartilhado, devem fazer parte da relação apresentada anualmente pela concessionária. Por seu turno, o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis¹⁴⁷ estabelece que os bens reversíveis compartilhados permanecem integralmente revestidos do ônus da reversibilidade, aplicando-se a eles as regras do Regulamento.

A ausência de clareza na legislação setorial atual leva a inseguranças sobre a forma como a questão será tratada pelo órgão regulador no futuro, especialmente no momento da contabilização do valor dos bens reversíveis a ser realizada ao fim da concessão. Isso porque, a depender da interpretação que for realizada, os bens utilizados pelas prestadoras para exploração de mais de um serviço deverão ser integralmente considerados como bens reversíveis e, conseqüentemente serem passíveis de cálculo de amortização dos investimentos.

A dimensão dos bens reversíveis, sob o prisma quantitativo, revela que o seu acervo no setor de telecomunicações brasileiro totalizava, em 2013, em termos residuais, R\$ 18,1 bilhões ou, em termos históricos, R\$ 107,9 bilhões. Levando em conta a razão entre o montante dos bens reversíveis publicados pela ANATEL e o total de ativos declarados pelas concessionárias do STFC, conforme dados disponibilizados no balanço das prestadoras, obtém-se que, em média, 75% do ativo dessas empresas seria correspondente a bens reversíveis (FREITAS, FAUTH e FREITAS, 2016).

¹⁴⁶ Conforme modelos vigentes aprovados pela Resolução da Anatel nº 678, de 06 de junho de 2017.

¹⁴⁷ Aprovado pela Resolução da Anatel nº 447, de 19 de outubro de 2006.

Vale lembrar, conforme já relatado, que os investimentos em redes e equipamentos realizados pelas empresas para viabilizar a prestação do SCM – Serviço de Comunicação Multimídia –, do SeAC – Serviço de Acesso Condicionado – e do SMP – Serviço Móvel Pessoal¹⁴⁸ - sobrepõem-se aos bens reversíveis originários da concessão. Nesse sentido, nota-se que os investimentos realizados pelas prestadoras em redes de fibra ótica, na verdade, têm por objetivo viabilizar outras modalidades de serviços de telecomunicações, prestados em regime de autorização, e, não, garantir a continuidade ou a atualidade do STFC (MATTOS, 2014).

Nessa esteira, repare-se que a Lei Geral de Telecomunicações foi alterada no ano de 2011, pela lei que dispôs sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado, Lei nº 12.485/2011. A LGT, anteriormente, trazia disposição no sentido de que a concessão de serviços de telecomunicações somente poderia ser outorgada a empresa constituída exclusivamente para exploração do serviço objeto da concessão¹⁴⁹. Após as alterações em apreço, a LGT passou a possibilitar a prestação de outros serviços diretamente pela mesma empresa detentora de concessão. Nota-se que as alterações realizadas na Lei Geral de Telecomunicações foram realizadas com o objetivo de facilitar a exploração de outros serviços de telecomunicações por prestadora em regime de concessão.

Vale transcrever algumas conclusões de Paulo Todescan Lessa Mattos (2014) ao analisar a questão do compartilhamento de bens da concessão com serviços de telecomunicações prestados no regime privado:

Ocorre que, em muitos casos, os bens são indivisíveis e servem tanto ao STFC como ao SCM, SeAC e SMP. Por exemplo, se uma empresa de telecomunicações substituir a última milha de par de cobre do STFC por fibra ótica (o que é necessário para garantir o aumento de velocidade e capacidade de rede para serviços de banda larga e de televisão por assinatura em IPTV), tal ativo deveria ser integralmente contabilizado como bem reversível, por cursar também o STFC e ser passível de cálculo de amortização dos investimentos e depreciação do bem dentro da concessão do STFC?

Pela ótica de uma política de telecomunicações que tenha por objetivo estimular novos investimentos em infraestrutura para ampliar a penetração de todos os tipos de serviços de telecomunicações (independentemente de

¹⁴⁸ O SCM, o SeAC e o SMP são serviços de telecomunicações prestados em regime privado que permitem, respectivamente, o provimento de acesso à internet, a disponibilização de TV por assinatura e a telefonia móvel, incluída a transmissão de dados móveis.

¹⁴⁹ Embora o antigo artigo 86 da LGT previsse que a concessão de serviços de telecomunicações somente poderia ser outorgada a empresa constituída exclusivamente para exploração do serviço objeto da concessão, a própria lei, no seu artigo 207, § 3º, estabeleceu que deveriam ser expedidas autorizações ou concessões às concessionárias relativamente aos serviços já explorados por ela ao tempo da desestatização. Para Caio Mario da Silva Pereira Neto, Mateus Piva Adami e Felipe Moreira de Carvalho (2016), tal dispositivo legal possibilitou que fossem expedidas autorizações de outros serviços concomitantemente à concessão do STFC, como o caso do SRTT – Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações. Tal expediente teria mitigado a exclusividade de prestação do STFC no objeto social das concessionárias antes de o dispositivo legal ter sido abolido pela Lei nº 12.485/2011.

seu regime jurídico de prestação), a resposta deveria ser negativa. Ou seja, os novos investimentos que tenham por natureza e objetivo o suporte à prestação de serviços que, por sua natureza econômica e jurídica, não se confundem com o STFC, deveriam ser contabilizados fora da concessão, e os bens a eles associados não deveriam ser considerados reversíveis.

Do contrário, não faria sentido econômico para a iniciativa privada investir em ativos novos de rede de fibra ótica e equipamentos eletrônicos de banda larga que, em 2025 (prazo do término da concessão do STFC), passariam a ser integralmente de posse da União. E, ao mesmo tempo, não faria sentido econômico a União ter de indenizar as parcelas de investimentos em rede de fibra ótica e equipamentos que não terão como ser amortizados ou depreciados até 2025 apenas com as receitas (em queda) advindas do STFC.

Nesse aspecto, as conclusões de Paulo Todescan Lessa Mattos (2014) se assemelham àquelas a que chegou o já mencionado Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 4.420/2015 do Ministério das Comunicações. No Relatório Final¹⁵⁰ desenvolvido pelo grupo, constatou-se, em primeiro lugar, que “devido à alienação da participação societária da União nas empresas detidas pela Telebrás, conclui-se que, atualmente, os bens pertencem às concessionárias do STFC e são passíveis de reversão somente ao final da concessão, caso seja do interesse do Poder Público”. Além disso, consta do relatório que o modelo de reversão adotado foi estruturado como “reversão seletiva” a ser decidida e realizada pelo Estado no momento de extinção das concessões. A adoção de tal modelo decorre do “objetivo resguardar o Estado da obrigação de indenizar bens não amortizados, inclusive os que não fossem essenciais para a continuidade do serviço”. Especificamente sobre o tema da prestação de diferentes serviços de telecomunicações pela concessionária por meio da utilização de infraestrutura comum, vale transcrever as conclusões do relatório:

De fato, conforme se aproxima o término da concessão, reduzem-se os incentivos a novos investimentos no serviço concedido, principalmente em redes de alta velocidade, pois, aumentam as incertezas quanto à forma como se dará o ressarcimento dos investimentos não plenamente amortizados até o final da concessão (em 2025). [...]

Tal situação pode contribuir para indesejada redundância de infraestrutura, fazendo com que os ganhos de escala sejam negligenciados e os custos sejam superiores ao nível ótimo, com consequências negativas para a produtividade setorial, refletindo no nível das tarifas cobradas.

Sob diferente ótica, o Consultor Legislativo do Senado Federal Marcus Augustus Martins (informação verbal)¹⁵¹ entende que a reversibilidade de bens é o instrumento mais

¹⁵⁰ Ver *Alternativas para a revisão do modelo de prestação de serviços de telecomunicações – Relatório Final do Grupo de Trabalho entre o Ministério das Comunicações e a Anatel* – Processo da ANATEL nº 53500.015702/2016-99. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=p_rotocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 07 fev 2018.

¹⁵¹ Entrevista concedida por MARTINS, Marcus Augustus. Entrevista VI [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (38min37sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

adequado para garantia da continuidade. Para o consultor, a possível ausência de investimentos nas redes pelas concessionárias nos períodos que antecedem o termo contratual decorreria de insuficiência de *enforcement* do órgão regulador:

Esse argumento de que, com a proximidade do fim da concessão, as empresas estão deixando de investir... Elas já sabiam disso no contrato e ele é prorrogado a cada cinco anos. As concessionárias sabem de todas as regras, e se elas estão deixando de investir por conta dessa circunstância, aí é um problema de *enforcement* da Anatel.

A advogada Flávia Lefèvre Guimarães (informação verbal)¹⁵² compreende que a problemática dos bens reversíveis advém da ineficiência do controle da ANATEL sobre esses bens. A advogada crê que a indefinição sobre a questão não advém do modelo, mas da atuação ineficaz da Agência com relação ao controle dos bens, que, na sua opinião, possuem impacto econômico para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Especificamente sobre a sua visão a respeito do alcance da reversibilidade dos bens da concessão, assim se manifestou a advogada:

Penso que não podemos esquecer que quando se fala de reversibilidade, está se falando de uma concessão pública e de investimento público. Então, o poder público tem que ter um controle sobre aquilo. Não é uma visão patrimonialista, é uma visão de eficiência. O governo não pode ficar jogando dinheiro pela janela, dando dinheiro para os outros assim. Se aquele dinheiro está sobrando ali dentro da concessão, ele tem que ser usado para universalizar, para reduzir tarifa, para fazer novos investimentos.

Para o Conselheiro Diretor da ANATEL Leonardo Euler de Moraes (informação verbal)¹⁵³, a insegurança jurídica gerada pela possível incidência da reversibilidade dos bens compartilhados dentre diferentes serviços ocasiona desestímulo aos investimentos:

E qualquer concessionário, hoje, que também é autorizatário, possui dúvidas sobre qual será o alcance da reversibilidade desse investimento. Isso causa pelo menos dois tipos de efeitos negativos: um é a alocação ineficiente de recursos. [...] E a outra externalidade, ainda mais negativa, é simplesmente a não realização do investimento em razão dessa insegurança jurídica. Mas isso tem a ver com o atual contorno no marco das concessões, impedindo investimentos não apenas no objeto da concessão, mas em toda a plataforma necessária para suportar a prestação de outro serviço. E, no ambiente de conversão tecnológica, essa plataforma é comum. [...] Isso gera uma insegurança jurídica enorme, na minha opinião, para que qualquer agente racional, qualquer agente econômico, possa investir no Brasil

Como se percebe, a insegurança relacionada à indefinição quanto ao alcance da reversibilidade dos bens reduz os incentivos para a modernização e racionalização da infraestrutura e pode, inclusive, gerar redundância de rede, de forma a se negligenciar ganhos de escala.

¹⁵² Entrevista concedida por GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. Entrevista VII [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo.mp3 (1h1min17sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

¹⁵³ Entrevista concedida por MORAIS, Leonardo Euler de. Entrevista V [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (58min14sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

IV.3.3 Efeitos decorrentes do aumento do acervo dos bens reversíveis

É interessante notar que a discussão sobre a conveniência da imposição da reversibilidade de bens sobre o patrimônio da concessionária, ou parte dele, não é contemporânea, conforme demonstra os seguintes apontamentos de Osvaldo Aranha Bandeira de Melo (1951):

A reversão apresenta os seguintes inconvenientes: a) - ao término da concessão, deve estar todo o capital amortizado e, se o prazo não for bastante longo, as tarifas para se conseguir tal fim precisam ser bem altas; b) - acarreta limitação do capital ao estritamente necessário, isto é, ao mínimo indispensável à prestação do serviço, como, ainda, a limitação do número de empregados, e a restrição de qualquer despesa considerada supérflua; c) - dificulta a renovação do aparelhamento quando próximo o termo da concessão; d) - faz com que as vantagens da reversão sejam auferidas por geração que não pagou as tarifas, compreendendo contraprestação do serviço mais amortização do capital; e) - favorece disputa entre concedente e concessionário, para compelir a este que mantenha o aparelhamento, nos últimos anos da concessão, em bom estado, dando-lhe conservação adequada, sendo, muitas vezes, aquele obrigado a medidas coercitivas para tal. Disso resultam: tarifas altas com serviço de padrão baixo e sem qualquer vantagem com a reversão, pois os materiais voltam ao poder público em condições de grande depreciação, quase inúteis.

Como se viu, o Conselheiro Diretor da ANATEL Rodrigo Zerbone Loureiro, por meio da Análise nº 131/2012-GCRZ¹⁵⁴, propôs a adoção de uma abordagem sobre os bens reversíveis que propiciasse a ampliação do seu acervo. Nesse aspecto, indicou que a aplicação do aspecto patrimonial teria o objetivo de gerar efeitos benéficos sobre a modicidade tarifária. Assim, “o patrimônio da concessionária, a qualquer momento, deve ser composto majoritariamente por bens reversíveis”, na opinião do Conselheiro.

Contudo, interessante estudo conduzido por Luciano Charlita de Freitas, Luiz Fernando Fauth e Igor Vilas Boas de Freitas (2016), investigou se “imposições regulatórias mais adequadas sobre a dimensão do acervo de bens reversíveis podem efetivamente reduzir os custos associados ao ajuste do estoque de capital, com potencial incremento da eficiência e da produtividade das prestadoras de serviços de telecomunicações no Brasil”.

Além disso, o estudo buscou reunir evidências empíricas com base na aplicação de abordagens quantitativas, em que foram considerados a análise envoltória de dados (DEA, do inglês *data envelopment analysis*) e o índice de produtividade total de fatores (PTF), no intuito de avaliar variações hipotéticas do acervo dos bens reversíveis, o que permite avaliar o peso da ação regulatória relativa a bens reversíveis sobre o desempenho geral das firmas reguladas. No estudo,

¹⁵⁴ Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=274096&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=274096.pdf>>. Acesso em: 11 mar 2018.

ficou comprovado o aumento da variação da produtividade agregada e de eficiência estimada das empresas examinadas frente a redução do acervo de bens reversíveis. Vale citar a reflexão dos autores sobre os resultados apresentados:

Dos resultados apresentados, é possível generalizar que a redução do capital empregado na concessão, em função de maior flexibilidade concedida às prestadoras para gerenciar seus ativos, que não seja compensada pelo aumento de despesas operacionais – situação esperada quando uma concessionária decide alienar um bem próprio e substituí-lo por bens de terceiros – resulta em ganhos de produtividade. Nesses termos, mantido o nível de produção, o resultado da realocação de insumos é, por determinação regulatória, um menor nível tarifário, viabilizado pelo compartilhamento dos ganhos de produtividade capturados pelo fator X. Tal mecanismo é assegurado pela vigência do modelo *price cap* que fundamenta a regulação tarifária do setor (Bragança e Camacho, 2012).

O estudo demonstrou que o estoque de ativos das concessionárias constitui um insumo no cômputo do seu fator de produtividade, o que afeta diretamente o nível tarifário do STFC, gerando efeitos sobre o bem-estar dos usuários. Assim, foram geradas simulações sobre os efeitos de alterações no estoque de ativos sobre o reajuste tarifário, tendo sido demonstrado o incremento da eficiência tarifária nos contextos de redução de ativos reversíveis. Isso ocorre porque a regulação por incentivos, aplicada no setor de telecomunicações brasileiro, possui o condão de compartilhar entre consumidores e prestadoras os ganhos decorrentes do aumento de produtividade e de eficiência setoriais, haja vista o estabelecimento do teto tarifário.

Por fim, os autores trazem à baila reflexões sobre o acúmulo de bens obsoletos por parte das concessionárias, associado a elevados níveis de manutenção e a oferta de serviços de baixo valor agregado relacionados a esses bens. Na opinião dos autores, no contexto da visão patrimonialista da reversibilidade, o empresário tende a estender a vida útil dos ativos, em decorrência da busca pela minimização de potenciais perdas advindas da reversão, mesmo à custa de possível degradação da qualidade na prestação do serviço. Nesse cenário, a opção pela substituição do ativo legado por escolhas tecnologicamente mais modernas acaba abandonada pelas empresas.

Sobre a obsolescência dos ativos, o estudo aponta, com base em referências públicas contidas no processo de modelagem de custos conduzido pela ANATEL¹⁵⁵, que elementos de rede das concessionárias do STFC encontram-se em estágio avançado de obsolescência. Nesse sentido, os ativos da Oi S.A. na área de prestação correspondente à Telemar Norte Leste S.A., ou seja, regiões Norte, Nordeste e parte do Sudeste, apresenta obsolescência de 94%; os ativos da Oi S.A. relativos às regiões Centro-Oeste e Sul apresenta grau de obsolescência da rede de comutação de

¹⁵⁵ Processo ANATEL nº 53500.016296/2013. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/seipesquisa>>. Acesso em: 16 abr 2018.

96%; e os ativos da concessionária Telefônica, que atua no estado de São Paulo, apresentam obsolescência de 90%. O grau de obsolescência estimado pela Anatel é calculado pela razão entre depreciação acumulada e ativo imobilizado, de forma que, quanto maior for o índice, maior será a depreciação física do ativo.

Recente voto proferido pelo Conselheiro Diretor Leonardo Euler de Moraes, nos termos da Análise nº 3/2018/SEI/LM¹⁵⁶, corroborou com a tese de que a maximização do estoque de bens reversíveis não implica viabilidade econômica da concessionária, nem tampouco a modicidade tarifária. Nos termos constantes do documento, as ponderações de cunho econômico da Análise nº 131/2012-GCRZ, de lavra do Conselheiro Rodrigo Zerbone, já citada, devem ser reanalisadas, tendo em vista que a correlação entre estoque de ativos e modicidade tarifária é oposta àquela no documento, de forma que o aumento do estoque de bens reversíveis configura um entrave à produtividade da prestadora com efeito nocivo sobre as tarifas.

O professor Caio Mario da Silva Pereira Neto (informação verbal)¹⁵⁷ argumenta que, quanto mais próximo a 2025, ano previsto para o termo dos contratos de concessão, mais aumentam as incertezas, que acabam por impactar nos investimentos realizados pelas empresas:

Se elas [as concessionárias] não sabem o que vai acontecer, como é que vai ser interpretada a questão da reversibilidade, se vai ser a transferência de posse ou a transferência de propriedade, como é que vai ser o acesso, como é que vai ser avaliada a indenização por parcela não amortizada, ou que quer que sejam esses elementos, elas simplesmente param de investir diante da enorme incerteza. Então acho que esse é um problema que a gente tem hoje e que estamos longe de solucionar.

Para o Superintendente de Regulamentação da ANATEL, Nilo Pasquali (informação verbal)¹⁵⁸, a indefinição existente no âmbito do órgão regulador sobre os bens reversíveis configura um risco para o investidor, o que torna os serviços mais caros para o consumidor. Essa indefinição, aliada ao crescimento da abordagem patrimonial sobre o tema na Agência, gera a alocação indevida de recursos:

Essa indefinição faz tudo ficar mais caro. Faz o investimento ficar alocado de forma errada. Porque a empresa vai pensar: “se eu investir aqui, isso provavelmente vai ser considerado reversível, então eu vou investir lá”. “Apesar de ter uma demanda para fazer algo aqui, eu vou investir em outro local para ter mais segurança com relação ao investimento que eu estou fazendo”. Isso é o cenário que se tem hoje. E nós não solucionamos isso ainda.

¹⁵⁶ O Processo da ANATEL nº 53500.009630/2013-06 encontra-se à disposição para visualização no site da Agência. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/seipesquisa> >. Acesso em: 15 abr 2018.

¹⁵⁷ Professor Caio Mario da Silva Pereira Neto, “O Fust como instrumento para promover o desenvolvimento do setor de telecomunicações” (palestra), FGV – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 14 set 2017.

¹⁵⁸ Entrevista concedida por PASQUALI, Nilo. Entrevista III [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min19sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação

Para o Conselheiro Diretor da ANATEL Leonardo Euler de Moraes (informação verbal)¹⁵⁹, o que garante a continuidade na prestação dos serviços, na verdade, são os investimentos, e, não, a reversibilidade de bens:

Mas volto a dizer, o que garante a continuidade da prestação do serviço não é o instituto da reversibilidade, não é o instituto jurídico. O que garante são efetivamente os investimentos realizados. E eu digo isso, porque algumas pessoas defendem, por exemplo, que seja inserida a banda larga no regime público, como se isso fosse garantir a resolução dos problemas em relação à infraestrutura de banda larga no Brasil. Então, eu tenho duas perguntas sobre isso. Por que o Brasil seria tão diferente dos outros países, e só ele precisaria desse modelo? Eu não encontro resposta. E novamente, porque é que esse modelo vai garantir que os investimentos efetivamente aconteçam? Porque, novamente, não é o desenho jurídico. São efetivamente os incentivos econômicos para a realização de investimento. Quando o investimento alcança o país, é uma questão de racionalidade econômica.

Interessante destacar a opinião do Superintendente Executivo da ANATEL, Carlos Manuel Baigorri (informação verbal)¹⁶⁰, para quem a questão da continuidade é um problema supervalorizado relativamente ao setor de telecomunicações:

Mas se você pensar do ponto de vista econômico, se eu construir uma rede em uma região que eu não tenho interesse, aquilo lá é um ativo. Se eu não quiser mais prestar aquele serviço, eu posso vendê-lo. Eu não vou abandonar aquele ativo. Então, eu acho que os mecanismos de mercado, como compartilhamento, já são suficientes para garantir a continuidade. Assim, a continuidade me parece ser um problema as vezes supervalorizado, quando se pensa em prestação de serviços de telecomunicações, porque a existem vários serviços que não tem nenhuma garantia de continuidade e em relação aos quais não há nenhum problema de continuidade. Então eu acho que essa questão é um “fantasma” que o poder concedente acha que existe e que não há nenhuma evidência de que exista de fato. E ficamos construindo um instituto para resolver um problema que não existe. É como estivéssemos tomando um antibiótico para garantir que não teremos nenhuma infecção. Só que o antibiótico traz tantos efeitos colaterais, que permanecemos os tomando e lidando com os problemas, pensando que não podemos parar de tomar porque se não vamos ter uma infecção. Mas não há nenhuma evidência de que teríamos uma infecção. Então só ficamos com a parte ruim.

Para o Superintendente Executivo, apesar de a continuidade ser um problema sobrevalorizado, a indefinição sobre as questões associadas à reversibilidade gera desincentivos relevantes para a construção de redes e para a expansão dos serviços:

Essa indefinição sobre a reversibilidade faz com que as empresas tenham duas redes sobrepostas, o dobro de investimento, o dobro do custo de manutenção, duas equipes (uma para dar manutenção na rede de fibra ótica e outra para dar manutenção na rede de cobre). Isso cria uma ineficiência nas

¹⁵⁹ Entrevista concedida por MORAIS, Leonardo Euler de. Entrevista V [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (58min14sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

¹⁶⁰ Entrevista concedida por BAIGORRI, Carlos Manuel. Entrevista I [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min15sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

empresas que vai inevitavelmente se refletir num menor ritmo de ampliação do acesso e de ampliação das redes.

O Superintendente Executivo arremata afirmando que a indefinição faz com que as empresas tenham que lidar com o pior cenário. E, no pior cenário, “perde a empresa, perde o cidadão, perde o Estado, perdemos todos”.

Como visto no Capítulo III, a partir dos estudos do professor Carlos Ari Sundfeld, a visão contraposta de conceitos como *serviço público* e *atividade privada* não colabora com a compreensão dos problemas atuais, nem oferece soluções jurídicas ligadas à intervenção do Estado na economia. Nesse aspecto em que a dicotomia clássica não se presta a solucionar as questões da realidade, a regulação econômica possui o efeito positivo de assumir formas jurídicas diversas, determinando o espaço em que as operações econômicas podem ocorrer e definindo seu conteúdo. Um ambiente favorável à realização de operações econômicas é primordial para o desenvolvimento econômico e a geração de riqueza, de forma que as normas administrativas relativas aos negócios devem ser capazes de gerar operações juridicamente consistentes, de maneira a propiciar eficiência econômica e concorrência.

Nesse contexto, é necessário que se aprenda com o passado e que se passe a aplicar efetivamente o princípio da eficiência econômica nos negócios praticados no Brasil. Conforme alerta o professor Luiz Guilherme Schymura (2014):

O princípio da eficiência econômica, por exemplo, está solidamente enraizado nas instituições dos Estados Unidos, e a ele sempre se pode recorrer numa disputa sobre dispositivos regulatórios. Políticas e medidas que consigam ter suporte no argumento de serem favoráveis à maior eficiência econômica e à alocação eficiente dos insumos são bastante resistentes a contestações na sociedade americana, incluindo o Judiciário. [...]

Já no Brasil, esse princípio não está tão claro, o que fica evidente no caso das telecomunicações. Até o final da década de 1990, quando aconteceu a privatização da Telebrás, o provimento de serviços e a regulação desse setor ficavam por conta do governo federal.

A telefonia fixa, na fase final da era estatal, apresentava as seguintes características: as tarifas eram controladas, como parte da política anti-inflacionária, e a compensação financeira, na forma de aportes de recursos públicos para investimentos, não se materializava por questões orçamentárias prementes e de curto prazo.

Para o Superintendente de Competição da ANATEL, Abraão Balbino e Silva (informação verbal)¹⁶¹, existe, hoje, um anacronismo na base normativa do setor de telecomunicações brasileiro. Os debates regulatórios deveriam se dar, nestes tempos, em torno de temas contemporâneos, como internet das coisas, 5G, privacidade, cybersegurança, quando, na realidade, está sendo discutido o regime jurídico da prestação dos serviços. Vale citar:

¹⁶¹ Entrevista concedida por SILVA, Abraão Balbino e. Entrevista II [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (29min27sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação

Tende-se a cada vez mais se obsolescer a infraestrutura, a afastar investimentos. Pense que o Brasil é o quinto maior mercado de telecomunicações do mundo. Supostamente, os grandes investidores teriam que vir para cá. Teriam que querer vir para cá. Porque faz todo sentido. Então, eu vou dar um exemplo. Existem dois grandes *players* no mundo, hoje, com dinheiro no bolso, com capacidade de entrar: existe um grande grupo norte-americano e existe um grande grupo chinês. Por que eles não vêm para o Brasil? Porque a base normativa institucional não permite segurança para que entrem no Brasil e invistam aqui. Está se falando de bilhões e bilhões de dólares, capazes de gerar emprego, de gerar renda, de gerar utilidade para a sociedade, e não se consegue traduzir isso, porque o modelo regulatório está anacrônico. Simples assim.

Como se viu no capítulo anterior, o modelo regulatório atual promete entregar universalização do serviço de telecomunicações essencial à população, quando, na verdade, drena recursos do setor, para que sejam direcionados à telefonia fixa – um serviço que não possui mais o interesse da sociedade – gerando desestímulo para o investimento, inclusive, em novas redes para serviços mais rentáveis, em virtude de celeumas jurídicas injustificáveis, como no caso da questão do alcance da reversibilidade de bens.

Portanto, há um paradoxo instalado: o regime público que deveria servir para, dentre outras finalidades, garantir a continuidade e a ampliação do serviço, acaba por gerar tamanha desestabilidade, que afasta investimentos e, de fato, põe em risco a sustentabilidade do ecossistema de telecomunicações.

Com relação ao futuro do serviço fixo de voz, o Superintendente de Regulamentação da ANATEL, Nilo Pasquali (informação verbal)¹⁶², afirma ele deverá continuar a existir, especialmente em decorrência de demandas do mercado corporativo, por meio da utilização de tecnologias mais recentes. Contudo, em decorrência da perda de sua relevância, o serviço deverá ser pautado por outra modelagem regulatória.

Com lastro nos estudos realizados no Capítulo III, pode-se afirmar que o nível de intensidade da ação regulatória não necessita estar atrelado a assimetria assentada nos conceitos originários de serviço público da doutrina administrativa. Nesse sentido, o Conselheiro Diretor da ANATEL Leonardo Euler de Moraes (informação verbal)¹⁶³ acredita que o regime público deveria ser restrito, apenas, às regiões em que não há atratividade para atuação dos agentes. E, ainda assim, o Conselheiro crê que haveria a possibilidade de incentivo à atuação dos agentes nessas áreas em regime privado, por meio de licitações reversas.

¹⁶² Entrevista concedida por PASQUALI, Nilo. Entrevista III [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min19sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação

¹⁶³ Entrevista concedida por MORAIS, Leonardo Euler de. Entrevista V [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (58min14sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

Para o Superintendente de Competição da ANATEL, Abraão Balbino e Silva (informação verbal)¹⁶⁴, a prestação dos serviços de telecomunicações por meio de dois regimes jurídicos apartados não seria mais adequada, existindo mecanismos estabelecidos para garantia de continuidade e de ampliação de acesso que não estão atrelados a regimes de prestação:

Se você tem competição, você conseguiu criar um ecossistema contínuo e sustentável. Assim, isso não está atrelado ao regime, isso está atrelado ao ecossistema. Então, eu considero, sim, que existem mecanismos postos, bem objetivos, que não estão atrelados ao regime de prestação. Estão vinculados a outras ferramentas regulatórias que se dispõe.

O Superintendente de Regulamentação da ANATEL, Nilo Pasquali (informação verbal)¹⁶⁵, afirma que a manutenção de um regime público de prestação sobre um serviço que não conta mais com o interesse da população é ilógica, de maneira que o foco das políticas públicas deveria estar direcionado para o provimento de banda larga, que é onde reside o interesse da população. A respeito da possibilidade de prestação de serviços de provimento de banda larga em regime público, assim se manifestou o Superintendente de Regulamentação Nilo Pasquali:

[...] Porque a banda larga, seja fixa, ou móvel, qualquer que seja, ela não está em regime público. E, por todos os problemas que existem no regime público, ninguém vê como uma boa ideia incluir esses outros serviços em regime público também. O efeito prático de se estabelecer o SCM em regime público, hoje, é nenhum, porque ninguém vai querer uma concessão de SCM.

A advogada Flávia Lefèvre Guimarães (informação verbal)¹⁶⁶, crê que seria possível, mediante alteração legislativa, a imposição de condicionamentos relacionados à continuidade dos serviços e à ampliação das redes por meio de autorização. Contudo, ressalta que, na sua opinião, há um problema de *enforcement* da Agência com relação ao setor, que poderia ser agravado pela prestação exclusiva no regime privado.

Para Jean-Jacques Laffont e Jean Tirole (2001), o principal obstáculo à boa regulação encontra-se na assimetria de informações existente entre o regulador e as empresas reguladas. Dessa forma, mesmo com a avaliação realizada com base em modelos de custos, deve-se esperar que uma considerável assimetria de informações permaneça na avaliação do custo do serviço a ser universalizado. Nesse contexto, seria adequado o uso de leilões, como um método baseado no mercado, em oposição aos métodos prescritivos, para se determinar os subsídios de serviço universal.

¹⁶⁴ Entrevista concedida por SILVA, Abraão Balbino e. Entrevista II [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (29min27sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação

¹⁶⁵ Entrevista concedida por PASQUALI, Nilo. Entrevista III [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min19sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação

¹⁶⁶ Entrevista concedida por GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. Entrevista VII [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo.mp3 (1h1min17sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

No mesmo sentido, para Alexandre Ditzel Faraco (2003), a possibilidade de recorrer-se a um processo concorrencial, baseado em uma licitação pública, para determinar os agentes que terão direito à utilização dos subsídios relativos à universalização, permite equacionar os problemas associados às assimetrias de informação do regulador no tocante à exata determinação do custo de *exploração eficiente do serviço* (art. 81 da LGT) e, por conseguinte, das situações deficitárias merecedoras de subsídios”. O professor defende que, não obstante a ausência de previsão expressa, não haveria óbice à adoção de modelo semelhante para o atendimento de metas de universalização, ao abrigo da LGT.

O Conselheiro Diretor da ANATEL Leonardo Euler de Moraes (informação verbal)¹⁶⁷ também se manifesta favoravelmente à adoção de leilões reversos em nichos residuais de concessões, mediante a utilização de recursos do fundo de universalização, ressaltando não ter a completa convicção de que a questão não poderia ser endereçada por meio do regime privado. O Conselheiro ressalta, contudo, a necessidade de alteração no marco legal do fundo de universalização no intuito de possibilitar a utilização dos recursos para os serviços de telecomunicações de interesse da população, prestados em qualquer regime. Sobre o tema, comentou sobre o Projeto de Lei nº 7.236/2017, de autoria do Deputado Daniel Vilela:

Para que se altere a Lei do FUST, precisa-se alterar a própria LGT para que haja uma harmonia entre os instrumentos legais e o projeto do deputado contempla isso. [...]. Então, ao alterar essa lei, nós poderíamos aplicar esses recursos, para hoje, o que seria a expansão da banda larga, expansão de *backhaul*, expansão de *backbone* sobretudo. Então nós poderíamos aí alcançar muitas atividades produtivas.

Sobre o Projeto de Lei que visa modificar o marco legal do FUST, do qual o Conselheiro colaborou na elaboração, verifica-se que a proposição legislativa busca reduzir a alíquota da contribuição para o fundo no caso de ausência, ou não completa, utilização. Vale citar:

Ainda que nós defendamos o uso do FUST, e nós acreditemos nas externalidades positivas da banda larga e no efeito multiplicador que ela gera, nós temos um contexto fiscal desafiador. Então qual é a beleza da proposta legislativa que eu citei? Uma das fontes principais do FUST, como você sabe, é 1% sobre as receitas operacionais brutas, que deduzidas, viram quase a ROL [receita operacional líquida]. Então, esse 1%, que é uma das principais fontes do FUST, conforme o Projeto de Lei, viraria um teto. E, se não foi utilizado, em leilões reversos, ou o que seja, a cada quatro anos, eu olharia para trás e miraria o que foi utilizado. Se foi apenas 50% de uso do FUST? Então esse 1% vira 0,5%. Isso é uma forma de incentivar o próprio setor público a utilizar [o fundo]. Mas dando um prazo inicial, nesses quatro anos, por causa do contexto fiscal que o país passa. Então eu penso que nós

¹⁶⁷ Entrevista concedida por MORAIS, Leonardo Euler de. Entrevista V [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (58min14sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

não podemos ignorar essa realidade. Mas, de fato, a não utilização do fundo prejudica a expansão e o aprimoramento das redes no Brasil.

Na opinião do Superintendente de Regulamentação da ANATEL, Nilo Pasquali (informação verbal)¹⁶⁸, é imprescindível a existência de fundo setorial para a concretização da universalização, mas em formato diferente do que se apresenta hoje.

Um erro que se cometeu no início, provavelmente, foi não se ter criado uma sistemática permanente de uso do FUST. Isso para começar. [...] Porque, hoje, o FUST hoje é muito perverso. Só se pode usá-lo para concessão, com a concessionária. Então, ele já está direcionado para quem poderia receber [...]. Então, o fundo tem algumas distorções que também não são boas. Tinha-se que criar algum tipo de mecanismo de arrecadação geral, talvez isentando os “menorzinhos”, para ser um ônus a menos para quem é pequeno. Esse tipo de assimetria é interessante. Mas, ao mesmo tempo, criar um mecanismo em que todos poderiam fazer uso dos recursos. Em alguma formatação. [...]

Tem que existir um modelo de fundo setorial para fazer universalização. Mas que seja utilizado para ampliação de rede no Brasil. Deve existir um fundo para isso. Não consigo imaginar um cenário em que eu não tenha. O Brasil é muito grande, muito díspar. É muito difícil chegar em muitos lugares que não dão dinheiro para o empresário.

Nilo Pasquali cogita, ainda, sobre a hipótese de adoção de fundos geridos por entidades privadas, a exemplo do que ocorre em países como os Estados Unidos. Contudo, em decorrência de possíveis limitações legais ou constitucionais, o Superintendente de Regulamentação defende, no caso de permanência do modelo de fundo público, a adoção de um conselho curador, ou de outro órgão de deliberação, que dê destinação aos recursos:

Para mim, o melhor modelo não é nem o modelo de fundo público. Seria um modelo muito parecido com o norte-americano, de alocação para uma entidade privada. Ela que vai “tocar” tudo, e a função do órgão regulador seria, apenas, acompanhar se ela está seguindo as diretrizes de alocação do fundo e acompanhar se não está ocorrendo desvios de verbas. Que é a preocupação que os americanos têm com os fundos de lá. Mas reconheço que é um modelo muito inovador para o Brasil. Não sei nem se seria possível legalmente ou constitucionalmente criar um modelo assim.

Não podendo ser assim, se tivermos que continuar com um fundo público, talvez um modelo parecido com o do FUNTTEL seja melhor. O FUST não tem conselho curador, por exemplo, para dar a destinação dos recursos. Ou um órgão de deliberação maior, que pudesse dar essa destinação. Ficou para o Conselho Diretor da Anatel criar projetos. E é inevitável, se está se falando de um fundo público, vai ter haver o patrocínio do Executivo. Se o Executivo não quiser fazer nada com esse fundo, nada vai acontecer. É simples quanto isso. E eu penso que seria muito perigoso para a Anatel, num senso político, ter a capacidade de escolher os lugares em que vai se usar o dinheiro .

¹⁶⁸ Entrevista concedida por PASQUALI, Nilo. Entrevista III [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min19sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação

O professor Caio Mario da Silva Pereira Neto (informação verbal)¹⁶⁹ também destaca a imprescindibilidade do fundo setorial de universalização:

[...] A gente tem que evitar o contingenciamento do FUST ou de qualquer outro fundo setorial para os próximos anos. E, aqui, o foco tem que ser futuro. Vamos esquecer que tem R\$ 20 bilhões que já foram arrecadados. Eu acho que não tem muita solução para esses 20 bilhões. Mas daqui para frente, a gente precisa mudar essa questão, no sentido de que se a gente não conseguir mudar isso, a gente vai ter um grande problema em implantar uma política de longo prazo.

O professor afirma que a aplicação dos recursos do fundo de universalização deve ser possível, também, por empresas atuantes no regime privado, mediante seleção rigorosa de bons projetos de ampliação do acesso para áreas não lucrativas, onde se obtenha grande proveito social. Para tanto, deve existir uma política eficiente para escolha dos eixos para realização dos investimentos e para a seleção de projetos de expansão do serviço, por meio de leilões reversos, a exemplo de experiências bem sucedidas no Chile e no Peru.

O Superintendente Executivo da ANATEL, Carlos Manuel Baigorri (informação verbal)¹⁷⁰, defende que existem experiências de fundos setoriais bem utilizados, a exemplo do fundo de pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico, que possui gestão privada:

Eu penso que o modelo de fundos, e não somente do FUST, mas do FISTEL e do FUNTTEL, é um fracasso no setor de telecomunicações. Mas, em outros setores, me parece que há fundos bem utilizados.

Por exemplo, no setor elétrico, você tem um fundo de P&D, em que as empresas recolhem um percentual, de forma parecida com a do FUNTTEL, mas em vez de os valores serem depositados na conta única do Tesouro e sumirem no Orçamento Geral da União, eles são depositados numa conta corrente específica, em que as empresas são as gestoras, tendo que apresentar projetos para o órgão regulador, de pesquisa e desenvolvimento, que é o objeto daquele fundo. O órgão regulador autoriza que aquele recurso seja retirado dessa conta vinculada para aplicação daquele projeto. Esse é o único modelo de fundos no Brasil que eu conheço que deu certo. E eu acho que um modelo parecido com esse [no setor de telecomunicações] poderia dar certo. [...]

Cada empresa teria uma conta vinculada, ou uma reserva, para projetos de universalização aprovados pelo órgão regulador. Eu penso que esse é um modelo que poderia dar certo, à luz do setor elétrico com a experiência do fundo de P&D.

A grande dificuldade do fundo de P&D do setor elétrico é que as empresas não apresentam projetos suficientes. Ou o processo de aprovação desses projetos é muito moroso.

¹⁶⁹ Professor Caio Mario da Silva Pereira Neto, “O Fust como instrumento para promover o desenvolvimento do setor de telecomunicações” (palestra), FGV – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 14 set 2017.

¹⁷⁰ Entrevista concedida por BAIGORRI, Carlos Manuel. Entrevista I [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min15sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

O Diretor de Banda Larga da Secretaria de Telecomunicações do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, Artur Coimbra de Oliveira (informação verbal)¹⁷¹, também se manifesta sobre o assunto da gestão privada de fundos:

O governo está começando a olhar mais para o modelo de mecanismo de fundos privados. Não só por conta de contingenciamento, mas por conta do limite orçamentário do teto constitucional. Essa ideia já vem sendo debatida há algum tempo. Eu acho a única maneira viável de fazer o FUST funcionar. Transformando-o num fundo privado. E, para continuar no modelo do setor elétrico, eu não vou citar esse caso específico que o Baigorri mencionou, mas um caso similar do setor elétrico, que é a Conta de Desenvolvimento Energético. A Conta de Desenvolvimento Energético é usada para fazer universalização da energia. O Programa Luz para Todos, enfim. E ela funciona. E por que que funciona? Quando se investiga porque que funciona, percebemos rapidamente o motivo. Primeiro, porque ela é uma conta corrente vinculada à Eletrobrás. Agora, passou a ser vinculada à CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Que é uma entidade privada. [...] A vantagem disso é que esse dinheiro, esse financeiro, não está no caixa único do Tesouro. E o orçamentário também não. Então, consegue-se gerir esse dinheiro com independência em relação a lógica orçamentária.

O Diretor da Secretaria de Telecomunicações ressalta que a Anatel possui experiência na criação de entidades que possuem como atribuição a aplicação de recursos com finalidades específicas, como ocorreu recentemente com a criação da EAD – Empresa Administradora da Digitalização, entidade privada constituída por determinação da ANATEL em edital de licitação, que vem desempenhando com sucesso o objetivo de custear a digitalização do sinal da TV analógica.

A advogada Flávia Lefèvre Guimarães (informação verbal)¹⁷², também se posiciona favoravelmente à adoção de modelos de gestão privada de fundos de universalização, desde que o uso dos recursos esteja em consonância com as políticas públicas estabelecidas. A advogada também ressalta a necessidade de aporte de recursos públicos para o desenvolvimento da universalização. Cumpre lembrar que, para a entrevistada, os serviços de telecomunicações são públicos e não seria adequada a dicotomia de regimes.

Para o Superintendente de Regulamentação Nilo Pasquali¹⁷³, o fomento à competição, por meio da simplificação de regras, aliado à utilização de fundo setorial para áreas de prestação pouco atrativas, seria um modelo apto a garantir a continuidade dos serviços. A utilização do fundo

¹⁷¹ Entrevista concedida por OLIVEIRA, Artur Coimbra de. Entrevista IV [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min06sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

¹⁷² Entrevista concedida por GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. Entrevista VII [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo.mp3 (1h1min17sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

¹⁷³ Entrevista concedida por PASQUALI, Nilo. Entrevista III [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min19sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação

de universalização poderia se dar, inclusive, para financiar a própria demanda onde se faça necessário. Em suas palavras:

Para mim, o melhor mecanismo de se manter a continuidade é buscar simplificar regras para trazer competição e, naquelas áreas em que não ela vai existir (tem áreas em que não vai ter, não tem jeito), existirem mecanismos estatais de financiamento. Seja para financiar investimentos em infraestrutura, seja para financiar a própria demanda. Às vezes existe a rede e as pessoas simplesmente não conseguem pagar pelo serviço. [...] Até os Estados Unidos têm um modelo desses, que paga por usuário. Não se paga diretamente para o usuário, o pagamento é realizado para a empresa que, subsidia todo mundo.

Com relação à utilização do instituto da reversibilidade para garantir a continuidade da prestação dos serviços, cabe mencionar que a ANATEL, por ocasião da realização do seu Planejamento Estratégico iniciado no ano de 2015, obteve auxílio da Consultoria ADVISIA OC&C Strategy Consultants, por meio de contrato efetivado com a UIT - União Internacional de Telecomunicações¹⁷⁴. A mencionada consultoria avaliou a regime de prestação de serviços de cinco países selecionados, a saber, Alemanha, Austrália, Estados Unidos, Malásia e Reino Unido, e, nesse ponto, concluiu que nenhum dos países em questão se utiliza dessa ferramenta jurídica, ou de outras similares, para garantir a continuidade de serviços (ADVISA OC&C STRATEGY CONSULTANTS, 2015).

No intuito de solucionar o impasse da definição sobre a operacionalização da reversão ao fim do contrato de concessão, Paulo Todescan Lessa Mattos (2014) propõe que as regras do jogo sejam definidas de modo a conferir segurança jurídica para os novos investimentos em redes de fibra ótica que darão suporte à expansão da banda larga, televisão por assinatura e telefonia móvel.

Como exemplo de solução que poderia ser adotada, o professor afirma que poderia ser implementado um modelo de compartilhamento contábil de custos entre as concessionárias de STFC e as autorizadas de SCM, SeAC e SMP dentro do mesmo grupo econômico. Por meio da segregação contábil da parcela de investimentos atribuíveis à continuidade e à atualização do STFC, seria possível a realização do cálculo de amortização exclusivamente da parcela atribuível ao serviço.

Com relação à reversibilidade em si, o professor defende que, em 2025, a União teria o direito de uso dos bens para, se entender necessário, dar continuidade à prestação do serviço, direta ou indiretamente. Seria um caso de compartilhamento de rede, já praticado no país, mas de caráter compulsório, por se tratar de um poder-dever da União de garantir a prestação do serviço, devendo,

¹⁷⁴ Ver Processo da ANATEL nº 53500.005127/2015-35. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 14 abr 2018.

o proprietário da rede, assegurar o provimento de capacidade necessária para que a União, ou o seu delegatário ou autorizado, ofereça o STFC.

Por meio da sistemática apontada, de separação virtual contábil, para identificação do que é considerado, ou não, investimento na concessão de STFC, e reversão somente da posse do bem ao final do contrato, não haveria necessidade de separação física das redes ou de separação dos negócios do grupo em unidades operacionais distintas. Tais mecanismo teria o condão de “estimular novos investimentos, especialmente em fibra ótica na última milha, permitindo que os consumidores brasileiros tenham serviços de banda larga e televisão por assinatura de melhor qualidade” (MATTOS, 2014).

Solução semelhante foi aventada pelo Superintendente de Regulamentação da ANATEL, Nilo Pasquali (informação verbal)¹⁷⁵:

Então, o bem seria deixado com a própria concessionária, e ela assumiria a responsabilidade de ceder o equivalente ao que seria reversível para quem quer que a União queira que seja o próximo concessionário. É dela, é da União, o direito de usar uma porção. O que ela vai fazer com essa porção, a União decide. Se realiza uma licitação para achar outra pessoa, se dá para alguém, se manda para a Telebrás, ou decide que, de fato, não é um serviço que interessa mais, que não faz mais diferença. Para mim, é o caminho menos difícil. Todos são muito difíceis, independente do cenário que se olhar, mas esse me parece menos difícil de se conseguir algo na prática. Os debates jurídicos vão existir mesmo.

Para o Superintendente de Competição da ANATEL, Abraão Balbino e Silva (informação verbal)¹⁷⁶, a garantia da continuidade da prestação dos serviços, especialmente num cenário de competição, está mais atrelada à criação de um ecossistema econômico sustentável do que a institutos jurídicos que se impõem nesse sentido, a exemplo da reversibilidade de bens. Em suas palavras:

A continuidade está mais relacionada à forma com que eu crio regras para tornar o ambiente sustentável, do que à detenção ou não de um bem. Objetivamente falando, eu penso que a continuidade do serviço está muito mais atrelada à continuidade desse ecossistema. Não se relaciona à continuidade de uma empresa, de um agente. [...] Ou seja, é melhor torna-lo atrativo para o investimento sustentável, e criar mecanismos para que isso aconteça, do que se pensar em fazer o acompanhamento de bens, ou não. Eu tenho essa visão.

¹⁷⁵ Entrevista concedida por PASQUALI, Nilo. Entrevista III [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min19sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação

¹⁷⁶ Entrevista concedida por SILVA, Abraão Balbino e. Entrevista II [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (29min27sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação

Sobre o assunto, o Superintendente Executivo da ANATEL, Carlos Manuel Baigorri (informação verbal)¹⁷⁷, ressaltou que os serviços hoje prestados sob o regime privado, como telefonia móvel e banda larga, não possuem garantia de continuidade e, nem por isso, existem casos de desligamento de redes por prestadoras. Para o Superintendente, o principal custo de uma rede é o custo inicial, ao qual se denomina em economia *custo afundado*. Depois que a rede foi construída, o custo para retirá-la do local seria tão elevado, que sempre se opta pela sua manutenção. Assim, a melhor forma de se garantir a continuidade seria facilitando a construção de redes para que, depois, a própria lógica de mercado se encarregue da continuidade na prestação.

Tendo em vista os efeitos negativos decorrentes da maximização do estoque de bens reversíveis sobre a modicidade tarifária, conforme visto no capítulo anterior, o Conselheiro Leonardo Euler de Moraes entende, conforme consta da Análise nº 3/2018/SEI/LM¹⁷⁸, que deveriam ser adotados procedimento para vigilância do acervo crítico para a continuidade dos serviços prestados pela concessionária, assegurando-se, ao mesmo tempo, liberdade para a livre alocação de seus ativos.

O Conselheiro (informação verbal)¹⁷⁹ menciona, também, que existe a necessidade de aprimoramento de questões burocráticas relacionadas, principalmente, com as autoridades locais, referentes ao ordenamento territorial, para que se dê a efetiva expansão das redes. Além disso, seria desejável um planejamento coordenado com as grandes obras de engenharia civil, para que já previssem a passagem das infraestruturas de telecomunicações, de forma a se otimizar o montante de investimentos necessários.

O Conselheiro ressalta, ainda, que a Agência possui o dever de conhecer os gargalos de infraestrutura existentes no país para que possa concretizar os objetivos de universalização. Nesse sentido:

Penso que a ANATEL poderia conduzir leilões reversos, pela expertise que a ANATEL possui e, para isso, a Agência teria, ainda, que tomar algumas medidas para fazer isso com eficiência. E uma delas já está em curso, que é a construção do Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações. Ou seja, é preciso que a ANATEL saiba exatamente quais são os principais gargalos de infraestrutura em telecomunicações no Brasil para massificar ou universalizar.

¹⁷⁷ Entrevista concedida por BAIGORRI, Carlos Manuel. Entrevista I [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min15sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

¹⁷⁸ O Processo da ANATEL nº 53500.009630/2013-06 encontra-se à disposição para visualização no site da Agência. Disponível em:

<https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 15 abr 2018.

¹⁷⁹ Entrevista concedida por MORAIS, Leonardo Euler de. Entrevista V [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (58min14sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

Na opinião de Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho (2014), um dos perigos da aplicação do Direito nas políticas públicas é que a sua complexidade gera infinitas oportunidades de sabotagem nas políticas, motivo pelo qual as normas devem ser simples. Assim, “o alto grau de detalhamento das normas jurídicas, a eventual dificuldade em se compreender ou sistematizar seu conteúdo e as múltiplas possibilidades de interpretação geram campo fértil para que atores interessados as sabotem”.

Além disso, para os autores, as normas e atos jurídicos tendem a adquirir vida própria, podendo desvincular-se das opções originais de política pública. Assim, os autores propõem a diminuição da complexidade das políticas públicas. Os autores afirmam que não defendem, necessariamente, a desregulação, mas que se meça, sempre, o custo-benefício do aumento da complexidade.

Para o Superintendente de Competição da ANATEL, Superintendente de Competição da ANATEL, Abraão Balbino e Silva (informação verbal)¹⁸⁰, as políticas públicas necessitam de ser melhor definidas, com uma visão estratégica de implementação. Nesse aspecto, deve-se definir o que se quer da política pública, quais as estratégias de implementação, quem vai implementar e o principal: quanto vai custar e como será custeada.

Para o professor Caio Mario da Silva Pereira Neto (informação verbal)¹⁸¹, deve-se retirar o foco da noção de universalização de STFC e se concentrar em ampliar a disponibilidade de banda larga, que é o que interessa à população.

Nesse sentido, conforme apontado por Carlos Manuel Baigorri (2014), o rápido crescimento da internet e a importância desempenhada pelo valor agregado das tecnologias no dia-a-dia da população têm dado destaque ao estudo da regulação econômica do setor de telecomunicações e das políticas públicas para massificação do acesso de banda larga.

O levantamento bibliográfico levantado pelo autor, buscou demonstrar os efeitos econômicos e sociais decorrentes do aumento da utilização dos serviços de banda larga em diversos países. Vale citar:

O primeiro efeito resulta a construção de redes de banda larga. De forma semelhante a toda obra de infraestrutura, a implantação de redes de banda larga gera empregos e tem consequências sobre a economia por meio de efeitos multiplicadores.

Já o segundo efeito resulta das externalidades positivas que têm impacto sobre as empresas e os consumidores. A adoção da banda larga nas empresas

¹⁸⁰ Entrevista concedida por SILVA, Abraão Balbino e. Entrevista II [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (29min27sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

¹⁸¹ Professor Caio Mario da Silva Pereira Neto, “O Fust como instrumento para promover o desenvolvimento do setor de telecomunicações” (palestra), FGV – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 14 set 2017.

leva a um ganho de produtividade dos fatores de produção, que por sua vez contribui para o crescimento do PIB.

Por outro lado, o uso residencial gera um aumento da produtividade do trabalho que tem reflexos sobre a renda das famílias. [...]

O autor afirma que a banda larga contribui para o crescimento econômico em vários níveis: primeiro, aumentando a produtividade e facilitando a adoção de processos de negócios mais eficientes; segundo, por meio da aceleração da inovação pela introdução de novas aplicações e serviços; e, terceiro, pela implementação funcional mais eficiente das empresas, de forma a maximizar o seu alcance ao mercado de trabalho e o seu acesso às matérias-primas e aos consumidores.

Vale, aqui, reproduzir as conclusões retiradas da tabela elaborada pelo autor, contendo os resultados do levantamento realizado sobre o impacto da banda larga no crescimento econômico: (i) o aumento de 1 ponto percentual da penetração de banda larga gera um crescimento do PIB entre 0,037 e 0,178 pontos percentuais, conforme dados de 27 estados brasileiros, entre 2000 e 2006 (MACEDO e CARVALHO, 2010a, *apud* BAIGORRI, 2014); (ii) o aumento de 10 pontos percentuais da penetração de banda larga gera um crescimento do PIB entre 1,21 pontos percentuais nos países desenvolvidos e 1,38 pontos percentuais nos países em desenvolvimento, conforme dados de 66 países desenvolvidos e 120 em desenvolvimento, entre 1980 e 2002 (Qiang *et al*, 2009, *apud* BAIGORRI, 2014); (iii) o aumento de 10 pontos percentuais da penetração de banda larga gera um crescimento do PIB entre 0,9 e 1,5 pontos percentuais, conforme dados de 25 países da OCDE, entre 1996 e 2007 (Czernich *et al*, 2009, *apud* BAIGORRI, 2014); (iv) o aumento de 10 pontos percentuais da penetração de banda larga gera um crescimento do PIB de 3,6 pontos percentuais, conforme dados de 46 estados norte-americanos, entre 2001 2005 2007 (Czernich *et al*, 2009, *apud* BAIGORRI, 2014). Os dados demonstram a importância de se aplicar políticas públicas que permitam a ampliação do acesso de banda larga.

Para o professor Floriano de Azevedo Marques Neto (informação verbal)¹⁸², a ANATEL decidiu não buscar, na própria LGT, uma solução para o anacronismo da prestação de STFC em regime público em decorrência de temor aos órgãos de controle, em especial, ao TCU, de forma que a alteração do marco regulador do setor deverá se dar por meio de alteração legislativa, em especial pela tentativa de aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 79/2016, oriundo do Projeto de Lei nº 3.453/2015 do Congresso Nacional.

Em suma, o referido projeto de lei permite a adaptação das concessões de STFC prestadas em regime público para adaptações prestadas em regime privado, mediante a assunção de

¹⁸² Professor Floriano de Azevedo Marques Neto, “Reconfiguração da noção de serviço público diante das novas tecnologias” (palestra), FGV – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 14 set 2017.

compromissos de ampliação da infraestrutura de redes de alta capacidade para locais em que a competição não se encontra estabelecida. O texto do documento define que o valor econômico associado à adaptação do instrumento de concessão para autorização será determinado pela Agência, por meio da diferença entre o valor esperado a partir da exploração do serviço adaptado em regime de autorização e o valor esperado da exploração desse serviço em regime de concessão.

O montante será revertido em compromissos de investimento, priorizados conforme diretrizes do Poder Executivo, pela implantação de infraestrutura de rede de alta capacidade de comunicação de dados em áreas sem competição adequada, nos termos da regulamentação da Agência.

Além disso, o projeto de lei busca solucionar a problemática dos bens reversíveis, definindo que serão considerados bens reversíveis os ativos essenciais e efetivamente empregados na prestação do serviço concedido, e que os bens reversíveis utilizados para a prestação de outros serviços de telecomunicações, explorados em regime privado, serão valorados na proporção de seu uso para o serviço concedido.

Para o Conselheiro Diretor da ANATEL Leonardo Euler de Moraes (informação verbal)¹⁸³, a melhor maneira de se solucionar o imbróglio dos bens reversíveis seria por meio da aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 79/2016. Em suas palavras:

Mas eu acho que a melhor maneira de endereçar esse problema é aprovando o PL 79/2016, que está no Senado Federal. É a melhor maneira de nós contornarmos essa questão antes de chegarmos nesse momento. Porque a cada vez que nós nos aproximamos de 2025, nós temos dois problemas: um é que a aumenta a insegurança jurídica sobre os investimentos, o qual a gente já falou; e o outro problema é que o saldo dos investimentos a serem realizados como contrapartida, que está previsto no Projeto, diminuem. Diminuem porque estamos utilizando esse saldo, hoje, novamente, para manter um serviço obsoleto.

Para o Conselheiro, existem, no regime privado, instrumentos suficientes para a garantia de continuidade na prestação dos serviços e de ampliação das redes. Sobre a questão, a experiência recente da massificação da telefonia móvel no país demonstra que é possível a expansão do acesso e a continuidade de serviços prestados em regime privado, sobretudo se passarem a ser utilizados os recursos do fundo de universalização e mecanismos como leilões reversos.

O Diretor de Banda Larga da Secretaria de Telecomunicações do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, Artur Coimbra de Oliveira (informação verbal)¹⁸⁴ defende

¹⁸³ Entrevista concedida por MORAIS, Leonardo Euler de. Entrevista V [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (58min14sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

que o projeto de lei seria capaz de solucionar a problemática da definição do alcance da reversibilidade dos bens compartilhados com outros serviços prestados em regime privado, questão que o órgão regulador não se mostra capaz de solucionar. O Diretor entende que a adoção do modelo previsto no PLC nº 79/2016 teria o condão liberar grandes vultos em investimentos por parte das prestadoras:

Esses dois pontos: metas de universalização, com 800.000 orelhões; e a maneira como a Agência trata a reversibilidade dos bens, trazem ineficiências econômicas muito grandes. Porque eles forçam uma alocação ineficiente e improdutiva de recursos. Nesse sentido, a estimativa que eu faço, se considerarmos o PLC 79, que você mencionou no começo da conversa, a minha estimativa é que o PLC 79, se conseguisse acabar com boa parte dos orelhões, baixando de 800.000 para 30.000, mexer em outras obrigações, e, além disso, você estar trabalhando com o ônus da concessão, minha estimativa é que o PL liberaria algo em torno de um bilhão e meio por ano de subsídios a investimentos. Implicando em investimentos de dois bilhões e meio por ano, no total. Então, como temos seis anos para o fim do contrato, então teríamos, no total, quase 16 bilhões de reais de investimentos.

Então é isso, você não mexer na telefonia fixa e mantê-la no regime público, tal como ela está hoje, significa que o Brasil está perdendo dinheiro. O Brasil. Você e eu, as pessoas da rua. Está todo mundo jogando dinheiro fora. Porque poderiam estar trocando orelhões vandalizados por banda larga na casa de gente que, hoje, não tem. Então, está tudo mundo se prejudicando com isso.

Para o professor Caio Mario da Silva Pereira Neto (informação verbal)¹⁸⁵, deve ser abandonada, no modelo regulatório brasileiro, a assimetria de regimes de prestação:

A gente tem que ter uma neutralidade quanto aos regimes de exploração, público ou privado. Eu sou totalmente a favor do PLC 79, em a gente eliminar e acabar com o regime público e migrar para o regime privado.

Assim afirmou o Superintendente de Regulamentação da ANATEL, Nilo Pasquali (informação verbal)¹⁸⁶ sobre o projeto de lei em trâmite:

Quanto antes a Anatel apontar o caminho que ela entende correto, mais fácil a discussão ao longo dos anos, que é a discussão dos bens reversíveis no fim das contas. Então, o PLC 79, caminha nesse sentido também. Creio que, por isso, o setor gosta tanto dele. Ele resolve problemas fundamentais do setor, acaba com essa dúvida jurídica do bem reversível, do que ele é, de como se determina ele, o que vai para quem, tudo isso se torna mais tangível. Ou seja, na prática, estão sendo retiradas as incertezas. O que é muito bom. Reconheço que tem teses totalmente contrárias, que acham um absurdo deixar a rede com a concessionária. Aí vem muito de convicções.

¹⁸⁴ Entrevista concedida por OLIVEIRA, Artur Coimbra de. Entrevista IV [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min06sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

¹⁸⁵ Professor Caio Mario da Silva Pereira Neto, “O Fust como instrumento para promover o desenvolvimento do setor de telecomunicações” (palestra), FGV – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 14 set 2017.

¹⁸⁶ Entrevista concedida por PASQUALI, Nilo. Entrevista III [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min19sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

Para o Consultor Legislativo do Senado Federal Marcus Augustus Martins (informação verbal)¹⁸⁷, a imposição de compromissos de continuidade na prestação relativamente às empresas que tiveram suas concessões adaptadas para autorizações não seria adequada:

Na minha opinião, o projeto tem uma outra questão que é inconsistente: migra-se integralmente a concessão para a autorização, mas se obriga que a autorizada mantenha o serviço. Ou seja, a está se criando a obrigação de continuidade em um instrumento de outorga que não prevê continuidade. Você diz que a empresa que tem uma concessão (e a continuidade é uma característica da concessão) pode migrar integralmente para a autorização, desde que mantenha a continuidade da autorização. Isso, para mim, não faz sentido, não tem lógica. Então, [o correto seria] se manter a empresa no regime, aonde, de fato, seja necessário. Aonde não há competição, mantém-se a empresa no regime de concessão e obriga ele a continuidade. O resto pode-se liberar.

Para Floriano Azevedo Marques Neto (2002b), é importante que os operadores do direito comecem a compreender a necessidade de trabalhar com a existência de subsistemas jurídicos, entendidos como parcelas do ordenamento jurídico pautadas por princípios, conceitos e estruturas hierárquicos próprios de determinado setor da economia. Nessa esteira, deve se reconhecer que o setor de telecomunicações possui uma dinâmica própria, decorrente do constante progresso tecnológico e do impacto que o setor possui sobre outras atividades econômicas. Dessa forma, não se pode tratar as telecomunicações “com a concepção de instrumento jurídico de concessão e de permissão que temos da época das estradas-de-ferro”.

Sobre a adoção de políticas públicas compostas por novas fórmulas, assim expõem Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho (2014):

Aqui, portanto, está algo relevante para quem elabora as políticas públicas e as correspondentes normas jurídicas instituidoras. Frequentemente, para viabilizar de verdade essas políticas, há necessidade de inventar novas fórmulas jurídicas, e elas devem ter características tais, que permitam sua fácil incorporação no universo de referência dos juristas. O desafio é inovar com fórmulas capazes de mexer com a cabeça e os sentimentos dos juristas. A elaboração normativa tem de ser capaz de criar símbolos, figuras expressivas, bem delineadas. Do contrário, a política poderá naufragar sob o peso das fórmulas antigas que se impõem a ela, vindo do passado, e que se acomodam como se fossem naturais.

O professor Caio Mario da Silva Pereira Neto (informação verbal)¹⁸⁸ ensina que o mercado é um agente propulsor de expansão das redes. Nesse aspecto, o papel do poder público perante a ideia de universalização em um contexto de livre mercado deve ser desenhar medidas institucionais capazes de alinhar o interesse privado aos objetivos públicos.

¹⁸⁷ Entrevista concedida por MARTINS, Marcus Augustus. Entrevista VI [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (38min37sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

¹⁸⁸ Professor Caio Mario da Silva Pereira Neto, “O Fust como instrumento para promover o desenvolvimento do setor de telecomunicações” (palestra), FGV – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 14 set 2017.

O professor Floriano de Azevedo Marques Neto (informação verbal)¹⁸⁹ manifesta preocupação com a atuação do Tribunal de Contas da União, e da própria ANATEL, na valoração do saldo resultante dos bens reversíveis e de sua transformação em obrigação de investimentos a serem realizados empresas:

O segundo problema é que eu tenho comigo, que se aprovada a lei, isso não vai resolver as questões. Por quê? O grande *issue* da lei é a migração e a conversão de bens reversíveis em investimento. Tenho certeza que o TCU não permitirá que haja avanço. Esqueça. Nenhum agente da ANATEL vai bater o martelo no valor de bens reversíveis e nenhum agente da ANATEL vai bater o martelo nos parâmetros de investimento. Esqueça. Portanto, eu não sou dessa perspectiva muito otimista, mas é o que “temos para o jantar”.

O Conselheiro Diretor da ANATEL Leonardo Euler de Moraes (informação verbal)¹⁹⁰ salientou que a ampliação das redes, e consequentemente do acesso aos serviços de telecomunicações, tem a capacidade de prover crescimento econômico, desenvolvimento e produtividade:

Eu sempre tento quantificar, porque quantificar é uma medida mais efetiva pra se mostrar o que o Brasil perde. Novamente eu trago a lume um estudo do Banco Mundial, que mostra que a cada 10% de penetração da banda larga, ocorre um crescimento econômico de 1%, em média, e esse valor é até maior nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Então, essa é uma excelente referência para dizer o que nós estamos perdendo pela não utilização dos recursos do FUST onde eles precisam ser devidamente aplicados.

Por fim, vale lembrar que, conforme afirma Sidnei Turczyn (2002), a partir do momento que a ANATEL formar o mercado concorrencial de telecomunicações, sua função estará cumprida nesta atribuição legal. Este mercado deverá, então, desenvolver-se pelas regras concorrenciais, sem distinção pelo fato de se tratar de um serviço público, sob pena de serem criadas, novamente, realidades diferentes na formação de preço do serviço ou no agrupamento empresarial. Tal situação terá como efeitos uma mudança quanto à regulação da atividade, pois os serviços serão regidos por um regime jurídico mais próximo do Direito contratual corriqueiro, do que do Direito Público Administrativo.

Nesse contexto, o Poder Público deve estar preparado para solucionar os problemas que se apresentam neste período recente de transformações do Direito, em que o público e o privado cada vez mais se aproximam, no intuito de regular adequadamente esse setor da economia que

¹⁸⁹ Professor Floriano de Azevedo Marques Neto, “Reconfiguração da noção de serviço público diante das novas tecnologias” (palestra), FGV – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 14 set 2017.

¹⁹⁰ Entrevista concedida por MORAIS, Leonardo Euler de. Entrevista V [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (58min14sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

movimenta um volume substancial de recursos e que diz respeito a necessidades relevantes da população.

O legislador brasileiro, ao tempo da abertura do setor de telecomunicações à exploração por entes privados, em meados da década de 1990, buscou criar um sistema capaz de aliar a liberdade empresarial necessária à atração de investimentos com as garantias em favor da sociedade inerentes ao regime público de prestação. Após duas décadas de funcionamento do sistema instituído pela Lei Geral de Telecomunicações, mostra-se relevante avaliar a efetividade do marco regulatório do país.

Nessa esteira, a presente pesquisa descreveu algumas barreiras existentes no modelo adotado no Brasil, caracterizado pela coexistência de regimes jurídicos de prestação em situação de competição, que acabam por dificultar a expansão das redes e do acesso, especialmente de banda larga e de serviços móveis, que são serviços prestados em regime privado e que se mostram como detentores do interesse da sociedade na atualidade.

Nota-se que o regime jurídico de concessão adotado no país, configurado para promover a universalização da telefonia fixa, acaba por, paradoxalmente, gerar desestabilidades e afastar investimentos de particulares sobre os serviços prestados em regime privado, os quais oferecem as utilidades desejadas pelos usuários nos tempos atuais, tais como transmissão veloz de dados e mobilidade. De fato, nota-se novo comportamento dos usuários dos serviços de telecomunicações, os quais perderam interesse na telefonia fixa, especialmente em decorrência do desenvolvimento tecnológico, que permitiu a facilitação do acesso à telefonia celular e a ampliação do uso da internet.

O tema se mostra relevante, especialmente quando se observa as correlações existentes entre a ampliação do uso da banda larga e o desenvolvimento social e econômico. Assim, é importante averiguar se o modelo atualmente adotado é propício para a atração de investimentos públicos e privados, imprescindíveis para a ampliação da infraestrutura necessária para fruição dos serviços de telecomunicações que detenham o interesse da sociedade, como o provimento de internet em alta velocidade.

A noção tradicional de serviço público, de origem francesa, adotada no setor de telecomunicações brasileiro relativamente ao STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado –, traz consigo a ideia de prerrogativa estatal sobre a atividade, que leva à atribuição de um regime especial para sua prestação. O regime público brasileiro, prestado por meio de concessão, é caracterizado por uma série de características especiais, tais como a garantia da manutenção do

equilíbrio econômico financeiro do contrato, o controle de tarifas, a reversibilidade de bens e a imposição de metas de universalização.

Os demais serviços de telecomunicações desenvolveram-se de forma considerável sobre a égide do regime privado. O interesse da sociedade por serviços móveis e de transmissão de dados, aliado à liberdade de empreender verificada no modelo, e aos compromissos assumidos pelas prestadoras em editais de licitação de direito de uso de radiofrequências, levaram à expansão dos serviços nas últimas décadas.

Contudo, para que a ampliação de acesso aos serviços de telecomunicações no país continue a ocorrer é necessário o estabelecimento de um ambiente regulatório propício à realização de negócios e à atração de investimentos.

O STFC é o único serviço atualmente prestado em regime público. São aplicadas ao serviço metas de universalização que incluem a manutenção de telefones públicos em todas as localidades com mais de 100 habitantes no Brasil, além de metas de densidade de instalação dos equipamentos. Tais metas continuam sendo exigidas das prestadoras, não obstante a sociedade tenha perdido o interesse na telefonia fixa, em decorrência do surgimento de novas tecnologias, que permitem mobilidade e transmissão de dados.

Os recursos recolhidos ao fundo de universalização – o FUST – que foi concebido para ser o pilar do financiamento da universalização das telecomunicações brasileiras, já alcançaram a cifra de R\$ 20 bilhões, não tendo sido utilizados na ampliação do acesso. A universalização do STFC se deu sem a sua aplicação, tendo ocorrido por meio da imposição de metas suportadas pelas concessionárias, que continuam dispendendo recursos para tornar o STFC disponível a toda população.

A provável projeção da reversibilidade de bens, prevista na concessão de STFC, sobre os ativos das concessionárias utilizados para prestação de serviços no regime privado acaba por gerar a alocação indevida de investimentos dos agentes e, num último grau, acaba mesmo por impedir a aplicação dos recursos pelas empresas. Quanto mais se aproxima o fim do prazo das concessões atualmente em vigor, estipuladas para 2025, mais se aumenta o desestímulo para investimentos em redes de suporte à banda larga e aos serviços móveis, pelo temor de que tais ativos sejam revertidos à União ao fim dos contratos.

Parte qualificada da doutrina contemporânea, em especial o professor Carlos Ari Sundfeld, defende que é necessária a reconfiguração da noção clássica de serviço público, tendo em vista que sua aposição em antagonismo às atividades econômicas não se mostra afinada com a realidade atual, nem se mostra capaz de colaborar com soluções jurídicas para os problemas dos

tempos hodiernos. Nesse aspecto, a regulação econômica possui o efeito de possibilitar a adoção de formas jurídicas diversas, determinando, de forma negocial, o nível de intensidade dos condicionamentos a serem aplicados aos agentes na exploração das atividades econômicas, não existindo um regime jurídico único para exploração de serviços públicos estabelecido constitucionalmente.

O modelo regulatório adotado no Brasil consagra o princípio básico da rede aberta, que se coloca como um elemento fundamental à introdução da concorrência. A Lei Geral de Telecomunicações estabeleceu que é obrigatória a interconexão entre as redes destinadas a dar suporte à prestação de serviços de interesse coletivo, no regime público ou privado, não fazendo distinção quanto ao modelo da prestação. O provimento da interconexão é realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, e sob preços isonômicos e justos, havendo mecanismos de arbitramento, pelo órgão regulador, para os casos em que não ocorrer acordo entre as partes.

Além disso, existem regras comuns, aplicáveis tanto aos serviços prestados no regime público, quanto aos prestados no regime privado, relacionadas ao uso compartilhado de infraestruturas pelas prestadoras. A Lei Geral de Telecomunicações estabelece que, para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo. Para tanto, foi adotada, no Brasil, a negociação, de forma transparente e padronizada de produtos de atacado ofertados pelos grupos detentores de Poder de Mercado Significativo, pelo qual é garantido o acesso às redes de infraestrutura das grandes prestadoras por quaisquer provedores interessados.

Esses elementos mostram-se compatíveis com a melhores práticas internacionais, verificando-se a aplicação de regras semelhantes em diversos países em que não se evidencia a adoção de regimes públicos com características presentes no modelo brasileiro, tais como a reversibilidade de bens.

As dificuldades relatadas, em especial a ausência de inversão de recursos públicos na universalização e a indefinição sobre o alcance da reversibilidade dos bens da prestação, acabam por desestimular as aplicações de capital privado em infraestrutura de telecomunicações no país e podem causar o encerramento do ciclo virtuoso de investimentos que se observou desde a edição da Lei Geral de Telecomunicações.

Nota-se, portanto, um verdadeiro paradoxo instalado no modelo de prestação brasileiro, na medida em que o regime público, implementado para assegurar a expansão do acesso para o

atendimento de toda a população, gera inseguranças no mercado que acabam por afastar investimentos e, conseqüentemente, obstar a ampliação das redes de suporte aos serviços de interesse da sociedade.

Um modelo de prestação sob um regime jurídico único, em que se fomente a competição com instrumentos regulatórios adequados e que se utilize o fundo de universalização para subsidiar a prestação em zonas que não sejam viáveis economicamente parece ser um modelo apropriado sob a ótica da atratividade dos investimentos e, conseqüentemente, da ampliação do acesso e da continuidade dos serviços.

No intuito de tentar solucionar os problemas apontados nesta pesquisa, encontra-se em trâmite no Senado Federal o Projeto de Lei da Câmara nº 79/2016, que pretende permitir a adaptação das concessões outorgadas em regime público para autorizações, a serem prestadas em regime privado, mediante a assunção de compromissos de ampliação da infraestrutura de redes de alta capacidade para locais em que a competição não se encontra estabelecida, priorizados conforme diretrizes do Poder Executivo. O projeto busca solucionar a problemática dos bens reversíveis, definindo que estes são os ativos essenciais e efetivamente empregados na prestação do serviço concedido e que os bens reversíveis utilizados para a prestação de outros serviços de telecomunicações, explorados em regime privado, serão valorados na proporção de seu uso para o serviço concedido no momento da adaptação.

Contudo, a aprovação do Projeto de Lei em questão, mesmo que ocorra, por si só, não será capaz de garantir a expansão do acesso no Brasil. Embora a universalização do STFC tenha se dado sem o uso de recursos do FUST, a expansão das redes de alta capacidade para zonas em que não exista viabilidade econômica exigirá a efetiva utilização de um fundo de universalização.

A utilização de um processo concorrencial, baseado em licitação pública, para determinar os agentes que terão direito à utilização dos subsídios relativos à universalização, permitiria o equacionamento de problemas associados às assimetrias de informação do regulador no tocante à determinação do custo da exploração do serviço para a aplicação dos subsídios. Dessa forma, os leilões reversos são um mecanismo considerado concorrencialmente neutro na aplicação dos recursos.

A existência de fundos setoriais administrados por entidades privadas em outros países, e em outros setores da economia brasileira, leva a crer que seria possível a adoção de formas desburocratizadas de utilização dos recursos para universalização também no setor de telecomunicações do Brasil.

É necessária, ainda, a alteração da legislação aplicável ao FUST, no intuito de viabilizar a sua utilização, sobretudo se vier a ocorrer a reformulação do atual marco regulatório no sentido de possibilitar a adaptação das atuais concessões para autorizações, haja vista as restrições hoje aplicadas na utilização do fundo, que somente pode ocorrer no regime público de prestação.

Além disso, a ANATEL deve possuir instrumentos que a permitam deter conhecimento sobre a situação das redes e sobre as deficiências de atendimento, no intuito de permitir o correto direcionamento de recursos para universalização conforme a política pública estabelecida pelo Poder Executivo

As limitações da presente pesquisa que valem ser trazidas a lume dizem respeito à dificuldade de se quantificar o desestímulo a investimentos privados decorrentes das impropriedades do modelo regulatório brasileiro. No intuito de possibilitar a verificação de ocorrência do subinvestimento em redes de telecomunicações no Brasil, a pesquisa se valeu das impressões das personalidades entrevistadas, que, de forma geral, apresentaram opiniões confluentes nesse sentido.

Para uma agenda futura de investigação, propõe-se o aprofundamento do estudo dos sistemas regulatórios do setor de telecomunicações aplicados nos países desenvolvidos e em países com características geográficas e socioeconômicas similares ao Brasil. Nesse sentido, seria interessante a averiguação sobre a adoção de mecanismos de leilões reversos para utilização de recursos de fundos de universalização e, ainda, sobre instrumentos alternativos de gestão dos recursos, tais como a administração dos fundos por entidades privadas.

REFERÊNCIAS

- ADVISIA OC&C STRATEGY CONSULTANTS. Relatório para ANATEL e União Internacional de Telecomunicações – Produto II.1 – Revisão do Modelo Regulatório – Benchmarking internacional. Brasília, 2015. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 14 abr 2018. [Processo nº 53500.005127/2015-35].
- AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.
- AGUILLAR, Fernando Herren. Serviços Públicos: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ALEXIADIS, Peter, COLE, Miranda. The concept of technology neutrality, 2006. Disponível em: <http://www.ictregulationtoolkit.org/document?document_id=2915>. Acesso em: 04 nov. 2017.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BAIGORRI, Carlos Manuel. Entrevista I [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min15sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.
- BAIGORRI, Carlos Manuel. A estrutura concorrencial do mercado de redes de transporte de telecomunicações e os impactos da política de massificação da banda larga no Brasil. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Católica de Brasília. Brasília, 2014.
- BERBERT, Lúcia. Valores de referência da VU-M entre 2016 e 2019 e EILD para 2016 são publicados. Tele.síntese Portal de Telecomunicações, Internet e TICs. São Paulo, 7 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/valores-de-referencia-da-vu-m-entre-2016-e-2019-e-eild-para-2016-sao-publicados>>. Acesso em: 05 nov. 2017.
- CARRO, Rodrigo. Justiça homologa plano da Oi, mas disputa com acionistas continua. Valor Econômico. Rio de Janeiro, 09 jan 2018. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/5250339/justica-homologa-plano-da-oi-mas-disputa-com-acionistas-continua>>. Acesso em: 16 abr 2018.
- CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão. *In*: Revista de Direito Administrativo, v. 45, jul. 1956, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15920>>. Acesso em: 18 Fev. 2018.
- CENSO Demográfico, IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2010. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br>>. Acesso em: 05 nov. 2017.
- ‘Conselho Consultivo recomenda alterações no PMU’, Tele.síntese Portal de Telecomunicações, Internet e TICs. São Paulo, 8 fev 2010. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/conselho-consultivo-recomenda-alteracoes-no-pmu>>. Acesso em: 10 dez 2017.
- ‘Conselho da Oi aprova apoio a plano de recuperação judicial’. Exame. São Paulo, 04 nov. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/conselho-da-oi-aprova-apoio-a-plano-de-recuperacao-judicial>>. Acesso em: 05 nov. 2017.
- DUTRA, Pedro. Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP. *In*: Revista de Direito Administrativo, v. 229, jul. 2002, Rio de Janeiro. Disponível em:

- <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46447/45194>>. Acesso em: 01 Abr 2018.
- DUTRA, Pedro. Regulação, Concorrência e a Crise Brasileira. São Paulo: Singular, 2017.
- ESCOBAR, João Carlos Mariense. Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação e direito concorrencial: as telecomunicações. São Paulo: Livraria Paulista, 2003).
- FARIA, Isabela Brockelmann. Considerações sobre *essential facilities* e *standard essential patents* nas guerras de patentes. *In: Revista de Defesa da Concorrência*, v. 2, nº 1, mai 2014, Brasília. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenzia/article/viewFile/112/57>>. Acesso em: 12 abr 2018.
- FREITAS, Luciano Charlita de, FAUTH, Luiz Fernando, FREITAS, Igor Vilas Boas de. Efeitos da política de reversibilidade sobre o desempenho do setor de telecomunicações no Brasil. *In: Radar: tecnologia, produção e comércio exterior – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, nº 43. Brasília: IPEA, 2016.
- GROSSMANN, Luís Osvaldo. Conselho consultivo volta a ativa, mas Anatel não sabe o que fazer com PGMU. *Convergência Digital*, São Paulo, 30 out. 2017. Disponível em: <<http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&inford=46598&sid=8>>. Acesso em: 30 out. 2017.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. *In: Direito Administrativo Econômico / Coord. Carlos Ari Sunfeld*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. Entrevista VII [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo.mp3 (1h1min17sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.
- JARDIM, Lauro, ‘TCU constata que governo usou apenas 1,2% do arrecadado no Fust’. *O Globo*. Rio de Janeiro, 14 fev 2016. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/tcu-constata-que-governo-usou-apenas-12-do-arrecadado-no-fust.html>>. Acesso em: 10 dez 2017.
- LAFFONT, Jean-Jacques. Regulation and development. Cambridge University Press, 2005.
- LAFFONT, Jean-Jacques, TIROLE, Jean. Competition in telecommunications. Massachusetts: The MIT Press, 2001.
- LEHFELD, Lucas de Souza. As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LOBO, Nathalia Almeida de Souza. Fixo e móvel: substituição ou complementaridade? Evidências para o Brasil. *In: Radar: tecnologia, produção e comércio exterior – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, nº 15. Brasília: IPEA, 2011.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. *In: Direito Administrativo Econômico / Coord. Carlos Ari Sunfeld*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. *In: Direito Administrativo Econômico / Coord. Carlos Ari Sunfeld*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, COSCIONE, Milene Louise Renée. Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Marcus Augustus. Entrevista VI [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (38min37sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Desafios da regulação de telecomunicações no Brasil. *In: Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar / Org. Sérgio Guerra. 1ª Edição. Rio de Janeiro: FGV, 2014.*

MELO, Alexandre. 'Lucro da Algar Telecom avança 28% no 3º trimestre'. Valor Econômico. São Paulo, 16 out. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/5157038/lucro-da-algar-telecom-avanca-28-no-3-trimestre>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

MELO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico administrativo da concessão de serviço público. *In: Revista de Direito Administrativo, v. 26, out. 1951, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12144/11064>>. Acesso em: 11 mar 2018.*

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. *In: Direito Administrativo Econômico / Coord. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros, 2002.*

MORAIS, Leonardo Euler de. Entrevista V [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (58min14sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

MOREIRA, Egon Bockmann. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação). *In: Revista da Faculdade de Direito UFPR. Curitiba: 2007. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14130>>. Acesso em: 07 abr. 2018.*

MOREIRA, Egon Bockmann. Monopólios naturais e licitações de serviços públicos. *In: Revista de Direito Administrativo, v. 256, jan. 2011. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8505/7251>>. Acesso em: 04 abr 2018.*

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil? *In: Direito da Regulação e Políticas Públicas / Org. Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho. São Paulo: Malheiros, 2014.*

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. *In: SUNFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2002.*

'Oi entrega à Justiça terceira versão de seu plano de recuperação judicial, 2017'. Folha de São Paulo. São Paulo, 12 out. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/10/1926545-oi-entrega-a-justica-terceira-versao-de-seu-plano-de-recuperacao-judicial.shtml>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

OLIVEIRA, Artur Coimbra de. Entrevista IV [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min06sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

OLIVEIRA, João Maria de. Sistema de Indicadores de Percepção Social: serviços de telecomunicações, IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140313_sips_telecomunicacoes.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2017.

PASQUALI, Nilo. Entrevista III [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (42min19sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

‘Pedido de recuperação da Oi é o maior da história do Brasil; veja lista’, 2016. G1. Rio de Janeiro, 21 jun. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/pedido-de-recuperacao-da-oi-e-o-maior-da-historia-do-brasil-veja-lista.html>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva, ADAMI, Mateus Piva. O desafio da universalização de telecomunicações: um balanço após 15 anos de LGT. *In: Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar* / Org. Sérgio Guerra. 1ª Edição. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

PEREIRA NETO, Caio Mario S., ADAMI, Mateus Piva, CARVALHO, F. M. Reversibilidade de Bens em Concessões de Telecomunicações. *In: Revista de Direito Público da Economia*, v. 55, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva, LANCIERI, Filippo Maria, ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. *In: Direito da Regulação e Políticas Públicas* / Org. Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho. São Paulo: Malheiros, 2014.

PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2001 a 2015. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/2044-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios/9127-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios.html>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar, SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

‘PL 3453, que acaba com concessão de telefonia e com licitação de espectro, avança para o Senado. Tele.Síntese Portal de Telecomunicações, Internet e TICs, São Paulo, 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/pl-3453-que-acaba-com-concessao-de-telefonia-e-com-licitacao-de-espectro-avanca-para-o-senado/>>. Acesso em 30 out. 2017.

POSSEBON, Samuel. Espera pelo PLC 79 foi a justificativa formal para suspender PGMU. Teletime News, São Paulo, 05 jul. 2017. Disponível em: <<http://teletela.com.br/teletime/05/07/2017/espera-pelo-plc-79-foi-justificativa-formal-para-suspender-pgmu/>>. Acesso em: 29 out. 2017.

POSSEBON, Samuel. MCTIC manda Anatel desengavetar PGMU; novo conselho consultivo deverá analisá-lo. Teletime News, São Paulo, 23 out. 2017. Disponível em: <<https://teletela.com.br/teletime/23/10/2017/mctic-manda-anatel-desengavetar-pgmu-novo-conselho-consultivo-devera-analisa-lo/>>. Acesso em: 30 out. 2017.

POSSEBON, Samuel. Revisão do contrato de concessão de STFC e novo PGMU estão sob risco. Teletime News, São Paulo, 20 jun. 2017. Disponível em: <<http://teletela.com.br/teletime/20/06/2017/revisao-do-contrato-de-concessao-de-stfc-e-novo-pgmu-esta-sob-risco>>. Acesso em: 29 out. 2017.

SANTANA, Ivone. ‘Na Telefônica, dados somam mais de dois terços da receita de serviços’. Valor Econômico. São Paulo, 25 out. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/5168844/na-telefonica-dados-somam-mais-de-dois-tercos-da-receita-de-servicos>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

SANTANA, Ivone. ‘Sercomtel entrega plano de recuperação à Anatel’. Valor Econômico. São Paulo, 17 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/5040566/sercomtel-entrega-plano-de-recuperacao-anatel>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

‘Senadores questionam aprovação de Nova Lei das Telecomunicações’. Notícias STF, Brasília, 21 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=332716&caixaBusca=N>>. Acesso em: 30 out. 2017.

‘Sercomtel – Nota à imprensa’, Últimas Notícias - ANATEL, Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/institucional/ultimas-noticiass/1721-nota-a-imprensa-sercomtel>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

SILVA, Abraão Balbino e. Entrevista II [mar 2018]. Entrevistador: Tawfic Awwad Júnior. Brasília, 2018. 1 arquivo .mp3 (29min27sec). A entrevista completa encontra-se transcrita no Anexo I desta dissertação.

SHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

SCHYMURA, Luiz Guilherme. Regulação e aspectos institucionais brasileiros. *In: Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar / Org. Sérgio Guerra. 1ª Edição. Rio de Janeiro: FGV, 2014.*

STENZEL, Raquel, SLATTERY, Gram. ‘Lucro da Telefônica Brasil sobe 28,3% no 3º trimestre’. Exame. São Paulo, 25 out. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/lucro-da-telefonica-brasil-sobe-283-no-3o-trimestre/>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. *In: Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2002.*

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. *In: Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar / Org. Sérgio Guerra. 1ª Edição. Rio de Janeiro: FGV, 2014.*

SUNDFELD, Carlos Ari, ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos? *In: Direito da Regulação e Políticas Públicas / Org. Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho. São Paulo: Malheiros, 2014.*

TAVARES, Mônica. Anatel aprova redução da tarifa de interconexão até 2019. O Globo, Rio de Janeiro, 18 jun. 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/anatel-aprova-reducao-da-tarifa-de-interconexao-ate-2019-12916429>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

TELEBRASIL – Associação Brasileira de Telecomunicações. O Desempenho do Setor de Telecomunicações no Brasil – Séries Temporais – 1S17. Rio de Janeiro, set. 2017. Disponível em: <<http://www.telebrasil.org.br/panorama-do-setor/desempenho-do-setor>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

‘Telefonia móvel registra pequena redução entre junho e julho de 2017 no país’, Últimas Notícias - ANATEL, Brasília, 13 set. 2017. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/institucional/ultimas-noticiass/1739-telefonica-movel-permanece-estavel-entre-junho-e-julho-de-2017-no-pais>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

TURCZYN, Sidnei. O direito da concorrência e os serviços privatizados. *In: Direito Administrativo Econômico / Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2002.*

UIT – União Internacional de Telecomunicações. *The ICT Regulation Toolkit*. Disponível em: <<http://www.ictregulationtoolkit.org>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

ZANATTA, Carlos Eduardo, ‘Sob protestos, teles assinam contratos para os próximos 20 anos’. Teletime News. São Paulo, 22 dez 2005. Disponível em: <<http://teletime.com.br/22/12/2005/sob-protestos-teles-assinam-contratos-para-os-proximos-20-anos/>>. Acesso em: 04 fev 2018.

ANEXO I – Transcrição de Entrevistas

Entrevista I

Data da entrevista: 15/03/2018

Entrevistado: Carlos Manuel Baigorri – Superintendente Executivo da Anatel

- Para o Senhor, o regime público de concessão oferece bons instrumentos para lidar com o caso específico do setor de telecomunicações?

Eu entendo que o regime público de concessão, independentemente do setor, é um bom instrumento, desde que haja uma situação de monopólio. O regime público de concessão é o único modelo de prestação de serviços que pode resolver as falhas de mercado quando se verifica monopólio. A partir do momento que não existe mais o monopólio, no meu entendimento, o regime público se torna inviável.

- O Senhor(a) saberia apontar até 5 temas que considera obstáculos à ampliação das redes e à universalização do acesso das telecomunicações no modelo regulatório atual?

Nós temos que pensar primeiramente no serviço que queremos levar à população. O modelo de telecomunicações foi construído em 1997, quando o desafio do Brasil era levar telefonia fixa. Hoje, esse desafio está alcançado. Já existe telefonia fixa, orelhão, em todo lugar do Brasil. Mas o que a sociedade quer não é mais a telefonia fixa.

Então, eu acho que o modelo de concessão, hoje, conseguiu atender o desafio de ampliar as redes e levar o serviço universal para todo mundo. Porém, a rede que foi ampliada, e o serviço universal que foi levado, não tem mais interesse por parte da sociedade, não havendo mais demanda para isso. Assim, o modelo de concessão é um modelo que faz sentido. Eu penso que não existem grandes obstáculos para ampliação da rede. As redes foram ampliadas e os objetivos iniciais do processo de privatização foram alcançados. Só que esses objetivos se perderam no tempo.

Agora, se a gente pensar no futuro, no desafio da ampliação das redes de banda larga, seja fixa, seja móvel, e a universalização dos acessos de banda larga fixa e móvel, eu vejo que, no modelo regulatório atual, existem alguns pontos:

Eu penso que o FUST foi pensado e desenhado de uma forma que só serve para serviços prestados em regime público. Eu penso que isso é um problema, pois a tecnologia acabou com a demanda por esse serviço prestado em regime público, que é a telefonia fixa.

Além disso, o FUST apresenta outro problema: todo o setor, todas as empresas, sejam do regime público ou do regime privado, arrecadam. E é complicado se imaginar que um pequeno provedor de banda larga do interior terá que retirar 1% da sua receita e entregá-la ao Estado, sendo que o Estado irá entregar esses recursos para um concessionário, que pela própria natureza, já entrou no mercado como monopolista.

Então, eu penso que o uso de fundos pode fazer algum sentido, mas o FUST foi completamente mal construído na legislação brasileira. Primeiro, ele tem um objeto muito específico, sendo que esse objeto perdeu serventia. Além disso, parece difícil de se sustentar,

porque reforça uma posição de dominância. Você retira dinheiro do competidor e o entrega para o incumbente. Isso, de alguma forma, pode ter um efeito nefasto em termos de concorrência.

Eu penso que estes são os grandes problemas. Mas o maior problema que eu vejo, hoje, nesse modelo de concessões é o seguinte: o regime de concessão não traz nenhum incentivo ao investimento. Considerando que as firmas precisam obter financiamento externo por meio de investidores que aportam capital na empresa, nota-se que, quando há coexistência, no mesmo mercado, na mesma região, de dois regimes, público e privado, o capital que será investido por agentes externos será alocado na autorização. Colocando-se na posição do investidor, ninguém preferiria aportar capital numa concessão. Vão sempre preferir aloca-lo numa autorização. Por que? Porque o risco é muito menor. O regime de concessão é construído sobre muitas obrigações (obrigações de universalização, de qualidade, controle de preços). E sempre que se cria uma obrigação, cria-se, também, um risco de a empresa descumprir essa obrigação. Então, do ponto de vista dos riscos, é muito mais arriscado investir numa empresa concessionária do que numa empresa autorizada. Como as duas coexistem no mesmo mercado, todo o fluxo de capital externo vai em direção à autorização. Porque elas estão disputando o mesmo mercado, estando expostas aos mesmos resultados econômicos, aos mesmos benefícios, sendo que uma apresenta muito mais riscos que a outra. Então, do ponto de vista lógico dos investidores, ninguém vai investir no ativo mais arriscado. Isso apenas ocorreria se o ativo mais arriscado apresentasse um prêmio maior. Mas, como o prêmio é o mesmo, é de se esperar que não tenha investimentos nas empresas em regime de concessão, e que o capital externo, o investimento, seja direcionado às empresas autorizadas, ou seja, ao competidor que seja sujeito a menos regras regulatórias.

E, a lei previu isso, no artigo 65 da LGT, quando previu que, quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público. Esse artigo cria uma obrigação para o poder concedente resolver a situação. A lei diz que, quando a prestação do serviço em regime privado tornar a prestação no regime público insustentável, o poder concedente deve tomar medidas para garantir a prestação do serviço em regime público.

Quando coexistirem os dois regimes, o regime público vai perder, pois o capital não será aportado ali. O investidor vai colocar o dinheiro na empresa que tem menos obrigações.

Como o poder concedente poderia proteger isso? Existem duas maneiras para o poder concedente garantir isso. Uma forma, que se mostra contraditória com relação ao próprio espírito da Lei Geral, seria impedir a competição. O monopólio seria garantido, sendo assegurado que aquele negócio tenha sustentabilidade. Mas isso não faz sentido. O próprio processo de privatização realizou-se sobre dois pilares: da universalização e da competição. Outra forma possível de se resolver a questão seria, à medida que a competição se instalasse, que o regime público deixasse de ser público e migrasse para o privado. Mas isso também geraria um problema, relacionado a sustentabilidade do próprio regime de concessão. Por que? Porque o agente privado só irá prestar o serviço em locais onde haja interesse econômico. Se onde existir interesse econômico deixar de ser concessão, por conclusão, só haverá concessão onde não existir interesse econômico, de forma que a manutenção do equilíbrio econômico financeiro, que é uma premissa do modelo de concessões, fica impossível de ser garantida, a não ser que se tenha um subsídio constante do governo. Então, eu penso que o modelo da LGT traz, no seu seio, uma contradição. Uma contradição impossível de se resolver, que é objetivar garantir um serviço em concessão no Brasil todo e, ao mesmo tempo, buscar inserir a competição. E a competição e a concessão são dois regimes que são como óleo e água, eles não coexistem. Quando os dois existem, um morre e outro sobrevive. Então, para mim, a LGT possui uma contradição intrínseca, responsável pelos problemas que se vê hoje: as concessões cada vez mais desequilibradas do ponto de vista econômico financeiro. Veja a recuperação

judicial da Oi, que está ocorrendo, e que é a maior recuperação judicial da América Latina. É óbvio que, com relação ao tema, devem ser consideradas várias decisões de gestão, erros estratégicos e problemas societários. Mas, mesmo numa empresa que contasse com os melhores gestores, tomando as melhores decisões estratégicas, para mim o modelo seguiria insustentável. Esse é o principal obstáculo à ampliação da rede e à universalização. A LGT possui uma contradição intrínseca na sua construção.

- Como o Senhor avalia a importância da telefonia fixa no momento da edição da LGT e hoje? Como o senhor vê o futuro do STFC, especialmente frente a outras tecnologias?

O STFC, o telefone fixo, era essencial na época da privatização. Eu lembro que o primeiro presidente da Anatel, Conselheiro Renato Navarro Guerreiro, sempre apresentava um *slide* na época da privatização. Tratava-se de uma foto de uma fila quilométrica em torno do Maracanã no dia da final da Copa do Mundo de 1994, jogo do Brasil contra a Itália. Naquela final, o Brasil jogava a final para ser pentacampeão e existia uma fila quilométrica na porta do Maracanã. E ele falava: “essa fila não é para ver o jogo, pois o jogo estava sendo nos Estados Unidos”. O que essas pessoas estavam fazendo na hora do jogo do final da Copa do Mundo na porta do Maracanã? Era o plano de expansão da Telerj. As pessoas estavam pegando aquela fila para poder comprar telefone fixo em 1994, perdendo a final da Copa do mundo, que o Brasil ganhou. Isso mostra o quanto o serviço era essencial. É uma imagem que resume muito como era essencial o telefone fixo. Até hoje, no Imposto de Renda, existe, no campo bens e direitos, um espaço para lançar “telefone fixo”. Então, o serviço era essencial naquela época e a LGT foi toda construída para atender esse desafio.

Como eu vejo futuro do STFC? O STFC não tem futuro. A base de clientes cliente do STFC está cada vez caindo mais, as linhas estão sendo desligadas. Eu já não tenho telefone fixo há anos. Muitas pessoas não têm telefone fixo. Eu acho que o STFC não tem futuro nenhum. Isso traz uma contradição referente ao modelo de concessões, relacionada a própria teoria geral de concessões. Possuímos um regime de concessão, com várias obrigações. Mas, e se ninguém quiser mais esse serviço? Imagine se, de repente, amanhã, todos os usuários do STFC desligarem seus acessos, passando a ter zero clientes do serviço. Nessa conjuntura, o que é a concessão? O que é o bem reversível? É bem provável que, em 2025, quando acabar a concessão, o STFC não tenha mais clientes. Que não tenha nenhum usuário do STFC. E o que vai acontecer? O que é reversível nesse contexto? O que é o equilíbrio econômico financeiro? Como se ajusta a tarifa? Porque, pela teoria geral de concessões, o Estado, no papel de poder concedente, deve garantir o equilíbrio econômico financeiro. Se começa a ocorrer uma redução muito acentuada na quantidade de usuários, de pessoas que estão usando aquele serviço de concessão, considerando os custos fixos envolvidos, a tarifa será aumentada. À medida que ocorrem os desligamentos, a tarifa vai tendo que ser aumentada. Só que, quanto mais se aumenta a tarifa, mais pessoas saem. Então, a conclusão disso é que, no final, no limite, a tarifa será muito cara. E, por ter uma tarifa muito cara, o serviço terá poucos usuários. Isso se tornará um ciclo vicioso, de forma que, no final, não haverá mais usuários do serviço. Então, o último consumidor do STFC terá que pagar uma tarifa tão cara que permita que ele sozinho mantenha o equilíbrio econômico financeiro de toda a rede. Então, o STFC, em regime público, pelo conjunto de regras estabelecidas e pela concorrência com outras tecnologias, vai morrer. Inevitavelmente ele vai morrer.

- Que efeitos a manutenção da telefonia fixa no regime público gera sobre a prestação de serviços de telecomunicações no Brasil?

Eu não vejo nenhum impacto em outros serviços como telefonia móvel, na própria telefonia fixa em regime de autorização, ou na banda larga. Simplesmente, as pessoas vão abandonar esse serviço porque não tem mais utilidade. E o Estado terá que, de alguma forma, permanecer garantindo o equilíbrio das concessões, seguindo toda a legislação brasileira de concessões. Eu volto, então, no ponto inicial: o modelo de concessão é incompatível com o modelo de competição. E, hoje, a gente tem a competição instalada praticamente no Brasil todo. A competição está inviabilizando, cada vez mais, a concessão. Esse é um processo que não tem volta, pois seria inacreditável, inverossímil, que se acabasse com todas as empresas de telecomunicações que tem no Brasil. Então, a concessão vai morrer. E, daí, o poder concedente terá um grande problema: o Estado não terá como garantir o equilíbrio econômico financeiro e terá que enfrentar uma discussão sobre os bens reversíveis.

- Assim, que impactos a não utilização dos recursos do FUST possui sobre a universalização dos serviços de telecomunicações?

Eu penso que a não utilização do recurso do FUST simplesmente acelerou o processo de falência do regime de concessão. Por que? Porque o Estado tinha a missão de universalizar o serviço. E ele foi estabelecendo metas de universalização por meio dos Planos Gerais de Metas de Universalização – PGMUs. E nunca houve um endereçamento de recursos do FUST para, de alguma forma, cobrir a parcela não recuperável desses investimentos, que eram estabelecidos por meio do PGMUs. Então, a ideia original, era que o FUST tivesse essa função. Então, quando o FUST não foi utilizado por questões fiscais, a carga regulatória associada à concessão tornou-se mais pesada ainda. A concessão, além de apresentar riscos maiores, por ter mais obrigações, também tinha custos maiores, por possuir essas obrigações sem a cobertura do que foi previsto na Lei, que era o FUST. Então, a minha avaliação é que o desenho original já tinha uma falha intrínseca, e que a execução desse desenho original ressaltou e aprofundou essa falha, de tal forma que se percebe, hoje, uma situação em que as concessionárias são um grande problema. Elas são um encargo para as operadoras. As empresas de telecomunicações, em geral, começaram a investir na prestação de outros serviços, em regime de autorização. Com a Lei 12.485/2011, elas foram autorizadas a unificar os CNPJs (antes elas tinham que possuir CNPJs distintos). E o que se percebe, hoje, é que os outros serviços, prestados em regime de autorização, têm que carregar a concessão nas costas. A concessão, hoje, é um buraco, é um lugar onde se drena os recursos das empresas de telecomunicações. E o FUST não está lá para suportar isso.

O governo não poupou esforços para garantir a universalização dos serviços em termos de impor obrigações às concessionárias. Mas ele não “meteu a mão no bolso” do FUST para viabilizar isso. Então, essa lógica só aprofundou o problema da concessão.

- O Senhor considera que o FUST, conforme havia sido concebido pela legislação, já foi abandonado no modelo de universalização brasileiro?

Sim, por alguns motivos. Primeiro, porque é muito difícil se justificar a utilização de recursos que estão no caixa único do Tesouro para investimento em telefonia fixa. O próprio governo não consegue justificar isso. É injustificável se pegar recursos que irão para universidades, escolas, hospitais, e gasta-los isso com telefone fixo, que ninguém quer.

Além disso, tem a questão fiscal. O governo, do ponto de vista fiscal, é perdulário. Então, ele não tem espaço fiscal para abrir mão desse recurso. Ele não tem como justificar a utilização, e mesmo que tivesse, ele não teria espaço fiscal para resolver a questão. Assim, a própria

ineficiência e o gigantismo do Estado brasileiro inviabilizaram o uso do FUST. Portanto, o FUST para mim está morto.

Além disso, tem uma questão, que foi incluída no seu introito, de que o FUST é uma forma reconhecidamente neutro em termos concorrenciais. Contudo, na época em que se discutiu o FUST, as empresas autorizadas eram muito reacionárias a própria utilização do fundo. Esse foi um motivo politicamente histórico. Como todos pagam o FUST, todos querem pegar um pedaço dele. Só que as empresas que estavam entrando no mercado tinham que contribuir, sendo que os recursos iriam para quem já estava estabelecido. Assim, o FUST é concorrencialmente neutro na hora de captar, mas se ele for aplicado somente no serviço público, só as concessionárias terão acesso a ele. Então, quem estava entrando no mercado estava subsidiando quem já estava no mercado. Isso é uma falha conceitual do próprio FUST. Então, o modelo previsto na LGT tem grandes avanços, mas tem algumas falhas intrínsecas.

- Nesse contexto, em que a Agência depende do patrocínio do Poder Executivo e de dotação orçamentária para dar andamento aos projetos que utilizem o FUST, o senhor considera que há possibilidade de a ANATEL gerir os recursos do fundo? Se sim, como poderia se dar esse processo?

Eu penso que o modelo de fundos, e não somente do FUST, mas do FISTEL e do FUNTTEL, é um fracasso no setor de telecomunicações. Mas, em outros setores, me parece que há fundos bem utilizados.

Por exemplo, no setor elétrico, você tem um fundo de P&D, em que as empresas recolhem um percentual, de forma parecida com a do FUNTTEL, mas em vez de os valores serem depositados na conta única do Tesouro e sumirem no Orçamento Geral da União, eles são depositados numa conta corrente específica, em que as empresas são as gestoras, tendo que apresentar projetos para o órgão regulador, de pesquisa e desenvolvimento, que é o objeto daquele fundo. O órgão regulador autoriza que aquele recurso seja retirado dessa conta vinculada para aplicação daquele projeto. Esse é o único modelo de fundos no Brasil que eu conheço que deu certo. E eu acho que um modelo parecido com esse [no setor de telecomunicações] poderia dar certo.

Com relação àquela crítica que eu fiz antes, no sentido de questionar se o FUST seria concorrencialmente neutro na hora da aplicação, pode-se afirmar que o modelo acima descrito seria, sim, concorrencialmente neutro, porque uma empresa pequena teria um fundo pequeno de universalização. Se ela quisesse levar o serviço para uma região em que não há interesse econômico, poderia ser pleiteado o uso do recurso desse fundo. Mas não de um fundo geral de universalização. Cada empresa teria uma conta vinculada, ou uma reserva, para projetos de universalização aprovados pelo órgão regulador. Eu penso que esse é um modelo que poderia dar certo, à luz do setor elétrico com a experiência do fundo de P&D.

A grande dificuldade do fundo de P&D do setor elétrico é que as empresas não apresentam projetos suficientes. Ou o processo de aprovação desses projetos é muito moroso. Então, as contas vinculadas estão sempre crescendo. E o recurso fica ali parado. Mas, caso o recurso fique ali parado, mas rendendo, se os rendimentos puderem voltar para a empresa, pelo menos se teria um ganho financeiro. Essa é uma solução para aplicação. Depois se precisaria de ter uma solução interna do órgão regulador para que se consiga dar vazão a esses projetos de forma tempestiva.

- A imposição de um regime jurídico público, com reversibilidade de bens, é importante para a continuidade? Existem outros mecanismos que podem atuar com esse objetivo?

Eu penso que a reversibilidade dos bens é uma solução para a garantia da continuidade, mas ela não é única. Penso que você pode ter outros modelos de garantia de continuidade do serviço que não precisam necessariamente da questão da reversão, pois embora a reversibilidade de bens seja uma solução para a questão da continuidade, ela traz outros problemas quando você considera um ambiente de concorrência e um ambiente com tecnologia. Quando você pensa em uma rodovia, em que não vai haver dezenas de outras rodovias competindo com ela, e em que não se observa inovação tecnológica, a reversibilidade de bens me parece ser um instituto bastante adequado. Agora, quando você pensa no setor de telecomunicações, os problemas que o instituto da reversibilidade de bens traz me parecem ser maiores que os benefícios percebidos. Então, no setor de telecomunicações, no caso concreto, me parece que esse é um instituto que resolve a questão da continuidade, mas ele traz tantos outros problemas em termos de incentivo à inovação e ao investimento, que eu não acho que seja o instrumento adequado.

Quais outros instrumentos seriam adequados para garantir a continuidade? Sinceramente eu nunca pensei sobre isso. Mas eu acho que muitas vezes a Anatel usou um modelo que, nos serviços móveis, funciona. É o modelo de “filé com osso”, em que se autoriza a prestação do serviço, usando radiofrequência, que é um bem escasso, de forma que se autoriza a empresa a prestar o serviço numa região economicamente atrativa, desde que ela se comprometa a manter, com as mesmas condições de preço, o serviço em regiões não atrativas. Esse modelo me parece que seria uma solução.

E só para te dar um exemplo: o serviço de banda larga não tem garantia de continuidade. O serviço de telefonia móvel não tem garantia de continuidade. E não se observou casos de empresas desligando redes. O principal custo de construção de uma rede é o custo inicial, ao qual chamamos em economia de custo afundado. Depois que a rede já está lá, o custo para tirar a rede de lá é tão grande, que você a deixa lá. Provavelmente ela vai ficar subinvestida, mas o serviço continuará sendo prestado. Então, eu penso que a melhor forma de se garantir a continuidade do serviço é reduzir os custos afundados, facilitar a construção de redes e, depois, a própria lógica de mercado garante a continuidade. De novo, a gente não tem nenhum caso de empresa desligando rede de celular, a gente não tem nenhum caso de se empresa desligando rede de banda larga, em nenhum lugar do Brasil. O próprio mercado resolve isso. Depois que a rede está construída, o mercado “se vira”.

- O senhor vê que a garantia de acesso às redes das empresas que, por exemplo, têm poder de mercado significativo, poderia atuar com uma garantia de continuidade?

O compartilhamento obrigatório de rede, em algumas condições mercado bem justificadas, pode ser uma garantia, sim, com certeza. Mas se você pensar do ponto de vista econômico, se eu construir uma rede em uma região que eu não tenho interesse, aquilo lá é um ativo. Se eu não quiser mais prestar aquele serviço, eu posso vendê-lo. Eu não vou abandonar aquele ativo. Então, eu acho que os mecanismos de mercado, como compartilhamento, já são suficientes para garantir a continuidade. Assim, a continuidade me parece ser um problema as vezes supervalorizado, quando se pensa em prestação de serviços de telecomunicações, porque existem vários serviços que não tem nenhuma garantia de continuidade e em relação aos quais não há nenhum problema de continuidade. Então eu acho que essa questão é um “fantasma” que o poder concedente acha que existe e que não há nenhuma evidência de que exista de fato. E ficamos construindo um instituto para resolver um problema que não existe. É como estivéssemos tomando um antibiótico para garantir que não teremos nenhuma infecção. Só que

o antibiótico traz tantos efeitos colaterais, que permanecemos os tomando e lidando com os problemas, pensando que não podemos parar de tomar porque se não vamos ter uma infecção. Mas não há nenhuma evidência de que teríamos uma infecção. Então só ficamos com a parte ruim.

- De que forma a questão da indefinição sobre a reversibilidade dos bens da concessão afeta o desenvolvimento do setor e a expansão das redes? O senhor considera que as questões relacionadas a quais bens devem ser objeto da reversão (segundo o aspecto patrimonial ou funcional) já se encontram definidas no âmbito da Anatel?

Vou começar pelo final. Essas questões não se encontram definidas no âmbito da Anatel. E a indefinição sobre isso gera bastante ineficiência e apresenta incentivos nefastos para a construção de redes e expansão dos serviços. Por que? Porque a Anatel nunca definiu o que é reversível. Se é o patrimônio da concessionária que é reversível, ou se é um subconjunto desse patrimônio.

Se é o patrimônio como um todo, se tudo que é patrimônio da concessão é reversível, essa seria a visão patrimonial. Ou se somente aqueles ativos essenciais à prestação do serviço são reversíveis, essa seria a visão funcional. Para mim, que não sou advogado, mas já li sobre a doutrina de bens reversíveis, me parece bem claro que a interpretação correta seria de que todos os bens da companhia, da concessionária, são afetos ao serviço público. Mas só são reversíveis aqueles essenciais à prestação do serviço. A Anatel nunca se filiou, nem a um lado, nem ao outro, e essa indefinição gera incerteza. E essa incerteza gera ineficiência. Porque os agentes econômicos vão continuar investindo, vão continuar conquistando mercado, independentemente do que o regulador está fazendo. Eles vão se adaptar. Vou dar um exemplo de um caso concreto, que é um exemplo óbvio de indefinição. Antigamente, o serviço de banda larga, prestado por meio da tecnologia ADSL, utilizava o par de cobre, que é o meio utilizado para a prestação do serviço de telefonia fixa. Então, esse par de cobre, que é um pedaço de cobre da rede, é um cabo que chega na casa do usuário. Ele era utilizado tanto para o serviço de telefonia fixa, quanto para o serviço de banda larga. Mas o serviço de banda larga é prestado no regime privado e a telefonia no regime público. A pergunta é: esse par de cobre é reversível ou não? A indefinição sobre isso gerava algum problema. Agora, o grande problema vem quando as empresas precisam renovar e atualizar as suas redes. A tecnologia mais avançada para prestar o serviço de banda larga, que é o que o consumidor quer (ele quer banda larga, não mais telefonia fixa), e que é o que está se utilizando agora, é a fibra ótica. Só que, na mesma fibra ótica, é possível colocar a telefonia fixa também. Da mesma forma que, no cobre, era possível se colocar banda larga e telefonia fixa, na fibra ótica você também consegue colocar telefonia fixa e banda larga. Só que, se você interpreta que a fibra ótica também vai ser reversível, por ali estar trafegando informações sobre telefonia fixa, isso gera qual o comportamento lógico e racional por parte das empresas? Elas mantêm a rede de cobre para prestar exclusivamente telefonia fixa. E então, quando ela tiver que reverter para a União, ela devolverá o par de cobre, sendo que ela sobrepõe a essa rede de cobre uma rede de fibra ótica. Só que, do ponto de vista técnico, e do ponto de vista econômico, seria muito mais eficiente se ter só uma rede de telefonia de fibra ótica, trafegando ambos os serviços. Só que essa indefinição sobre a reversibilidade faz com que as empresas tenham duas redes sobrepostas, o dobro de investimento, o dobro do custo de manutenção, duas equipes (uma para dar manutenção na rede de fibra ótica e outra para dar manutenção na rede de cobre). Isso cria uma ineficiência nas empresas que vai inevitavelmente se refletir num menor ritmo de ampliação do acesso e de ampliação das redes. Essa indefinição e essa incerteza geram problema. Então, é melhor ter um “final horroroso” do que um “horror

sem fim”. Se o órgão regulador estabelecesse claramente qual é a sua interpretação, qual é a regra do bem reversível, a empresa iria tomar uma decisão, ou A ou B, de como se lidar com isso. Agora, a indefinição faz com que ela tenha que lidar com o pior cenário. E, no pior cenário, perde a empresa, perde o cidadão, perde o Estado, perdemos todos.

- Como o senhor pensa que deveria se dar a atuação da Agência com relação ao fato de que as tecnologias aplicadas às redes, hoje, servem de suporte a outros serviços de telecomunicações explorados pelas concessionárias, inclusive mais rentáveis?

Eu acho que a atuação da Agência, nesse caso, deveria ser baseada na doutrina, que é baseada no bom senso. Recentemente, houve um caso da Sercomtel, em que foi ajuizada uma ação para solicitar ao Judiciário uma definição sobre qual é o escopo e o alcance da definição dos bens reversíveis. O juiz de uma Vara Federal do Paraná apresentou uma decisão que me parece muito alinhada com a doutrina e muito alinhada com o bom senso. A decisão foi a seguinte: tudo aquilo que é essencial à prestação do serviço é reversível. O que não é essencial à prestação do serviço não é reversível. Então, já há um critério claro. E, além disso, ele diz que os bens essenciais à prestação do serviço, e que sejam compartilhados com outros serviços não públicos, em que não haja o instituto da reversibilidade, devem ser divididos, se forem divisíveis. Vou dar um exemplo: um prédio possui 10 andares, e em um andar há a equipe, todos os sistemas e todo o suporte para prestação do serviço em regime público. Nos outros nove andares, há tudo para a prestação dos serviços em regime privado. Nesse caso, poderia ser separada a matrícula desse imóvel, para que fosse reversível somente o andar utilizado para o regime público. Os outros nove não seriam reversíveis. Então, poderia se fazer uma divisão do bem, e não se falar que o prédio todo é reversível. Porque se não serão geradas todas aquelas ineficiências anteriormente comentadas. Isso parece ser muito óbvio: o que é possível se segregar, é segregado. O que é reversível está de um lado e o que não é reversível está do outro lado. Acontece que, do ponto de vista tecnológico, vários elementos são compartilhados. E aí? Como ele endereçou essa questão e como eu acho que deveria ser o endereçamento? Eu concordo plenamente com a decisão do juiz. Tendo em vista que o instituto da reversibilidade foi criado para garantir a continuidade, então o bem compartilhado é reversível. Então, ele reverte para a união. Mas o que acontece com o privado que estava prestando serviço utilizando esse bem? Essa empresa tem um direito garantido, uma opção, uma garantia de que ele pode continuar utilizando aquele recurso compartilhado, desde que seja firmado um contrato com o concessionário, ao qual ele remunerar. Então, por exemplo, vamos pensar numa fibra ótica, que hoje é utilizada pela Oi, tanto para prestação do STFC, quanto da banda larga. E suponhamos que estamos em 2025. E que vamos fazer a reversão. Essa fibra ótica reverte à União. Então, o novo concessionário, que vai ser o “Tawfic Telecom”, ganhou o processo licitatório. Ele é o novo concessionário. Aquele ativo vai para o patrimônio da “Tawfic Telecom”. Só que a “Tawfic Telecom” teria que dar uma garantia, ela teria que dar a opção para que a Oi Banda Larga, que usava o recurso antes, possa firmar um contrato com a “Tawfic Telecom” para continuar utilizando aquela quantidade da fibra ótica que ela utilizava. Então, você contratualiza essa relação. O que é divisível se divide e o que não é divisível se resolve por um contrato entre quem está fazendo usufruto daquele ativo e o concessionário. Essa seria a forma ideal. O que acontece é que, como você tem hoje as operações integradas num único CNPJ, não existe esse contrato. É uma operação interna e contábil dentro da empresa. Mas, a partir do momento em que haja uma separação dos CNPJs, que haja um concessionário, um autorizado e aquele bem no meio, indivisível, entre eles, eu entendo que esse bem é do concessionário, sim, mas ele tem obrigação de oferecer um contrato em condições isonômicas e justas para que o antigo concessionário e, agora, puramente autorizado, possa continuar tendo acesso àquele serviço, até mesmo para dar garantia a continuidade dessa prestação também. E a decisão do juiz que comentei vai nesse sentido

também. Então eu penso que esse é o melhor modelo para lidar com bens que sejam compartilhados. Então, seria uma visão funcional, e funcional integral. O que isso quer dizer? Que só aqueles bens essenciais à prestação do serviço são reversíveis. Se houver algum bem compartilhado, ele é integralmente reversível, só que ele tem obrigação de oferecer um contrato para que quem usava, continue usando. Então é uma visão funcional, integral, com uma obrigação de oferecer uma opção de compartilhamento daquele bem. Eu acho que essa foi a melhor decisão que eu já vi sobre bens reversíveis. E o juiz nem é do setor de telecomunicações. Mas, muitas vezes, um agente externo, despido de todos esses vieses, de todas essas disputas, consegue ter uma visão com muito mais bom senso e muito mais aderente à doutrina de reversibilidade de bens.

- O senhor considera que num eventual ambiente de prestação exclusiva no regime privado existiriam mecanismos para garantia de continuidade e de ampliação do acesso dos serviços de telecomunicações?

Sim. Eu acho que você pode garantir a continuidade por meio de contratualização. Por exemplo, hoje, as empresas de prestação do serviço de telefonia celular têm obrigação de prestar serviço em regiões em que elas não têm interesse. Como isso foi feito? Isso foi contratualizado no Edital de Licitação. No Edital, foi calculado o valor da radiofrequência, foi calculado o custo daquelas obrigações, e o custo dessas obrigações foi retirado o valor do preço mínimo daquela radiofrequência. As empresas que aderiram aquele edital, aderiram às regras de prestação do serviço enquanto elas tiverem a outorga da radiofrequência. É óbvio, depois que acabar a autorização de uso da radiofrequência, eles não vão ter como prestar o serviço, a não ser que as renovem.

Mas eu acho que existe modelo para garantir a continuidade, só que é um modelo no qual o governo, o Estado, não tem como “passar a perna” nas empresas. Porque, o que aconteceu? No modelo inicial da universalização, com recursos do FUST, o governo, sendo bem franco, enganou e ludibriou as empresas. As empresas entraram na licitação da privatização do sistema Telebrás com a previsão de ter um fundo que daria suporte para essas obrigações de universalização. Não veio esse fundo. Eu acho que o mercado, agora, não cai mais nesse “conto do vigário”. Então, o jeito que o Estado tem é efetivamente pagando. Pagando como? Reduzindo no curso da outorga. Ele reduz do valor da outorga e a empresa assume esse compromisso. Então, de alguma forma, ele vai estar pagando na bucha, no *upfront*. Eu vejo que o governo brasileiro não tem credibilidade para impor esse tipo de modelo, em que o Estado impõe uma obrigação para “pagar” depois. Então eu acho que é possível garantir a continuidade em um modelo no qual o governo diz: você tem que me pagar tanto, mas eu vou te dar um desconto, porque você vai assumir essas obrigações. Se a empresa puder fazer as contas e ver o tamanho dessas obrigações, aí se entra num processo negocial. Mas eu acho que o governo tem que colocar o dinheiro logo na largada, porque senão o mercado não acredita. O governo brasileiro infelizmente tem essa falta de credibilidade no que diz respeito ao cumprimento de contratos.

Entrevista II

Data da entrevista: 15/03/2018

Entrevistado: Abraão Balbino e Silva – Superintendente de Competição da Anatel

- Para o Senhor, o regime público de concessão oferece bons instrumentos para lidar com o caso específico do setor de telecomunicações?

Quando se fala de regime público, tem que se pensar no momento em que ele foi feito. Naquela época, fazia sentido, porque do ponto de vista da regulação, tinha-se o monopólio estabelecido, tinha-se redes muito diferentes entre si. Naquela época, isso era esperado, porque o regime público é muito focado para uma situação de monopólio. Ele não é desenhado para uma situação de competição, ou para quando se quer fomentar a competição. Ele só tem sentido em monopólio, e quando se fala de monopólios dos quais não se tem condição de emular muito bem assuntos de competição. Toda a cadeia da prestação daquele serviço, naquela situação de monopólio, deve ser regulada. Não é a situação que nós vivemos hoje. Então, quando se olha hoje para o regime público, olhando para o setor, percebe-se que ele não faz sentido. Basicamente, você conseguiria tratar isso com as ferramentas regulatórias existentes, dentro de um regime único, ou de um regime privado, como você quiser chamar. Mas sem uma separação de regimes, sem uma assimetria jurídica estabelecida.

- O Senhor(a) saberia apontar até 5 temas que considera obstáculos à ampliação das redes e à universalização do acesso das telecomunicações no modelo regulatório atual?

O que eu penso que são obstáculos, hoje, para o desenvolvimento do acesso? Primeiro, eu penso que se precisa ter uma política mais claramente estabelecida em relação a esse desenvolvimento. E quando eu digo mais claramente estabelecida, sob a minha perspectiva, eu penso que se deve definir o que se quer da política pública, como se quer, como se vai implementar, quais as estratégias de implementação, quem vai implementar (no caso prático seria a Anatel, é a lei, mas você precisa dizer isso claro na política) e o principal, quanto vai custar e como isso irá ser custeado?

Então, quando se fala, hoje, de política pública no setor, não se tem a “perna” do “como é que se vai bancar?”. Porque, claramente, o setor de telecomunicações funciona mais ou menos da seguinte forma: ele não é um ambiente que se pode deixar “sozinho”, crendo que ele sobreviveria. Pense num mercado de supermercados, varejistas ou atacadistas. Você não necessita de um regulador para definir como seria. Esse mercado caminhará, pois existem forças de mercado que conseguem fazer o negócio caminhar. Em telecom não é assim. Mas, ao mesmo tempo, telecom também não está num regime de monopólio. É algo que está entre esses dois eixos. Então, o setor precisa de um ente público canalizando, direcionando, regulando, para fazer com que a “coisa” caminhe. Diante disso, são criados gaps.

Esses gaps de infraestrutura, principalmente, precisam de políticas públicas. E, hoje, você não possui isso. Então, claramente, essa é uma situação a ser considerada.

Mas não é só uma situação de política pública. Existem outras situações anteriores. Existe a questão da lei do FUST. O dinheiro não veio de onde viria, aparentemente. E não veio, porque, antes disso, existe uma assimetria jurídica que está posta, que claramente cria um problema de investimento.

Hoje, se eu sou um investidor, eu terei incertezas para aplicar o dinheiro, porque a concessão de STFC acaba em 2025. Além disso, existem incertezas em relação aos bens reversíveis. Então, claramente, você tem um ambiente de incerteza para o investidor. Então, ele não sabe se entra, porque existem os dois regimes jurídicos, e ele fica nessa incerteza. Então, tentando elencar essas questões, eu poderia dizer: há uma questão relacionada ao FUST, há uma questão da própria lei geral e há uma questão referente à política pública. Eu penso que essas três questões abarcariam o processo como um todo.

- Como o Senhor avalia a importância da telefonia fixa no momento da edição da LGT e hoje? Como o senhor vê o futuro do STFC, especialmente frente a outras tecnologias?

A telefonia fixa foi crucial como uma grande desbravadora de infraestrutura no Brasil. Ela era o principal objetivo no passado pós privatização. Fazia sentido porque era necessária. Aquilo “*drivou*” o desenvolvimento de outras redes. Então, naturalmente ela era essencial e o modelo estabelecido foi, eu diria, correto. Só que claramente, hoje, telecomunicações não são “*drivadas*” por serviço. Existe um futuro muito claro, em que irão existir várias infraestruturas. E quando digo várias, serão várias infraestruturas capazes de oferecer várias coisas: internet das coisas, telefonia, banda larga. Vai se conectar tudo, ofertando-se “n” aplicações, e não só aplicações, funcionalidades vinculadas a essa infraestrutura, em que a voz é apenas mais um elemento, que pode, ou não, ser utilizado. Vai se sair de um universo em que a voz é o principal objetivo. Hoje, a comunicação por voz já é uma mera *commoditie*. A infraestrutura é muito mais potente, e ela precisa ser muito mais potente, ela precisa ser muito mais dinâmica. Nesse conceito, o STFC não é aplicável. Não existe um universo STFC. Existe, sim, um universo de dinâmica de serviços completamente alterado nesse novo cenário.

- Que efeitos a manutenção da telefonia fixa no regime público gera sobre a prestação de serviços de telecomunicações no Brasil?

Sinceramente, a situação que nós temos hoje é muito ruim, como eu já falei na pergunta anterior. Eu não sou uma pessoa legalista, que acha que tudo se resolve por meio de ato normativo. Muito pelo contrário, eu acho que o ato normativo é necessário, mas não se encerra em si. Mas você precisa dele. E quando eu olho para nossa base normativa, hoje, eu vejo um anacronismo. Porque o mundo discute, hoje, internet das coisas, 5G, privacidade, cybersegurança, conteúdo, disponibilização de conteúdo plataformas não lineares. E tem um conjunto gigantesco de questões regulatórias necessitando de serem debatidas, precisando de respostas, e nós não conseguimos resolver uma questão basilar, que se tornou anacrônica. Então, hoje, nós não conseguimos sair desse imbróglio. E quais são os efeitos de a gente não conseguir sair? Tende-se a cada vez mais se obsolescer a infraestrutura, a afastar investimentos. Pense que o Brasil é o quinto maior mercado de telecomunicações do mundo. Supostamente, os grandes investidores teriam que vir para cá. Teriam que querer vir para cá. Porque faz todo sentido. Então, eu vou dar um exemplo. Existem dois grandes players no mundo, hoje, com dinheiro no bolso, com capacidade de entrar: existe um grande grupo norte-americano e existe um grande grupo chinês. Por que eles não vêm para o Brasil? Porque a base normativa institucional não permite segurança para que entrem no Brasil e invistam aqui. Está se falando de bilhões e bilhões de dólares, capazes de gerar emprego, de gerar renda, de gerar utilidade para a sociedade, e não se consegue traduzir isso, porque o modelo regulatório está anacrônico. Simples assim.

- Assim, que impactos a não utilização dos recursos do FUST possui sobre a universalização dos serviços de telecomunicações?

Como agentes públicos, é natural que compreendamos questões de natureza fiscal, de equilíbrio fiscal. A questão é que, independente do que aconteceu com relação ao contingenciamento, o fato gerou o ônus de que eu falei anteriormente, que se trata da falta do dinheiro para execução de políticas públicas. Hoje, existe um conjunto de gaps de infraestrutura que talvez não existiriam. Quais gaps existem? Precisamos fibrar o país, do ponto de vista de transporte, precisamos levar telefonia móvel, banda larga, seja fixa ou seja móvel, nas diversas dimensões. E esses gaps vão continuar existindo, porque não se trata de um gap geográfico, mas um gap de geração tecnológica que se cria nesse contexto. E, naturalmente, o FUST seria um elemento que poderia ter eliminado esses gaps. Os impactos, então, estariam orientados ao não preenchimento de *gaps* de infraestrutura no Brasil.

- O Senhor considera que o FUST, conforme havia sido concebido pela legislação, já foi abandonado no modelo de universalização brasileiro?

É uma pergunta complicada, porque ele foi concebido dentro de um conceito em que a política pública é realizada pelo regime público. Eu penso que, para o legislador da época, fazia todo o sentido (“O meu agente, que vai executar a política pública, vai exercê-la em regime público”). No entanto, existe um regime público, atrelado a uma visão de monopólio, que deixou de ser assim.

E se pensarmos na prestação em locais onde “não há ninguém”. Então, vamos imaginar o estabelecimento de uma concessão de um serviço “x” para atender determinada região do país em que “não há ninguém”. Vamos pensar se isso fosse possível.

Com relação à situação, primeiramente, afirma-se que seria possível a prestação no regime privado. Em segundo lugar, deve-se considerar que o modelo de concessão traz um conjunto de futuros custos decorrentes, bem reversível, termo final da concessão, enfim, um conjunto de coisas que afastam o incentivo do agente. Então, ao meu ver, o modelo de regime público se tornou anacrônico, ou seja, havendo outros mecanismos possíveis, poderia até mesmo existir um único agente, único a possuir infraestrutura, que poderia ser regulado naquilo que fosse necessário, sem que isso estivesse vinculado a um contrato de concessão.

Além disso, não se adaptou a legislação. Não se adaptou a legislação do FUST. Não é que o FUST foi abandonado. Na verdade, ele não foi adaptado. Toda a legislação deveria vir sendo adaptada para este novo cenário.

- Nesse contexto, em que a Agência depende do patrocínio do Poder Executivo e de dotação orçamentária para dar andamento aos projetos que utilizem o FUST, o senhor considera que há possibilidade de a ANATEL gerir os recursos do fundo? Se sim, como poderia se dar esse processo?

Essa é uma pergunta complicada. Porque, essencialmente, a Anatel possui várias competências. Então, a assunção de mais uma competência, ou não, é uma decisão talvez do legislador, do Poder Executivo. E eu penso que talvez não me caiba definir isso. O que eu entendo é que a melhor maneira de se gerir os recursos de um fundo é criar uma forma de agilidade processual. Ou seja, quando se identifica um gap, pode-se realizar uma licitação com uma certa dinâmica. Processualmente existem formas de se fazer isso. A Anatel poderia fazer isso, mas eu não diria que Anatel seria o único agente que poderia fazer isso. Poderia ser realizado via entidade

privada, no modelo de um *broker*, ou seja, um agente que faz isso. Existem “n” maneiras de fazer isso. O próprio Ministério poderia fazer isso. Operacionalmente, tudo isso seria possível. Eu não vejo dificuldades com relação a quem faz. A Anatel poderia realizar, mas outros agentes também.

- A imposição de um regime jurídico público, com reversibilidade de bens, é importante para a continuidade? Existem outros mecanismos que podem atuar com esse objetivo?

Existem questões de conceito, talvez, anteriores. Qual é a natureza da concessão? Há um debate posto. Até que ponto a concessão é de bens, ou é de serviços? Na minha visão, a lei foi clara. Na verdade, não é que o serviço existe em função dos bens. A minha opinião particular é de que os bens existem em função do serviço. E mesmo assim, eu não acho que a irreversibilidade é o melhor mecanismo para lidar com a continuidade. Porque existem coisas (como eu já comentei, eu não sou uma pessoa muito legalista), existem coisas que transcendem os seus mecanismos. Eu vou dar um exemplo: um agente que preste o serviço e que não seja monopolista, está sujeito à competição. Se ele está sujeito à competição, está sujeito a gestão, possui risco de negócio. O que eu estou querendo dizer é que a continuidade está muito mais atrelada ao ecossistema de negócios. A continuidade está mais relacionada à forma com que eu crio regras para tornar o ambiente sustentável, do que à detenção ou não de um bem. Objetivamente falando, eu penso que a continuidade do serviço está muito mais atrelada à continuidade desse ecossistema. Não se relaciona à continuidade de uma empresa, de um agente. É necessário perceber isso para entender que telecomunicações não é como energia elétrica, que é o monopólio, o que permite que se regule tarifa. Se está havendo algum problema, pode-se aumentar a tarifa para o consumidor. Ou não, se está havendo produtividade, pode-se reduzir a tarifa. Porque ele é monopolista. É um outro cenário. Não se pode querer olhar para um ambiente em que há competição e querer trazer a mesma visão. Então, para mim, a continuidade do serviço está muito mais atrelada à continuidade desse ecossistema. Ou seja, é melhor torna-lo atrativo para o investimento sustentável, e criar mecanismos para que isso aconteça, do que se pensar em fazer o acompanhamento de bens, ou não. Eu tenho essa visão.

- De que forma a questão da indefinição sobre a reversibilidade dos bens da concessão afeta o desenvolvimento do setor e a expansão das redes? O senhor considera que as questões relacionadas a quais bens devem ser objeto da reversão (segundo o aspecto patrimonial ou funcional) já se encontram definidas no âmbito da Anatel?

Sendo bem objetivo, se estivesse definido, não estaria havendo esse assunto em pauta, inclusive no Regulamento de Bens Reversíveis, que está sendo debatido. Mas por que? Porque é uma questão dinâmica. Agora, essa indefinição gera impacto? Ela gera impacto. Naturalmente, ela gera impacto. De que natureza? Na questão da insegurança dos investidores, na questão da pouca visibilidade que isso traz para os atuais prestadores. Se não se sabe o que a prestadora pode fazer em relação a um terreno, enfim, isso traz falta de estabilidade. O que aconteceu? Do ponto de vista macro, existem eventos sucessivos na regulação, que talvez conduziram a isso. O contrato de 2005 colocou um conjunto de coisas para dentro da discussão que não necessariamente estavam na lei, ou no primeiro contrato. Isso gera indefinição. E as diferentes visões dos agentes decisores da Anatel, dos conselheiros, tudo isso colaborou. Então, objetivamente, isso afeta o desenvolvimento? Afeta, por conta da incerteza do investimento.

- Apenas uma interrupção. As alterações a que o senhor se refere, no contrato de 2005, dizem respeito, por exemplo, à necessidade de depósito de valores provenientes da alienação de bens reversíveis em uma conta vinculada a concessão?

Na verdade, o que acontece? A questão da conta vinculada gera uma percepção de que eventualmente você tem uma concessão de bens para prestar um serviço. Ela dá essa impressão. Quando, na verdade, na minha opinião, existe a concessão de um serviço que possui bens. Então, criou-se no contrato uma certa ambiguidade, em um ponto que não existia na lei. Quando se olha para trás, na minha visão, existe uma concessão de um serviço, tem-se que regular o serviço, tratar o serviço, fazer com que esse serviço seja prestado e, se houver bens indispensáveis para prestar esse serviço, eventualmente, pode-se considerá-los reversíveis em 2025. De forma que a dinâmica da reversibilidade se dá por conta do serviço. Isso é um objeto que deveria ser observado ao final. Só que, a partir do momento em que você dá uma certa impressão de patrimonialismo, criando uma conta vinculada, aparentemente jogou-se ambiguidade no processo. Estou te dando a minha opinião. Naturalmente que eu não estou vinculado a atos específicos da Agência, porque existe um processo que continuamente precisa ser acomodado. Objetivamente, você trouxe para dentro do contrato de 2005 questões que não estavam presentes no primeiro contrato.

- Como o senhor pensa que deveria se dar a atuação da Agência com relação ao fato de que as tecnologias aplicadas às redes, hoje, servem de suporte a outros serviços de telecomunicações explorados pelas concessionárias, inclusive mais rentáveis?

O problema é que a resposta dessa pergunta está vinculada a uma decisão que é político-estratégica, e que ainda não foi tomada. Hoje, no PL 79, existe a definição de qual é a visão em relação a esses bens. Se é patrimonial, se é funcional. Para mim, como engenheiro, e aí eu vou tirar o meu cargo, minha posição é mais ou menos a seguinte: é natural se pensar que se eu modernizei a minha rede, se eu passei uma fibra, que vai passar voz lá dentro. E que essa voz pode estar vinculada à prestação do serviço. Agora, como eu penso que deveria ser a atuação da Anatel em função disso? Eu acho que seria transcender a minha posição, hoje, eu responder essa pergunta, porque existe uma definição maior a ser tomada, que não está sob meu escopo, e que pode, inclusive, gerar algum conflito se eu falar aqui. Mas há uma correlação, há um compartilhamento natural, e do ponto de vista do interesse se teria que atuar, sempre, incentivando o investimento. Mas como deveria ser concretizado, do ponto de vista da Agência, não dá muito para falar.

- O Dr. Carlos Baigorri apresentou sua opinião, no sentido de que os bens reversíveis que forem divisíveis poderiam ser divididos, conforme a recente decisão judicial em favor da Sercomtel. E o que não pudesse ser dividido, teria que ser revertido, de uma forma ou de outra, porque a lei manda reverter. Contudo, o uso dos bens anteriormente utilizados pela antiga concessionária para prestação de outros serviços deve ser resguardado pela nova concessionária, havendo remuneração de forma isonômica.

A área técnica da Anatel, em geral, tem essa visão. Eu, como Superintendente, tenho defendido isso. A questão é que você tem um problema anterior que é o que vai prevalecer? A visão patrimonial ou a visão funcional? É uma visão patrimonial integral? Como técnico, essa é a visão que os técnicos da Anatel em geral defendem. Mas não dá para se defender isso, sendo que existem algumas questões anteriores em debate. Vou dar um exemplo. Vamos supor que o PL 79 mude e que diga que os bens reversíveis serão valorados de forma integral. Isso vai pautar toda a cadeia de valor.

- O senhor considera que num eventual ambiente de prestação exclusiva no regime privado existiriam mecanismos para garantia de continuidade e de ampliação do acesso dos serviços de telecomunicações?

Sim. Por que? Na minha opinião, a definição de dois regimes jurídicos não tem sentido. Existe a sua relação com o Estado. O grau de ação regulatória, ou não, não se dá por meio da outorga. Ele se dá por meio de “n” outros fatores. Como ter, ou não, poder de mercado. Então, se um agente tem muito poder de mercado, há mais regulação sobre ele. Se ele não tem muito, não se faz muita regulação sobre ele. Existem questões relacionadas a utilização de dinheiro público para determinada infraestrutura. Então, na minha relação de uso daquele dinheiro público, pode-se estabelecer mecanismos mais duros. Isso não está na outorga. Pode ser definido numa situação específica. A questão da continuidade, como eu falei, precisa estar muito atrelada ao ecossistema. Por exemplo, o caso da Sercomtel, vamos ser pragmáticos. Estamos falando de dois municípios que têm cobertura móvel ampla e irrestrita, onde tem “n” prestadoras de telefonia móvel, de telefonia fixa, de banda larga. Então, do ponto de vista do objetivo de continuidade do Estado, não há risco à continuidade ali. E por que não há risco à continuidade? A continuidade não está atrelada à Sercomtel. A continuidade está atrelada ao ecossistema. Porque você tem competição ali. Se você tem competição, você conseguiu criar um ecossistema contínuo e sustentável. Assim, isso não está atrelado ao regime, isso está atrelado ao ecossistema. Então, eu considero, sim, que existem mecanismos postos, bem objetivos, que não estão atrelados ao regime de prestação. Estão vinculados a outras ferramentas regulatórias que se dispõe.

Entrevista III

Data da entrevista: 21/03/2018

Entrevistado: Nilo Pasqualli – Superintendente de Regulamentação da Anatel

- Para o Senhor, o regime público de concessão oferece bons instrumentos para lidar com o caso específico do setor de telecomunicações?

Eu penso que temos que dividir esse conceito em momentos da história. No início, ele funcionou muito bem. Veja que o primeiro PGMU foi um sucesso. Quando se compara como era antes da privatização com o período de 2003/2004, em que se estava discutindo a renovação dos contratos, percebe-se que o nível de serviço fixo cresceu de forma estupenda, o preço caiu bastante e aumentaram muito os acessos. Tudo ficou muito fácil. A linha fixa não precisava mais ser declarada no imposto de renda. Já não fazia diferença. Mas, eu acho que a maior dificuldade que existiu a partir daí foi com o crescimento dos outros serviços, com o interesse da população pelos outros serviços.

O regime de concessão tem algumas amarras que, em princípio, parecem boas, de uma forma geral: a parte de continuidade, do conceito de bens reversíveis, controle de bens, etc. Ele parece fazer sentido e eu penso que é por isso que ele funcionou no começo de todo o processo de privatização, em um modelo muito monopolista de prestação de serviço. Podiam existir até alguns “pequeninhos”, mas assim que se privatizou, na prática, existia o monopólio. Em cada uma das três regiões, e na quarta, relativa à longa distância, no fim das contas, existiam monopólios dentro das regiões. Então, funcionou muito bem. E necessariamente iriam ser imprescindíveis mecanismos regulatórios muito mais fortes, mecanismos de controle de preços. Estamos falando de um monopolista, em relação ao qual não se conseguirá regular preço pela competição, estamos falando de um cara gigante. Nesses casos, devem ser criadas obrigações de universalização mesmo. Naturalmente, é criado todo o critério de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, é previsto como se vai financiar as coisas, etc.

Então, eu acho que ele foi um bom instrumento até certo ponto. Mas, a dinâmica de Telecom o tornou muito inadequado para o que é vivenciado hoje. Principalmente pela lógica de compartilhamento de rede. Não entre prestadores, mas o compartilhamento entre serviços. Quer dizer, a rede é uma só. E ela vai te oferecer voz fixa, banda larga, vai servir de backhaul para o serviço móvel, vai te ofertar tv por assinatura. E aí, se todas essas outras coisas da nossa realidade atual não são prestadas em regime público também, caímos num problema sério: muito controle em algo que não é facilmente tangenciável. É isso que gera todos os nossos problemas de bens reversíveis, de vinculação ou desvinculação, os quais você ainda irá tratar. Todos esses problemas (como você trata amortização, por exemplo) derivam de um problema inicial de a rede não servir só para o STFC. Se hoje ela servisse só para o STFC, eu penso que não teríamos problema nenhum. Talvez fosse até um modelo ainda adequado. Talvez. Mas, hoje, assim como estudamos no Projeto Estratégico de Reavaliação do Regime e Escopo dos Serviços de Telecomunicações, ele funciona muito bem em mercados monopolista. Nesses casos, é muito difícil replicar o que a concessão faz. Mas em mercados em que você está querendo que haja competição, que exijam a competição, o modelo concessão não funciona. Ele é muito mais uma amarra para quem for o concessionário do que algo bom, algo que traga qualquer garantia para o Estado. Então, no modelo em que ainda se está buscando competição, deve-se usar esse instrumento, para garantir a prestação do serviço, a continuidade, etc.

- O Senhor(a) saberia apontar até 5 temas que considera obstáculos à ampliação das redes e à universalização do acesso das telecomunicações no modelo regulatório atual?

Sim. Existem gerais e existem específicos aos serviços dos quais estamos falando. Primeiramente, há o modelo estrutural brasileiro, que é complicado, relativo à parte de tributação. No setor de telecom ela é muito complexa. Ela é complexa para o Brasil de uma forma geral, para o empresário de uma forma geral, mas em telecom, ela possui mais problemas ainda, já que temos fundos setoriais, taxas setoriais, existe essa miríade de problemáticas. Então, é um dos itens que, independentemente de que regime que se esteja falando, é muito problemático. Teria que se buscar uma solução para isso. É uma solução obviamente do Congresso Nacional, que não é uma solução regulatória, nem de governo.

Um segundo ponto é a segregação meramente jurídica de regime público e privado. Isso é um problema regulatório e já é um problema há algum tempo. Ele dificulta muito, inclusive, a convergência de regras e a convergência de modelos de prestação. Por mais que se gostaria, por exemplo, de criar um serviço telefônico fixo para fazer voz, banda larga, TV, que tudo isso ganhasse uma roupagem regulatória só, não consegue, porque naturalmente, pela lei, já existe um obstáculo, que já estabelece uma divisão. É uma divisão meramente burocrática. Ela não é uma divisão prática. Na prática, a rede é uma só, a empresa oferece todos os serviços naquela rede. A única divisão está no conceito de prestação de serviços. E aí, depende de que tipo de serviços você está falando. Por exemplo, um obstáculo claro para poder realizar ampliação de banda larga é que nós não conseguimos realocar o modelo concessão para tentar “jogar para isso”. É a lógica, por exemplo, de simplificação de PGMU, por meio da utilização do saldo para a expansão de banda larga. Porque a banda larga, seja fixa, ou móvel, qualquer que seja, ela não está em regime público. E, por todos os problemas que existem no regime público, ninguém vê como uma boa ideia incluir esses outros serviços em regime público também. O efeito prático de se estabelecer o SCM em regime público, hoje, é nenhum, porque ninguém vai querer uma concessão de SCM. Voltamos àquilo que estávamos falando antes: a concessão funciona muito bem para mercados monopolistas. Então se teria que forçar um monopólio no SCM para fazer a concessão ficar interessante. O que parece que vai na contramão de tudo o que o modelo da LGT se propôs a fazer. Então, existe esse problema. A concessão, em si, continua sendo um obstáculo. E, como pelo menos três dos grandes players nacionais possuem concessão dentro do seu escopo geral, isso é problemático para o direcionamento de investimento. É um item que se considera na hora de investir. Vemos que cada grupo trata isso de uma forma diferente, mas, de uma forma ou de outra, é uma variável para alocação de investimento considerada pelo empresário, que não deveria existir. Isso não deveria ser um problema para ensejar esse tipo de debate. Mas ele considera. Então, por exemplo, Telefônica, em São Paulo. Ela avalia muito bem o investimento que vai fazer naquela região, porque vai ser dentro da área da concessão. Então, minimamente, vai existir a discussão de se um bem é reversível ou se não é. Assim, tende-se a pensar em investir fora da região de sua concessão. A Oi tem o mesmo problema. A Embratel tem um problema equivalente, mas menor, já que a concessão é de longa distância, então é um pouco diferente. Mas o nosso modelo de outorga é um limitador nisso também.

E passando esse ponto, também nessa lógica de concessão, nosso modelo foi todo construído em cima de um regime público. Então, temos um fundo que está atrelado a isso. E, por mais que gostaríamos de usar todo o nosso fundo setorial para fazer ampliação de banda larga ou de cobertura 4G, não podemos. A amarra jurídica que existe sobre o assunto não te permite fazer isso hoje. Isso é problemático, pois se trata de um fundo que possui muito dinheiro. A princípio, se desse para usar o FUST, conseguiríamos colocar 4G no Brasil todo. Seria, assim, maravilhoso. Um projeto excelente, mas que possui uma baita de uma amarra.

Acho que, conceitualmente, esses são os principais problemas que temos hoje para realizar a ampliação das redes: falta de recurso, e de mecanismos para conseguir o recurso; e um modelo de expansão do serviço para áreas em que as empresas não têm interesse que só serve, hoje, para o STFC. E ninguém quer expandir o STFC. A gente está numa sinuca de bico nessa brincadeira.

- Como o Senhor avalia a importância da telefonia fixa no momento da edição da LGT e hoje? Como o senhor vê o futuro do STFC, especialmente frente a outras tecnologias?

Bom, no momento da edição da LGT, o que existia era telefonia fixa. E era uma demanda reprimida gigantesca. Então, não é surpresa nenhuma que ele tenha sido o serviço colocado em regime público, o serviço que se elegeu para ser a concessão, do qual o estado garantiria a continuidade. O celular mal estava engatinhando nessa época. Começou em 1996. A LGT é de 1997. E os terminais valiam R\$20.000 (para comprar um celular AMPS da época). Então, ninguém imaginaria que o serviço seria o que é hoje. Mas, na época da edição da LGT, o STFC com certeza era um serviço fundamental. O mais importante que existia. Tanto, que todo o foco dos PGMUs I e II era para a expansão dele, o que foi um grande sucesso. Por mais que se tenha problemas hoje, não se pode negar que o começo de todo esse processo, os primeiros cinco ou dez anos de privatização, foram um grande sucesso, de expansão de redes fenomenal. Hoje, não é assim. E muito por conta do resto da pergunta. De outras tecnologias. As pessoas, hoje, mal falam. O que as pessoas querem, hoje, são dados. Todo mundo se comunica por WhatsApp, por mídia sociais, e esse tipo de coisa. A coisa mais incrível é que as pessoas, quando querem falar, não falam diretamente. Elas mandam uma mensagem de áudio. E ficam conversando por mensagem de áudio. Mas não falam diretamente. Isso está ficando cada vez mais comum. Então, no fim das contas, ligação que é a única coisa que o STFC faz, está cada vez perdendo mais espaço. O histórico de acessos é mais ou menos constante. Isso ocorre, muito mais, por um efeito de combo, pois o serviço é ofertado juntamente com a TV e com a banda larga. Então, não é por um interesse legítimo, de fato, de a pessoa querer um telefone fixo. Geralmente, ele vai junto com os demais serviços. Porque as pessoas querem banda larga. E isso é uma tendência irreversível no Brasil e irreversível no mundo inteiro. Eu mesmo, já não tenho telefone fixo há uns três ou quatro anos. E não faz absolutamente nenhuma diferença. Então, o futuro do STFC? Não é que ele vá inexistir. A voz fixa vai existir em cima de tecnologias baseadas em IP, ou em redes de nova geração, coisas desse tipo. Se ele vai ter essa roupagem STFC, é uma dúvida. Eu espero que consigamos evoluir essa conceituação de prestação de serviço. Mas a voz fixa vai continuar a existir, principalmente no modelo corporativo. Me parece que ainda faz muito sentido telefone fixo em empresa, ou pelo menos ter a voz fixa lá, em alguma modelagem. Mas ele com certeza está longe de ter a relevância que tinha no início da privatização e só vai perder cada vez mais. Eu não tenho dúvida.

- Que efeitos a manutenção da telefonia fixa no regime público gera sobre a prestação de serviços de telecomunicações no Brasil?

A gente já comentou um pouco disso. Ele cria um baita desinteresse de investimento, principalmente nas áreas onde está atrelado o regime público. Está se colocando o serviço como prioridade do Estado, que é isso que quer dizer o regime público. É um serviço que a União se compromete a manter, caso o particular não quiser fazer. Um serviço que as pessoas simplesmente não querem mais. Ou, pelo menos, a grande maioria não quer mais, ou não está mais interessada no serviço. O foco legal e jurídico está totalmente descasado do que de fato a sociedade quer. Os problemas disso são óbvios. A locação de investimento vai ser realizada de forma totalmente ineficiente. É a discussão eterna sobre TUP, esse tipo de coisa. Estamos

mandando manter, ainda, quase 1 milhão de TUPs no Brasil. Metade deles não tem nenhuma ligação por mês e se gasta milhões e milhões de reais para manter isso funcionando. E é algo que o Estado se compromete a manter funcionando. É muito ilógico. O modelo não fecha mais. Já passamos da hora, há uns bons anos, de rever isso. A manutenção é quase sem sentido. Muitos afirmam a lógica de que o contrato de concessão nem se sustenta até 2025. Pelo próprio desinteresse do serviço. Ele vai ficar tão pequeno, ou irrelevante, que não vai se manter até lá. Estamos em 2018. É quase aí. Apenas mais sete anos. Hoje, os acessos fixos na concessão correspondem somente à metade. Há quinze anos atrás, era algo como 98%, um número enorme. Agora, já corresponde à metade. Todo o resto corresponde à autorizados que incluem o serviço no combo. Então, na prática, não é telefone sendo usado efetivamente. Na prática mesmo, está se reduzindo muito. Então, de novo, a União manter o foco em um serviço que ninguém quer, parece um completo contrassenso. Todo mundo quer banda larga, todos aceitam isso, é um consenso, mas não se dá esse foco a nível legal.

- Que impactos a não utilização dos recursos do FUST possui sobre a universalização dos serviços de telecomunicações?

O impacto é claro. O FUST é contingenciado por necessidade de o governo fazer superávit, mas ele tem um erro original. Ou pelo menos um erro de aplicação original. Não se vê isso, por exemplo, no FUNTTEL. O FUNTTEL é um fundo que se usa. Não todo, mas se usa incrivelmente mais do que o FUST. E se usa todo ano. Então, um erro que se cometeu no início, provavelmente, foi não se ter criado uma sistemática permanente de uso do FUST. Isso para começar. Então, já que não se teve a sistemática, criaram-se justificativas de simplesmente não o utilizar. Mas, o problema basilar dessa lógica de não ter sido usado desde o início, é porque, desde o início, já se pensou que talvez seria melhor aloca-lo para banda larga. Ou que, talvez, fosse mais interessante utilizar os recursos do FUST para serviços que as pessoas gostariam, como telefonia celular, banda larga fixa, ou mesmo móvel, o que quer que seja. Ou até compra de computadores. Houve tentativas de PMU em que se buscava comprar computadores para escolas, e coisas desse tipo, que bateram na trave por causa dessa lógica de: “não, isso não é STFC, não é concessão”. E o plano parou. De novo. Na prática, o que se está fazendo é drenar recursos do setor, e que não se revertem em uso para o setor. Na prática, o FUST já está chegando a 20 bilhões de arrecadação nos últimos 20 anos. É um dinheiro com o qual já se poderia ter universalizado, ou pelo menos construído rede provavelmente para o Brasil todo, nem que fosse de 3G ou de 4G. Mas não se teria um problema de cobertura como se tem hoje. Isso já teria sido sanado há um bom tempo. E por um mecanismo muito interessante, que é o mecanismo de financiamento público, que atende exatamente a esse preâmbulo que você colocou. A lógica dele é pagar por áreas que o mercado não vai resolver. É isso mesmo. É para isso que ele serve. Ele é, em tese, bastante democrático. Você poderia dar os recursos para qualquer um, se eles não estivessem atrelados a essa lógica de concessão. Porque, hoje, o FUST hoje é muito perverso. Só se pode usá-lo para concessão, com a concessionária. Então, ele já está direcionado para quem poderia receber, apesar de existir um mecanismo que se pode utilizar para não dar para ela. Mas, em princípio, ele já está direcionado para um player do mercado, que foi o eleito “concessão”. Então, o fundo tem algumas distorções que também não são boas. Tinha-se que criar algum tipo de mecanismo de arrecadação geral, ou talvez isentando os “menorzinhos”, para ser um ônus a menos para quem é pequeno, esse tipo de assimetria é interessante. Mas, ao mesmo tempo, criar um mecanismo em que todos poderiam fazer uso dos recursos. Em alguma formatação. Então, a reformulação do FUST, para mim, não passa só na lógica de somente permitir o uso para regime privado também. Teria que ter uma lógica de utilização um pouco melhor formulada.

- O Senhor considera que o FUST, conforme havia sido concebido pela legislação, já foi abandonado no modelo de universalização brasileiro?

Tem que existir um modelo de fundo setorial para fazer universalização. Mas que seja utilizado para ampliação de rede no Brasil. Deve existir um fundo para isso. Não consigo imaginar um cenário em que eu não tenha. O Brasil é muito grande, muito díspar. É muito difícil chegar em muitos lugares que não dão dinheiro para o empresário. Então, tem que existir um fundo para isso acontecer. Esse FUST que possuímos na legislação, hoje, não funciona. Então, com certeza, tem que ser revogado, revisto, reformulado, sem dúvida. Mas a inexistência de um fundo setorial não é sustentável também. Pensando num modelo completo para o Brasil, tem que existir um fundo público.

- No contexto em que a Agência depende do patrocínio do Poder Executivo e de dotação orçamentária para dar andamento aos projetos que utilizem o FUST, o senhor considera que há possibilidade de a ANATEL gerir os recursos do fundo? Se sim, como poderia se dar esse processo?

Para mim, o melhor modelo não é nem o modelo de fundo público. Seria um modelo muito parecido com o norte-americano, de alocação para uma entidade privada. Ela que vai “tocar” tudo, e a função do órgão regulador seria, apenas, acompanhar se ela está seguindo as diretrizes de alocação do fundo e acompanhar se não está ocorrendo desvios de verbas. Que é a preocupação que os americanos têm com os fundos de lá. Mas reconheço que é um modelo muito inovador para o Brasil. Não sei nem se seria possível legalmente ou constitucionalmente criar um modelo assim. Não podendo ser assim, se tivermos que continuar com um fundo público, talvez um modelo parecido com o do FUNTTEL seja melhor. O FUST não tem conselho curador, por exemplo, para dar a destinação dos recursos. Ou um órgão de deliberação maior, que pudesse dar essa destinação. Ficou para o Conselho Diretor da Anatel criar projetos. E é inevitável, se está se falando de um fundo público, vai ter haver o patrocínio do Executivo. Se o Executivo não quiser fazer nada com esse fundo, nada vai acontecer. É simples quanto isso. E eu penso que seria muito perigoso para a Anatel, num senso político, ter a capacidade de escolher os lugares em que vai se usar o dinheiro. Por causa disso que você comentou. Os interesses começam a vir diretamente sobre o órgão regulador, que deveria se manter mais técnico. E não ficar optando em atender cidade tal, e em não atender cidade tal, em receber o parlamentar “x” ou o parlamentar “y”. Esse tipo de jogo político é uma função que o Ministério tem que executar. O que a Anatel precisaria, se ela for gerir o fundo, é que o Ministério dê as diretrizes claras de utilização, e a Anatel executaria. Aí seria um modelo melhor, um pouco mais imune a esses interesses, ou a esse voluntarismo todo que pode vir a existir. E é muito ruim para o órgão regulador técnico ter que lidar com essas questões. Não é função dele lidar com isso.

- A imposição de um regime jurídico público, com reversibilidade de bens, é importante para a continuidade? Existem outros mecanismos que podem atuar com esse objetivo?

Eu não gosto do modelo da reversibilidade de bens. Eu acho que, no nosso setor, fizemos ele ficar mais complicado ainda do que o que se esperaria dele. A história que a Anatel criou sobre a reversibilidade de bens é muito complicada. No nosso setor, o instituto não funciona por aquilo que estávamos comentando antes. Se as redes fossem todas de regime público, se não existisse o modelo de regime privado, talvez fosse mais fácil de implementar isso aqui muito mais tranquilamente. Não existiria essa discussão de compartilhamento de redes, porque todas

seriam de regime público e “acabou a discussão”. Então, tudo retornaria para o Estado. Não teria a opção de alguém estar fazendo o uso de uma rede que não existe nesse modelo. E não é o caso, não faz sentido nenhum, irmos para modelo em que tudo é regime público. De novo, a lógica, para mim, de regime público é para setores em que a infraestrutura não se replica, de jeito nenhum. Em setores que não faz sentido nenhum se replicar. O que não é o caso de telecom. É o caso de rodovias, de ferrovias, de aeroportos, de hidrelétricas. Não se vai construir mil hidrelétricas, vai-se construir uma e pronto. Mas, para telecom, definitivamente não é o caso. Então, o nosso modelo deveria ser somente privado. Sem olhar essa lógica de regime público.

Como é que você garantiria continuidade? De novo, com competição atrelada a mecanismos de financiamento. E aí, entramos novamente naquela discussão sobre o FUST. Quando se cria um modelo em que se permite haver mais de um player, então em relação àquelas localidades em que existem várias empresas prestando serviço, não há preocupação nenhuma com descontinuidade. Se uma sair, há outras. Então, isso não seria um problema. O problema existe nos lugares em que só há uma empresa. Mas se ele está sozinho, provavelmente já está um pouco difícil de prestar. Então vai ter que haver algum tipo de mecanismo de financiamento que mantenha ele lá. Não seria um mecanismo de imposição de obrigações, em que se cria lógicas de subsídio, de se retirar de áreas em que ela ganha dinheiro para tentar manter outras localidades, porque existe a obrigação de atender essa outra cidade. Se fossem criados mecanismos claros de subsidiar a existência dessas redes em lugares em que não é viável, não teria porque ela sair. Porque ela está recebendo por isso. Não é um prejuízo para ela. Porque o interesse da empresa sempre vai se manter no lugar em que ela não tenha prejuízo. Se ela tiver prejuízo, é óbvio que ela vai querer sair. Ela só não vai sair, se ela tiver alguma obrigação legal ou regulamentar que faça com que ela fique ali. Que é o nosso caso em muitos lugares. Tem muitos lugares atendidos por telefonia móvel, hoje, que não estariam se não estivessem atrelados em editais de licitação. Óbvio, nós criamos todo um mecanismo de subsídios entre áreas para garantir que isso acontecesse

- Mas já reduzindo, no preço mínimo, o valor da expansão. Isso reduziu um pouco os efeitos negativos dos subsídios. O fato de se ter descontado, no preço mínimo, o valor da expansão para aquelas áreas menos atrativas.

A lógica é que, na prática, foi pago. Não por um fundo, mas se pagou por uma redução de preço mínimo. Mas, no fim das contas, o Estado pagou por aquilo. Porque achou que era importante, que tinha que aplicar dinheiro, e aplicou. De um jeito indireto, mas aplicou. Seria mais fácil, mais transparente, mais claro para todos, se existisse um fundo claro, dizendo o quanto estaria sendo pago por cada coisa. Fica até mais auditável, mais fácil de se saber o que está acontecendo. Pode-se saber se determinada empresa está ganhando dinheiro demais para manter certa rede, ou se, de fato, o dinheiro está pouco, e por isso o serviço está ruim. Então, para mim, o melhor mecanismo de se manter a continuidade é buscar simplificar regras para trazer competição e, naquelas áreas em que não ela vai existir (tem áreas em que não vai ter, não tem jeito), existirem mecanismos estatais de financiamento. Seja para financiar investimentos em infraestrutura, seja para financiar a própria demanda. Às vezes existe a rede e as pessoas simplesmente não conseguem pagar pelo serviço. É uma realidade também. Como se faz com que elas acessem o serviço? Vai ter que existir um subsídio. Que é perfeitamente possível e não tem nada de “maluco” nisso. Até os Estados Unidos têm um modelo desses, que paga por usuário. Não se paga diretamente para o usuário, o pagamento é realizado para a empresa que, subsidia todo mundo. Enfim, o conceito é esse.

Isso traz muito mais perenidade para a continuidade do serviço do que um mecanismo de “saber quais são os bens, e na hora de acabar o contrato se tentar pegar eles de volta”. Vamos ficar no debate eterno de ver se tal bem era reversível, ou se não era. Que é o debate que temos hoje. E ainda faltam sete anos para acabar. Essa é a minha percepção.

- De que forma a questão da indefinição sobre a reversibilidade dos bens da concessão afeta o desenvolvimento do setor e a expansão das redes? O senhor considera que as questões relacionadas a quais bens devem ser objeto da reversão (segundo o aspecto patrimonial ou funcional) já se encontram definidas no âmbito da Anatel?

A indefinição, por si só, é um risco para quem investe. Então, isso já faz o serviço ficar mais caro. Naturalmente. E a Anatel vem dando sinais diferentes ao longo dos anos de como é que ela entende o que é bem reversível. Esse ano, já deu outro sinal de novo. Que, ao meu ver, é um sinal positivo. Está mudando, mas é para um lado, para mim, correto. Então, se você pergunta se a Anatel já está definida com relação a isso, eu digo que não. Está longe de estar definida com relação a isso. Talvez se consiga agora, com a revisão do Regulamento de Bens Reversíveis, que acabou de ser submetida ao Conselho Diretor. Finalmente, vai se ter o debate claro, e se vai poder decidir algo. Mas isso não é claro, ainda, hoje. E foi muito menos claro há anos atrás. A Anatel criou um “monstrinho” com esses bens reversíveis, na medida em que ela foi tentando incluir cada vez mais coisas dentro do conceito. Originalmente, existia uma lógica de “talvez tenham bens reversíveis”. Quando surgiu a LGT, existia muito mais um conceito de “talvez tenha bem reversível, não sei, pode ser que tenha”. E partimos para uma lógica de “praticamente tudo que está no nome da empresa é reversível, inclusive de suas controladas, controladoras”. Quer dizer, a gente criou uma coisa completamente “maluca”. Essa indefinição faz tudo ficar mais caro. Faz o investimento ficar alocado de forma errada. Porque a empresa vai pensar: “se eu investir aqui, isso provavelmente vai ser considerado reversível, então eu vou investir lá”. Apesar de ter uma demanda para fazer algo aqui, eu vou investir em outro local para ter mais segurança com relação ao investimento que eu estou fazendo. Isso é o cenário que se tem hoje. E nós não solucionamos isso ainda.

- Como o senhor pensa que deveria se dar a atuação da Agência com relação ao fato de que as tecnologias aplicadas às redes, hoje, servem de suporte a outros serviços de telecomunicações explorados pelas concessionárias, inclusive mais rentáveis?

Aqui entra o que eu estava comentando sobre aquela lógica de diferenciação de regimes. Se ela não existisse, nós provavelmente já teríamos criado apenas dois serviços. Nós provavelmente teríamos uma outorga de serviço fixo e uma outorga de serviço móvel. E acabou. A empresa presta o serviço da forma que ela quiser. Eu não estou interessado em “qual bem é o que”, isso não importa. Deixa o próprio mercado disponibilizar o serviço na rua. Se as pessoas quiserem usá-lo, elas vão usar. Se não quiserem, não vão usá-lo, e a empresa vai deixar de fornecê-lo. Então, a atuação da Agência deveria ser em “blocos macro”. Em como o serviço fixo é prestado (fixo em geral, banda larga, tv por assinatura, voz), e serviço móvel, com a característica essencialmente da radiofrequência, o que diferencia muito esses dois mercados. Mas seriam apenas dois. Não seria essa bagunça de quatro serviços diferentes. Temos um agravante ainda a mais: um dos serviços, que é o SeAC, agora está em uma lei. Então, é mais difícil ainda, agora, tentar convergir tudo isso. Mas a atuação da Anatel tinha que ser muito mais focada em grupos econômicos e, talvez, em grandes blocos de prestação de serviços, já que eles são um pouco diferenciados. Mas não essa “divisózinha” por outorga, por área, e esse tipo de coisa.

- Evoluindo o raciocínio, mesmo se seguirmos a corrente funcional, acredito que nós teríamos que reverter a fibra completa, independente de ela ter sido colocada ali para prestar primordialmente outros serviços, já que o STFC está “passando por ali”. Então, o senhor vê alguma possibilidade de equalização melhor dessa questão por parte da Agência, considerando o regime público temos hoje?

Naturalmente, como temos dois regimes, e só um deles possui reversibilidade, nós só vamos conseguir resolver esse problema contratualmente. Porque o bem é um só. Ninguém vai chegar lá e cortar a fibra, tirar um pedacinho dela e entregar para a União, e o resto fica para a empresa. Isso não existe. Como você bem falou. Então, a discussão é: fisicamente, ela vai ficar com alguém. Vai ficar ela toda com a união ou toda com a empresa? E, como os dois tem que ter direitos sobre ela, tem que existir um contrato. A figura de como esse contrato vai ser construído é que para mim é o debate. Por mais que você chegue na linha totalmente patrimonial e diga que a União vai ficar com a fibra inteira. Então, vai se ter que indenizar a empresa por conta disso. Não se quer que a empresa desligue todos os usuários dela. Então, vai ter que ser cedido um pedaço da fibra para ela continuar usando. A União vai “pegar” o seu pedaço do regime público e fazer uma licitação, ou o que quer que seja. Então, você vai ter um contrato com ele. A diferença vai estar em quem é o dono do bem. Mas vai existir um contrato de qualquer jeito. E aí existe uma discussão de riscos. É mais arriscado a União tentar pegar tudo e fazer esse contrato com a empresa, ou é mais arriscado deixar o bem com a empresa, que fará um contrato com a União? Vai haver riscos de judicialização. Porque, em qualquer cenário, vai ocorrer. Duvido que consigamos encontrar um modelo em que todos fiquem confortáveis. Alguém do nosso ecossistema vai entrar na justiça com relação a isso. E aí, o debate pode ser fácil ou difícil. Dependendo das teses adotadas. Na minha visão, foi aplicada uma tese de que pode “pegar” todo o patrimônio da empresa e realizar um contrato contrário, creio que essa seria uma tese que morreria na primeira petição na justiça. Vão conseguir uma liminar, ou algo do gênero, e vamos ficar anos discutindo o assunto na justiça. Para mim, é mais fácil pensar pelo caminho contrário. Apesar de que eu acho que ainda vai ter discussão, ainda vai ter judicialização por outros agentes. Não as empresas, mas outros agentes. Mas é mais fácil justificar esse caminho, pela eficiência que ele traz e pela garantia de continuidade dos serviços, em comparação com a outra hipótese.

Então, o bem seria deixado com a própria concessionária, e ela assumira a responsabilidade de ceder o equivalente ao que seria reversível para quem quer que a União queira que seja o próximo concessionário. É dela, é da União, o direito de usar uma porção. O que ela vai fazer com essa porção, a União decide. Se realiza uma licitação para achar outra pessoa, se dá para alguém, se manda para a Telebrás, ou decide que, de fato, não é um serviço que interessa mais, que não faz mais diferença. Para mim, é o caminho menos difícil. Todos são muito difíceis, independente do cenário que se olhar, mas esse me parece menos difícil de se conseguir algo na prática. Os debates jurídicos vão existir mesmo. Pode até ser que a tese de a União “pegar” tudo vença no final. Pode ser, mas, até chegar nesse ponto, o Supremo vai estar discutindo isso. Com certeza. Então, estamos falando de 10 ou 15 anos de discussão. Enquanto isso está na justiça, o regulador tem alguma força? Vamos poder criar obrigações novas? No caso de um objeto que está sendo debatido na justiça, de quem é a coisa? É um cenário muito arriscado, de se tornar a função reguladora quase inútil, se o setor inteiro estiver judicializado contra a União.

No fim das contas, vai caber ao Conselho Diretor dar uma primeira opinião. Porque, para fazer todo esse feito acontecer, precisa-se minimamente do Executivo, por Decreto.

Então, vamos ver. É uma decisão, pelo menos um norte. Quanto antes a Anatel apontar o caminho que ela entende correto, mais fácil a discussão ao longo dos anos, que é a discussão dos bens reversíveis no fim das contas. Então, o PLC 79, caminha nesse sentido também. Creio que, por isso, o setor gosta tanto dele. Ele resolve problemas fundamentais do setor, acaba com

essa dúvida jurídica do bem irreversível, do que ele é, de como se determina ele, o que vai para quem, tudo isso se torna mais tangível. Ou seja, na prática, estão sendo retiradas as incertezas. O que é muito bom. Reconheço que tem teses totalmente contrárias, que acham um absurdo deixar a rede com a concessionária. Aí vem muito de convicções.

- Há quem defenda a resolução pela contratualização, mas inversa. Licita-se o bem novamente para uma nova concessionária, e obriga-se que ela dê acesso à concessionária antiga, para que continue prestando o serviço em regime privado, conforme foi decidido em uma liminar recente em favor da Sercomtel.

Você é a concessionária de agora. Você vai passar todos os seus bens para um terceiro, mas ele tem um contrato com a União, que diz que eu tenho direito a acessar a rede. É um jeito também, mas me parece mais arriscado ainda.

- O senhor considera que num eventual ambiente de prestação exclusiva no regime privado existiriam mecanismos para garantia de continuidade e de ampliação do acesso dos serviços de telecomunicações?

Sim. Garantir mecanismos que fomentem competição e ter um mecanismo de financiamento perene. As duas coisas juntas te garantem continuidade e ampliação do acesso. Devem existir os dois mecanismos. A competição sozinha não resolve o problema. Quem defende uma tese meramente de competição, não está enxergando o Brasil inteiro. Ela funciona muito bem nos lugares em que tem dinheiro. Nesses casos, não há razão para preocupar mesmo. Mas para todos os outros lugares, em que só cabe um player, e mal cabe um, onde as pessoas nem conseguem pagar pelo serviço, deve haver um mecanismo que financie isso. O Estado deve ter a capacidade de “botar dinheiro nas coisas”.

Os dois mecanismos juntos garantem a continuidade e a ampliação do acesso. Daí não precisaria de bens reversíveis, não precisaria de mais nada.

Entrevista IV

Data da entrevista: 21/03/2018

Entrevistado: Artur Coimbra de Oliveira – Diretor do Departamento de Banda Larga da Secretaria de Telecomunicações do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.

- Para o Senhor, o regime público de concessão oferece bons instrumentos para lidar com o caso específico do setor de telecomunicações?

Tal como está na lei hoje, ele é um bom instrumento. Em tese, ele é um bom instrumento. Ele é flexível, então mesmo uma questão mais complicada, como a reversibilidade, é uma opção. A LGT, diferentemente da Lei de Concessões, trata a reversibilidade como uma opção do edital e do contrato de concessão. O raciocínio feito no passado faz sentido, e eu penso que continua fazendo sentido. As áreas que não tem atratividade econômica, são subsidiadas, por meio de uma concessão - mas, aí, falta o FUST. Cobra-se tarifa, porque existe um monopolista ali. Então, faz sentido e o instrumento, em tese, funciona. Qual o problema? Porque eu penso que não funciona na prática? Funciona na tese, mas não na prática?

Além da falta de dinheiro, o que inviabiliza novas concessões (porque, enfim, ninguém vai entrar numa licitação para ser concessionária de SCM, se ela já é uma autorizatória sem nenhum ônus)? O problema mais grave na minha opinião, que realmente acabou com a viabilidade da concessão, é o uso que foi feito da concessão. Essa é uma análise mais institucionalista, afasta-se um pouco da discussão instrumental. A concessão de serviço público de telecomunicações é uma instituição. Ela é um conjunto de regras, que são alimentadas por ideias. E essas ideias mudam com o tempo. Elas levam as instituições de um lado para o outro. Então, o exemplo clássico que eu sempre uso é o da separação dos poderes. Especialmente, o poder regulamentar do Presidente da República. Quando se compara o texto referente ao poder regulamentar do Imperador na Constituição de 1824 com o texto referente ao poder regulamentar do Presidente da República na Constituição de 1988, quase duzentos anos depois, percebe-se que o texto é praticamente igual. Entretanto, em 1824 não se admitia algo como a Anatel, porque ela estaria usurpando o poder regulamentar do Presidente. E até usurpando poder do Congresso. Assim eram as discussões doutrinárias da época. Mas, em 1988, já se admite. O que mudou então? Foram as ideias. As regras dos limites do chefe do Poder Executivo, do Imperador ou do Presidente da República, continuam as mesmas, mas o que mudaram foram as ideias. Voltemos, então, para a concessão de telecomunicações. As regras estão perfeitas. A maneira como a Agência, e talvez a regulamentação, tenha implementado essas regras fez com que elas gerassem traumas quase intransponíveis no mercado. Note, por exemplo, o volume de multas que a Anatel aplicou. Historicamente, 90% são por conta de concessão de telefonia fixa. Existem 10% distribuídos entre telefonia móvel, tv por assinatura, etc. Então, a Anatel sempre tratou de maneira muito aferrada, e alguns dizem até exagerada, o cumprimento e a fiscalização da concessão, sobretudo quando comparada com uma autorização. Isso gerou uma cultura de como ser tratar a concessão dentro da Agência, isso gerou protocolos, procedimentos, métodos de trabalho, e tudo isso é carga que dá significado à concessão. Então, você me pergunta se a concessão de serviço público funciona, se ela é um bom instrumento para o caso específico do setor de telecomunicações? Eu acho que, em tese, ela poderia ser, mas na prática, ela não é, porque a autorização não tem essa carga toda. Então, e se a gente fizesse uma nova concessão de banda larga, colocasse lá um “decretinho”, em regime público, com uso do FUST, tirando a reversibilidade? Ainda assim, existiria uma resistência muito grande, porque as operadoras de um lado, e a Agência de outro, têm essa experiência. Concessão significa isso para elas:

fiscalização ferrenha, multas de milhões de reais por um orelhão que não foi instalado, e essas coisas todas. Isso impõe um custo muito grande para a concessão. Eu acho até que você conseguiria fazer uma concessão de banda larga, mas te custaria três vezes mais do que se fizesse uma autorização subsidiada para banda larga, por conta dessa carga. Então, a minha leitura é essa. Em tese, o texto legal está perfeito e, na prática, inviável. E se você ler a Exposição de Motivos da LGT, existem deixas ali no sentido de que um dia a concessão pode vir a não ser mais necessária, por conta da competição. Esse é o meu ponto de vista.

- O Senhor(a) saberia apontar até 5 temas que considera obstáculos à ampliação das redes e à universalização do acesso das telecomunicações no modelo regulatório atual?

Em primeiro lugar, a centralidade na telefonia fixa. A LGT é um pouco abstrusa, nebulosa, quando diz que a telefonia fixa deve estar no regime público. O fato é que a previsão da LGT, e todo o sistema como está desenvolvido, forçam a telefonia a estar no regime público e isso tem dificultado se flexionar esse tipo de coisa, para priorizar algo que não a telefonia fixa. Então, um obstáculo é esse.

Outro obstáculo é falta de instrumentos financeiros, ou de valor econômico, que permitam pagar por essa universalização.

E a própria evolução tecnológica, e a evolução da demanda de mercado, que inviabilizaram o único instrumento que se tinha, que era o próprio contrato de concessão. Dentro do contrato de concessão você tem subsídios cruzados. Quando se cobra R\$40, no Brasil inteiro, por uma mensalidade de telefonia fixa, é claro que o custo não é igual para todo mundo. Assim, está se fazendo a pessoa de São Paulo pagar pela pessoa do Acre. O que é normal. Mas a evolução da demanda ao longo do tempo e do próprio mercado da competição faz com que esse mecanismo não seja mais viável. Chega um ponto em que se está cobrando R\$40 em São Paulo para cobrir os R\$40 no Acre, mas, em São Paulo, já entraram várias autorizatárias competindo com ela, “comendo” sua margem, forçando que baixe o seu preço. Então, acaba-se, em tese, a “gordura” que mantinha o seu sistema equilibrado, seu fluxo de caixa equilibrado.

Eu apontaria esses três temas, então, a princípio.

- Como o Senhor avalia a importância da telefonia fixa no momento da edição da LGT e hoje? Como o senhor vê o futuro do STFC, especialmente frente a outras tecnologias?

Bom, mudou radicalmente. A LGT foi aprovada em um momento em que a telefonia fixa estava no seu ápice, mas na beira do abismo. E, exatamente por isso, já se tinha um barateamento histórico da tecnologia. Foi possível fazer muito em pouco tempo, no Brasil, em termos de ampliação de telefonia fixa.

E, hoje, tem um dado que eu acho aterrador em termos de que revela a completa falta de essencialidade da telefonia fixa (e é importante se destacar que, na época da LGT, a telefonia móvel era vista como um bem de luxo, o que se reflete, por exemplo, na Lei do FISTEL, que cobra um valor muito alto). Mas, enfim, quando se vira para hoje, existe um dado que eu acho aterrador, que saiu há poucas semanas, mas que já vinha na mesma tendência. É a PNAD, a pesquisa nacional de amostra domiciliar do IBGE. A PNAD continua foi divulgada há uma semana. E ela sempre traz os dados de números de domicílios que têm telefone fixo. Mas, dentro desses dados, se você “brincar” no sistema SIDRA do IBGE e fizer cruzamentos, você consegue obter o dado daqueles domicílios que apenas têm o telefone fixo. O dado relativo aos domicílios que não têm telefone móvel, mas possuem telefone fixo, revelaria, em tese, a

essencialidade do telefone fixo. E, hoje, esse número é 2%. Só 2% dos domicílios brasileiros dependem da telefonia fixa. Enxergam essencialidade na telefonia fixa. Em tese, porque podem existir questões de costumes, como o sujeito não comprar uma telefonia móvel porque não quis. Mas vamos presumir que esses 2% não têm telefonia móvel porque não têm rede de telefonia móvel. Agora, se você considerar os domicílios que têm telefonia móvel, e não tem telefonia fixa, notará que são mais de 40%, se eu não me engano. Então, percebe-se a balança da essencialidade para onde foi. Para mim, isso é muito claro, muito evidente, uma prova cabal de que telefone fixo não faz o menor sentido. É pior até do que se colocar TV a Cabo. Se houvesse TV a Cabo em regime público, creio que seria melhor. As pessoas dão mais valor em ver o Brasileiro do que em ter telefone fixo em casa hoje em dia. A partir dos dados da PNAD, se vê isso claramente.

- Que efeitos a manutenção da telefonia fixa no regime público gera sobre a prestação de serviços de telecomunicações no Brasil?

Má alocação de recursos. A manutenção da telefonia em regime público, tanto em função das metas de universalização, que têm que estar, digamos assim, no âmbito de um equilíbrio econômico-financeiro a ser mantido no contrato, quanto do próprio instituto da reversibilidade, da maneira como a Agência interpreta esse instituto, que ainda é uma maneira um pouco errática. Porque a Agência firma mais ou menos o entendimento de que a reversibilidade teria uma abordagem funcionalista e, não, patrimonialista, mas, na prática, não é bem assim. “Não, mas, imóvel, temos que ver”. Então, é meio confuso.

Assim, esses dois pontos: metas de universalização, com 800.000 orelhões; e a maneira como a Agência trata a reversibilidade dos bens, trazem ineficiências econômicas muito grandes. Porque eles forçam uma alocação ineficiente e improdutiva de recursos. Nesse sentido, a estimativa que eu faço, se considerarmos o PLC 79, que você mencionou no começo da conversa, a minha estimativa é que o PLC 79, se conseguisse acabar com boa parte dos orelhões, baixando de 800.000 para 30.000, mexer em outras obrigações, e, além disso, você estar trabalhando com o ônus da concessão, minha estimativa é que o PL liberaria algo em torno de um bilhão e meio por ano de subsídios a investimentos. Implicando em investimentos de dois bilhões e meio por ano, no total. Então, como temos seis anos para o fim do contrato, então teríamos, no total, quase 16 bilhões de reais de investimentos.

Então é isso, você não mexer na telefonia fixa e mantê-la no regime público, tal como ela está hoje, significa que o Brasil está perdendo dinheiro. O Brasil. Você e eu, as pessoas da rua. Está todo mundo jogando dinheiro fora. Porque poderiam estar trocando orelhões vandalizados por banda larga na casa de gente que, hoje, não tem. Então, está tudo mundo se prejudicando com isso.

- Que impactos a não utilização dos recursos do FUST possui sobre a universalização dos serviços de telecomunicações?

Acaba sendo um pouco aquilo que eu já tangenciei. Eu concordo parcialmente com o que está posto nesse preâmbulo. O fato de se ter um fundo concorrencialmente neutro é mais imparcial do que você apoiar um ou dois ou três agentes, de fato é. Não se tem o FUST, e o impacto disso é que sempre se usou o contrato de concessão, e a relação entre o poder concedente, e aí em sentido mais amplo o Poder Executivo de maneira geral, e concessionária como um mecanismo de extração de benefícios. Ora bem circundados pelos contornos contratuais e ora não, ou seja, ora extração de benefícios que não estavam previstos, como o Banda Larga nas Escolas, o

Programa de 2008, os termos de compromisso do PNBL de 2011. São coisas que se extraíram, quase um *rent-seeking*, mas com boas intenções. O governo extraindo benefícios, mas para a população. Isso funciona bem num mecanismo que se tem monopolista, ou um quase monopolista, ou alguém com um poder de mercado razoável, que consegue absorver esse tipo de ofensiva ou de extração de renda e compensar isso de alguma forma, aumentando o preço, atendendo pior, de alguma forma. A partir do momento em que se tem um mercado cada vez mais competitivo e as margens vão diminuindo e o espaço para investimento vai todo tendo que ser direcionado para a manutenção ou o aumento da sua posição no mercado, que o seu negócio deixa de ser uma vaca leiteira e passa a ser uma disputa, quase que um oceano vermelho, só para usar essas palavras de gestão de negócios, a partir do momento que isso acontece, então o contrato de concessão, que era o mecanismo de universalização, deixa de funcionar. E aí não se tem mais universalização da prática. Não se tem. O que se tem é, em tese, a manutenção daquele equilíbrio econômico-financeiro que está no contrato de concessão. E, como é um contrato de telefonia, ninguém se importa, porque ninguém quer mais saber de telefonia. Então, ninguém está preocupado com o contrato de concessão, com a ausência de FUST, com a falta de margem no contrato das operadoras de telefonia fixa, o que inviabiliza projetos como “levar orelhão para comunidades de 30 habitantes”. Ninguém quer. Mas, em tese, o impacto é esse. No ambiente competitivo, fica-se sem recurso para universalizar.

- O Senhor considera que o FUST, conforme havia sido concebido pela legislação, já foi abandonado no modelo de universalização brasileiro?

De maneira bem objetiva, eu diria que sim. Embora exista a lei, o regulamento e etc., a maneira como ele vem sendo tratado por todos os agentes, estatais e não estatais, revela um sentimento de abandono mesmo. Veja a Carta de Brasília das operadoras no Painel Telebrasil, em que elas fazem uma carta de catorze itens. O FUST está lá no meio: “usar os recursos do FUST para universalização”. E nunca passou daquilo. É uma cartinha dizendo que o FUST deve ser usado, que o ICMS está alto, mas aquilo nunca levou a ações mais concretas. Nunca aconteceu, também, uma mobilização forte das empresas, consolidadas em forçar esse uso, cobrar do governo esse uso. E, do governo mesmo, nunca houve, também, um empenho político muito grande, embora tecnicamente já se tenha desenhado várias propostas. Mas nunca vi um empenho político forte consolidado, muito menos alinhado com a iniciativa privada, para fazer o FUST ser usado. Está abandonado. Está todo mundo dado como favas contadas que o FUST nunca foi usado, e nunca será. E eu acho esse sentimento derrotista muito ruim. Você ter um sentimento positivo já é 50% do caminho. “Dá para mudar, dá para mexer”. Isso é a metade do caminho. Se nem se considera a situação, já se perdeu a partida sem nem entrar em campo. Então, infelizmente, eu concordo com essa pergunta, no sentido de que o FUST já foi abandonado. Pelo menos, ele encontra-se abandonado hoje. Pode ser que, amanhã, alguém o resgate, essa *res derelictae*, e queira fazer alguma coisa disso. Por enquanto ainda não.

- No contexto em que a Agência depende do patrocínio do Poder Executivo e de dotação orçamentária para dar andamento aos projetos que utilizem o FUST, o senhor considera que há possibilidade de a ANATEL gerir os recursos do fundo? Se sim, como poderia se dar esse processo?

Gerir os recursos em que sentido?

- O senhor acredita que, um dia, vai ser disponibilizada dotação orçamentária para que a Anatel realize projetos de universalização, por exemplo? O Dr. Carlos Baigorri citou o modelo de fundos de P&B do setor elétrico, que funcionam por meio de uma reserva contábil na própria empresa. Inclusive as pequenas podem se utilizar desses recursos, fazendo projetos e os submetendo ao órgão regulador. O senhor acredita em algum modelo?

O governo está começando a olhar mais para o modelo de mecanismo de fundos privados. Não só por conta de contingenciamento, mas por conta do limite orçamentário do teto constitucional. Essa ideia, já vem sendo debatida há algum tempo. Eu acho a única maneira viável de fazer o FUST funcionar. Transformando-o num fundo privado. E, para continuar no modelo do setor elétrico, eu não vou citar esse caso específico que o Baigorri mencionou, mas um caso similar do setor elétrico, que é a Conta de Desenvolvimento Energético. A Conta de Desenvolvimento Energético é usada para fazer universalização da energia. O Programa Luz para Todos, enfim. E ela funciona. E porque que funciona? Quando se investiga porque que funciona, percebemos rapidamente o motivo. Primeiro, porque ela é uma conta corrente vinculada à Eletrobrás. Agora, passou a ser vinculada à CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Que é uma entidade privada. Então, todas as empresas concessionárias e autorizadas de energia contribuem para a Conta de Desenvolvimento Energético, que é uma conta corrente vinculada a uma pessoa jurídica de direito privado. A vantagem disso é que esse dinheiro, esse financeiro, não está no caixa único do Tesouro. E o orçamentário também não. Então, consegue-se gerir esse dinheiro com independência em relação a lógica orçamentária. Já com relação aos recursos do FUST, pensa-se que a telefonia está bem, que está todo mundo falando no telefone, que estão todos acessando internet na casa. Então se pensa: “não dá esse dinheiro para esse pessoal, não. Deixa isso aí. Joga esse dinheiro nas Docas do Pará, que está precisando expandir, fazer uma dragagem. Ou coloca esse dinheiro, o outro pedaço, para fechar a ferrovia Norte-Sul”. Então, na prática, o modelo atual, em função do princípio da unicidade de caixa, e do princípio da universalidade do orçamento, faz com que se dispute recursos com a Esplanada. De um fundo que é setorial. Quando se põe no fundo privado, e se delimita as regras para o uso desses recursos, isso acaba. Porque o Ministério do Planejamento, do “alto do seu conhecimento horizontal da esplanada”, e pensando que sabe dar as prioridades do assunto, não vai poder “pegar” os recursos e os utilizar para outra coisa. Assim, o modelo que, para mim, seria ideal no setor de telecomunicações é muito parecido com o do setor elétrico, em que se tem uma conta, o FUST, que seria uma conta corrente vinculada a uma entidade. A Anatel sabe criar entidades. Então, poderia criar uma entidade que possuísse essa conta. E o dinheiro seria gerido por essa entidade, sob regras fixadas pela Agência, com Conselho de Gestão, e uma série de coisas para garantir que o dinheiro será usado corretamente, que não vai haver desperdício, não vai haver desvios, etc. Assim como funciona hoje muito bem a EAD, a entidade de digitalização da televisão. Então, eu acho que esse é o único modelo que funciona. Inclusive, já vimos debatendo com o Ministério do Planejamento, nas últimas semanas, a possibilidade de mexer nesse modelo. Fazer uma coisa parecida. O próprio planejamento já entendeu, e já concorda, que esse modelo de fundos privados é melhor. Porque se evita o “olho gordo” de outros setores. Na verdade, é isso. Outros setores, que têm um poder de pressão maior, acabam drenando recursos de setores que têm o poder de pressão menor. E o setor de telecomunicações sempre teve um poder de pressão muito baixo, inacreditavelmente baixo, em face do tamanho dele e do quanto ele contribui para a arrecadação. Eu nunca entendi como o setor de telecomunicações não consegue ter o mesmo peso que a radiodifusão tem nas decisões governamentais. Nunca entendi isso. Mas ele não tem.

- A imposição de um regime jurídico público, com reversibilidade de bens, é importante para a continuidade? Existem outros mecanismos que podem atuar com esse objetivo?

A instituição da reversibilidade, que não é uma criação brasileira (ela existe em outros países também), funciona muito bem para serviços em que a evolução tecnológica é marginal. O que mudou numa estação retransmissora de energia elétrica de 1970 para cá? Algum ganho de eficiência, alguma coisa. Mas, em essência, é a mesma coisa. Os despachos se dão da mesma forma, toda a teoria da eletricidade não mudou. Agora, já percebemos que telecomunicações é um mercado muito mais dinâmico. A própria pergunta sobre telefonia fixa mostra isso. Aquilo que em 1997 parecia ser o estado da arte de tecnologia e do avanço tecnológico, do avanço em termos de inclusão digital, o que quer que seja, hoje já não serve para nada. Então, em tese, reversibilidade é um bom instrumento para garantir continuidade, mas não para o setor de telecomunicações. Ele tem se mostrado um instrumento que tem trazido mais problemas do que soluções. Então existem alternativas. A contratualização dessas obrigações de continuidade, outro tipo de gravame sobre a propriedade, no limite, a própria desapropriação. Existem outros instrumentos que eu acho que especificamente para o setor de telecomunicações são instrumentos mais adequados do que a reversibilidade para se manter a continuidade. Embora, em tese, a reversibilidade seja um bom instrumento para se manter a continuidade em outros setores.

- De que forma a questão da indefinição sobre a reversibilidade dos bens da concessão afeta o desenvolvimento do setor e a expansão das redes? O senhor considera que as questões relacionadas a quais bens devem ser objeto da reversão (segundo o aspecto patrimonial ou funcional) já se encontram definidas no âmbito da Anatel?

Primeira pergunta. Afeta, sim, o desenvolvimento e a expansão das redes e teve um momento de inflexão muito grande, que eu percebo na minha vivência, curta, do que aconteceu. Esse momento de inflexão foi entre 2008 e 2010, no meio do caminho, em 2009, logo depois da troca de obrigações dos PSTs pelo backhaul. Que a gente chama de PGMU dois e meio. Quando houve essa troca, as operadoras a queriam muito, todo mundo queria muito essa troca, todo mundo se esforçou. Fizeram a troca, fechando as lojinhas de PSTs, para aplicação do dinheiro em backhaul, em rede de transporte de alta capacidade de dados para os municípios que não tinham ainda. Todos comemoraram. Em 2009/2010, na medida em que a Anatel tratou essa nova figura do backhaul, obviamente ela virou e falou: “está na concessão, tem um ‘carimbinho’ aqui de reversibilidade”. Foi nesse momento que as operadoras se deram conta do risco que era se incluir novos investimentos em banda larga, de maneira adaptada, dentro do contrato de concessão de telefonia. Isso gerou uma paralisia completa e um rechaçamento, também, de qualquer tentativa de se fazer isso novamente. Em 2010/2011, na negociação do PGMU III, originalmente estava prevista a ampliação do backhaul em quatro vezes. Multiplicando-se por quatro a capacidade do backhaul. Elas resistiram. Não parecia que eram as mesmas empresas que em 2008 queriam tanto isso. Elas resistiram absurdamente, aceitaram um instrumento completamente anômalo, que foi o termo de compromisso, e aceitaram levar o acesso de 1 Mega a R\$35 em todas as cidades brasileiras praticamente. Mas não aceitaram o backhaul. Dentro do PGMU. Com equilíbrio econômico mantido, com tudo feito nos conformes. Então, claramente, a partir dali a reversibilidade começou a operar um efeito negativo no investimento. A partir de 2009/2010, foi o momento dessa inflexão. E, ainda não existe nenhuma definição suficiente dentro da agência que dê segurança jurídica para qualquer investimento que venha a ser considerado reversível. Ou que possa vir a ser considerado.

O drama é esse. A indefinição é tanta, que nem se sabe o que pode ser considerado reversível. Existe uma discussão que ainda está longe de ser resolvida, que é a seguinte: quando se tem um

cabo submarino como esse aqui, que, por exemplo, liga Fortaleza a Santos. Esse cabo é usado para tudo. É usado para telefonia fixa, talvez 1% a 2% da capacidade dele, e o resto é usado para banda larga, e outras formas de comunicação. Tem gente que diz aquela frase clássica: se passa um beat de telefonia fixa, ele é reversível. Mas o que que é irreversível? É a fibra inteira? Ou será revertida uma porção teórica da capacidade desse cabo, referente àquilo que efetivamente é usado para telefonia fixa? Ou é revertida a posse do cabo, e a propriedade continua sendo da operadora privada, porque a LGT fala em posse, e porque fala em posse não é propriedade. Existe uma discussão bisonha sobre isso. Então, está longe de ser resolvido. Ninguém tem coragem de resolver isso. Ninguém. Exatamente por isso, o PLC 79 resolve. Ou resolve boa parte da questão, quando diz que o que vai ser considerado reversível, para fins de migração de concessão para autorização, vai ser a proporção do bem que é efetivamente usada para telefonia fixa. Então, o PLC 79 resolve isso para o momento da migração de concessão para autorização. Mas, fora isso, a Agência não consegue nem dizer se um prédio que não tem mais nada, um imóvel vazio, se é reversível ou não. Eu li na imprensa especializada um caso recente sobre um terreno que não possui nada, um galpão abandonado da Oi. Ainda está se discutindo se é reversível ou não. Se ela pode vender ou não. Não deveria nem estar se discutindo se é reversível ou não. Quanto mais autorizar a venda, ou não autorizar a venda. O drama é o seguinte: a Agência quer assumir uma posição funcionalista, ou seja, não quer se atrelar àquele *mousepad* que foi para a concessionária em 1998, na privatização, e que continua lá. Aquele Opala que foi para lá, eu também não quero ele. Eu quero a rede mais moderna que exista. Se eu troquei o Opala por uma Hilux para realizar manutenções, então a Hilux é essencial para o serviço e, por isso, ela é reversível. Então não interessa o Opala vendido, assim como não interessa a Central que foi demolida e cujo terreno foi vendido. Em tese, não interessa. Porém, a Agência, por conta, suponho eu, de qualquer possível e hipotético desentendimento e responsabilização vindouros de órgãos de controle tem resistência a assumir uma postura coerente. Então, ela quer ser funcionalista. Mas, quando trata de imóveis, por exemplo, ela pensa: “vamos ver direitinho, porque, veja bem, o imóvel custa 200 milhões, se trata de um terreno bem localizado em São Paulo, no Rio”. Então, como agir em relação a isso? O problema é a incoerência. Existe uma incoerência que é causada por um elemento perturbador, que é “o que será que vai sair da cabeça dos órgãos de controle?”. Então, não está resolvido na Agência, não tem nada bem definido na Agência, e eu acho muito difícil que venha a estar. Porque a Agência quer fazer alguma coisa, mas não consegue por conta dessa paúra que tem do que vai sair do TCU.

- Como o senhor pensa que deveria se dar a atuação da Agência com relação ao fato de que as tecnologias aplicadas às redes, hoje, servem de suporte a outros serviços de telecomunicações explorados pelas concessionárias, inclusive mais rentáveis?

Bom, eu sou um agente público. Então, eu sou parcial nessa resposta. Tem que se pensar ainda no contexto da reversão. Tem que se pensar na praticidade do instituto da reversibilidade. Então, faz todo o sentido, em tese, dizermos que 1% de uma fibra é reversível. Desse cabo, 1% é reversível, porque é o que é usado para telefonia fixa, e o resto não é. Lindo, concordo. Vamos para a prática. “Acabou a concessão, me dê os bens, que eu preciso continuar prestando telefonia”. Como é que se vai reverter 1% desse cabo? Será um “inferno contratual”. Porque, quem vai dar a manutenção dos 99% vai ter que dar no 1%? E, quem vai contratar a empresa para dar a manutenção? O cabo ficará aqui ou ali? Será um inferno. Então, o que eu entendo é o seguinte: se a reversibilidade existe, a concessão acabou, e ela tem que ser aplicada, eu devo “pegar” o cabo inteiro. Eu estou pensando como agente público, que sou obrigado a manter a continuidade daquele serviço e o meu instrumento para fazer isso é a reversibilidade. Eu não enxergo, a princípio, talvez por limitação minha, outra forma de fazer isso. Posso fazer contratos

malucos. Mas eu penso que seria tão infernal fazer isso, que eu acredito que o caminho que mais ser alinharia, em tese, com o interesse público, com a manutenção da continuidade do serviço, seria esse. Se não, teria que ser feita uma cisão empresarial, que é a pior operação societária que existe. Você vai separar uma fatia da empresa, e dizer: “você fica e você vem”. E fazer isso, ainda, com essa complexidade, dizendo que seria 1% ou 2% de um cabo, ou não sei qual percentual de um rádio. É impossível. Então, eu penso que essas tecnologias e esses equipamentos de rede híbridos, que funcionam para uma coisa e para outra, na minha posição de agente público, portanto parcial, é de que isso é reversível. Cem por cento reversível. Porque se trata de um bem indivisível. Embora digam que é divisível. Na prática, eu entendo que é indivisível.

- Eu já me debrucei bastante sobre isso e realmente é muito difícil conseguir pensar numa outra possibilidade, porque o bem essencial para a telefonia fixa deverá ser revertido. Então, se o bem é indivisível, ele terá que ser revertido por inteiro. Houve uma decisão liminar recente, num caso da Sercomtel, em uma Vara Federal no Paraná, em que o juiz, definiu que o bem indivisível deve ser revertido inteiramente. Nesse contexto, o juiz estabeleceu que a antiga concessionária terá direito garantido de acesso àquela rede para continuar a prestar os seus serviços em regime privado, pagando remuneração isonômica. Ou seja, o bem é revertido integralmente, devendo existir uma obrigação para a próxima concessionária de ofertar essa cláusula contratual.

Ainda não refleti se eu concordo, mas é um raciocínio interessante, porque o que ele faz corretamente, segundo eu já consegui enxergar, é inverter os polos do que é principal e do que é acessório. Se existe uma concessão, e você presta um serviço em regime privado, sinto muito, mas a lei dá prioridade para a concessão. Então, me dá esse equipamento e você, que é prestador em regime privado, pode continuar usando, sob remuneração. Então, acho que é um tratamento coerente do que é principal e do que é acessório à luz da legislação. A princípio, parece uma boa decisão. Eu tenderia a concordar com isso, pelo menos a princípio. Por mais que eu ache que é uma grande porcaria, que reverter *asset* de telefonia fixa não vai servir para nada, que eu não gostaria de fazer isso. Mas, se eu fosse aplicar a lei, do jeito que está, eu faria isso.

- O senhor considera que num eventual ambiente de prestação exclusiva no regime privado existiriam mecanismos para garantia de continuidade e de ampliação do acesso dos serviços de telecomunicações?

Sim, sem dúvida alguma. Hoje, é o que vemos. Quando a Agência faz um edital de radiofrequência, ela inclui compromissos, não de continuidade, mas de abrangência e de cobertura, e edita Planos Gerais de Metas de Qualidade. Por exemplo, Tv por Assinatura possui PGMQ, que agora está virando RGQ. É um outro nome para continuidade. Você tem ali obrigações de manutenção do serviço. E o problema da continuidade, que realmente existe na concessão, é o fim do contrato. Esse problema não existe na autorização. Porque a autorização é eterna. Exceto quando há radiofrequência vinculada. Mas, a princípio, a autorização de serviços de telecomunicações é eterna. Então, existem instrumentos no regime privado para fazer tudo que você faz, ou quase tudo que você faz num regime público. Com muito menos estresse, muito menos memória traumática do que na concessão.

Entrevista V

Data da entrevista: 28/03/2018

Entrevistado: Leonardo Euler de Moraes – Conselheiro Diretor da ANATEL.

- Para o Senhor, o regime público de concessão oferece bons instrumentos para lidar com o caso específico do setor de telecomunicações?

Eu penso que é desnecessário dizer sobre o contraste dos regimes jurídicos previstos para a prestação de serviços de telecomunicações. O que ocorre é que talvez a existência do regime público no Brasil seja uma exceção em relação ao *mainstream*, ou à maioria dos países. Se juridicamente há que se ter um regime público, talvez possa ser uma discussão mais profunda. Contudo, eu acredito que o regime público deveria ficar adstrito a lugares onde não há outra opção de outro agente privado levar a oferta desse serviço. E digo mais, nos lugares onde há competição, eu penso que é muito complicado a existência do regime público. Por quê? Porque quando se fala de regime público, aponta-se para concessão, e regime privado para autorização, que são os dois instrumentos mais utilizados. Permissão tem algumas particularidades. Mas essas as duas [modalidades de] outorgas mais conhecidas. E eu penso que concessão e competição são como água e óleo, elas não se misturam. Eu já até uma vez falei isso em um evento Tele.Síntese. Por quê? Veja bem que existe um problema hoje. Há uma concessão de um serviço de telefone fixo comutado que percebe uma competição do mesmo serviço prestado por autorizados, de serviços de telecomunicações que são quase ou mais que substitutos com o SMP em relação ao objeto da concessão, inclusive os OTT's. Então, nesse cenário de competição, o serviço perde naturalmente a sua importância e, ao perder a sua importância, o que se pode fazer com esse serviço? Começa a haver um desequilíbrio do objeto da concessão. E qual o objeto material da concessão? Exploração de serviço de telefone fixo comutado em regime público. Então, quando a concessão perde valor, o que se pode fazer? Pode-se fazer um reajuste tarifário. Porém, ora, se eu fizer um reajuste tarifário, esse serviço, que já perde a atratividade, irá perder mais atratividade vis a vis aos outros serviços regulados, ou não, de telecomunicações, ou não, que não prestados no regime público. Então, eu penso que o regime público poderia ficar muito adstrito para aquelas áreas no Brasil onde não há perspectiva de nenhum outro agente atuar. Ainda assim, não necessariamente o regime público seria a resposta. Talvez se pudesse, sim, fazer leilões reversos, atuando com o regime privado.

Portanto, não que o Brasil tenha que se adaptar à realidade internacional, mas eu penso que o regime público e a concessão são instrumentos muito mais característicos de setores de infraestrutura, diferentes de infraestrutura de telecomunicações, porque, ainda que a regulação econômica tenha conceitos que possam ser transversais a diferentes setores de infraestrutura, o fato é que a regulação econômica aplicada às telecomunicações é muito diferente da regulação econômica aplicada ao setor de energia elétrica, que é por taxa de retorno, por exemplo. Por quê? Porque a própria dinâmica tecnológica dos setores é muito distinta. Então concessão, regime público, talvez faça mais sentido em setores que não tem essa dinâmica tecnológica tão intensa quanto o setor de telecomunicações. Não sou especialista em setores então não posso dizer. Eu já atuei no setor no setor elétrico. Mas, para além do setor elétrico, talvez no setor de transportes, numa rodovia, por exemplo: o que existe de inovação? As inovações existem, mas acontecem de uma maneira não tão exponencial como certamente ocorre no setor de telecomunicações. Eu entendo que, hoje, o regime público para o setor de telecomunicações não endereça os principais desafios do setor e, para além disso, o regime público também está associado ao instituto da reversibilidade. E para que se presta o instituto da reversibilidade? Ele se presta a assegurar a continuidade da prestação de serviço, mas nada garante mais a prestação

do serviço do que os investimentos realizados, efetivamente realizados. E, uma vez realizado os investimentos, nenhum agente racional vai pegar essa rede investida aqui, uma rede de *backbone*, de *backhaul*, ou uma rede de acesso, e vai “colocar nas costas e ir embora”. Isso não seria uma decisão racional. Então, a melhor forma de se garantir a continuidade na prestação de um serviço não é o colocando em regime público, e através de reversibilidade. Na minha opinião, é garantindo que de fato haja investimento no setor.

- O senhor mencionou que, talvez, a manutenção do regime público em áreas não atrativas poderia ser uma solução. Mas será que isso seria sustentável? Manter um regime público em áreas onde não existe atratividade?

Essa resposta realmente precisa de um bom complemento. A única opção de fazer isso é utilizando recursos do FUST. Seria literalmente subvenção do governo, colocando dinheiro, o que, no nosso cenário fiscal, não parece ser uma alternativa, hoje, viável do ponto de vista fático. Mas seria a única opção, porque de fato não haveria, nesses lugares, possivelmente, um objeto de concessão que seria atrativo o suficiente para que um agente se tornasse um concessionário. Por isso eu mencionei os leilões reversos no começo. Seriam necessários recursos não apenas para fazer o CAPEX, mas também para fazer o OPEX dessa concessão. E volto a dizer: seriam questões residuais. Por que eu não afirmo peremptoriamente que deveríamos excluir o regime público? Porque o Brasil é um país muito diverso, existem vários Brasis dentro desse Brasil. Então, cravar um modelo para todo o Brasil é um tanto quanto pretensioso demais. Considerando as diferentes realidades econômicas, sociais do país, talvez ainda possam existir nichos de concessão, utilizando um fundo específico para isso, que hoje seria o Fundo para a Universalização das Telecomunicações. Mas, ainda assim, seriam residuais. E, mesmo assim, eu ainda não tenho a completa convicção de que isso não poderia ser endereçado através do regime privado. Mas, em suma, como eu posso definir a minha posição? O regime privado deveria ser efetivamente o protagonista e, não, o regime público em geral. Agora o espaço marginal do regime público, o quanto ele é mais ou menos dilatado, isso talvez não se tenha todos os elementos para dizer de forma peremptória agora.

- O Senhor(a) saberia apontar até 5 temas que considera obstáculos à ampliação das redes e à universalização do acesso das telecomunicações no modelo regulatório atual?

Vamos lá, você está se referindo a obstáculos a investimentos. Então, falando do regime público, o primeiro obstáculo, na minha opinião, muito latente, são as interpretações totalmente antagônicas sobre o alcance do instituto da reversibilidade. Isso causa uma insegurança jurídica muito grande para a realização dos investimentos. Por quê? Porque 2025 se aproxima, que é o ano em que se dará o término dos contratos de concessão. E qualquer concessionário, hoje, que também é autoritário, possui dúvidas sobre qual será o alcance da reversibilidade desse investimento. Isso causa pelo menos dois tipos de efeitos negativos: um é a alocação ineficiente de recursos. Por quê? O concessionário pode destinar um par de cobre em uma infraestrutura passiva, onde ele poderia destinar pares adicionais de fibra. Mas ele destina aquele par de cobre apenas para diferenciar, dizendo: “isso aqui tem a ver com o objeto material da concessão, mas as fibras não, as fibras não têm esse propósito”. Ou seja, isso é alocação ineficiente de recursos. E a outra externalidade, ainda mais negativa, é simplesmente a não realização do investimento em razão dessa insegurança jurídica. Mas isso tem a ver com o atual contorno no marco das concessões, impedindo investimentos não apenas no objeto da concessão, mas em toda a plataforma necessária para suportar a prestação de outro serviço. E, no ambiente de conversão tecnológica, essa plataforma é comum. Por quê? Porque quando da desestatização do setor de

telecomunicações, que culminou na privatização da Telebrás, essa infraestrutura era utilizada basicamente para suportar a prestação da telefonia fixa, que é o objeto da concessão. Contudo, com aprimoramentos ópticos nas redes, sobretudo nas pontas das redes (que começa com a tecnologia DSL, XDSL, etc.) essa mesma infraestrutura passa a suportar prestação de outros serviços, como a banda larga, como a TV por assinatura, como o próprio SMP, na medida em que as antenas, as ERBs, são ligadas por uma infraestrutura física. Então, na medida em que há essa convergência tecnológica, há também nesse mesmo cenário, nesse mesmo contexto, interpretações antagônicas sobre o instituto da reversibilidade e uma aproximação do término dos contratos de concessão. Isso gera uma insegurança jurídica enorme, na minha opinião, para que qualquer agente racional, qualquer agente econômico, possa investir no Brasil. Ele pode até investir, mas o prêmio de risco para esse investimento é maior. Como o prêmio de risco de investimento é maior, o retorno que ele exige é maior. Como o retorno que ele exige é maior, menor a disposição para realizar esse investimento, há menores recursos disponíveis para isso, uma vez que os recursos são, por natureza, limitados.

Esse é o primeiro obstáculo relacionado, então, aos contornos do marco legal das concessões. Um outro obstáculo, que é muito gritante, latente, é a carga tributária no Brasil. Isso é facilmente comparado com outros países. Na medida em que *telecomunicações* é endereçada quase que como um bem demeritório, um bem supérfluo, eu digo que o principal protagonista, no aspecto tributário, é sem nenhuma dúvida o ICMS. E aí é uma questão mais difícil de ser endereçada, porque é pulverizada em diversos estados e difícil também de ser endereçada pelo contexto fiscal, e dado é muito fácil de arrecadar esse tributo em telecomunicações. Então, eu penso que a questão tributária é, de fato, uma questão dos principais desafios para a expansão da infraestrutura de telecomunicações do país e um desafio para que se enderece isso é mostrar com números que, em muitos casos, ao se diminuir a carga tributária, ocorre, na verdade, um aumento da arrecadação. Ou seja, a clássica mensagem de que menos tributo é mais arrecadação. Como se você pensasse em uma curva de Laffer, em que se teria um ponto ótimo de nível tributário. À medida em que se aumenta esse nível tributário, na verdade, está se perdendo arrecadação. E em particular eu e outros colegas aqui do gabinete, na verdade o Luciano e outro colega da área técnica, que trabalhou comigo Assessoria Técnica, o Renato Couto, fizemos, inclusive, um estudo que foi premiado pelo Celso Furtado, em que mostramos que, para o caso da banda larga satelital, para o ICMS, essa lógica se aplica totalmente. Mas não apenas para o ICMS, no caso dos estados. Nós também fizemos esse mesmo estudo para a banda larga satelital para as VSATs, pequenas antenas de recepção satelital e nós chegamos a resultados muito parecidos através de um modelo econométrico muito robusto, que é um método de regressão em dois estágios. O próprio IPEA publicou esse nosso estudo, o que evidencia essa constatação. Agora, para fazer esse debate e superar esse obstáculo, na minha opinião, é essencial que nós tenhamos dados quantitativos, porque é difícil que qualquer gestor tenha coragem de arriscar uma arrecadação quase que certa, dando um alívio tributário, esperando os efeitos disso. E considerando, também, que as janelas de governo são de quatro anos, é difícil para o gestor fazer esse sacrifício na medida em que ele não vai colher o dividendo político provavelmente no mesmo mandato.

Além desse obstáculo tributário e o primeiro que eu mencionei, o outro obstáculo significativo diz respeito a questões relacionadas à implantação de infraestrutura nos municípios. A questão de ordenamento territorial cabe aos municípios e vários desses municípios têm, ou uma legislação muito restritiva em relação à implantação principalmente de *sites*, de ERBs (de antenas para telefonia móvel), ou têm também muita morosidade na expedição das licenças necessárias para a implantação dessa infraestrutura. Esse é um aspecto mais burocrático, na minha opinião, um aspecto mais fácil de ser endereçado, mas que precisa ser melhor observado.

Por fim, eu acho que um aspecto que merece também melhor tratamento para a expansão da banda larga, para a expansão da infraestrutura em telecomunicações, é insistir que já esteja prevista a infraestrutura passiva por onde vão passar as redes de telecomunicações nas obras civis que envolvam, por exemplo, um gasoduto, que envolvam uma ferrovia. Isso precisa de mais coordenação. É importante que isso aconteça, porque quando se está falando de implantar redes, sobretudo redes confinadas, redes fixas, eu diria que 70% dos custos desse CAPEX é relacionado ao custo de engenharia civil. Logo, é fundamental, então, que essa infraestrutura que “abriu o buraco”, digamos assim, para falar em uma linguagem bem direta, agora me fugiu o termo técnico correto, o direito de passagem, alguma coisa nesse sentido. Se nessas obras, estradas, rodovias, ferrovias, gasodutos, novos bairros em construção, se todas essas obras já possuísssem essa previsão de infraestrutura passiva, seja para rede de acesso ou rede de transporte, facilitaria muito o desenvolvimento de telecomunicações.

Talvez esses sejam alguns obstáculos que eu destacaria, talvez, certamente existam outros obstáculos que agora me fogem um pouco, mas talvez esses sejam os mais importantes.

- Como o Senhor avalia a importância da telefonia fixa no momento da edição da LGT e hoje? Como o senhor vê o futuro do STFC, especialmente frente a outras tecnologias?

Eu penso que isso é muito fácil falar disso e penso que a justificção do Projeto de Lei 3.453 de 2015 do deputado Daniel Vilela, no qual o senhor sabe que eu trabalhei, eu penso que ela tenta evidenciar um pouco disso. Como eu disse, nos anos 90, quando houve a desestatização do setor, o que se pretendia era universalizar o serviço que tinha grande apelo e uma demanda reprimida muito grande. Essa era a telefonia fixa, um serviço talvez que fosse privilégio de poucos no país. Uma linha telefônica era considerada um ativo econômico e com o desenvolvimento tecnológico (o que novamente resgata a diferença de regular esse setor para outros setores de infraestrutura), num período de tempo, talvez, de 13 anos, a telefonia fixa perdeu a sua importância de forma latente. Evidentemente existem lugares do Brasil mais remotos onde a telefonia fixa ainda tem o seu papel, ou o seu protagonismo. Mas isso é uma exceção. Então, hoje em dia, o que ocorre, no meu ponto de vista, é que o marco das concessões de telefonia fixa amarra a política pública e, por consequência, amarra, também, os instrumentos regulatórios. Em consequência disso, nós estamos fazendo, desde as revisões dos chamados Planos Gerais de Metas de Universalização, os PGMUs, quase que “puxadinhos regulatórios” para endereçar esse problema e buscando alternativas de aplicar desonerações, de telefonia fixa, que são necessárias. Não faz mais sentido ficar fazendo com que o dinheiro da concessão seja aplicado em um serviço que não tem mais apelo, por exemplo, nos telefones de uso público. As concessionárias têm dados sobre isso. As empresas têm um custo enorme de manutenção e de implantação. Cada localidade de 100 habitantes que surge é uma localidade que faz jus, pela política pública estabelecida, a um novo TUP. Nesse caso tudo bem, mas nos grandes centros urbanos existem metas de densidade de TUP por habitantes. Hoje são quatro por mil habitantes, que não tem nenhum tipo de tráfico. Então, isso é dinheiro da concessão indo literalmente pelo ralo. Esse dinheiro podia estar sendo colocado em banda larga nas áreas que não tem atratividade econômico-financeira. Então, isso é má destinação de recursos, uma ineficiência alocativa, em que não se maximiza o proveito social e econômico desses recursos. Portanto, a telefonia fixa, de fato, tem, está em inanição e é preciso que ela não seja mais o centro da política. É muito difícil, também, cravar que a banda larga deve ser o centro da política hoje. Se ela vai ser isso daqui a dez anos é até um negócio meio assustador de se pensar, porque as coisas nesse setor mudam tão rapidamente que é preciso que, na minha opinião, o arcabouço legal e regulatório, sobretudo, o arcabouço legal seja mais principiológico, como a LGT foi. Uma lei quadro, menos substantiva. Deixando a parte substantiva ficar para a parte de regulamentação

da ANATEL. Só que mesmo com uma lei quadra, como a LGT foi, ainda assim nós estamos, hoje, amarrados a um marco das concessões o qual, ainda que alguns juristas defendam que possa ser endereçado via infralegal, a verdade é que esse é um debate importante e ele precisa, também, ter a sua discussão política. E o legislador democrático tem a prerrogativa de fazer esse debate. Por isso eu acho que é importante que esse debate aconteça no Congresso, independentemente de haver, ou não, condições jurídicas para que ele seja trabalhado através de um Decreto, através de uma medida infralegal.

- Que efeitos a manutenção da telefonia fixa no regime público gera sobre a prestação de serviços de telecomunicações no Brasil?

Desperdício de recursos. Sobre essa parte eu falo para você com restrição porque eu estou desenvolvendo um estudo mais acadêmico, em que eu vou mostrar o que nós, o que o Brasil perdeu em não fazer essa transição, em não desonerar obrigações relacionadas à telefonia fixa.

[Fala omitida]

- Então vou omitir essa última fala em decorrência do estudo que o senhor está conduzindo.

Certo.

- Que impactos a não utilização dos recursos do FUST possui sobre a universalização dos serviços de telecomunicações?

O impacto é diretamente em escassez de infraestrutura, posso dizer assim. Não adianta, quando se olha para o modelo de *gaps* do Banco Mundial, percebe-se que há quatro tipos de *clusters*. Então há 5.570 municípios no Brasil, e cada município estaria nesses quatro *clusters*. Para aqueles municípios altamente competitivos não é necessário que haja destinação de recursos públicos, naquele setor. Há aqueles outros que são potencialmente competitivos e que, com algumas ferramentas regulatórias, consegue-se estimular os agentes ali. Mas há um quarto *gap* de municípios no Brasil, que não são poucos, que não haverá uma infraestrutura se não for através do FUST. Então, a não utilização do FUST joga contra a própria universalização do acesso. Mas não se trata apenas de utilizar o FUST, é preciso mudar a legislação do FUST para que a sua aplicação possa, também, não ficar adstrita aos serviços prestados em regime público. Que se possam aplicar os recursos do FUST em serviço prestado em qualquer regime, seja ele privado ou público. Então não é uma matéria só de destravar o FUST. Antes de destravar o FUST, nós precisamos falar primeiro de mudar a sua legislação para permitir isso. Isso é a condição básica, porque não faz sentido, também, utilizar recursos do FUST para universalizar um serviço que a população já não demanda mais em grande escala. Então, antes de se falar das consequências da não utilização do FUST, penso que se tem que falar da necessidade da alteração da Lei do FUST. Então eu trago a lume um outro Projeto de Lei, também do Deputado Daniel Vilela, do qual eu e o meu gabinete participamos da elaboração, que se traz essa justificativa. Todas as razões pelas quais seria interessante essa alteração da Lei do FUST. E para que se altere a Lei do FUST, precisa-se alterar a própria LGT para que haja uma harmonia entre os instrumentos legais e o projeto do deputado contempla isso. Esqueci o número agora, mas ele foi apresentado no ano passado. [Projeto de Lei nº 7.236/2017] Então, ao alterar essa

lei, nós poderíamos aplicar esses recursos, para hoje, o que seria a expansão da banda larga, expansão de *backhaul*, expansão de *backbone* sobretudo. Então nós poderíamos aí alcançar muitas atividades produtivas. Eu sempre tento quantificar, porque quantificar é uma medida mais efetiva para se mostrar o que o Brasil perde. Novamente eu trago a lume um estudo do Banco Mundial, que mostra que a cada 10% de penetração da banda larga, ocorre um crescimento econômico de 1%, em média, e esse valor é até maior nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Então, essa é uma excelente referência para dizer o que nós estamos perdendo pela não utilização dos recursos do FUST onde eles precisam ser devidamente aplicados. Não onde eles estão hoje adstritos, confinados. Então isso já seria uma maneira de você pensar em quanto o Brasil perde em termos de crescimento econômico. Mas isso vai muito além de crescimento econômico, está se falando de desenvolvimento econômico, estou falando sobre produtividade. Telecomunicações efetivamente aumenta a produtividade de todos os setores econômicos, uma vez que é transversal. Em relação aos demais setores da economia. E para que se tenha crescimento econômico sustentável, precisa-se de ter ganhos de produtividade, se não nós vamos ter sempre crescimento econômico do tipo “salto de galinha” mesmo, como o que foi verificado nos últimos anos. Telecomunicações é uma das principais armas para que se tenha ganhos de produtividade. Mas, além desse aspecto de crescimento econômico, existe o aspecto de desenvolvimento econômico, há a parte de educação. Na medida em que se tem escolas conectadas e se tem professores que saibam fazer o uso dessas possibilidades digitais, tem-se outras perspectivas em relação a ensino, em relação a telemedicina, em relação a integração social, em relação a eGOV. Então está se falando aqui muito mais do que crescimento econômico. Está se falando de desenvolvimento econômico propriamente dito.

E só forçando um parêntese anterior, voltando na minha fala sobre alteração da Lei do FUST. Não faz mais sentido se pegar esse recurso, hoje, do FUST e destinar para um serviço que já teve grande expansão ao abrigo dos Planos Gerais de Metas de Universalização, desde a desestatização. E também não faz mais sentido universalizar um serviço de voz, sendo que eu estou conseguindo, no regime privado, massificar um serviço de voz que, além de ser um serviço de voz, ele tem mobilidade e ele entrega algo muito mais importante que a própria voz que é a banda larga móvel. E isso a gente conseguiu fazer através de editais de licitação, novamente através do regime privado.

- O Senhor considera que o FUST, conforme havia sido concebido pela legislação, já foi abandonado no modelo de universalização brasileiro?

Eu penso que o modelo de desestatização das telecomunicações do Brasil, que culminou com a privatização do Sistema Telebras foi muito bem pensado. E ele foi tão bem pensado, e trouxe estímulos tão corretos, que a universalização da telefonia fixa prescindiu do fundo no começo. Então, quando se olha a expansão da telefonia fixa entre 1998 e 2005, aquela curva fala por si só. Ou seja, o país ainda não precisava do FUST. Mas o legislador democrático, quando aprovou a Lei do FUST, foi muito sábio, porque ele antevia que iria chegar o momento. Só que, quando chegou o momento, nós já tínhamos conseguido universalizar telefonia fixa, depois nós conseguimos utilizar os editais de licitação da telefonia móvel para massificar também o serviço de telefonia móvel. Chegou um momento onde já se universalizou o telefone fixo, agora não se precisa mais desse fundo para isso. Então, hoje eu preciso desse fundo, não para telefonia fixa, mas para expansão da banda larga. E, de fato, hoje, o que nós temos é uma contingência fiscal que geraria um debate sobre o uso do FUST. Qual a beleza, na minha opinião, do projeto do deputado Daniel Vilela? Porque, também, ainda que nós defendamos o uso do FUST, e nós acreditemos nas externalidades positivas da banda larga e no efeito multiplicador que ela gera,

nós temos um contexto fiscal desafiador. Então qual é a beleza da proposta legislativa que eu citei? Uma das fontes principais do FUST, como você sabe, é 1% sobre as receitas operacionais brutas, que deduzidas, viram quase a ROL [receita operacional líquida]. Então, esse 1%, que é uma das principais fontes do FUST, conforme o Projeto de Lei, viraria um teto. E, se não foi utilizado, em leilões reversos, ou o que seja, a cada quatro anos, eu olharia para trás e miraria o que foi utilizado. Se foi apenas 50% de uso do FUST? Então esse 1% vira 0,5%. Isso é uma forma de incentivar o próprio setor público a utilizar [o fundo]. Mas dando um prazo inicial, nesses quatro anos, por causa do contexto fiscal que o país passa. Então eu penso que nós não podemos ignorar essa realidade. Mas, de fato, a não utilização do fundo prejudica a expansão e o aprimoramento das redes no Brasil. E, do jeito que foi concebido, também não atende, ainda que o fundo tivesse, hoje, disponível para ser utilizado. Na minha opinião não teríamos proveito econômico social se nós utilizássemos para expandir a telefonia fixa. Porque a telefonia fixa já foi objeto de expansão e existem saldos do contrato de concessão da telefonia fixa para serem utilizados, então não faria mais sentido eu colocar, hoje, FUST para expandir a telefonia fixa. Não sei se eu fugi muito da pergunta.

- No contexto em que a Agência depende do patrocínio do Poder Executivo e de dotação orçamentária para dar andamento aos projetos que utilizem o FUST, o senhor considera que há possibilidade de a ANATEL gerir os recursos do fundo? Se sim, como poderia se dar esse processo?

Até para responder à pergunta, creio que é preciso se lembrar que o papel da ANATEL é implementar política. E eu penso que é importante que assim o seja, porque o governo é praticamente eleito para formular política pública. Então, nesse sentido, eu acho que o papel da ANATEL é operacionalizar, implementar essa política pública. Se a ANATEL tiver mais protagonismo na utilização do fundo, há que se limitar a essa concepção, que não cabe à Agência definir a política pública, para deixar muito clara essa questão. Eu acho que existem vários modelos possíveis para se dar efetividade à utilização do FUST. O modelo que hoje existe encontra dificuldades porque esse valor vai para um fundo, que tem uma destinação específica, mas é um fundo contábil, não uma conta vinculada. Então, uma vez que é um fundo contábil, ele fica inserido em um guarda-chuva maior, que são as questões orçamentárias do governo. Do governo e do país, porque nem é só do Poder Executivo, o orçamento é um só, para o Poder Executivo, para o Legislativo e para o Judiciário. Temos que ter, na minha opinião, um pouco dessa visão.

Agora, vamos falar aqui de um mundo perfeito, onde nós tivéssemos legislação que permitisse a utilização do FUST, no serviço que se precise, sem as amarras. Sem ser na telefonia fixa, mas, por exemplo, na banda larga. E se houvesse efetivamente, sem olhar para o passado, para expor novos recursos a serem arrecadados, uma disposição de governo a não utilizá-lo [para outros fins]. Penso que a ANATEL poderia conduzir leilões reversos, pela expertise que a ANATEL possui e, para isso, a Agência teria, ainda, que tomar algumas medidas para fazer isso com eficiência, e uma delas já está em curso, que é a construção do Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações. Ou seja, é preciso que a ANATEL saiba exatamente quais são os principais gargalos de infraestrutura em telecomunicações no Brasil para massificar ou universalizar. Eu não vou fazer muitas distinções em relação a massificar ou universalizar, mas universalizar a infraestrutura. Então eu penso que, se nós tivéssemos ainda que nesse mundo perfeito do Fundo, a ANATEL poderia então fazer leilões reversos, observando a política pública desenhada pelo governo. Agora, a quem caberia a liberação desse fundo, após a ANATEL atestar os investimentos realizados na forma como foi realizado o leilão reverso, leilão do tipo holandês, leilão do tipo decrescente, que é uma das opções que eu vejo, seria o próprio governo. Então, a

ANATEL estaria efetivamente garantindo a implementação dessa política pública com desenvolvimento das redes de telecomunicações, mas, ao mesmo tempo, limitado a esse papel de implementar. Eu penso que não deveria, a ANATEL, se alçar na construção de política pública, porque isso, na minha opinião, é prerrogativa de governo eleito. Eu tenho um respeito muito grande pelo voto, o voto é sagrado. Então o governo foi eleito, ele tem a prerrogativa de definir quais são essas políticas públicas. E, uma vez definida, a ANATEL então a implementaria, após fazer, também, esse diagnóstico correto de quais são os gargalos de infraestrutura que nós temos. Mas eu acho que, enfim, até nós chegarmos nesse momento, que seria ótimo estarmos lá, nós temos um grande caminho a percorrer, o caminho legislativo que é alteração da Lei do FUST, que nós já discutimos. E, também, a ANATEL precisa estar pronta para esse novo momento. É preciso ter um desenho adequado com esse Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações (que é como nós chamamos aqui dentro, pode vir a ter outro nome) para sabermos quais são os principais gargalos, a fim de ser utilizado o fundo.

Essa complementaridade [entre a ANATEL e Poder Executivo] não desabona a independência que a ANATEL deve ter enquanto entidade técnica, autarquia federal indireta e entidade técnica que é. Mas, quando há uma simbiose entre quem formula a política pública e quem a implementa, evidentemente ganha o setor com celeridade. O próprio Edital de 700 MHz, que você conhece bem, é uma prova evidente disso, de uma construção conjunta, lá atrás, um planejamento muito bem feito entre a ANATEL e o Ministério, o então Ministério das Comunicações.

- A imposição de um regime jurídico público, com reversibilidade de bens, é importante para a continuidade? Existem outros mecanismos que podem atuar com esse objetivo?

Eu já mencionei um pouco disso no começo. Para mim, o que garante a continuidade da prestação, de fato,

Dando um passo atrás, o papel da reversibilidade é garantir a continuidade da prestação do serviço. Penso que é sempre importante resgatar a Exposição de Motivos da LGT. Exposição nº 231/1996. Existe um parágrafo muito claro que fala isso sobre a facultatividade do instituto da reversibilidade e qual é o seu papel, que é garantir a continuidade.

Mas, refletindo, aqui, sobre a razão para a imposição do instituto da reversibilidade, creio que lá atrás, talvez, ainda havia dúvidas em relação a abertura do mercado. Mas volto a dizer, o que garante a continuidade da prestação do serviço não é o instituto da reversibilidade, não é o instituto jurídico. O que garante são efetivamente os investimentos realizados. E eu digo isso, porque algumas pessoas defendem, por exemplo, que seja inserida a banda larga no regime público, como se isso fosse garantir a resolução dos problemas em relação à infraestrutura de banda larga no Brasil. Então, eu tenho duas perguntas sobre isso. Por que o Brasil seria tão diferente dos outros países, e só ele precisaria desse modelo? Eu não encontro resposta. E novamente, porque é que esse modelo vai garantir que os investimentos efetivamente aconteçam? Porque, novamente, não é o desenho jurídico. São efetivamente os incentivos econômicos para a realização de investimento. Quando o investimento alcança o país, é uma questão de racionalidade econômica. O investimento é como um custo afundado, uma vez que se tenha um custo afundado ali, uma vez que se implantou a rede, não faz sentido deixar de operá-la, ou não vender essa rede para alguém que queira operá-la. Porque o investimento está realizado. Então, o que garante realmente a continuidade do serviço, na minha opinião, é a realização de investimentos, não é o instituto da reversibilidade. O próprio caso de uma concessionária grande, a Oi, que está em processo de operação judicial, mostra isso. Qual foi o grande problema que se percebe no caso dessa empresa, quando se olha vis a vis a outras? Foi

um sub investimento histórico em rede. Porque essa empresa tem um grande desafio de realizar mais investimentos para, inclusive, se reposicionar no mercado e se soerguer econômica e financeiramente. Então, essa empresa é uma concessionária (debaixo da concessão estão as autorizadas), ela sempre esteve debaixo, então, do regime público, com reversibilidade. Mas, se tivesse ocorrido um prejuízo à continuidade da prestação dos serviços, não seria o instituto da reversibilidade que garantiria isso. Imagine todo o transtorno que seria se retomar os bens e, novamente, uma discussão sobre o que seria, ou não, reversível. Novamente, são os investimentos que garantem a continuidade da prestação. Eu sou muito taxativo em relação a isso. Não é o instituto da reversibilidade que vai garantir essa segurança para o Estado brasileiro de que os serviços vão ter a sua prestação continuada. E, novamente, cabe o Brasil olhar para os outros países. Em qual outro país há o instituto da reversibilidade aplicado ao setor de telecomunicações? Eu desconheço. Pode ser que haja um país, mas em um *benchmarking* grande que nós fizemos aqui dentro, não foi encontrado nenhum outro país que trabalha com o instituto da reversibilidade. Porque, simplesmente, o instituto da reversibilidade é um instituto afeto à concessão, mas à concessão relacionada a outros setores da infraestrutura, que têm uma realidade econômica muito diferente da realidade do setor de telecomunicações. E se importar elementos e remédios de outro setor de infraestrutura da mesma forma para todos os setores, é um erro crasso, porque os setores têm as suas idiossincrasias, os setores têm as suas peculiaridades. Então, achar que os mesmos instrumentos regulatórios funcionam para todos os setores de infraestrutura, não é nada mais do que um desconhecimento sobre regulação.

- De que forma a questão da indefinição sobre a reversibilidade dos bens da concessão afeta o desenvolvimento do setor e a expansão das redes? O senhor considera que as questões relacionadas a quais bens devem ser objeto da reversão (segundo o aspecto patrimonial ou funcional) já se encontram definidas no âmbito da Anatel?

Eu creio que um recente voto que eu fiz sobre Estrada Velha, está até em pedido de vistas, talvez consiga expressar minha opinião até melhor. A minha opinião está consignada nesse voto. É um caso concreto, mas eu faço considerações para além do caso concreto. Se você quiser, eu já te falo, se você quiser pegar.

- O senhor lembra o número?

Na realidade é uma Análise. Análise nº 3/2018, Processo 53500.009630/2013-06. Eu creio que esse processo revela muito o meu pensamento sobre isso. Eu mesmo escrevi grande parte da Análise pessoalmente, além do trabalho da assessoria. Porque é exatamente o que eu acredito ali. Eu até faço considerações sobre essa taxonomia “patrimonial” e “funcional”. Eu penso que isso é uma simplificação esquemática que às vezes não ajuda na compreensão do problema como precisaria ser efetivamente colocado. Você pode até classificar, então, o meu voto como mais funcional. Por óbvio que você não vai classificá-lo como mais patrimonial. Mas eu nem sei se essa classificação nos ajuda a compreender exatamente o problema. O que eu resgato nessa Análise é a Exposição de Motivos da LGT e o meu entendimento de que, é muito claro, o legislador democrático colocou enfaticamente na Exposição de Motivos da LGT a facultatividade do instituto da reversibilidade. Não por acaso, o artigo 93, inciso XI, da LGT, quando fala sobre bens reversíveis, ele fala “se houver”. Então, não faz sentido algum se discutir que existe uma concessão de bens em telecomunicações. Não é. O objeto material da concessão no setor de telecomunicações é a exploração do serviço de telefone fixo comutado em regime público. Esse é o objeto material da concessão, não é uma concessão de bens. Como é uma

concessão de bens, talvez, nos setores de rodovia ou em outros setores de infraestrutura. Novamente, essas diferenças precisam ser bem compreendidas para que nós não importemos erroneamente interpretações, remédios e regulações de um setor para o outro.

- Como o senhor pensa que deveria se dar a atuação da Agência com relação ao fato de que as tecnologias aplicadas às redes, hoje, servem de suporte a outros serviços de telecomunicações explorados pelas concessionárias, inclusive mais rentáveis?

Estamos falando de 2025. Eu penso que é muito complicado dizer, de forma peremptória, como que a Agência vai se portar lá em 2025, como ela vai se manifestar institucionalmente sobre isso. Mas o que a Agência não vai poder fazer é se manifestar em desconformidade com o que a Lei Quadro coloca em relação à questão da reversibilidade. Vai existir uma discussão muito grande sobre posse *versus* propriedades. Se os bens reversíveis se dão em relação à posse deles ou à propriedade deles. E certamente argumentos favoráveis e contrários à posse e à propriedade surgirão. Mas eu acho que a melhor maneira de endereçar esse problema é aprovando o PL 79/2016, que está no Senado Federal. É a melhor maneira de nós contornarmos essa questão antes de chegarmos nesse momento. Porque a cada vez que nós nos aproximamos de 2025, nós temos dois problemas: um é que a aumenta a insegurança jurídica sobre os investimentos, o qual a gente já falou; e o outro problema é que o saldo dos investimentos a serem realizados como contrapartida, que está previsto no Projeto, diminuem. Diminuem porque estamos utilizando esse saldo, hoje, novamente, para manter um serviço obsoleto. Então, temos duas externalidades negativas. Para mim, nós deveríamos ter feito essa adaptação de instrumento de outorga de concessão para autorização ainda em 2010. Talvez em 2010 já fosse tardio isso. Em 2010, nós já deveríamos ter feito isso, porque já em 2010, a telefonia fixa dava muita evidência de perda de relevância, vis a vis a outros serviços de telecomunicações.

- O senhor considera que num eventual ambiente de prestação exclusiva no regime privado existiriam mecanismos para garantia de continuidade e de ampliação do acesso dos serviços de telecomunicações?

Certamente. Veja bem, o artigo 135 da LGT é muito claro, no sentido de que estar em um regime privado não significa ausência de condicionamentos. Então eu respondo essa pergunta de forma tão contundente e peremptória, porque basta ver que os maiores avanços do setor de telecomunicações dos últimos anos aconteceram no regime privado. A própria história recente do setor de telecomunicações mostra isso. Se nós tivéssemos em 2005, essa resposta ainda seria o regime público. Porque a telefonia fixa que era o grande protagonista ainda, como se falava de telecomunicações. Mas já há muito, são os serviços prestados em regime privado, que têm sido massificados através de editais de licitação. E podem ser massificados através de um fundo de universalização de serviços também, com a sua legislação adequada, através de leilões reversos e outros instrumentos. Nós temos uma série de instrumentos regulatórios, legais e infralegais, para promover a universalização dos serviços de telecomunicações em regime privado. E por que eu digo isso? Porque a história da expansão da telefonia móvel no Brasil é uma evidência disso. Não estou dizendo que a expansão é suficiente. Mas tem um caso emblemático que pode dar evidência disso, que foi o Edital 002/2007. Esse Edital foi o primeiro que licitou bandas de radiofrequência que seriam utilizadas, então, para serviço de terceira geração. Nesse momento desse Edital, o Brasil tinha 5.565 municípios. Hoje, nós temos 5.570. Eu me lembro desse plano de negócios. Havia um conjunto de 1.836 municípios que não tinha acesso à telefonia celular, nem de primeira, nem de segunda geração, muito menos de terceira. O que nós fizemos? Através do mecanismo editalício que você conhece, atrelando regiões menos atrativas a regiões

mais atrativas, obrigações então de atendimento aos municípios. Veja bem, 1.836 municípios, dois anos depois, todos eles estavam cobertos. Através de quê? De um edital de licitação no regime privado. Sem recurso de fundo, imagina com recurso de fundo. Então eu não tenho nem dúvidas sobre essa resposta e a realidade de outros países mais desenvolvidos, menos desenvolvidos, com dimensões continentais, ou não, apontam nesse sentido também. Penso que o Brasil tem suas particularidades, mas não existem particularidades brasileiras que justifiquem o protagonismo do regime público em detrimento do regime privado no Brasil.

Entrevista VI

Data da entrevista: 28/03/2018

Entrevistado: Marcus Augustus Martins – Consultor Legislativo do Senado Federal.

- Para o Senhor, o regime público de concessão oferece bons instrumentos para lidar com o caso específico do setor de telecomunicações?

Bom, aí são duas questões em minha opinião. Se há dois instrumentos eu acho que sim, agora se eles estão efetivamente sendo bem utilizados, já é de questionar. Eu acho que tanto o instrumento de reversibilidade como o instrumento de um fundo de universalização, eles são bons instrumentos, só que infelizmente eles não têm sido bem geridos. Se tivesse sido destinado todo recurso que o FUST arrecadou desde o começo da arrecadação, de 2000 até hoje, sei lá, aí seria bastante diferente do que ele é hoje. Se os bens reversíveis tivessem uma gestão diferente do que eles tiveram até hoje, o cenário também seria bem diferente. Há bons instrumentos, agora infelizmente esses bons instrumentos não têm sido administrados como deveriam.

- O Senhor(a) saberia apontar até 5 temas que considera obstáculos à ampliação das redes e à universalização do acesso das telecomunicações no modelo regulatório atual?

O primeiro obstáculo, em minha opinião é a má gestão do FUST, eu acho que isso que é o ponto. O FUST foi criado de fato para que houvesse essa cobertura do que não tivesse sido recuperado, e aí a gente tem o TCU, recentemente elaborou lá um estudo, 0,002% do FUST foi usado... Então isso realmente... Isso foi um tiro no modelo. E aí teve outra questão de arrecadação, de superávit primário, tudo isso que você conhece, mas isso de fato tirou um dos pés do modelo, que era sustentabilidade, não é? O FUST tem essa característica, que ela deveria funcionar, porque todo mundo contribui com ela. Contribui e não chega lá... nunca chegou na substância final. Então acho que o primeiro obstáculo mais evidente deles é o que foi feito com o recurso do FUST desde o início até hoje. Essa que é a questão. Sim, a questão, voltamos a falar sobre bens reversíveis, não é? Houve uma má gestão, 20 anos de não gestão. Então, de novo, o instrumento que deveria... Agora é evidente, isso é importante que se ressalte, que é muito diferente de você falar de reversibilidade num segmento de águas, por exemplo. Então tem um duto de água que vai ser... que inegavelmente aquele duto é irreversível para aquela atividade. E no caso das redes de telecomunicações, por conta da possibilidade múltipla de utilização daquela rede fica realmente difícil você declinar com precisão o que é reversível e o que não é. Mas isso também deveria ter sido previsto, e aqui, o próprio contrato obriga a concessionária a atualizar a rede, porque essa é uma obrigação contratual, né? Então... Agora, nessa atualização, no acompanhamento dessa atualização deveriam ter sido criados mecanismos que pudessem determinar o que era reversível e o que não era nessa rede. Agora, o passivo de 20 anos realmente fica muito difícil você recuperar. Acho que esses são dois pontos, ou outros em destaques... Bom, a gente tem aqui uma outra questão também que eu acho que foi importante, e aí no trabalho da origem do modelo é que havia expectativa original de competição no STFC. Não sei se você lembra, o modelo foi feito originalmente por quatro concessionárias e em tese por quatro autorizadas na mesma área de atuação que eram as empresas espelho. Modelo de empresa espelho fracassou, até também por uma aposta equivocada na época, o WLL, e então isso também, de fato, atrapalhou o modelo. Ou seja, havia expectativa de que a própria competição conseguiria suprir o mercado, a demanda reprimida, e isso não aconteceu. Isso ficou a cargo, exclusivamente, das concessionárias. Isso de fato atrapalhou todo o projeto original da caracterização do STFC como bem essencial. Então eu

acho que isso também foi um obstáculo que aconteceu no setor. E outro ponto que eu poderia levantar, Tawfic, foi a não licitação provocada pela ANATEL das concessões de TV a Cabo. Houve o congelamento por dez anos da rede de TV a cabo, poderiam ter sido licitadas e não foram e a rede de TV a cabo poderia claramente, como é hoje utilizada, para banda larga e provimento da STFC dentro da banda larga, e por opção regulatória da ANATEL não foi feito, né? Foram dez anos sem novas outorgas de TV a cabo que só passaram a ser considerados agora, em 2011, depois da edição da Lei do SeAC. Mas de 2000 que foi a última concessão de TV a cabo, até 2011, quando a lei foi aprovada, não houve nenhuma outorga nova de TV a cabo no Brasil, porque a Anatel resolveu não licitar.

- Como o Senhor avalia a importância da telefonia fixa no momento da edição da LGT e hoje? Como o senhor vê o futuro do STFC, especialmente frente a outras tecnologias?

Se a gente for resgatar o modelo, ela é a origem do modelo, e a gente estava falando ali de um... Na época a gente chamava de serviço universal, e a densidade telefônica em 94, quando a LGT começou a tramitar, era de 8%, então o Brasil tinha 8% antes em 94. Ou seja, de fato era uma precariedade. E desses 8%, 80% estavam nas classes A e B. Ou seja, ninguém na classe C no Brasil tinha telefone. A opção clara na época foi: olha, precisamos universalizar esse serviço. É um serviço universal, todo mundo tem o direito, hoje a densidade está congelando em 40% há alguns anos, e é óbvio que é um serviço que perdeu a relevância por conta de outro serviço, o SMP... A mobilidade hoje é a principal característica que mais atrai de fato os usuários. Hoje até menos pra voz e mais pra dados, então a obsolescência tecnológica ela é evidente. Agora, ainda é um serviço que, para rincões do país, onde não há SMP, onde não há banda larga, tem que ser mantido. Porque senão você ilha essa parcela da população que, por menor que seja, não tem acesso a outro serviço de comunicação, que não o STFC. E aí, a questão é: por que não manter nesses rincões a concessão? Na minha opinião, o projeto tem uma outra questão que é inconsistente: migra-se integralmente a concessão para a autorização, mas se obriga que a autorizada mantenha o serviço. Ou seja, a está se criando a obrigação de continuidade em um instrumento de outorga que não prevê continuidade. Você diz que a empresa que tem uma concessão (e a continuidade é uma característica da concessão) pode migrar integralmente para a autorização, desde que mantenha a continuidade da autorização. Isso, para mim, não faz sentido, não tem lógica. Então, [o correto seria] se manter a empresa no regime, aonde, de fato, seja necessário. Aonde não há competição, mantém-se a empresa no regime de concessão e obriga ele a continuidade. O resto pode-se liberar. Agora, a empresa deixa de ser concessionária para ser uma autorizada, com uma característica específica de concessão, que é a manutenção no serviço... Para mim, isso é uma falha no projeto hoje.

- Que efeitos a manutenção da telefonia fixa no regime público gera sobre a prestação de serviços de telecomunicações no Brasil?

Eu acho que não, acho que não. Porque ali não é investimento de rede dedicada pra o STFC há muitos anos. Hoje o STFC é o insumo... Ali é isso. São *bits* que transitam em uma rede de banda larga que tem uma lógica de tráfego completamente diferente que a da STFC. Ele virou apenas mais um serviço que é provido por uma rede com capacidade muito maior do que a necessidade do STFC. Então, agora, a questão na minha opinião é a questão de origem, né? Hoje, todas as localidades do Brasil são atendidas com STFC. Todas. Os 5.500 municípios hoje têm STFC. A questão é, quando houver migração como vai ficar as áreas que não tenham SMP, que não tenham SCM, que não tenham um serviço alternativo de voz? Acho que essa questão tem que ser resolvida. Simplesmente se mantém essa obrigação frouxa de que a empresa tem

que continuar oferecendo serviço que já oferecia? E outra coisa: qual é o grau de *enforcement*? E essa é uma questão importante. O grau de *enforcement* que o Estado tem diante de uma concessionária é bastante diferente do grau de *enforcement* de uma autorizada. Então essa é uma questão que é relevante e tem que ser considerada.

- Reformulando um pouco a pergunta, o fato de, hoje, as redes operarem outros serviços, não causa um subinvestimento das empresas, por temor à reversibilidade?.

Aí a minha pergunta é a seguinte... A minha afirmação é a seguinte, compete a ANATEL impedir que as empresas façam isso. Se as empresas têm contrato de concessão hoje, com obrigação de cobertura e qualidade, e não estão investindo porque a ANATEL tem algum problema na fiscalização e na autoridade da agência em manter os contratos que estão afirmados. Isso aí é quebra de contrato. Se por acaso, há empresas que hoje não estão cumprindo PGMU, PGMQ, há um problema de fiscalização pela Agência. Porque aí essa... Me desculpa. Esse argumento de que, com a proximidade do fim da concessão, as empresas estão deixando de investir... Elas já sabiam disso no contrato e ele é prorrogado a cada cinco anos. As concessionárias sabem de todas as regras, e se elas estão deixando de investir por conta dessa circunstância, aí é um problema de *enforcement* da Anatel.

- Que impactos a não utilização dos recursos do FUST possui sobre a universalização dos serviços de telecomunicações?

Já conversamos sobre isso. O modelo pressupõe o financiamento de obrigações que não fossem cobertas com a prestação de serviço. É isso que o FUST fala. Naquelas regiões onde o STFC é deficitário, você tem uma verba que seria coberta com os recursos FUST, e para isso todas as operadoras, inclusive as que não são concessionárias, contribuem para o fundo. Então a não utilização dos recursos do FUST é perversa no sentido de atrasar o acesso de parcela da população que deveria estar se beneficiando de um serviço. E agora, isso tem, obviamente também impacto no investimento das empresas. Obviamente que se esse recurso tivesse sido utilizado, o investimento das empresas, ou pelo menos parte deles seria destinado a outra coisa, que não aquelas metas que estão sendo cobertas. Então a gente vai entrando na discussão sobre os governos de todas administrações que governaram o Brasil desde a criação do fundo, desde que o fundo começou a ser arrecadado. Mas eu penso que o grande problema de utilização do fundo é que as metas acabam se tornando um dos maiores problemas para as empresas. E duas vezes, porque, além de não receberem essa verba, elas continuam contribuindo. Então, é uma dupla oneração para as empresas a não utilização dos recursos do fundo.

- O Senhor considera que o FUST, conforme havia sido concebido pela legislação, já foi abandonado no modelo de universalização brasileiro?

Claramente, já foi abandonado e não será mais resgatado. A corte de contas fez um levantamento e mostrou que virtualmente 0% daquilo que foi arrecadado foi utilizado para os fins que o fundo se destina, 20 anos depois. Há um projeto de lei tramitando pelo Senado de autoria do Senador Otto Alencar que proíbe o contingenciamento dos recursos Fust a partir de 2020, mas está em tramitação ainda. Agora qual a efetividade desse tipo de proposta na hora da votação da lei orçamentária anual, a gente não sabe como poderia ser. Mas o fato é que falando

de como um instrumento criado em 97, e 20 anos depois não foi utilizado, é porque de fato ele foi abandonado e muito dificilmente vai ser resgatado.

- No contexto, em que a Agência depende do patrocínio do Poder Executivo e de dotação orçamentária para dar andamento aos projetos que utilizem o FUST, o senhor considera que há possibilidade de a ANATEL gerir os recursos do fundo? Se sim, como poderia se dar esse processo?

Vamos lá, qual é o nó, qual é a justificativa formal para não utilização dos recursos do Fust? É a redação da lei geral que diz uma coisa e a redação da lei do Fust que diz outra. E que a lei geral é explícita e é quando determina que o Fust só pode ser utilizado por serviço prestado em regime público e a lei do Fust não diz isso, cria uma série de outras alternativas de utilização dos recursos do fundo. E a interpretação conjunta dos dois instrumentos legais não possibilitou, ou pelo menos passou a ser um entrave e utilizado também retoricamente como um impedimento legal com uma amarra do governo para não utilizar esse recurso. Então que use essa contribuição entre dois instrumentos legais, alternativa para isso é legal e há uma série de projetos de lei. Aqui no Senado, na Câmara certamente há também, mas aqui no Senado, que tentam desatar esse nó. Há vários projetos que deixam claro que a alternativa é que o Fust possa ser usado também para serviço prestado em regime privado. Então, com uma alteração legal como essa, isso está resolvido. Só que infelizmente o projeto de lei é lento. Um projeto de autoria do Senador Aloísio Mercadante, ainda de 2007, foi aprovado pelo Senado que está na Câmara até hoje, ou seja, 10 anos, e era um projeto que dizia basicamente isso: o Fust pode ser utilizado em serviço prestado, em rede privada, e até hoje não foi aprovado. Então com essa alteração legislativa você desfaz esse nó, e aí claro você vai cair no outro filtro que é a gestão do Ministério da Fazenda, como gere os recursos do fundo, em que rubrica os recursos estão sendo gastos. Agora formalmente há pelo menos essa discussão legal, que pode ser resolvido com alteração uma aprovação do projeto do Aloísio. Agora, a questão da gestão dos recursos do fundo, é porque esses recursos precisam chegar. A Anatel não gere porque ela não tem o que gerir, não tem dinheiro, esse dinheiro nunca chegou até lá. Agora isso resolve com uma alteração legal, não é mais complicado do que isso, com alteração legal e com uma política macroeconômica de governo que permita que esse recurso não seja contingenciado.

Seria um plano de obrigações, não me parece que as empresas aceitariam contribuir para o Fust e nesse caso seria só se realmente houvesse uma extinção do Fust e se criasse um outro mecanismo eventualmente privado e de financiamento de obrigações de universalização. E assim eu não conheço no modelo de gestão público brasileiro nenhum fundo privado que se sirva para esse fim. Eu não sei se tem, mas seria uma alternativa desde que se extinguisse definitivamente o Fust. Alias o PL 79 ele na minha opinião ele extingue a possibilidade de utilização de recursos do Fust. Porque o que o PL 79 prevê, de novo, por faculdade das empresas, a adaptação da concessão para autorização. Só que não diz o que fazer com os recursos do Fust. Ou seja, em tese todo mundo vai migrar para a autorização e quem vai poder usar os recursos já que todo mundo migrou, todo mundo virou regime privado? A lei, o PL 79 não dá essa solução. Devia ter no PL 79, na minha opinião, um dispositivo que previsse que, aí sim, os recursos pudessem ser utilizados por empresas que prestam serviço em regime privado e não há esse dispositivo ao projeto. Então, do jeito que ele está hoje aprovado, ele mantém a contribuição e veda a utilização, porque não haverá mais empresas. Do jeito que ele está sendo formulado, não haverá empresas no Brasil em regime público.

- A imposição de um regime jurídico público, com reversibilidade de bens, é importante para a continuidade? Existem outros mecanismos que podem atuar com esse objetivo?

Bom até onde eu sei há outros mecanismos jurídicos que possibilitariam a continuidade do serviço, não só o STFC. Existem alguns instrumentos nesse sentido. Agora, eu entendo, ainda, que a reversibilidade de bens é o mais adequado. Tanto é o que foi aplicado, escolhido como o instrumento que garanta a continuidade. Agora, é óbvio, e isso é importante, que a reversibilidade só existe para garantir a continuidade. A ideia da existência desse instrumento é que, já que se estabeleceu esse serviço como prestado em regime público, e ele foi, pelo menos à época, considerado essencial, ele tem que ser mantido. E aí, é importante mesmo. Imagine só a não reversibilidade. Amanhã acontece de a Oi não conseguir cumprir as condições da recuperação judicial e a União tem que assumir a operação do STFC. Ou o contrato vence e o serviço precisa ser mantido. Imediatamente, a União vai ter que assumir essa rede. Ou um terceiro que eventualmente optar por assumir a empresa vai ter que ter uma rede. Não dá para esperar que uma rede nova seja construída para que o serviço seja provido. É para isso que serve a reversibilidade. Agora se ele é o instrumento mais adequado, na verdade acho que ele acabou nunca sendo utilizado de fato. No setor de rodovias chegou a ser, mas isso ainda um passado muito remoto. Mas o fato é que, de novo, o modelo previu o STFC como serviço essencial a ser mantido e que só pode ser mantido por rede, e é por isso que a rede é reversível. Agora, quais as outras alternativas, eu acho que tem se pensar. Há um projeto de lei, também aqui no Senado, que é de 2010, que extingue a reversibilidade de bens para o setor de telecomunicações e estabelece o regime da função social da propriedade. Mas de 2010 até hoje não foi aprovado pelo Senado, que também é uma alternativa. Agora porque também não caminhou ou porque as empresas, porque que o congresso não se mobilizou para aprovar esse projeto e porque as empresas também não se mobilizaram para que esse projeto caminhasse dentro do congresso é uma pergunta que tem que ser feita. Se considera urgente e necessária a aprovação do PL 79 e há um projeto que é PLS 53 de 2010 que está aqui tramitando há 10 anos e não vi nenhum momento das empresas para aprovar esse projeto aqui. Por que? Eu acho essa uma questão relevante.

- De que forma a questão da indefinição sobre a reversibilidade dos bens da concessão afeta o desenvolvimento do setor e a expansão das redes? O senhor considera que as questões relacionadas a quais bens devem ser objeto da reversão (segundo o aspecto patrimonial ou funcional) já se encontram definidas no âmbito da Anatel?

Essa questão foi definida agora com a Anatel, que revogou aquele Despacho 2822 de 2012. Foi, exatamente, em 2012 a Anatel estabeleceu que os bens imóveis administrativos eram reversíveis. E aí agora, no começo de 2018, essa decisão foi revista, e os bens imóveis administrativos não são mais reversíveis. Então a Anatel, a partir de agora, desse entendimento de janeiro de 2018, assumiu o caráter funcional dos bens reversíveis. Mas pelo menos de 2012 ao final de 2017 a Anatel abraçou a tese patrimonialista obviamente, claramente. Essa mudança aconteceu só agora no início do ano de 2018, tanto que eu mesmo achava estranhíssima a posição da Anatel de apoiar o conceito funcional do PL 79 não tendo revogado o Despacho. Agora, me parece que Anatel está muito mais coerente na defesa do PL 79 do que estava há três meses atrás, porque não fazia sentido ela apoiar a redação do PL 79 como está que é uma visão absolutamente funcional de bens reversíveis com a manutenção de Despacho.

Mas o problema é que, na minha opinião, existia uma inconsistência latente no discurso da Agência. Você não pode defender o discurso funcional com aquele Despacho em vigor, era

absolutamente inconsistente. A Anatel, hoje, com a revogação do Despacho me parece que tem mais consistência para defender o PL.

- Como o senhor pensa que deveria se dar a atuação da Agência com relação ao fato de que as tecnologias aplicadas às redes, hoje, servem de suporte a outros serviços de telecomunicações explorados pelas concessionárias, inclusive mais rentáveis?

Essa é a grande discussão. Porque é uma rede que suporta uma quantidade enorme de outros serviços e que, obviamente, a banda que o STFC demanda é muito pequena frente aos outros serviços. E como é que se faz? Existe uma questão que eu penso que deveria ser pensada e repetida: pelo contrato de concessão, as operadoras tinham a obrigação de atualizar a rede. E se só aquela rede provém o STFC, essa rede é reversível. Se só aquela rede tem a capacidade de oferecer para o usuário esse serviço que é prestado em regime público, que tem obrigação de continuidade, que tem obrigação de universalização, a rede é reversível. Agora como que se mede isso, essa é a questão que a gente vai ter que enfrentar e também é a discussão da precificação da reversibilidade. É esse valor que vai ter que ser calculado na hora de uma eventual migração para autorização e como isso vai ser precificado e como vai ser investido depois em rede de banda larga. Mas a minha opinião é a seguinte: o STFC precisa ser prestado e, se aquela rede, só aquela rede, proveu o STFC, aquela rede é reversível, independente dela ser dedicada ou não.

- O senhor considera que num eventual ambiente de prestação exclusiva no regime privado existiriam mecanismos para garantia de continuidade e de ampliação do acesso dos serviços de telecomunicações?

Não me parece razoável extinguir um regime que, por natureza, prevê a continuidade e estimular a migração desse regime para um outro regime, que não tem essa figura, obrigando as autorizadas a manter a prestação de serviço. Para mim, isso não faz sentido. A continuidade é uma característica intrínseca da concessão, não é da autorização. E, quando você diz pra empresa que ela pode migrar integralmente para o regime privado, mas deve, como condição, continuar mantendo a oferta de serviço, eu não entendo. Por que não se está mantendo a empresa pelo menos nesses nichos onde não haja competição no regime de concessão. Não acho que faça sentido uma autorização com continuidade, como se quer fazer com a proposta do PL 79. Para mim, faz muito sentido, de novo, a redação original que previa a migração parcial, porque se mantém esses nichos de concessão com continuidade. E não se migrar integralmente obrigando a empresa a manter o serviço. Eu não consigo achar lógica nessa proposta.

Entrevista VII

Data da entrevista: 28/03/2018

Entrevistado: Flávia Lefèvre Guimarães – Advogada.

Então eu estava contando para ele da nossa proposta da campanha Banda Larga é um Direito Seu, em que está pressuposto um reconhecimento do desinteresse hoje e da perda de relevância, vamos falar assim, do STFC. Mas a gente entende que a infraestrutura que dá suporte a esse serviço tem uma grande relevância para o acesso à internet, essa rede ainda é muito importante, e diante das novas tecnologias, GFast e uma outra que eu esqueci o nome agora, que é mais moderna que a GFast, existe a possibilidade de casar esses cabos de cobre, esses pares de cobre com fibra ótica e gerar acesso à internet em alta velocidade. Então, qual é a proposta da campanha, dentro do contexto da LGT como está hoje? Porque essa proposta da campanha é a partir de um pressuposto legal do ambiente institucional que a gente tem. É com base no art. 65, parágrafo 1º, da LGT, que diz que aquilo que é essencial não pode ser prestado apenas no regime privado, que ele deve ser prestado no regime público e pode, também, ser prestado no serviço privado, como é, alias, a telefonia fixa. Que se aplicar esse art. 18, o Poder Executivo retira o regime público do serviço de telefonia fixa e estende o regime público, não só público, privado para concomitante para a infraestrutura que dá suporte ao acesso banda larga. De uma forma uniforme por todo Brasil como foi feito com as metas de universalização do STFC não, porque não faz mais sentido assim. A gente inclusive (a PROTEST, a entidade da qual eu faço parte), a gente sempre criticou que os planos gerais de metas fossem uniformes e não tivessem um refinamento com relação a impor metas específicas para Amazonas, e outras específicas para São Paulo. Por exemplo, não tinha o menor sentido a meta de Tupi, que é na Aldeia indígena sei lá do que, por exemplo, ser exatamente a mesma na Av. Paulista. Quer dizer, então o que a gente propõe, a extensão do regime público, nos termos do art. 65 parágrafo 1º da LGT combinado com o art. 18, que dá essa transmissão para o Poder Executivo e que se estabeleça na rede de transporte o regime público. E em determinadas zonas, onde há interesse econômico (você não precisa por regime público em tudo), você pode fazer contratos com menos obrigações, sem reversibilidade, na medida em que o Estado, a União, for investir mais ou menos recurso público. Então, por exemplo, eu vou fazer um investimento na área da Amazônia, vai ter que ter 90% de Fust, que essa é a vantagem que a gente vê em estender o regime público. Porque na hora que você estende o regime público, automaticamente você destrava o Fust. A gente acha que é injusto o tanto que a gente paga de Fust e o quanto foi investido até hoje. É um negócio totalmente sem noção, nas empresas, é socialmente injusto, é um absurdo, está aí o acórdão do Tribunal de Contas da União mostrando a distorção absurda que é isso. A PROTESTE mesmo, a gente nunca entrou com uma Ação Civil Pública porque, na época do governo Fernando Henrique, a Ação Civil Pública foi alterada para impedir que temas relacionado à matéria tributária fossem tratadas em Ação Civil Pública. Por isso que a gente nunca fez, porque senão a gente faria. Porque a gente acha um absurdo a gente pagar um negócio há 10 anos e menos de 1% do que se recolheu esses anos todos foram utilizados exatamente no setor. Então a gente não é contra o regime privado, mas a gente acha que ele tem que ser mitigado com o regime público de modo que investimentos públicos garantam compromissos maiores de universalização por parte de quem recebe essa outorga. Então, se a empresa recebe Fust, recebe uma série de incentivos para atuar num determinado local, ela vai ter obrigações, maiores obrigações de compartilhamento de rede, ou então durante um tempo ela tem que compartilhar determinadas condições, vai ter que tarifa para comercialização da capacidade dessa rede. Não dá para você aplicar uma regra no Brasil. O Brasil é um país muito diverso, que tem situações econômicas, sociais e de infraestrutura completamente distintas. Então, o nosso posicionamento a respeito do [tema] regime público e privado é este: não temos

nada contra, mas (eu pessoalmente ainda quero escrever sobre isso), saindo da configuração da Lei Geral de Telecomunicações existente hoje, que estabelece esses dois regimes, eu penso que é muito negativa a existência de uma distinção de regimes sobre um serviço que é público. Porque as telecomunicações são públicas, está na Constituição Federal, no artigo 21, então ela é pública. Se ela é pública, o Estado é que vai decidir qual é a medida da força regulatória que vai se determinar para vários tipos de delegação, de outorga, de transferência, de obrigação que ele possui com relação a esse serviço para os particulares. Como é em outros setores: na energia elétrica é assim, na água é assim, no gás é assim. Então, quando não existem amarras no poder público para que ele possa definir tarifa, definir meta de universalização, como acontece no regime público, eu creio que as coisas têm espaço para funcionar de uma forma muito mais orgânica. O fato de a LGT ter dito que somente a telefonia fixa está no regime público e todos os demais serviços estão no regime privado gerou o que? Impediu o uso do FUST para os outros serviços, que se mostraram muito relevantes e importantes para a sociedade, e não podemos usá-lo. E essa distinção dos regimes, casado com outro aspecto que eu acho perverso e absolutamente inadequado, que é a proibição de subsídio privado no serviço público. Por quê? Bom, fizeram um Plano Geral de Outorgas, dividiram o Brasil, e tal, chegaram a operar em São Paulo, então um filé mignon porque o estado de São Paulo concentra mais de 45% do mercado de telecomunicações, então tem uma concessionária que atua lá, em regime público né, lá ela atua como regime público. Mas ela atua no regime privado em todo o resto do país, não pode ter subsídio privado, então a receita que ela explora, que ela oferece explorando o serviço prestado no regime público, que é o STFC, ela a rigor não poderia utilizar para fazer investimento nos outros serviços. Mas de fato o que aconteceu, esse subsídio aconteceu, eu tenho documentos da Anatel aqui de dentro na época eu estava no conselho consultivo aqui em 2008, quando mudou o PGO e que a Anatel fez um estudo técnico, 80% da receita oferecida com STFC foi utilizada para subsidiar novos investimentos de serviço público, contra a lei, se esse subsídio não fosse proibido à agência poderia ter sido regulado esse subsídio e esse subsídio aconteceu de uma forma torta, distorcida, de acordo com um interesse privado de grandes operadores, e olha o resultado. O Brasil que tem as dimensões que tem, e que tem no mercado uma demanda enorme para acesso à banda larga e para acesso a dados, nós estamos muito atrasados em infraestrutura apesar da gente ter pago fortunas de Fust e Fistel. Então se vê por ano mais ou menos 3 bi por ano, acho que juntado Fust e Fistel é mais né, acho que são os 4 bi mais ou menos por ano e não pode usar isso daí. Então é um contexto de revisão da lei, por isso que a gente não apoia o PL, porque a gente acha que ele muda coisas muito pontuais, muito específicas e a LGT precisaria ser revista como um todo na suas bases, assim nas suas premissas essa da distinção dos dois regimes e na proibição de subsídio cruzado que eu acho perverso quando você fala de serviço público que aí você tem a parte do país que é rica, aquilo que uma empresa ganha explorando aquela parte não pode ser dividida o que ele ganha, não pode ser dividido com os consumidores das outras partes mais pobres do país né. Então a minha visão em relação aos regimes é isso, eu não acho que tem que ser só regime público ou só regime privado, mas eu acho que tem que se tratar da questão das telecomunicações como seres públicos que elas são e o poder público tem que ter a flexibilidade de saber em que momento ele vai fazer um contrato com mais obrigações, quando que ele vai fazer uma concessão, quando que ele vai fazer uma autorização, lógico que com regras né. Você não vai falar assim “lá no sei aonde vou fazer uma autorização e não vou dar dinheiro nenhum pra quem for investir lá”, é complicado, então tem que ter regras teria que haver essas regras para isso que serve a ANATEL e tudo né, mas eu acho que amarrar o poder público na sua possibilidade de regular, definir metas, obrigações, ou não obrigações eu acho super complicado.

- Antes de entrar nas perguntas, ainda dentro dessa introdução que a senhora fez, sabe-se que os recursos geralmente são alocados pelos grupos econômicos nas áreas onde

enxergam maior liberdade, maior interesse. Então, teria que existir a perna do fundo público?

Sim, porque é um serviço público. Pelo artigo 21 da Constituição, telecomunicações é público. Pelo artigo 175, quem tem que garantir o acesso é o poder público. Então, é lógico. Se a empresa “vai lá pros confins do Judas”, fazer uma concessão, botar dinheiro, para retornar meu investimento em sei lá quantos anos, não é isso que nós falamos. Ali não tem gente que vai ter condição de pagar a tarifa que dê o devido retorno ao investimento. Mas, aí, o Estado deve cumprir o papel dele, deve pegar o dinheiro que pagamos aos fundos públicos e fazer esse investimento. Porque aí existiria atratividade para o setor privado.

- Por meio de licitações reversas, ou coisa do tipo?

Por exemplo, por exemplo, sim coisas desse gênero. Ai se abre um leque enorme, a partir do momento que tem dinheiro, porque hoje não pode fazer isso por causa do regime privado, você não pode pegar o dinheiro do Fust e botar lá.

- Esse modelo que vocês imaginam seria um modelo de novas concessões para SCM, por exemplo? Será que teria atratividade para novas concessões de banda larga dentro de um contexto em que hoje a banda larga já é prestada com tanta liberdade?

Eventualmente sim, dependendo do local, por exemplo, eu duvido que seja tão igualmente interessante para vivo ou para um pequeno provedor fazer um investimento aqui no interior de Goiás, não precisa nem ir longe, eu te falo em São Paulo, se você vai para a periferia a pessoa não tem uma banda larga fixa. Bom basta ver números do MCTIC né? Dos 52 milhões dos brasileiros que tem acesso à internet, só 28% tem acesso na rede fixa o resto está todo mundo pendurado na rede móvel, tendo um acesso muito restrito nesses planos de franquia, baixas, *zero rating* que compromete o direito à informação que compromete uma série de questões sérias como questões políticas, formação de opinião, coleta de dados e coisas ai que vão pela frente né. Então eu acho o seguinte à prova de que tem interesse para isso é que, por exemplo, os últimos dados de crescimento da penetração da banda larga fixa o maior crescimento está por internet de pequenos provedores, se houvesse linhas de crédito, estímulo, eu tenho certeza que a gente teria um outro cenário. E eu vejo novas concessões eventualmente ou não, depende do local, depende da comissão do local e tudo isso né

- Para o Senhor, o regime público de concessão oferece bons instrumentos para lidar com o caso específico do setor de telecomunicações?

Acredito. Pelas razões que eu te falei, porque eu acho que é necessário que o estado tenha condições de em determinadas situações impor metas, foi só pelas metas de universalização que a gente tem rede, *backbone* e rede de acesso no Brasil inteiro que a gente conseguiu implantar isso de 1998 a 2005 né, que foi as metas mais pesadas assim foram nesse período.

- Aqui houve um momento de inflexão, quando elas perceberam que isso ia passar a ser reversível, certo?

Teve, eu estava aqui na ANATEL na época. Inclusive, a associação da qual eu faço parte moveu uma Ação Civil Pública, quando eles quiseram incluir, como metas de universalização, o

backhaul e que teve uma série de entraves, com relação a questão da reversibilidade. Inicialmente, havia a cláusula da reversibilidade. Na última hora, a ANATEL retirou a cláusula. Nós tínhamos ação na justiça, então conseguimos colocar a cláusula de volta. Porque, num contexto de Plano de Metas de Universalização, sendo metas de universalização, obrigatoriamente deveria ser reversível. E é isso que falamos: quando se começa com “puxadinho”, não dá certo, porque se cria uma incerteza para todo mundo, cria-se uma incerteza para nós consumidores, porque estamos bancando aquilo e queremos garantias em relação àquela rede. Não queremos, por exemplo, que aquela rede implantada com o regime especial tributário para o PNBL, com uma série de garantias que aquela rede vá ter, vai ficar no feriado regulatório 9 anos. Não dá, começa essa confusão assim, por isso que eu falo a LGT criou um regime muito rígido, com uma dicotomia muito rígida assim deu pouca flexibilidade, e aí que pode parecer bom vira uma coisa ruim porque, “a não então agora vamos voltar à rede de suporte banda larga além do contrato de telefonia fixa”. Não tinha o menor sentido, vamos antecipar o fim do contrato de concessão então, que já era uma possibilidade, vamos estabelecer um novo paradigma de contrato daqui pra frente, porque alias eu não sei se você teve acesso, mas o projeto original de lei da LGT não tinha proibição como tinha inicialmente no art. 36 de que as concessionárias poderiam prestar outros serviços, elas podiam prestar todos os serviços. E aí teve um debate grande no congresso nacional e veio o artigo 86 restringindo que as concessionárias só podiam prestar STFC, depois quando veio a lei do SeAC, acho que em 2011-2010, alteraram o artigo 86 e aí elas puderam prestar tudo. Mas isso foi péssimo, foi péssimo, porque distinção entre regime público e privado, proibição de subsídio e restringir uma empresa a prestar um único serviço eu acho que isso foi negativo para o país. É lógico que privatização tudo trouxe, desafogou, melhorou indiscutivelmente a gente estava totalmente paralisado ali, mas essa dicotomia de regimes casado com a proibição de subsídio cruzado e impedir as concessionárias de prestarem serviços eu acho que isso foi muito negativo. Se as coisas não fossem assim você tinha um outro desenvolvimento do regime público.

- O Senhor(a) saberia apontar até 5 temas que considera obstáculos à ampliação das redes e à universalização do acesso das telecomunicações no modelo regulatório atual?

A distinção de regime é o primeiro, proibição de subsídio cruzado é outra, restringir que tipo de serviço (se bem que isso caiu agora, mas isso vigorou de 98 a 2010-2011, a Lei do SeAC de 2011). Então ficou muito tempo isso aí, e isso criou uma distorção, porque as empresas criaram outras subsidiárias para prestar serviços de banda larga. Isso deu um desentendimento regulatório, deu uma série de complicações. Então essas questões eu acho que são os principais, não sei se me vem à cabeça 5, mas essas 3 aí já são suficientes para eu fazer uma bagunça grande.

- Como o Senhor avalia a importância da telefonia fixa no momento da edição da LGT e hoje? Como o senhor vê o futuro do STFC, especialmente frente a outras tecnologias?

Então lá na época da privatização em 98 ela tinha muita relevância, ainda que já naquela época se pudesse projetar um futuro diferente, se definir metas que já contemplassem a sociedade da informação, que a gente estava indo né? Mas eu acho que naquela época ela tinha muita relevância e acho que em alguns locais do país ela ainda tem relevância. É lógico que não tem a relevância que tinha naquela época, longe disso, relevância econômica acho que tem muito pouco para quem presta o serviço, para alguns usuários de algumas localidades do país ainda tem relevância. Porque a gente tem a telefonia móvel que é a que está mais acessível para todo mundo ainda é cara, para o nível de renda do brasileiro, ainda é cara. Então eu acho que ela veio perdendo relevância, mas ela ainda tem uma relevância e a perspectiva é que ela perca, porque

na medida em que a infraestrutura, os investimentos forem ficando mais baratos para o acesso à internet o interesse pela telefonia fixa vai caindo. Mas eu gosto sempre de destacar bem que uma coisa é o serviço, outra coisa é a infraestrutura, a infraestrutura que dá suporte a esse serviço ela tem uma grande relevância e ela não vai perder, você imagina rede e duto, porque tem as obras de engenharia civil passando pelo Brasil inteiro levando rede até casa de todo mundo. Isso daí é o que eu fico muito assim desgostosa com a discussão sobre o PL 79, porque usam essa de “a telefonia fixa não tem”, não o serviço não tem gente, mas a infraestrutura tem um valor absurdamente grande. Hoje essas redes respondem do STFC, respondem por mais de 50% do provimento de banda larga. Então a infraestrutura tem muita relevância ainda e terá na medida em que o Brasil for eficiente em aproveitar essa infraestrutura em fazer investimento em novas tecnologias para aproveitar essa infraestrutura. Essa infraestrutura ainda tem relevância, não sei eu não sou engenharia mas com as pessoas que eu converso, por muitos anos.

- Que efeitos a manutenção da telefonia fixa no regime público gera sobre a prestação de serviços de telecomunicações no Brasil?

Eu acho que vai prejudicar porque não é mais uma realidade. Nós estamos em 2018 e isso já está precisando ser revisto, e a gente não está encontrando uma forma de rever. Você vê o processo de revisão dos contratos. Está paralisado há 3 anos, e não se consegue desengatar. Por que? Porque essa fórmula do contrato de concessão do STFC não responde mais, não precisa mais você ter contrato de concessão que contém obrigatoriamente ao mesmo tempo serviço e sua infraestrutura, a gente já poderia estar numa outra realidade, eu acho que é muito negativo ficar esticando essa corda, a gente defende aqui que vão sendo feitas e que no regime vigente hoje da LGT que se tire o regime público de serviço e estenda o regime público pra infraestrutura, concomitante e com regime privado, e que o poder público possa ter essa flexibilidade de algum lugar fazer uma autorização, um lugar fazer uma concessão, botando dinheiro do Fust e fazendo esses balanceamentos.

- Assim, que impactos a não utilização dos recursos do FUST possui sobre a universalização dos serviços de telecomunicações?

Então muito louco né? Porque você vê, qual o único serviço que está sujeito a obrigação de universalização? O STFC. A Anatel, em 2005, em dezembro, ainda falou: vocês universalizaram a infraestrutura do STFC. Então você pode dizer que a não utilização do Fust impediu a universalização do serviço que é objeto do contrato? Não, porque está universalizado, se não tivesse universalizado pela lei a Anatel não podia nem ter prorrogado os contratos por mais 20 anos. Mas o problema não é esse o problema é esse estancamento, essa dicotomia que fizeram entre o regime público e o regime privado. Na hora que fizeram essa separação o dinheiro que a sociedade deu para o Fust, Fustel que poderia ser utilizado nisso tudo deixou de cumprir a sua finalidade e propiciou assim no meu modo de ver uma distorção. Porque aí os agentes econômicos que tem mais condição, que puderam explorar mercados melhores, que indiscutivelmente foi a Vivo e a Embratel puderam ter outra condição. Olha a situação da Oi, onde é que a gente chegou com tudo isso, a Oi que pegou o osso do Plano Geral de Outorgas ela tinha que ter podido fazer subsídio, ela tinha que ter podido fazer isso e se não fizesse isso teria que ter pedido os Fust, mas tinha limite para usar o Fust porque muito dos serviços que ela prestava não estava no regime público. Então essa, a não utilização do Fust por conta dessa dicotomia de regimes criou distorções, piorou a situação de competitividade e impediu a universalização, e criou uma situação de injustiça social. Porque todo mundo pagava para que o país tivesse uma situação de acesso às telecomunicações mais iguais e a gente tem uma

distribuição extremamente totalmente desigual, por quê? A infraestrutura está em todo lugar, mas não é todo mundo que tem acesso ao mesmo serviço prestado em regime público. E você certamente viu que a assinatura básica foi um impedimento, porque na realidade o que subsidiou o cumprimento das metas de universalização. Não foi o Fust, porque o Fust não foi usado, mas as metas foram cumpridas, foi assinatura base que tinha uma estrutura fixa que inicialmente previa além do reajuste na sexta a possibilidade por um índice alto com variação de dólar com aquele excursor que significava um aumento, a concessionária poderia aplicar além da correção monetária desde que a sexta inteira não saísse do teto né, mas em determinado item um aumento além da correção monetária que foi aplicada na assinatura básica todos os anos de 9%, de 98 a 2005 depois o excursor abaixou e continuou sendo aplicado. Então a gente pagou 2 vezes, porque a gente pagava o Fust que não era usado e pagava a assinatura básica, que quem tinha o dinheiro os consumidores que tinham condição de pagar, pagaram e os que não tinham, não tinham acesso ao serviço. Então criou uma situação muito desequilibrada, muito injusta eu acho tudo isso.

- O Senhor considera que o FUST, conforme havia sido concebido pela legislação, já foi abandonado no modelo de universalização brasileiro?

Foi. Totalmente. Você tem acórdão do Tribunal de Contas atestando isso. É uma distorção absurda, menos de 1% foi utilizado e assim os 90% que não foi utilizado tem uma grande parte disso que nem se sabe para onde foi usado. É um insucesso completo, não por causa do fundo que eu acho que é justo, que é um caminho para você conseguir subsidiar novos investimentos, mas por causa da distinção de regimes.

- Nesse contexto, em que a Agência depende do patrocínio do Poder Executivo e de dotação orçamentária para dar andamento aos projetos que utilizem o FUST, o senhor considera que há possibilidade de a ANATEL gerir os recursos do fundo? Se sim, como poderia se dar esse processo?

Não, eu acho que até pelo que está na nossa Constituição e na lei. A Anatel é uma implementadora de políticas públicas, a primeira parte que você lê aqui é que essa questão toda impediu, criou dificuldades, criou entraves, levou a fazer esses puxadinhos de *backhaul* e não sei o que o que. Mas a Anatel gerir esse fundo e definir política, aí eu não concordo, eu acho que isso é uma atribuição de quem recebe mandato pelo sistema democrático que não é o caso dos reguladores. E a gente sabe de problemas que está configurado no contexto das privatizações e tal, da atuação das agências do poder maior que as empresas têm até por dominar questões técnicas, questões econômicas tudo, de fazer prevalecer as suas narrativas dentro das agências, então isso eu sou contra. Eu acho que quem tem que gerir o fundo é o processo executivo e o poder legislativo.

- O que a senhora pensa sobre modelos de fundos privados, ou fundos contábeis dentro da própria empresa, que existem em outros países desenvolvidos, em que são apresentados, por exemplo, projetos para o regulador; e se esses projetos forem aprovados pelo regulador, essa reserva contábil da empresa para projetos, por exemplo, de universalização, poderia ser desbloqueada, e coisas assim?

Eu não vejo problema nenhum, desde que haja uma adequação entre as finalidades desses projetos e as finalidades definidas pelas políticas públicas. Por que não? Se existe um modelo econômico viável, interessante para o setor privado e que, ao mesmo tempo, permita cumprir

finalidades de políticas públicas, eu acho ótimo. Aí não precisaria haver reversibilidade. Essas coisas podem ser tratadas ao mesmo tempo, não precisa ter reversibilidade. É claro, o fundo é privado, a empresa botou dinheiro lá. Por que seria reversível essa rede? A rede pode ter um regime específico, porque todas as redes aplicadas as telecomunicações têm interesse público, então existem uma série de regras. Mas não precisaria ter reversibilidade. Todo o investimento foi feito com o dinheiro dele, então como é que vai ser reversível aquela rede? Eu penso que é uma excelente opção, se existir e se for viável economicamente para o setor privado, eu acho que é um excelente caminho.

- A imposição de um regime jurídico público, com reversibilidade de bens, é importante para a continuidade? Existem outros mecanismos que podem atuar com esse objetivo?

Olha na atual configuração que a gente tem eu acho importante, eu acho importante sim, sinceramente eu não vejo como não ter agora eu acho que numa outra configuração que não tenha essa dicotomia entre regime pública e privada a reversibilidade não é o único caminho para você garantir a continuidade, você tem outros caminhos. Mas do jeito que a gente está, a gente ficou... Como é que você vai pôr dinheiro público assiduamente num determinado investimento e não vai garantir que se aquele concessionário for embora você vai ficar com aquela rede, sendo que o poder público tem obrigação constitucionalmente de garantir o acesso. Complicado na configuração que a gente tem hoje, agora em uma outra configuração não, a reversibilidade não é o único caminho para garantir, você tem opções regulatórias inúmeras. E assim na medida que a tecnologia vai se desenvolvendo acho que mais ainda, porque a coisa física, a infraestrutura física vai não perdendo relevância mas vai dividindo a relevância com outras tecnologias. Então eu acho que não necessariamente, mas nesta configuração infelizmente, e na situação que a gente está hoje eu acho importante e acho importante também pelo seguinte, que é uma discussão que a PROTESTE tem. A gente acha assim: determinado bem deixou de ser reversível (porque o que define reversibilidade é necessidade daquela infraestrutura para prestação de serviço), aí eu posso vender isso aqui. OK, você vendeu por quanto? Vendi por 100. E quanto você gastou para substituir aquele bem para você conseguir a mesma utilidade? Gastei 5. Então vamos colocar numa conta, a diferença entre o 100 e o 5, porque lá na frente quando a gente for encerrar esse contrato e a gente for passar régua no nosso contrato a gente tem que compensar o que você ganhou com a venda desse bem e o que eu vou ter que te pagar no final por outros bens que você vai me devolver e eu vou ter que te pagar. E eu defendo isso, o TCU também defende isso.

- Isso é o modelo vigente né?

É, mas as empresas questionam isso, elas questionam, eu já participei de vários debates com o Floriano e ele disse que isso aí não está escrito em lugar nenhum. Eu falei amigo não precisa está escrito é o equilíbrio econômico financeiro do contrato, é uma concessão o poder público não pode ser lesado e pagar duas vezes pela mesma infraestrutura, não tem como isso acontecer, você está distorcendo. E eles dizem isso. A gente desistiu dessa ação porque a situação da Oi, mas a gente tinha uma ação civil pública e eu tenho uma contestação da Oi, contra a Oi por que a Oi estava na época a uns anos atrás falou que ia turbinar o caixa e começou a vender um monte de bem, tanto é que a Anatel fez uma pauta online impedindo de vender. E ela fala que ela não tem nada que dizer o quanto que ela ganhou, qual é o bem que isso aí não tem relevância. Então a questão da reversibilidade passa por isso também, por que a gente tem que pensar hoje um bem é reversível, OK. Amanhã ele não é mais, OK. Mas qual o impacto

econômico daquele bem para o equilíbrio econômico financeiro do contrato. Acho que isso não pode perder de vista na discussão da reversibilidade entendeu?

- De que forma a questão da indefinição sobre a reversibilidade dos bens da concessão afeta o desenvolvimento do setor e a expansão das redes? O senhor considera que as questões relacionadas a quais bens devem ser objeto da reversão (segundo o aspecto patrimonial ou funcional) já se encontram definidas no âmbito da Anatel?

Porque que não está definido? Porque a Anatel não controlou, não fez a lição. O Tribunal de Contas tem um Acórdão sobre isso e a nossa Ação Civil Pública é sobre isso, e o Poder Judiciário já reconheceu em primeira e segunda instâncias, a Anatel e a União fizeram Embargo de Declaração e perderam de novo, e agora nós começamos a fazer a execução. Como é que se pode saber a relevância daquilo, se não se sabe o que é aquilo. “Ah não, mas eu não tenho a relação desses bens...” E ai? E agora? Nós vamos resolver isso como? Essa indefinição não se deveu a troca de nada, pelo modelo, por conta da reversibilidade. Essa indefinição se deveu a uma atuação ineficiente da administração pública que fechou aos contratos e não fez o inventário dos bens, demorou sete anos para fazer uma Resolução de Controle de Bens Reversíveis, deixou as empresas venderem coisas “a torto e a direita”, não definiu a questão do *backhaul* na origem do contrato porque tinha uma rede de comunicação de dados, porque as empresas falam “tem o *backhaul* do passado e o *backhaul* do presente” do presente. Então, se existe uma indefinição, não é pelo modelo, a indefinição existe por uma falta, por uma ineficácia do regulador nesse caso.

- Eu acho que existem questões mais conceituais que estão em debates. Porque há quem defenda que a questão de se considerar um bem reversível, ou não, teria que ser vista na hora de fechar a conta, de acordo com a essencialidade. Que seria o ineficiente ou contraproducente ficar acompanhando todo o acervo de bens a concessionária durante todo o contrato, sendo que o momento em que você tem que ver se isso seria realmente essencial ou não e fechar a conta seria no final do contrato.

Uhum, mas eu concordo. Mas como é que você faz esse controle acompanhando aquela outra questão que eu te falei, porque óbvio num cenário de telecomunicação, tecnologia é assim exponencial, um negócio hoje reversível porque, o que é um bem reversível? É aquele que é essencial para a prestação de serviço então ele é reversível justamente para garantir a continuidade. Bom mas agora ele não é mais essencial então ele deixou de ser reversível, ótimo, mas eu preciso ter esse controle, eu preciso ter essa conta entendeu. Eu concordo plenamente, o que é? O negócio era reversível em 1985 e vai continuar em 2025? Desculpa, loucura isso, não vai ser mesmo. Mas nesse universo da concessão você tem que ter um controle sobre isso, e quem tem que dizer se aquilo deixou ou não de ser reversível, se aquilo é ou não relevante, é a administração pública é óbvio. E infelizmente na questão dos bens reversíveis nós ficamos muito vulneráveis por causa da atuação da Anatel. Infelizmente isso é um fato. Agora, o instituto em si, eu concordo. As coisas que você for olhar conceitualmente, uma coisa que é essencial hoje para prestação de serviço amanhã não vai ser, só que ela tem que receber um tratamento econômico no desenrolar do contrato.

- A sua opinião é aderente com uma visão mais patrimonial, como saiu no voto do ex-conselheiro Zerbone? No sentido de que o próprio acervo patrimonial da concessionária

é importante para a sustentabilidade de um equilíbrio econômico financeiro, ele teria que ter um controle maior do acervo patrimonial?

Penso que não podemos esquecer que quando se fala de reversibilidade, está se falando de uma concessão pública e de investimento público. Então, o poder público tem que ter um controle sobre aquilo. Não é uma visão patrimonialista, é uma visão de eficiência. O governo não pode ficar jogando dinheiro pela janela, dando dinheiro para os outros assim. Se aquele dinheiro está sobrando ali dentro da concessão, ele tem que ser usado para universalizar, para reduzir tarifa, para fazer novos investimentos. Agora não controlo você pega o dinheiro o agente econômico pega o dinheiro coloca lá onde ele quer e “bua”. É assim que a gente está hoje, a gente vive numa situação de estranha incerteza, eu quero ver o que a Anatel vai falar, porque a gente deu início a execução da sentença para juntar o inventário dos bens, imagina só, o que é que a Anatel vai falar lá?

- Como o senhor pensa que deveria se dar a atuação da Agência com relação ao fato de que as tecnologias aplicadas às redes, hoje, servem de suporte a outros serviços de telecomunicações explorados pelas concessionárias, inclusive mais rentáveis?

Então mais uma vez a gente fica numa situação de indefinição né, e de prejuízo por conta dessa dicotomia de regime. Porque, olha só, a gente começou lá em 1998 com que cenário? Concessionária só podia prestar STFC, regime público privado. Não podia fazer subsídio aí o subsídio aconteceu atestado pela, 80% do que se ganhou com a exploração da concessão foi usado em novos investimentos em regime privado e chegou em 2011 veio a lei do SeAC que falou pode prestar tudo. Aí as empresas juntaram todas as CNPJ's das suas subsidiárias que prestavam os outros serviços botaram tudo no guarda-chuva da concessão, no CPNJ da concessão e aquele patrimônio passou a ser incorporado pela concessão. A lei do SeAC falava expressamente, falava não, fala expressamente que o atendimento do pedido das concessionárias que fizessem a conversão de todas as operações deveria passar por um processo de compensação econômica, por conta do ganho que elas iriam ter. Quer dizer, você tem muito mais eficiência nesse cenário que é o que eu defendo que deveria ser lá desde a origem, como era no projeto original da LGT e aí essa situação rumou. Qual providência se tomou para administrar essa situação no decorrer da concessão? Isso não deveria ter sido objeto de um tratamento regulatório, de um acompanhamento, bom então nós vamos mudar o cenário aqui então vamos, mas pra isso precisava ter controle dos bens reversíveis e a Anatel não tinha, a Anatel não fez, a Anatel ficou 7 anos de concessão sem controle, não tinha nem uma norma, nem uma regra de controle de bens reversíveis. Perderam se bilhões e não sou eu quem digo é a auditoria de fiscalização da Anatel que fez aqui, então é uma situação difícil eu concordo com você, não é à toa que a gente está emperrado aí nessa situação, é muito complicado. E eu não sei, acho que um desafio imenso, vai ter que ter uma mediação aí nessa conversa toda porque vai ter que chegar numa conclusão, porque os bens envolvidos são muito valiosos para todas as partes, inclusive para nós sociedade que não queremos entregar essas redes todas que são essenciais para acessar internet hoje assim de mão beijada por 17 bilhões. Que é o que a Anatel disse que vale a massa dos bens reversíveis, sendo que nós temos documentos mostrando que a Anatel estimou só as redes em 74 bilhões, só as redes, entendeu? Então eu acho um desafio enorme.

Eu vejo que vai ter que ter uma mediação, eu já vi esse discurso e acho que é o mais fácil e assim, sendo parcial puxando a brasa para a minha sardinha, se passa 1 kilobit de STFC ali, é da concessão. Eu acho que, tomando em conta a realidade, seria até justo que isso acontecesse assim, por causa de que de fato aconteceu subsídio cruzado proibido pela lei e foi feito muito investimento de dinheiro público em infraestrutura que dá suporte a serviço prestado em regime

privado. Então as concessionárias ganharam muitíssimo nisso, e nós sociedade perdemos porque como eu falei, eu considero que a gente pagou duas vezes, porque a gente pagou Fust mais assinatura básica. Então acho justo, agora conceitualmente eu acho complicado, eu acho complicado, e eu acho que tudo isso está na origem da falta de controle de tudo, por isso que tem que controlar.

- Até porque a União, de uma forma ou de outra, no cálculo da amortização, vai ter que indenizar por essa rede de fibra ótica.

Exatamente é uma situação muito complicada, essa equação, isso vai ter que ser negociado, a solução disso não é meramente regulatória. Porque, assim, se tem aspecto regulatório, repito aqui, a Anatel não fez a lição de casa e deixou a situação num pé de descontrole que vai ser muito difícil de resolver. Então o que que tem? Tem que ter uma mediação, mas uma mediação também justa, porque as concessionárias ganharam muito, muito. É vai ser bem complicado eu acho, sair desse enrosco, vai ser fogo na roupa.

- O senhor considera que num eventual ambiente de prestação exclusiva no regime privado existiriam mecanismos para garantia de continuidade e de ampliação do acesso dos serviços de telecomunicações?

Eu penso que sim. Na configuração atual da LGT, talvez tivéssemos alguma dificuldade. Agora, não existir a diferença de regimes, pode-se ter uma autorização que traga todas essas garantias as quais você menciona: continuidade, ampliação, tudo isso. Basta o poder público entender: “bom, nesse lugar aqui eu já tenho tudo isso, mas ali eu não tenho nada. Então, vamos fazer um negócio mais leve aqui, com menos obrigações, somente com o dinheiro do agente privado; e naquele outro lugar, eu vou ter que botar um monte de dinheiro.

Mas você vê, temos, até hoje, depois de anos, zonas cinzentas de acesso à rede móvel que não têm SMP. A Anatel não conseguiu fazer isso, as obrigações que ela impôs para o serviço móvel, eu não vi os últimos números, eu não sei como é que estão, mas até o ano retrasado menos de 60% das metas foram cumpridas e a Anatel não toma atitude nenhuma. Metas para serviço prestado no regime privado, esse é o problema: qual é o poder de enforcement que a Anatel vai possuir sobre essas questões, como é que ela tem lidado com essas questões? Eu acho que poderia, poderia, só que de fato não acontece, na prática do que a gente viu não acontece.