

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL**

MÁRCIA FERNANDES BEZERRA

**ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A CONSTITUCIONALIDADE DO
REGIME JURÍDICO DE EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE
TELECOMUNICAÇÕES**

**CURITIBA
2008**

MÁRCIA FERNANDES BEZERRA

**ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A CONSTITUCIONALIDADE DO
REGIME JURÍDICO DE EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE
TELECOMUNICAÇÕES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Social da PUC-PR como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Alberto Blanchet

**CURITIBA
2008**

B574a Bezerra, Márcia Fernandes
2008 Atuação do estado na economia e a constitucionalidade do regime jurídico de exploração dos serviços de telecomunicações / Márcia Fernandes Bezerra ; orientador, Luiz Alberto Blanchet. -- 2008.
158 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008

Inclui bibliografia

1. Telecomunicações – Legislação – Brasil. 2. Telecomunicações – Livre Iniciativa. 3. Concessões administrativas. 4. Constituição – Emendas.

I. Blanchet, Luiz Alberto. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 341.880981

MÁRCIA FERNANDES BEZERRA

**ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A CONSTITUCIONALIDADE DO
REGIME JURÍDICO DE EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE
TELECOMUNICAÇÕES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Social da PUC-PR como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Alberto Blanchet

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Luiz Alberto Blanchet
Orientador

Prof. Ângela Cássia Costaldello
Convidada

Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho
Membro

Curitiba, _____ de _____ de 2008.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet, pela orientação e por todas as preciosas lições transmitidas ao longo do curso.

Para minha mãe, a emoção, que diariamente mostra o verdadeiro significado do amor e respeito incondicionais. Para meu pai, a razão, capaz de fazer a serenidade surgir mesmo no meio das grandes tormentas. Para ambos porque sempre apontaram a relevância do estudo – mas não somente dele – para minha formação.

Ao Renato, o irmão caçula que hoje mostra o quão grande tornou-se e Karelize, a irmã com que ele me presenteou.

Para Luíza, a terceira a chegar, e que mostra como a vida pode ser simples e bela quando admirada com os olhos de uma criança.

Tudo no mundo começou com um sim. Uma molécula disse sim a outra molécula e nasceu a vida. Mas antes da pré-história havia a pré-história da pré-história e havia o nunca e havia o sim. Sempre houve. Não sei o quê, mas sei que o universo jamais começou. Que ninguém se engane, só consigo a simplicidade através de muito trabalho. Enquanto eu tiver perguntas e não houver resposta continuarei a escrever. Como começar pelo início, se as coisas acontecem antes de acontecer?

Clarice Lispector, *A Hora Da Estrela*

RESUMO

A presente dissertação objetiva investigar a constitucionalidade do regime jurídico de exploração dos serviços de telecomunicações a partir das inovações havidas neste setor especialmente após o advento da Emenda Constitucional n.º 8. Para tanto, serão analisados os paradigmas histórico-econômicos da exploração dos serviços de telecomunicações no Brasil, desde a sua introdução, passando pelo monopólio estatal, até o advento da Constituição da República de 1988 e a redefinição da atuação do Estado na economia. Em seguida, será abordada a exploração das telecomunicações após a Emenda Constitucional n.º 8/95, a partir da análise do papel que o influxo tecnológico, a privatização, a reforma do aparelho do Estado e o novo marco regulatório desempenharam neste setor. Em seguida serão indicadas as três principais diretrizes da exploração dos serviços de telecomunicações: a) a criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL); b) a participação dos agentes privados no setor; e c) a desmonopolização do setor com a adoção dos princípios da livre iniciativa e concorrência. Por fim, será analisado o regime jurídico de exploração dos serviços de telecomunicações frente à Constituição da República, com a exposição dos fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.668 e os principais argumentos que permitem concluir pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações que estabelecem o regime jurídico de prestação destas atividades.

Palavras-chave

Serviços de telecomunicações; serviços públicos; concessão; permissão; autorização; livre iniciativa; concorrência; Agências Reguladoras.

ABSTRACT

The objective of this Masters Dissertation is to investigate the constitutionality of the telecommunication services' legal regime after the innovations implemented in the sector by the Constitutional Emend n.º8. For that purpose, the economical and historical paradigms of the telecommunication services exploration in Brazil will be analyzed from its introduction, through the State monopoly, until the 1988 Republic Constitution and the redefinition of the State's role in the national economy. After that, this thesis will cover the exploration of telecommunication services after the Constitutional Emend n.º 8/95, analyzing the role played in the sector by the technological influx, privatization, the reformation of the State's unit and the new regulatory mark. Afterwards, the three main guidelines for the exploration of the telecommunications services will be discussed: a) the creation of the National Telecommunications Agency (ANATEL); b) the performance of private agents in the sector; and c) the sector's demonopolization with the adoption of free enterprise and competition principles. At the end, the legal regime of the telecommunication services will be analyzed according to the Republic Constitution, these main arguments, with the explanation of the principles of the Direct Act of Unconstitutionality n.º 1.668 will allow the conclusion that the devices of the LGT, which determine the legal regime of these activities, are perfectly constitutional.

Key-Words

Telecommunication Services; public services; concession; permission; authorization; free enterprise; competition; Regulatory Agencies.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANA – Agência Nacional de Águas
ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP – Agência Nacional do Petróleo
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BACEN – Banco Central
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CMN – Conselho Monetário Nacional
CONTEL - Conselho Nacional de Telecomunicações
EMBRATEL – Empresa Brasileira de Telecomunicações
FUST - Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LGT – Lei Geral de Telecomunicações
MARE - Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado
PGMU - Plano Geral de Metas de Universalização
PGO - Plano Geral de Outorgas

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. PARADIGMAS HISTÓRICO-ECONÔMICOS DA EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL	4
2.1. A INTRODUÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL	4
2.2. O MONOPÓLIO ESTATAL DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES	5
2.3. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A REDEFINIÇÃO DA ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA	10
2.3.1. O advento do Estado Regulador	12
2.3.2. A regulação	17
2.3.3. Formas de atuação do Estado: a dicotomia entre as atividades privadas e os serviços públicos	23
2.3.4. A livre iniciativa e livre concorrência	32
2.3.4. A exploração dos serviços de telecomunicações e a Constituição de 1988	38
3. AS TELECOMUNICAÇÕES APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 8/95	40
3.1. O INFLUXO TECNOLÓGICO	40
3.2. A PRIVATIZAÇÃO E A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO	46
3.3. O NOVO MARCO REGULATÓRIO	52
3.3.1. A Lei Mínima	52
3.3.2. A Lei Geral de Telecomunicações	53
3.3.3. O Plano Geral de Outorgas	56
3.3.4. O decreto n. 2592 de 15 de maio de 1988 e as Metas de Universalização	57
3.4. DEFINIÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES	63
3.5. CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES	65
4. AS NOVAS DIRETRIZES DA EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES	70
4.1. A CRIAÇÃO DE UMA AGÊNCIA REGULADORA	70
4.1.1. Agências reguladoras no direito norte-americano	70

4.1.2. As Agências reguladoras no direito brasileiro	72
4.1.3. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)	79
4.1.4 Funções desempenhadas pela ANATEL	81
4.1.4.1. Competência normativa	83
4.1.4.2. Gerenciamento das contratações administrativas	87
4.1.4.3. Fiscalização	88
4.1.4.4. Poder de dirimir conflitos	89
4.2. A PARTICIPAÇÃO DOS AGENTES PRIVADOS	91
4.2.1. Concessão	92
4.2.2. Permissão	102
4.2.3. Autorização	107
4.3. A DESMONOPOLIZAÇÃO DO SETOR	111
4.3.1. Os serviços públicos, a livre iniciativa e a livre concorrência	112
4.3.2. A garantia da competitividade no âmbito dos serviços de telecomunicações	119
5. O REGIME JURÍDICO DE EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES FRENTE À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA	127
5.1. OS FUNDAMENTOS DA ADIN 1668	127
5.2. A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL A RESPEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES	133
5.3. A FINALIDADE DAS NORMAS DO ART. 21 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA	137
5.4. A PREVISÃO DA AUTORIZAÇÃO COMO FORMA DE DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES	138
5.5. COMPLEXIDADE E EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA DO SETOR	141
5.6. SÍNTESE: A CONSTITUCIONALIDADE DA ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NA LGT	143
6. CONCLUSÃO	149
7. REFERÊNCIAS	153

1. INTRODUÇÃO

Desde 1962, com o advento da Lei Federal n.º 4.117 – Código Brasileiro de Telecomunicações, a exploração dos serviços telefônicos foi atribuída de forma direta e exclusiva à União. Este modelo foi mantido na Constituição da República de 1988, que conferiu à União a competência exclusiva para explorar e regular os serviços de telecomunicações (arts. 21 XI e 22 IV da Constituição da República).

Todavia, em 1995, a partir do diagnóstico do esgotamento deste modelo, foi editada a Emenda Constitucional n.º 8 que alterou o art. 21, XI da Constituição da República, possibilitando que os serviços de telecomunicações fossem prestados por entes privados.

A denominada privatização das telecomunicações foi parte de um projeto amplo de desestatização, por meio do qual se visou à criação de um panorama favorável à administração empresarial dos serviços públicos, sem que para isto o Estado tivesse que desempenhar diretamente estas funções. Almejou-se, também, a melhoria dos serviços prestados com a implantação da competição entre as empresas prestadoras e o fortalecimento do papel regulador do Estado.

Com base neste panorama foi editada a Lei Federal n.º 9.295/96 (Lei Mínima) que traçou as primeiras diretrizes para a exploração de alguns dos serviços de telecomunicações, pelo particular, no regime de concessão. Posteriormente, foi editada a Lei Federal n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações, doravante denominada LGT) que criou uma Agência Reguladora – a ANATEL - incumbida de regulamentar e fiscalizar a atuação dos particulares na exploração dos serviços de telecomunicações. A LGT tratou, ainda, da organização destes serviços, conceituando-os e traçando as regras gerais para sua exploração.

Para tanto, a LGT definiu serviços a serem prestados em regime público (mediante concessão ou permissão), privado (mediante autorização) ou concomitantemente em ambos.

Após a desestatização da exploração dos serviços de telecomunicações, ocorrida com a edição da Emenda Constitucional 8/95 e a edição da LGT, iniciou-se um processo de ampla revisão e profundo questionamento de conceitos e categorias jurídicas pertinentes aos serviços públicos. É inegável a influência das alterações havidas nesta seara sobre os direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações e o papel do Estado na regulamentação destas atividades.

Todavia, foi a inserção de um novo participante nesta relação – o ente privado prestador dos serviços públicos na modalidade de concessão, permissão ou autorização – que determinou a investigação de questões até então não suscitadas. Como conciliar a expectativa de lucro do ente privado com o direito à fruição dos serviços públicos por parte dos cidadãos? Quais os limites e parâmetros na fixação das tarifas relativas aos serviços de telecomunicações? Qual o papel do Estado na relação estabelecida entre o prestador e o usuário?

É com base nestas premissas que se pretende investigar a constitucionalidade da previsão de exploração dos serviços de telecomunicações sob o regime de direito público, privado e concomitantemente em ambos.

Buscar-se-á conceituar o serviço público a partir de uma investigação histórica e dos elementos que compõem a visão tradicional acerca do instituto, bem como delimitar a noção dos serviços de telecomunicações de acordo com a abordagem constitucional e infraconstitucional (em especial na LGT).

Ainda, pretende-se investigar a disciplina geral da exploração dos serviços de telecomunicações no regime de direito público e privado e analisar a constitucionalidade do regime jurídico de exploração destas atividades.

Para tanto, inicialmente serão apresentados os paradigmas histórico-econômicos da exploração dos serviços de telecomunicações no Brasil, desde a sua introdução, passando pelo monopólio Estatal, até o advento da Constituição da República de 1988 e a redefinição da atuação do Estado na Economia.

Serão, então, analisados os fatores que levaram ao advento do Estado Regulador, os conceitos trazidos pelos estudiosos brasileiros a respeito da regulação, as formas de atuação do Estado, em especial a dicotomia entre as atividades privadas e os serviços públicos, e a forma pela qual foi configurada a exploração dos serviços de telecomunicações na Constituição da República de 1988.

Em um segundo momento, será caracterizada a exploração das telecomunicações após a Emenda Constitucional n.º 8/95, a partir da análise do papel que o influxo tecnológico, a privatização e a reforma do aparelho do Estado e o novo marco regulatório desempenharam neste setor.

Serão analisadas individualmente a Lei Mínima, o Plano Geral de Outorgas, o Plano Geral de Metas de Universalização e a Lei Geral de Telecomunicações, para

que seja apresentada a definição e a classificação legal dos serviços de telecomunicações.

A partir desta análise é que serão indicadas as três principais diretrizes da exploração dos serviços de telecomunicações: a) a criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), com a abordagem particularizada de seu poder normativo, a competência para gerenciar as contratações administrativas, para fiscalizar a prestação das atividades e para dirimir conflitos; b) a participação dos agentes privados no setor na modalidade de concessão, permissão e autorização; e c) a desmonopolização do setor com a adoção dos princípios da livre iniciativa e concorrência e a garantia de competitividade no âmbito dos serviços de telecomunicações.

Por fim, será analisado o regime jurídico de exploração dos serviços de telecomunicações frente à Constituição da República, com a exposição dos fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.668 e os principais argumentos que demonstram a constitucionalidade dos dispositivos da LGT que estabelecem o regime jurídico de prestação destas atividades.

2. PARADIGMAS HISTÓRICO-ECONÔMICOS DA EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL

2.1. A INTRODUÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL

Os serviços públicos foram, no começo de sua expansão, após a revolução industrial, delegados a prestadores privados, seja porque o próprio Estado não dispunha de recursos, seja em função da concepção política liberal¹. Foi neste panorama que os serviços de telecomunicações foram introduzidos no país.

De acordo com SILVEIRA, o início da exploração dos serviços de telecomunicações no Brasil data de 11 de maio de 1852, quando D. Pedro II inaugurou a primeira linha de telégrafo no país, ligando as cidades do Rio de Janeiro a Petrópolis². Desde então, as linhas de telégrafo foram expandidas no território nacional, atingindo capitais, como Porto Alegre, Belém, São Luiz e Recife.

A seu turno, o telefone chegou ao país no ano de 1877, quando o primeiro aparelho foi instalado no Palácio de São Cristóvão, na Quinta da Boa Vista, no Rio de Janeiro³.

Ainda em 1879, Dom Pedro II outorgou a primeira concessão para a exploração desta atividade⁴ a Charles Paul Mackie, representante da empresa Bell Telephone Company, fundada por Alexander Graham Bell, inventor do telefone. Inicialmente, a implantação de terminais telefônicos teve lugar no Rio de Janeiro e em Niterói. Posteriormente, os serviços foram também estendidos a outras capitais, como Porto Alegre.

Nada obstante o crescente desenvolvimento das redes telefônicas em todo o mundo⁵, no Brasil o serviço telefônico não foi bem aceito, o que levou a empresa Bell Telephone Company a repassar os serviços ao Governo. A partir de então, o serviço de telefonia foi sucessivamente explorado por companhias estrangeiras até a

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

² SILVEIRA, Raquel Dias da. *Regime Jurídico dos Serviços de Telefonia Fixa*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

³ SILVEIRA, op. cit., p. 83.

⁴ Por meio do decreto imperial nº 7.539.

⁵ Apenas a título de exemplo, veja-se que em 1887 os Estados Unidos já contavam com mais de 150 mil assinantes (SILVEIRA op. cit., p. 84).

criação da CTB-Companhia Telefônica Brasileira, que assumiu esta atividade na década de 20.

A Constituição da República de 1946 foi a primeira a disciplinar os serviços de telefonia, prevendo a possibilidade de exploração concomitante desta atividade pela União, Estados e Municípios⁶. Assim, a exploração dos serviços de telefonia foi realizada, durante grande lapso temporal, por diversas empresas locais e regionais sem que fosse implantada uma política coesa e integrada. Tanto é assim que, no início da década de sessenta, o país contava com pouco mais de 1 milhão de telefones para uma população de mais de 70 milhões de habitantes e mais de 900 concessionárias de serviços telefônicos operavam no país⁷.

2.2. O MONOPÓLIO ESTATAL DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

A esta fase, outra sobreveio na qual a prestação dos serviços públicos era considerada tema de segurança nacional.

Tais atividades, então, passaram a ser prestadas por entidades paraestatais como as empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações econômicas e subsidiárias. Como o controle destas atividades era sempre feito pelo Estado, este passou a congrega a obrigação quanto ao desempenho e regulação dos serviços públicos⁸.

Este foi o modelo também adotado para as telecomunicações, especialmente com o advento da Lei Federal n.º 4.117 de 27 de agosto de 1962 (conhecida como Código Brasileiro de Telecomunicações).

De acordo com dados apontados por NOVAES, quando da edição do Código de Telecomunicações, a empresa que dominava o mercado de telecomunicações no Brasil era uma subsidiária da Canadian Traction Light and Power Company, que operava 62% das linhas telefônicas fixas instaladas no país, concentradas principalmente no Rio de Janeiro e São Paulo. Os restantes 38% do mercado

⁶ artigo 5º, XII: Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais (...).

⁷ Dados obtidos em: BRASIL, Ministério Das Comunicações, *Telecomunicações Linha do Tempo*, disponível em <http://www.mc.gov.br/historico/telefonia/default.htm>, acesso em 20 de maio de 2005.

⁸ MOREIRA NETO, 2001.

estavam divididas entre mais de 800 empresas privadas, prefeituras e cooperativas espalhadas pelo resto do país⁹.

O grande número de empresas não significava uma adequada prestação do serviço já que, a esta época, o país contava com 74 milhões de habitantes e apenas 1,3 milhões de linhas fixas instaladas no país. Isto representava uma densidade de cerca de 1,7 telefones por 100 habitantes¹⁰.

Dentre outros aspectos, o Código de 1962 definiu e classificou os serviços de telecomunicações, criou o Ministério das Comunicações e o Sistema Nacional de Telecomunicações, outorgando a titularidade desta atividade à União. A Lei instituiu, ainda, o Conselho Nacional de Telecomunicações (Contel), órgão regulador da matéria, e o Departamento Nacional de Telecomunicações (Dentel) como sua secretaria executiva, atribuindo ao primeiro o poder de aprovar as especificações das redes telefônicas, bem como o de estabelecer critérios para a fixação de tarifas em todo o território nacional.

No regime da Lei Federal n.º 4.117/62, incumbia ao Estado em regime de monopólio apenas a exploração dos serviços públicos, tidos como aqueles destinados ao uso do público em geral (art. 6, "a" da Lei Federal n.º 4.117/62), que englobavam os serviços telefônicos, telegráficos e de transmissão de dados. Os demais serviços poderiam ser prestados por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão.

Ainda, o Código Brasileiro de Telecomunicações autorizou a constituição de uma empresa estatal (que veio a ser a Embratel) com a finalidade de explorar os serviços de telecomunicações de longa distância. Assim, embora o código tenha mantido a liberdade dos Estados e Municípios para organizarem, regularem e executarem serviços de telefonia diretamente ou mediante concessão, dentro de seus âmbitos de atuação, a criação da Embratel permitiu que após dez anos as redes de todos os Estados do país fossem interligadas¹¹.

Para tanto, o papel desempenhado pelo Contel também foi relevante, pois por meio de sua atuação foram editadas regras unificadas para o setor.

⁹ NOVAES, Ana. *Privatização o setor de telecomunicações no Brasil*. Disponível em: <<http://www.bnds.gov.br/conhecimento/publicacoes/catalogo/ocde.asp>>

¹⁰ Os dados ainda são de NOVAES, op. cit.

¹¹ NOVAES, op. cit.

Todavia, nem mesmo a edição do Código Brasileiro de Telecomunicações foi suficiente para assegurar a qualidade e expansão dos serviços de telecomunicações. SILVEIRA, citando CATROPA, destaca que

Logo após a promulgação do Código, no período de três anos que se seguem, as Telecomunicações brasileiras atingem um ponto insustentável. A telefonia local conta, à época, com um total aproximado de um milhão e duzentos mil terminais; os sistemas de longa distância praticamente não existem, à exceção dos oito troncos de microondas que ligam o Rio a Brasília e São Paulo. Por isso, os serviços interurbanos e interestaduais são absolutamente ineficientes, com falta de integração entre as regiões geoeconômicas do país e baixa confiabilidade dos poucos troncos e rotas existentes¹².

Somente com a Constituição da República de 1967¹³ a exploração dos serviços de telecomunicações foi delegada, diretamente ou mediante autorização ou concessão, exclusivamente à União. A concentração da exploração dos serviços de telecomunicações abriu espaço para a edição de novas leis que introduziram significativas alterações neste setor.

A principal delas foi a Lei Federal n.º 5.792/72, de 11 de julho de 1972, que criou a Telebrás (Telecomunicações Brasileiras S/A) uma empresa de capital majoritário estatal sob controle do Ministério das Comunicações. A Lei previa a incorporação, pela Telebrás, das empresas prestadoras de serviços cujas concessões fossem expirando. Ainda, conferiu à Telebrás o direito de promover desapropriações de acordo com a legislação vigente.

Ainda em 1973, a Telebrás acabou por controlar quase todas as empresas que atuavam no território nacional¹⁴. A idéia, como destaca SILVEIRA, era que em cada Estado e Território houvesse apenas uma empresa representativa do sistema, cuja atuação estaria vinculada às políticas traçadas pela Telebrás¹⁵.

A Lei Federal n.º 5.792/72 também transformou a Embratel em uma sociedade de economia mista subsidiária da Telebrás. Coube à Embratel a ligação entre os grandes centros urbanos, a telefonia internacional, a transmissão de dados e os serviços de telex.

¹² SILVEIRA, op. cit., p. 87.

¹³ Artigo 8º, inciso XV, alínea a: "Compete à união: XV - explorar diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações."

¹⁴ FARACO, Alexandre Ditzel, *Op. cit.*, p. 34.

¹⁵ SILVEIRA, op. cit.

Posteriormente, por meio do Decreto n.º 74.379/74, a Telebrás tornou-se concessionária geral para a exploração dos serviços de telecomunicações ficando as operadoras por ela controladas responsáveis pela telefonia local e interestadual.

A assunção das redes de telecomunicações pelo Estado, mediante o sistema Telebrás, representou precisamente a tentativa de expansão e integração de redes. Até então, como a Constituição da República não previa a competência da União para a exploração dos serviços de telecomunicações, o setor era marcado pela existência de empresas locais e regionais operando de forma descoordenada. Na década de 60, de acordo com FARACO et al., as concessões municipais e estaduais já haviam sido outorgadas a cerca de mil e duzentas operadoras¹⁶.

Precisamente por este motivo, a centralização dos serviços foi determinante para a expansão do setor e a ampliação da rede de infra-estrutura. Ainda, com a concentração dos serviços de telecomunicações na Telebrás, não houve mais sentido na manutenção de um órgão regulador, motivo pelo qual o Contel foi extinto em 1990.

Em 1995, o sistema Telebrás já detinha 95% do mercado de telefonia, contava com 13 milhões de linhas telefônicas e representava o maior sistema telefônico da América Latina e 11º do mundo. A Telebrás, como holding, quase não tinha atividade operacional. Sua atuação se restringia à implementação de políticas do setor e à centralização da captação de recursos que financiavam a atuação de suas subsidiárias. Nesta época, a Telebrás contava com 26 subsidiárias, uma para cada Estado, além de uma operadora municipal e uma de longa distância nacional (a Embratel)¹⁷. Apenas 4 empresas independentes não atuavam integradas ao monopólio da União¹⁸.

Ao longo de sua existência, a Telebrás desenvolveu um trabalho notável no que diz respeito à demanda de serviços da população que já dispunha de acesso ao sistema. Contudo, esta significativa melhoria não foi experimentada com relação à ampliação da rede existente às camadas da população que ainda não usufruíam do

¹⁶ FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das Telecomunicações no Brasil: uma tarefa inacabada. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 9-58, abr/jun 2003.

¹⁷ NOVAES, op. cit.

¹⁸ Sendo elas: a Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT, controlada pelo Estado do Rio Grande do Sul, as Centrais Telefônicas de Ribeirão Preto – CETERP, controlada pela prefeitura de Ribeirão Preto, a SERCOMTEL, controlada pela prefeitura de Londrina/PR e a Companhia de Telecomunicações do Brasil Central – CTBC, de capital privado e atuação no triângulo Mineiro, Nordeste de São Paulo, Sul de Goiás e Sudeste do Mato Grosso do Sul.

acesso à telefonia. Segundo dados veiculados na exposição de motivos da LGT, ainda em 1996 aproximadamente 80% dos terminais residenciais concentravam-se nas famílias de classe “A” e “B”, cerca de apenas 2% da população rural contava com atendimento individualizado e o atendimento coletivo – mediante telefones públicos – era insuficiente e mal distribuído.

As conseqüências desta atuação foram destacadas por SIQUEIRA, segundo quem

A escassez de novas linhas faz explodir o mercado paralelo: em São Paulo, um telefone residencial chega a custar até 10 mil dólares. Como ocorre em tantas cidades brasileiras, as chamadas locais, quando completadas, sofrem todo o tipo de interferência, desde ruídos até linhas cruzadas. As ligações de longa distância não encontram rotas possíveis depois das 10 horas da manhã ou entre 3 e 6 horas da tarde¹⁹.

Uma das principais razões deste fenômeno, sustentam FARACO et al., era a forma de financiamento dos serviços então adotada. As tarifas fixadas não cobriam os custos do serviço, destinando-se prioritariamente a subsidiar os investimentos em infra-estrutura. A estes recursos somavam-se os empréstimos em mercado financeiro nacional e internacional²⁰.

Em um segundo momento, adotou-se a política de autofinanciamento na qual o usuário firmava contrato de promessa de assinatura do serviço telefônico, condicionada à sua participação financeira nas empresas de telecomunicações. Por meio deste contrato, o usuário – mediante o pagamento de significativo valor - adquiria não apenas o direito de uso do terminal telefônico, mas, também, ações das empresas que compunham o ‘sistema Telebrás’.

Em função do alto valor pago quando da aquisição do terminal telefônico é que a expansão das redes de telecomunicações levada a efeito após a década de 60 beneficiou somente à parcela da população que tinha condições de participar de seu financiamento²¹.

Conseqüentemente, a revisão da forma de remuneração dos serviços telefônicos foi pressuposto para a privatização ocorrida na década de 90. Com efeito, seria inviável a atração de novos empreendedores caso o investimento não apresentasse retorno. Segundo NOVAES, em 1995, as tarifas não só encontravam-

¹⁹ Op. cit., p.71.

²⁰ FARACO, et al., 2003.

²¹ FARACO, et al., 2003.

se defasadas com relação à evolução do nível de preços, mas também apresentavam grande distorção em virtude do emprego de subsídios cruzados. Por força do emprego desta técnica, as elevadas tarifas de longa distância nacional subsidiavam os serviços locais²².

Assim, em que pese o sucesso alcançado na unificação das redes de telecomunicações, no final dos anos 80 o modelo de exploração dos serviços de telecomunicações apresentava sinais de esgotamento. A Telebrás e suas subsidiárias não dispunham de recursos para atender a crescente demanda da população e nem para modernizar as redes implantadas.

2.3. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A REDEFINIÇÃO DA ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

A Constituição da República de 1988 é fruto de um processo de democratização do Estado concretizado após mais de vinte anos de ditadura militar, instituída com o golpe de 1964.

Naturalmente, a principal preocupação traduzida na Constituição da República diz respeito aos direitos e garantias individuais e coletivos, direitos sociais dos trabalhadores e direitos políticos. Todavia, não se pode olvidar das significativas alterações havidas, também, na ordem econômica.

A ordem econômica e financeira vem tratada no Título VII da Constituição da República, em 4 capítulos compostos de 22 artigos (art. 170 a 192) assim subdivididos: Capítulo I - dos princípios gerais da atividade econômica; Capítulo II - da política urbana; Capítulo III - da política agrícola e fundiária e da reforma agrária; Capítulo IV - do sistema financeiro nacional.

A rigor, os fundamentos básicos da ordem econômica são já indicados no art. 1º da Constituição da República, que aponta como princípio fundamental da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Estes mesmos fundamentos são reafirmados no *caput* do art. 170 da Constituição da República - primeiro dos dispositivos que aborda a ordem econômica - que dispõe que

²² NOVAES, op. cit.

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Do teor do art. 170 da Constituição da República é possível afirmar que a intenção do constituinte foi a de priorizar a livre iniciativa e, por conseguinte, “vedar, proibir que o Estado aja como empresário”²³. E é de fundamental importância que esta intenção seja adequadamente compreendida posto que ela irá nortear as leis infraconstitucionais.

Na Constituição da República de 1.988 a regra é a de que o Estado somente deve atuar diretamente no domínio econômico quando presente a necessidade decorrente de dois fatores: imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo (art. 173²⁴). Tais hipóteses estão previstas nos arts. 175, 176 e 177 da Constituição da República de 1.988²⁵. Ressalvados estes casos, é vedada a exploração direta de atividade econômica por parte do Estado.

²³ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 138.

²⁴ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

²⁵ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado. Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. § 2º - É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei. § 3º - A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente. § 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida. Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e

No entanto, se à luz da Constituição da República de 1.988 o Estado desempenha papel apenas secundário da exploração direta da atividade econômica, é inegável a relevância atribuída à sua atuação na regulamentação deste setor. Nos termos do art. 174 da Constituição da República, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá a fiscalização, incentivo e planejamento determinantes para o setor público e indicativas para o setor privado.

Este papel secundário do Estado na exploração direta das atividades econômicas e a preponderância de sua atuação como agente regulador da economia terão significativos reflexos sobre a forma de exploração dos serviços públicos e, em especial, dos serviços de telecomunicações a partir da década de 1990.

2.3.1. O advento do Estado Regulador

De acordo com RAMIRES, a transição para o modelo de regulação adotado na Constituição da República de 1.988 tem que ser entendida a partir da crise do Estado liberal clássico e a potencialização das crises sociais na primeira metade do século XX²⁶.

O Estado liberal clássico remonta às descobertas científicas que propiciaram o incremento das navegações no século XV e, por conseguinte, a descoberta de novas terras e rotas mercantis.

exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II - as condições de contratação; III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; § 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional. § 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: I - a alíquota da contribuição poderá ser: a) diferenciada por produto ou uso; b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150,III, b; II - os recursos arrecadados serão destinados: a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes”.

²⁶ RAMIRES, Eduardo Augusto. *Direito das Telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

Segundo CORDOVIL, foi esta expansão que determinou o fortalecimento dos Estados Nacionais que passaram a desenvolver e dirigir a atividade econômica. Porém, mesmo diante do fortalecimento do absolutismo, foram identificados os primeiros sinais de sua incapacidade para gerir a economia e o comércio. A nova classe social que se ocupava destas atividades, a burguesia, cresce em importância e passa a exigir maior liberdade na condução de seus negócios²⁷.

A intervenção estatal, então considerada desnecessária, passa a ser substituída pela idéia de que a concorrência e a liberdade do mercado são suficientes para assegurar o êxito da economia. Nas palavras de CORDOVIL,

Procurava-se demonstrar que em uma economia de mercado competitiva, com inúmeros produtores e consumidores, estes sempre encontrariam uma combinação ótima, independentemente da renda e da riqueza original. Entretanto, para atingir resultados ótimos, a interferência governamental deveria ser restrita ao mínimo indispensável²⁸.

Assim, segundo JUSTEN FILHO, o modelo de Estado liberal que preponderou durante os séculos XVIII e XIX atuava preponderantemente como protetor da liberdade e da propriedade, valendo-se de instrumentos jurídicos eminentemente repressivos. A finalidade precípua destes mecanismos era coibir e punir condutas infringentes da autonomia individual²⁹.

Todavia, o Estado liberal resultou em injustiça na repartição social da riqueza, na concentração empresarial e comprometimento da competição. As duas grandes guerras mundiais exigiram, enfim, uma atuação concreta do Estado na resolução de crises sociais³⁰.

Neste panorama, consolida-se o Estado social após a segunda guerra mundial, fundado no pressuposto de que o Estado deve intervir na ordem econômica e social para auxiliar os desfavorecidos. O Estado assume para si a exploração direta dos serviços públicos, assim como atividades econômicas, mediante empresas públicas ou sociedades de economia mista.

²⁷ CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A Intervenção Estatal nas Telecomunicações. A Visão do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

²⁸ CORDOVIL, op. cit., p. 42.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Direito Regulatório. In: GUIMARÃES, Edgar. *Cenários do Direito Administrativo. Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, P. 349/379.

³⁰ CORDOVIL, op. cit., p. 42.

No Estado social muitos dos mecanismos repreensivos típicos do Estado liberal foram mantido. Contudo, surge uma forte tendência de incentivar a mudança de comportamentos sociais mediante a adoção de técnicas promocionais, como forma de incentivar a adoção de condutas socialmente desejáveis³¹.

Não basta mais a sanção de condutas indesejáveis, “O Estado e o Direito buscam (têm de buscar) a promoção do bem estar concreto dos cidadãos, a supressão da pobreza e das desigualdades, a promoção da dignidade da pessoa humana”³².

A forma prioritária de atuação do Estado neste novo modelo foi a intervenção direta. A atuação indireta, mediante a regulação econômica, se fazia presente apenas de forma pontual, pelo ente estatal incumbido da produção de utilidades públicas. Por esta razão, a regulação partia sempre do ponto de vista do gestor do serviço, ou seja, da empresa estatal incumbida da produção das utilidades públicas. Significa dizer que “a atividade regulatória se pautava muito mais pelos interesses do ente estatal, incumbido da prestação (e de sua burocracia), do que pelas necessidades do usuário (consumidor)”³³.

Do Estado social, afirma JUSTEN FILHO, advém inúmeras conseqüências positivas como a elevação da expectativa e da qualidade de vida³⁴.

Mas foi exatamente o relativo êxito destes propósitos que determinou o declínio do Estado do bem estar. A multiplicação da população e das demandas sociais a par da manutenção dos tradicionais mecanismos de financiamento deu origem a uma crise fiscal que inviabilizou a concretização dos objetivos a que o Estado se propôs. Não só os novos encargos assumidos pelo Estado deixaram de ser executados de forma satisfatória, mas também as antigas conquistas não puderam mais ser mantidas adequadamente. Instaurou-se, segundo o autor, um processo “de deterioração dos serviços e estruturas estatais”³⁵.

Tais fatores, segundo MARQUES NETO, determinaram que o Estado se afastasse da produção direta de utilidades econômicas. Gradativamente, atividades

³¹ JUSTEN FILHO, 2007.

³² JUSTEN FILHO, 2007, p. 351.

³³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1. Ed, 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 77.

³⁴ JUSTEN FILHO, 2007.

³⁵ JUSTEN FILHO, 2007, p. 354.

até então monopolizadas pelo Poder Público são transferidas para a iniciativa privada³⁶.

Afirma o autor que cada vez com mais vigor, o Estado passa a valer-se de formas de intervencionismo indiretas, como o fomento, a regulação, monitoramento, mediação, fiscalização, planejamento, entre outras. Precisamente por este motivo é que a retirada do Estado da exploração de determinadas atividades econômicas não significa uma redução de seu intervencionismo. Ao contrário, este afastamento determina o incremento da intervenção estatal³⁷.

Segundo o autor,

a explicação para este fenômeno é simples. Aumenta a necessidade regulatória porque, deixando o Estado de ser ele próprio provedor do bem ou serviço de relevância social, tem ele que passar a exercer algum tipo de controle sobre esta atividade, sob pena de estar descurando de controlar a produção de uma utilidade dotada de essencialidade e relevância³⁸.

A questão, portanto, não é a privatização ou não de uma determinada atividade, mas a criação de mecanismos efetivos de controle tendentes a resguardar os interesses públicos³⁹.

De fato, a atuação normativa, antes eventual e acessória, torna-se preponderante para a realização dos objetivos estatais. Nas palavras de JUSTEN FILHO, “O novo paradigma se peculiariza não por integral rejeição da concepção intervencionista, mas pela diferenciação acerca dos limites e instrumentos adequados”⁴⁰.

Assim é que nos últimos 30 anos há uma tendência à redução da intervenção estatal direta e ao predomínio do exercício de funções regulatórias. Não se trata de uma modificação substancial quanto à idéia de que o Estado deve promover o bem estar, mas tão somente da alteração dos meios hábeis para tanto⁴¹.

Reconhece-se a insuficiência da atuação do Estado na concretização de valores fundamentais, de forma que a responsabilidade pela promoção do bem comum estar passa a ser compartilhada entre este e a sociedade. Muitos encargos, afirma JUSTEN FILHO, são assumidos pela sociedade civil, mas é instaurado um

³⁶ MARQUES NETO, A Nova regulação estatal..., 2002.

³⁷ MARQUES NETO, A Nova regulação estatal..., 2002.

³⁸ MARQUES NETO, A Nova regulação estatal..., 2002, p. 75.

³⁹ MARQUES NETO, A Nova regulação estatal..., 2002.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, 2007, p. 356.

⁴¹ JUSTEN FILHO, 2007.

intenso e contínuo controle por parte do Estado, como forma de consecução das finalidades públicas⁴².

É, então, cunhada a idéia de Estado subsidiário, fortemente pautada na primazia da iniciativa privada e na obrigação estatal quanto à promoção, estímulo e criação de condições para que o indivíduo se desenvolva na sociedade⁴³.

O princípio da subsidiariedade, de acordo com o MOREIRA NETO, “escalona atribuições em função da complexidade do atendimento dos interesses da sociedade”. Significa dizer que:

cabe primariamente aos indivíduos decidirem e atuarem para satisfazer com seus próprios meios tudo o que se refira aos respectivos e inerentes interesses individuais; secundariamente, aos grupos sociais menores, decidirem e atuarem para a satisfação dos respectivos interesses políticos; terciariamente, aos grupos sociais maiores, decidirem e atuarem em prosseguimento de seus respectivos interesses coletivos de maior abrangência; e, quaternariamente, à sociedade civil, como um todo, decidir e atuar para a realização de seus interesses gerais.

Somente aquelas demandas que por sua própria natureza, em razão da complexidade e da necessidade de uma ação concentrada e imperativa, inclusive com centralização coacta de recursos, não puderem ser atendidas pela própria comunidade deverão ser cometidas às organizações políticas, que atuarão, portanto, subsidiariamente à sociedade⁴⁴.

O princípio da subsidiariedade está associado ao reconhecimento de que a iniciativa privada, representada pelos indivíduos ou pelas associações, tem preponderância sobre a iniciativa estatal. Por esta razão, o Estado deve abster-se de prestar atividades que a iniciativa privada tem condições de exercer. O princípio, portanto, limita a atuação estatal⁴⁵.

⁴² JUSTEN FILHO, 2007.

⁴³ Segundo DI PIETRO, “Algumas idéias são inerentes ao princípio da subsidiariedade: de um lado, a de respeito aos direitos fundamentais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa idéia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em conseqüência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. E uma terceira idéia ligada ao princípio de subsidiariedade seria a de parceria entre público e privado, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja ineficiente” (DI PIETRO, 2002, p. 27)

⁴⁴ MOREIRA NETO, 2001, p. 20.

⁴⁵ DI PIETRO, 2002. Nas palavras da autora, “a subsidiariedade opera seja como limite à intervenção do poder público nas relações com particulares, do poder central sobre os periféricos, em defesa da liberdade dos indivíduos e da coletividade, seja como impulso à ação de sustento (subsidiária) às coletividades mais fracas, exigindo a ativação de instrumentos de redistribuição social da riqueza” (p. 29).

Por outro lado, o Estado tem que fomentar, coordenar e fiscalizar a iniciativa privada, viabilizando o êxito dos particulares na prestação destas atividades. Daí, também, a necessidade de que se estabeleçam as parcerias entre o público e o privado, quando este não seja eficiente na exploração de determinadas atividades⁴⁶.

Este é o pano de fundo para o desenvolvimento de novos instrumentos de atuação do Estado no âmbito da economia nos anos 80, todos eles voltados à intervenção indireta ou normativa na economia, em detrimento do emprego da propriedade pública e dos mecanismos diretos de intervenção. É, também, sobre estes fundamentos - preponderância do setor privado, atuação subsidiária do Estado e regulação - que é erigida a ordem econômica na Constituição de 1988.

2.3.2. A regulação

Ainda não existe entre os estudiosos no Brasil um consenso a respeito do sentido de regulação aplicado ao direito brasileiro.

Afirma ALMEIDA que embora o conceito seja utilizado há muito tempo, não era concebido pelos estudiosos como um elemento fundamental do direito administrativo. Seu estudo vem à tona neste momento em virtude das modificações havidas no modo de agir das instituições no Brasil, em especial no que tange à interação com os agentes que exploram as atividades econômicas em sentido amplo⁴⁷.

Segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), citados pelo autor, a participação do setor público na formação bruta do capital fixo na década de 60 era de 1/3, caído em 1996 para 22%, e chegando, no ano de 2000, em 13,5%.

Trata-se de uma conseqüência evidente do abandono do modelo de intervenção direta do Estado na economia em favor de mecanismos pelos quais o Estado “fixa as diretrizes, estimula e controla a atuação dos agentes privados”⁴⁸.

JUSTEN FILHO sustenta que a regulação é a finalidade precípua do ordenamento jurídico. Todavia, quando se está a referir a direito regulatório, está-se

⁴⁶ DI PIETRO, 2002.

⁴⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a “regulação” no Direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 69-94, out/dez 2005.

⁴⁸ ALMEIDA, op. cit., p.

falando de uma competência estatal específica e diferenciada, evidenciada com a crise do Estado de bem estar⁴⁹.

Para MOTTA, a regulação sempre existiu como instituto jurídico, seja sob a roupagem de poder de polícia ou de limitações à propriedade e à liberdade econômica⁵⁰.

Trata-se, pois, de atividade voltada para a repressão do exercício de faculdades privadas. Todavia, a regulação vai além, já que a finalidade desta restrição é induzir os particulares a atuarem de acordo com objetivos socialmente relevantes. Para tanto, a regulação não apenas repressora condutas, mas promove a atuação dos particulares para que as finalidades estatais sejam atingidas abrangendo, além da atuação normativa, outras formas capazes de influenciar a conduta dos particulares⁵¹.

Ainda, afirma MOTTA que enquanto no poder de polícia a atuação da Administração Pública é desenvolvida com relação aos agentes de mercado, na regulação atua sobre o próprio mercado⁵².

A idéia de regulação dissocia o titular de um poder de seu exercício efetivo. É dizer: a regulação obriga o detentor do poder a seguir regras no uso de seu poder. Trata-se, em última análise de uma “política de equilíbrio de poderes”⁵³.

MOTTA⁵⁴, FRISON-ROCHE⁵⁵, ALMEIDA⁵⁶, SOUTO⁵⁷ e JUSTEN FILHO⁵⁸ alertam para o fato de que a idéia de regulação não se confunde com a regulamentação.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, 2007.

⁵⁰ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A regulação como instituto jurídico. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 183/209, out/dez 2003. Destaca o autor que, “a regulação nada mais é do que um processo jurídico de aprofundamento e transbordamento do poder de polícia, que também é uma intervenção pública sobre dada atividade, realizada de modo prolongado e localizada, sendo que a intervenção se justifica perante o Direito em virtude da atividade regulada ser tida como de relevância social” (p. 196/197).

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. Pondera MARQUES NETO que a economia não prescinde de alguma dose de regulação estatal, tendente não apenas à manutenção das condições do setor mas, também, à promoção de finalidades de interesse coletivo, em especial aos objetivos previstos no art. 170 da CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (MARQUES NETO, 2004).

⁵² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003.

⁵³ FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do direito da regulação econômica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 207-217, jan/mar 2005, p. 213.

⁵⁴ MOTTA, *Agências Reguladoras...*, 2003.

⁵⁵ FRISON-ROCHE, op. cit.

⁵⁶ ALMEIDA, op. cit..

⁵⁷ “embora a função regulatória também envolva editar normas, a isso não se limita, já que a ela é inerente uma função “quase legislativa”, “quase executiva” e “quase judicial”” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. ° 11, fevereiro de 2002, Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>).

Regulamentação é palavra que designa “espécie de ação estatal, inerente à Administração, envolvendo o exercício do poder normativo”⁵⁹, ou seja, a edição de normas gerais e abstratas. Já a regulação pode lançar mão do poder normativo, mas não necessariamente o faz, podendo valer-se de outros instrumentos que não a edição de atos gerais e abstratos⁶⁰. Significa dizer que a regulação é gênero, da qual a regulamentação é espécie⁶¹.

A noção de regulação está presente no art. 174 da Constituição da República que faz menção à atuação do Estado como “agente normativo e regulador da atividade econômica”. De plano é possível notar que a própria Constituição da República distingue a atuação do Estado na edição de regulamentos daquela exercida na regulação. Ou seja, as atividades de regulação e regulamentação não são tratadas como sinônimas⁶².

Com base no art. 174 da Constituição da República, pode-se afirmar que a atividade reguladora abrange as funções de planejamento, incentivo (fomento) e fiscalização (controle). Caso envolva o exercício de poder normativo (“agente normativo”), os atos poderão envolver a edição de normas abstratas e gerais.

Logo, a regulação pode ser definida como

a atividade estatal mediante a qual o Estado condiciona, restringe, normatiza, ou incentiva a atividade econômica, de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir objetivos públicos

⁵⁸ JUSTEN FILHO, 2005.

⁵⁹ ALMEIDA, op. cit., p 75.

⁶⁰ Pontua JUSTEN FILHO que a regulamentação corresponde à função normativa exercida pela Administração Pública que visa a detalhar a aplicação de norma de cunho abstrato e geral. Já a regulação abrange um conjunto de providências econômicas e sociais, inclusive a produção ordenada de normas e atos decisórios, excluído o desempenho direto de atividades econômicas. A regulação traduz-se em uma “atuação jurídica, de natureza repressiva e promocional, visando a alterar o modo de conduta dos agentes públicos e provados” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 448).

⁶¹ Afirma FRISON-ROCHE que “a regulação intervém como um tipo de aparelhagem própria a um setor, integrada dentro dele – do qual a regulamentação é apenas um dos instrumentos – que entrelaça regras gerais, decisões particulares, sanções, soluções de conflito e que inclui geralmente a criação de um regulador independente. Através dessa aparelhagem jurídica, o sistema de regulação cria e mantém um equilíbrio entre a concorrência e outro princípio além da concorrência dentro dos setores econômicos que não os podem criar ou manter por si próprios ou apoiando-se somente sobre o quadro geral do direito da concorrência” (Op. cit., p. 214).

⁶² ALMEIDA, op. cit. No mesmo sentido: “tenho claro, portanto, que o constituinte atribuiu ao poder público um papel de regulador da ordem econômica, papel este que não se limita à atividade meramente normativa (pois que senão inexistiria razão para o texto diferenciar entre a função normativa e a reguladora)” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 69/93, jan/mar 2003, p. 74).

determinados como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas⁶³.

Para MARQUES NETO, a regulação exige “um controle permanente e concentrado, exercido por uma autoridade pública sobre atividades dotadas de um certo valor social”⁶⁴.

No mesmo sentido, pondera JUSTEN FILHO que

A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais⁶⁵.

Nada obstante a diversidade de instrumentos abrangidos pela regulação, tais como a fiscalização, planejamento, coordenação, orientação, coibição de condutas nocivas, regulamentação e fomento, pondera MARQUES NETO que durante muito tempo tal atividade esteve jungida ao desempenho direto de atividade econômica pelo Estado e à atividade normativa⁶⁶.

A regulação implica na assunção de grandes parcelas de poder de controle sobre a atividade privada por parte do Estado, tanto no que tange à atividade econômica propriamente dita, manifestações privadas de cunho apenas indiretamente econômico e quanto sobre os serviços públicos. Significa dizer que o Estado restringe a parcela de autonomia dos particulares atuando sobre os fins e os meios a serem por eles adotados. Por isso é que se diz que os particulares “são autorizados a atuar com maior amplitude quantitativa, mas com menor liberdade

⁶³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 43/66, abr/jun 2004. Para MOTTA, a regulação consiste no “processo administrativo encetado pela Administração Pública, mediante a observância do regime jurídico de Direito Público de limitação (mínima, média, ou máxima, conforme a opção ideológica do legislador) à liberdade e à propriedade, visando dar funcionalidade e racionalidade ao mercado. Quando direcionada à atividade privada, estabelece um regime de sujeição geral e impõe deveres aos agentes de mercado. Ao revés, quando endereçada aos serviços públicos, constitui um regime de especial sujeição e impõe obrigações aos prestadores e cidadãos usuários” (MOTTA, *A regulação como instituto jurídico...*, 2003, p. 209).

⁶⁴ MARQUES NETO, 2004. Para MOTTA, a regulação consiste no “processo administrativo encetado pela Administração Pública, mediante a observância do regime jurídico de Direito Público de limitação (mínima, média, ou máxima, conforme a opção ideológica do legislador) à liberdade e à propriedade, visando dar funcionalidade e racionalidade ao mercado. Quando direcionada à atividade privada, estabelece um regime de sujeição geral e impõe deveres aos agentes de mercado. Ao revés, quando endereçada aos serviços públicos, constitui um regime de especial sujeição e impõe obrigações aos prestadores e cidadãos usuários” (MOTTA, *A regulação como instituto jurídico*, 2003, p. 209).

⁶⁵ JUSTEN FILHO, 2005, p. 447.

⁶⁶ MARQUES NETO, 2004.

qualitativa”⁶⁷ haja vista a existência de novas restrições à liberdade privada até então inexistentes.

Por meio da regulação, os particulares tornam-se, em certa medida, instrumentos para a consecução das finalidades do Estado. Por isso, a regulação tem como objetivo “conjuguar as vantagens provenientes da capacidade empresarial privada com a realização de fins de interesse público”⁶⁸.

Com efeito, as modernas terias a respeito da função regulatória do Estado⁶⁹ admitem que a sua atuação não pode estar jungida à manutenção do equilíbrio do sistema regulado e à correção de eventuais distorções observadas. A rigor, sua atuação será tão ou mais necessária no desenvolvimento de uma política econômica que tenha em vista os objetivos últimos do Estado de Direito e na criação de meios para sua atenção. É este, em última análise, o sentido do art. 174 da Constituição da República.

A regulação no âmbito da economia envolve uma constante ponderação entre meios adotados e finalidades a serem atingidas, e entre os custos e benefícios sociais. Daí poder-se afirmar que “a intervenção regulatória privilegia a mediação de interesses em vez da imposição de objetivos e comportamentos firmada na autoridade”⁷⁰.

O modelo regulatório não é aplicável apenas às atividades de titularidade privada, mas também, aos serviços públicos. Logo,

todos os serviços públicos que puderem ser organizados segundo padrões de estrita racionalidade econômica deverão ser remetidos à iniciativa privada. Somente incumbe ao Estado desempenhar atividades diretas nos setores em que a organização econômica, modelada pelos parâmetros da acumulação privada de riqueza, colocar em risco valores coletivos ou for insuficiente para propiciar sua plena realização⁷¹.

Por conseguinte, o modelo regulatório trará significativas modificações às concepções clássicas sobre o Estado e o Direito, destacadas por autores como JUSTEN FILHO⁷² e MARQUES NETO⁷³.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, 2007, p. 360.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, 2007, p. 360.

⁶⁹ A respeito do tema, ver RAMIRES, op. cit.

⁷⁰ RAMIRES, op. cit., p. 385.

⁷¹ JUSTEN FILHO, 2007, p. 366.

⁷² JUSTEN FILHO, 2007.

⁷³ MARQUES NETO, A Nova regulação estatal..., 2002.

A primeira delas diz respeito à abrangência das atividades sujeitas aos regimes de direito público e privado. Há uma gradativa transferência de atividades para a iniciativa privada associada à liberação de atividades antes monopolizadas pelo Estado.

A par desta alteração, o Estado perde parte de sua supremacia nas relações sociais em virtude do surgimento de fortes grupos econômicos privados. Impõe-se, então, a adoção de técnicas de negociação e mediação dos interesses dos administrados⁷⁴.

Conseqüentemente, o Estado se afasta de seu caráter autoritário buscando o exercício do Poder consensuado. É o que afirma MARQUES NETO, para quem a atividade regulatória estatal passa a ocupar-se com: a) a motivação dos atos; b) a observância de regras procedimentais para a tomada de decisão; c) o envolvimento dos administrados no processo de tomada de decisão; d) a transparência de seus atos⁷⁵.

A diversificação e especialização dos campos da vida humana demonstram, também, a insuficiência das leis para a regulação das atividades econômicas e a impossibilidade de criação de um sistema jurídico único e global.

Atualmente, afirma MARQUES NETO, a regulação passa por um processo de fortes modificações. São criados órgãos específicos com a finalidade precípua de regular determinada atividade⁷⁶. Há, pois, uma dissociação entre quem explora os serviços e os agentes que se ocupam de sua fiscalização e regulação.

Para tanto, os órgãos encarregados da regulação deverão deter grande especialização e conhecimento do setor regulado, além de manterem-se atualizados a respeito das inovações tecnológicas, empresariais e econômicas ocorridas no setor⁷⁷.

Importante destacar que a intensidade da regulação depende precisamente do grau de interesse público envolvido em cada atividade. Em se tratando de serviços públicos o grau de intervenção do Estado será forte, já no caso das atividades econômicas será moderada⁷⁸.

⁷⁴ MARQUES NETO, A Nova regulação estatal..., 2002.

⁷⁵ MARQUES NETO, A Nova regulação estatal..., 2002.

⁷⁶ MARQUES NETO, A Nova regulação estatal..., 2002.

⁷⁷ MARQUES NETO, A Nova regulação estatal..., 2002.

⁷⁸ MARQUES NETO, 2004.

2.3.3. Formas de atuação do Estado: a dicotomia entre as atividades privadas e os serviços públicos

A distinção entre serviço público e atividade econômica é bastante relevante. Isto porque a própria Constituição da República confere tratamento diferenciado a cada um dos institutos nos arts. 173 a 175.

A expressão atividade econômica pode ser tomada em sentido amplo ou estrito. Em sentido amplo, envolve a satisfação de necessidades mediante a utilização de bens e serviços e recursos escassos. Nesta acepção, a atividade econômica é gênero, que abrange como espécies os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito, como lecionam GRAU⁷⁹ e MOREIRA NETO⁸⁰. Enquanto o desenvolvimento dos serviços públicos compete preferencialmente, ainda que não exclusivamente, ao Estado, as atividades econômicas em sentido estrito são o campo de atuação do setor privado.

Afirma GRAU que no art. 173 da Constituição da República e seu §1, a expressão é adotada em sentido estrito. Ou seja, o dispositivo arrola as hipóteses em que o Estado poderá atuar diretamente em um setor que é eminentemente privado⁸¹.

Já no art. 174, a expressão é utilizada em seu sentido amplo, aludindo à atuação do Estado como agente regulador e normativo tanto para os serviços públicos quanto para as atividades econômicas em sentido estrito. Tanto é assim que o dispositivo determina ser o planejamento “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”⁸².

Segundo GRAU, o mesmo ocorre no art. 170 da Constituição da República, no qual a expressão ordem econômica abrange inclusive as atividades desenvolvidas pelo Estado no campo dos serviços públicos. Assim, tanto as atividades econômicas em sentido estrito quanto os serviços públicos deverão estar fundados na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e deverão ter em vista assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social,

⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁸¹ GRAU, op. cit.

⁸² GRAU, op. cit, p. 109.

observados os princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País⁸³.

Já a expressão serviço público, aduz GROTTI, foi incorporada nas constituições brasileiras desde 1934, sem que fosse explicitado o seu significado. Na Constituição da República de 1988 a expressão adquire tanto um sentido subjetivo, como aparato administrativo do Estado (nos arts. 37, XIII, 39, § 7, 40, III, 40, §16, 136, §1, III, ADCT, art. 2, §1, 8, §4, 19 e 53) quanto objetivo, como modalidade de atividade pública (arts. 21, X, XI, XII, XIV, 30, V, 37, § 6, 54, I, “a”, 61, §1, II, “b”, 139, VI, 145, II, 175, 198, 202, § 5, 223, 241, ADCT art. 66)⁸⁴.

Segundo MELLO, o conceito de serviço público varia conforme as vicissitudes políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade e de cada momento histórico. Certas atividades são qualificadas como serviços públicos porque em dado momento histórico o Estado entende que não convém relegá-las à livre iniciativa. Por isso é que o Estado as assume como próprias, ainda que sua exploração seja desenvolvida por particulares, submetendo-as a um regime jurídico peculiar, de direito público⁸⁵.

Pode-se afirmar que a definição dos serviços públicos em um determinado ordenamento jurídico resulta do embate entre o capital e o trabalho. Enquanto o primeiro pretende reservar para sua exploração como atividade econômica em sentido estrito o maior número de atividades passíveis de especulação lucrativa, o segundo tenciona que os Estado as desenvolva de forma não especulativa. Assim, a definição

desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é – permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal – decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos

⁸³ GRAU, op. cit.

⁸⁴ GROTTI, 2003.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho⁸⁶.

Ao qualificar determinada como serviço público, o Estado a afastará dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, aplicáveis às atividades econômicas em sentido estrito. Por outro lado, a qualificação de uma determinada atividade como serviço público pressupõe a observância a determinados princípios que não incidem sobre as atividades econômicas.

Os princípios aplicáveis aos serviços públicos decorrem do princípio da adequação, expressamente mencionado no art. 175, § único, IV da Constituição da República. Adequado, segundo BLANCHET, é o serviço público que satisfaz as necessidades públicas dos usuários considerados como um todo. Não há, pois, espaço para a satisfação de peculiaridades pessoais dos usuários, mas tão somente daquelas que “cada um pode exigir para si e para os demais em função de peculiaridades comuns a todos”⁸⁷.

O princípio da adequação desdobra-se em outros oito princípios operativos arrolados na Lei 8987/95: continuidade, regularidade, generalidade, modicidade, cortesia, segurança, atualidade e eficiência (art. 6º, §1º)⁸⁸.

Segundo GROTTI, a continuidade trata-se, de um desdobramento do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Está associado à essencialidade dos serviços públicos, que justifica o seu funcionamento contínuo, sem interrupções, salvo situações extraordinárias.

A regularidade, afirma a mesma autora, diz respeito à prestação do serviço público de acordo com as normas e condições aplicáveis.

⁸⁶ GRAU, op. cit., p. 111.

⁸⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá, 1988, p. 75.

⁸⁸ GROTTI, 2003. Os autores não divergem significativamente quanto ao número e quais seriam estes princípios. MEIRELLES (op. cit) arrola como princípios dos serviços públicos: a) permanência (continuidade), b) generalidade, c) eficiência (que engloba atualização do serviço público), d) modicidade; e) cortesia. MELLO (op. cit.) indica como princípios essenciais que regem a prestação dos serviços público: a) o dever inescusável de o Estado prestá-los, seja diretamente, seja mediante concessão, autorização ou permissão; b) supremacia do interesse público; c) adaptabilidade; d) universalidade; e) impessoalidade, f) continuidade; g) transparência; h) motivação, i) modicidade das tarifas; j) controle sobre as condições de prestação. Segundo JUSTEN FILHO (2005) os princípios aplicáveis englobam: a) a continuidade; b) a igualdade; c) a universalidade; d) a neutralidade; e) a mutabilidade. Aliados a estes princípios somam-se novos pressupostos como: a) a adequação; b) a transparência; c) ausência de gratuidade; d) modicidade tarifária. BLANCHET arrola os seguintes princípios: a) continuidade; b) regularidade; c) eficiência; d) segurança; e) atualidade; f) generalidade; g) cortesia; h) modicidade das tarifas; i) mutabilidade do regime jurídico. BASTOS arrola como princípios aplicáveis: a) continuidade, b) regularidade, c) uniformidade e igualdade, d) generalidade, e) obrigatoriedade. (BASTOS, 1996). A classificação exposta neste trabalho é aquela adotada por GROTTI (2003).

A generalidade, ou universalidade, consiste em um desdobramento do princípio da igualdade e refere-se à possibilidade de que o serviço seja exigido e utilizado por todos. Por força deste princípio, a prestação do serviço público deve atingir a toda a coletividade de maneira igualitária, independentemente das desigualdades sociais⁸⁹.

A modicidade está associada à idéia de que embora os serviços públicos cuja exploração tenha sido delegada a terceiros não estejam sujeitos à gratuidade, visto que os prestadores são remunerados pelas tarifas, estas devem módicas. É dizer: o valor da tarifa não poderá onerar demasiadamente os usuários ou impedir a utilização do serviço público. JUSTEN FILHO ressalta que a modicidade não consiste em um imperativo de valor reduzido, mas sim a menor tarifa em face do custo e da adequação do serviço. Trata-se de um desdobramento do princípio da generalidade, pois é a modicidade que assegura amplo acesso aos serviços públicos.

De acordo com GROTTI, a segurança implica desenvolvimento da atividade com atenção à integridade física e emocional com relação a todos aqueles que tenham acesso aos serviços públicos. Não significa que esta segurança seja absoluta, mas sim que as precauções e segurança razoavelmente exigíveis sejam empregadas. Exige uma ponderação de custo benefício, com vistas ao interesse público⁹⁰.

A atualidade, mutabilidade, ou adaptabilidade, afirma a autora, refere-se à modernidade das técnicas, equipamentos, instalações e sua conservação, melhoria e expansão dos serviços. Por força deste princípio a administração pública pode exigir a atualização do funcionamento do serviço em nome do interesse público, desde que respeitado o equilíbrio econômico financeiro do contrato. Assim, os serviços públicos podem e devem ser adaptados de acordo com as necessidades da coletividade.

A seu turno, o princípio da eficiência está associado à boa administração. Trata-se de um conceito econômico, que impõe ao Estado a atenção aos melhores resultados com o menor número de recursos⁹¹.

⁸⁹ GROTTI, 2003.

⁹⁰ GROTTI, 2003.

⁹¹ GROTTI, 2003.

A eficiência, como destaca GROTTI, “diz respeito ao cumprimento das finalidades do serviço público, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, do modo menos oneroso possível, extraindo-se dos recursos nele empregados a maior qualidade na sua prestação”⁹².

Enfim, a cortesia no tratamento do público é um dever do agente público e um direito do cidadão e impõe a manutenção de meios para a formalização de reclamações por parte dos usuários⁹³.

O conceito de serviço público, assim como o de atividade econômica, pode ser tomado tanto em sentido estrito quanto em sentido amplo. Segundo MOREIRA NETO⁹⁴, DI PIETRO⁹⁵ e MEDAUAR⁹⁶, os conceitos amplos definem os serviços públicos como toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins, aí incluídas as atividades judiciária e administrativa.

Amplo é o conceito de MEIRELLES, para quem o serviço público é “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”⁹⁷. Amplo, também, é o conceito de BASTOS, que define o serviço público como “uma atividade prestada pela Administração, que se vale do seu regime próprio de direito administrativo, com vistas ao atingimento de uma necessidade coletiva que pode ser fruída *uti singuli* ou *uti universi* pelos administrados”⁹⁸.

Os conceitos estritos de serviço público, segundo DI PIETRO, excluem as atividades judiciais e legislativas de seu âmbito, bem como a diferenciam de outras atividades da Administração Pública como o Poder de Polícia⁹⁹.

Tradicionalmente, pondera a autora, o conceito restrito de serviços públicos é erigido a partir de três elementos: a) o subjetivo, que diz respeito à pessoa jurídica prestadora do serviço público, qual seja, o Estado; b) o material: que considera a atividade exercida, ou seja, aquela voltada à satisfação das necessidades coletivas;

⁹² GROTTI, 2003, p. 299.

⁹³ GROTTI, 2003.

⁹⁴ MOREIRA NETO, 2003.

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

⁹⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, 30 ed.

⁹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Curso de Direito Administrativo, 1996, p. 161.

⁹⁹ DI PIETRO, 2005.

e c) o formal: que considera o regime jurídico em que a atividade é prestada, qual seja o regime de direito público¹⁰⁰.

Os autores não divergem grandemente quanto à validade de tais elementos. O que varia em uma ou outra definição é a ênfase dada a cada qual dos elementos.

De acordo com MELLO

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos pelo sistema normativo¹⁰¹.

Vê-se que para o autor a submissão ao regime de direito público é fundamental na conceituação do instituto.

No mesmo sentido é a opinião de MOREIRA NETO, que define os serviços públicos como a “atividade administrativa, assegurada ou assumida pelo Estado, que se dirige à satisfação de interesses coletivos secundários, de fruição individual, e considerados, por lei, como de interesse público”¹⁰².

O autor aponta a insuficiência dos critérios material e subjetivo para a delimitação do conceito de serviço público, enfatizando o aspecto formal. Em seu ponto de vista,

a opção por um critério funcional, eminentemente jurídico, que independe das flutuações conceptuais, que sempre resultarão das recorrentes referências sociológicas e políticas, supera essas velhas deficiências e se apresenta, em acréscimo, como a mais consentânea com a idéia de Estado Democrático de Direito, que supõe, por definição, que toda atividade administrativa pública há de estar formal, funcional e integralmente submetida à Constituição.¹⁰³

O destaque ao aspecto formal é dado, também, por BACELLAR FILHO, para quem

não se pode concordar com a idéia de desvincular o serviço público do regime jurídico administrativo. Afinal a Constituição de 1988 inaugurou um capítulo dedicado à Administração Pública. Se uma das pedras de toque do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo (Carlos Garcia Oviedo, Derecho Administrativo, p. 476), a Lei Fundamental optou

¹⁰⁰ DI PIETRO, 2005.

¹⁰¹ MELLO, op. cit, p. 612.

¹⁰² MOREIRA NETO, 2003, p. 417.

¹⁰³ MOREIRA NETO, 2003, p. 416.

por consagrar um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*)¹⁰⁴.

A seu turno, FIGUEIREDO conceitua os serviços públicos como

toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente do Direito Público¹⁰⁵.

Novamente fazem-se presentes os três elementos, mas admite-se que o regime jurídico não precisa ser exclusivo de direito público, mas sim preponderante.

Mesmo reconhecendo que o conceito de serviço público é integrado pelos três aspectos antes enfatizados, JUSTEN FILHO afirma que o critério preponderante é o material¹⁰⁶.

De acordo com este autor, o critério formal indicaria de que forma os serviços públicos são prestados, mas não se prestaria a defini-los. O mesmo alerta é feito por GRAU, para quem “determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público”¹⁰⁷. Ademais, em sua opinião, não existiria propriamente um regime de serviço público, mas sim distintos regimes jurídicos aplicáveis a cada uma das atividades em questão.

O mesmo ocorre com o aspecto subjetivo, haja vista que nem todo e qualquer serviço público é prestado pelo Estado, embora seja sempre de sua titularidade. Não bastasse isso, a caracterização de uma atividade como serviço público precede sua atribuição ao Estado¹⁰⁸.

Por isso é que o elemento material seria o mais relevante para a identificação dos serviços públicos. Significa dizer que “certa atividade é qualificada como serviço

¹⁰⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁰⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 81.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, 2005.

¹⁰⁷ GRAU, op. cit., p. 119.

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO, 2005.

público em virtude de dirigir-se à satisfação direta e imediata de direitos fundamentais”¹⁰⁹.

Ocorre que o aspecto material também é insuficiente para a identificação dos serviços públicos basicamente por dois motivos.

Inicialmente porque ainda que os direitos fundamentais justifiquem a qualificação de uma determinada atividade como serviço público, esta qualificação decorre de uma decisão política não se prestando juridicamente para a identificação de um serviço público.

Em segundo lugar porque nem todos os direitos fundamentais justificam a criação de um serviço público e nem todos os serviços públicos estão diretamente associados a direitos fundamentais.

Explica-se: a qualificação de uma determinada atividade como serviço público não consiste em uma decisão pautada meramente no interesse público, mas também em critérios objetivos e técnicos como a viabilidade material de o Estado, ou de terceiros que em seu nome atuam, prestar determinada atividade segundo os princípios que regem os serviços públicos. Não fosse assim, a moradia, que indubitavelmente está associada ao interesse coletivo, seria qualificada como serviço público. Todavia, não é isso que ocorre e o critério que pauta esta opção política certamente está associado à inviabilidade material de o Estado prover a moradia à coletividade, de forma contínua e universal. Por outro lado, outras atividades não tão necessárias, são prestadas pelo Estado como serviços públicos como, por exemplo, a Loteria Federal e a Loteria Esportiva¹¹⁰.

Portanto, ainda que a qualificação de uma determinada atividade como serviço público deva estar pautada no interesse da coletividade, assim como qualquer outra decisão política, a presença deste interesse é insuficiente para caracterizar os serviços públicos. Daí porque se diz que os serviços públicos são somente aquelas atividades assim qualificadas pela lei. É a lei, em última análise que confere a um serviço o seu caráter público. Logo, ainda que a opção política seja anterior à jurídica, é somente esta última que interessa à delimitação e definição do regime jurídico dos serviços públicos.

Tanto é assim que mesmo autores que afirmam a relevância do critério material para a definição dos serviços públicos admitem que o instituto reflete

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, 2005.

¹¹⁰ Exemplos citados por MEIRELLES, op. cit.

decisões políticas fundamentais e que o ato de publicização de uma determinada atividade deverá estar prevista em lei. Neste sentido, afirma JUSTEN FILHO, que “na ausência da publicização legislativa, a atividade não é considerada serviço público, presumindo-se sua qualificação como atividade econômica em sentido restrito”¹¹¹. Significa dizer que mesmo diante da presença dos três aspectos antes analisados – material, subjetivo e formal – sem a lei uma atividade não é caracterizada como serviço público.

Com efeito, se combinação dos critérios subjetivo, formal e material mostrou-se válida no Estado liberal, em que “o serviço público abrangia as atividades de interesse geral, prestadas pelo Estado sob regime jurídico publicístico”¹¹² na medida em que o Estado afastou-se do liberalismo e ampliou o rol de suas atribuições, inúmeras atividades comerciais e industriais que antes eram prestadas por particulares passaram a ser qualificadas como serviço público. Houve, portanto, uma desnaturação do conceito de serviço público¹¹³.

Concomitantemente, as deficiências e limitações do Estado na prestação destes múltiplos serviços passam a ser evidenciadas, o que determinou que a gerência de boa parte destas atividades fosse delgada aos particulares.

Esta delegação derogou, ao menos parcialmente, o regime jurídico de direito público. Significa dizer que os critérios subjetivo e formal foram afetados.

Tais fatores levaram alguns estudiosos a afirmarem a existência de uma “crise da noção de serviço público” a partir de meados do século XX. Alguns chegaram inclusive a propugnar que a noção de serviço público pertenceria à história do direito administrativo por estar completamente dissociada da realidade¹¹⁴.

SUNDFELD sustenta que na atualidade o conceito tradicional de serviço público não tem mais utilidade, basicamente porque estaria ligado a um modelo econômico de exploração do serviço fundado no monopólio das empresas estatais e a um regime jurídico uno, inexistente no presente¹¹⁵. O que prepondera, “é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou indireta”¹¹⁶.

¹¹¹ JUSTEN FILHO, 2005, p. 483.

¹¹² DI PIETRO, 2005, p. 97.

¹¹³ GROTTI, 2003.

¹¹⁴ GROTTI, 2003.

¹¹⁵ SUNDFELD, 2002.

¹¹⁶ MEIRELLES, op. cit. p. 324.

O serviço público, então, poderia ser definido como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”¹¹⁷. Portanto, é fundamental para a identificação dos serviços públicos a análise da legislação não havendo nenhuma atividade que possa, por sua própria natureza, ser qualificada como tal.

A relevância da lei na definição dos serviços públicos é enfatizada por BLANCHET que define os serviços públicos como

a atividade assim considerada pela Constituição da República ou pela lei, atividade esta prestada de forma permanente submetida ao regime de direito público, executada concreta e diretamente pelo Estado, ou por aqueles a quem tal incumbência for delegada, visando à satisfação de necessidades ou à criação de utilidade, ambas de interesse coletivo¹¹⁸.

CINTRA DO AMARAL é também enfático a este respeito:

Páginas e páginas têm sido escritas na tentativa de identificar a “essência” ou a “natureza” do serviço público. Mera perda de tempo. O conceito de serviço público é um conceito jurídico-positivo. Serviço público é o que o ordenamento jurídico de um dado país diz que é. No Brasil, serviço público é o que o Direito brasileiro define como tal¹¹⁹.

Portanto, preponderante para a identificação de uma determinada prestação como serviço público ou como atividade econômica será a análise da Constituição da República e da legislação específica aplicável.

2.3.4. A livre iniciativa e livre concorrência

Caras, também, à ordem econômica implementada pela Constituição da República de 1988 são as idéias de livre iniciativa e concorrência.

Segundo Américo Luís Martins da SILVA, concorrência deriva do termo latino *cuncurrere* (cum + *currere*), que significa “correr com”, “disputar”, “fazer jogo”¹²⁰.

¹¹⁷ DI PIETRO, 2005, p. 99.

¹¹⁸ BLANCHET, 1988, p. 64.

¹¹⁹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Conceito De Serviço Público*. Comentário n.º 65, de 01.08.2002. Disponível em: <<http://www.celc.com.br/celc00.htm>>

¹²⁰ SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem Constitucional Econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Atualmente, a noção de concorrência é indissociável da idéia de mercado e atividade econômica. Nada obstante, até o século XVII o comércio era exercido, em toda a Europa, por corporações de ofício que detinham o poder de autorizar ou não o acesso ao mercado e o exercício de um determinado ofício. Daí porque, nas palavras de GOMES, o exercício do comércio era um privilégio: “exercia a atividade comercial apenas aquele que se encontrava autorizado para tanto”¹²¹.

A liberdade de comércio, destaca Américo Luís Martins da SILVA, constitui-se como o princípio básico do liberalismo econômico e é resultado direto da Revolução Francesa e da Revolução Industrial Inglesa¹²².

Sua implementação, segundo GOMES, somente se deu com a queda do antigo regime na França e a edição do Decreto d’Allarde, em 2 de março de 1791, que declarou a liberdade de comércio e de indústria. No mesmo ano, com a edição da Lei Lê Chapelier, foram extintas as corporações de ofício, o que permitiu que qualquer interessado desempenhasse qualquer tipo de ofício, sem a necessidade de autorização prévia¹²³.

A liberdade de comércio então instituída significava fundamentalmente o direito à abstenção do Estado do campo do comércio. A livre iniciativa era, antes de mais nada, condição para a “maximização do benefício social”¹²⁴.

Apesar da derrocada do Estado liberal ocorrida no fim do século XIX e início do século XX, o princípio da livre iniciativa subsistiu. Mas foi também nesta época que se tornaram evidentes os primeiros sinais de que a atuação dos particulares na tomada de decisões econômicas, sem qualquer ingerência do Estado, era insuficiente para assegurar o equilíbrio do mercado.

É neste momento que o Estado passa a valer-se de políticas públicas, voltadas à proteção do mercado e assume novas funções de integração modernização e legitimação capitalista. O princípio da livre iniciativa assume novas feições passando “a exprimir uma reserva do campo ou uma parcela da atividade econômica onde a empresa privada poderia ser livremente explorada, limitada, porém, aos ditames da justiça social, estabelecidos por lei”¹²⁵.

¹²¹ GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem Econômica Constitucional e Direito antitruste*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 105

¹²² SILVA, Américo Luís Martins da. *op. cit.*

¹²³ GOMES, *op. cit.*

¹²⁴ GOMES, *op. cit.*, p. 106

¹²⁵ SILVA, Américo Luís Martins da. *op. cit.*, p. 68.

A liberdade de iniciativa, em maior ou menor grau, esteve presente nas Constituições Brasileiras desde 1934. A Constituição da República de 1969, por exemplo, dispunha no art. 170 que “às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas”. Daí decorre que as atividades econômicas deveriam ser exploradas preferencialmente pelos particulares, incumbindo ao Estado apenas uma atuação supletiva e nunca substitutiva ou competitiva com os particulares¹²⁶.

O princípio da livre iniciativa, contudo, era já na Constituição da República de 1969 condicionado pela função social da propriedade (art. 160¹²⁷), pela intervenção corretiva no domínio econômico, inclusive mediante o monopólio estatal (art. 163¹²⁸) e pela exploração direta, mas supletiva, de atividade econômica de iniciativa privada (art. 170, §§ 1º e 2º). O art. 170, §§ 2º e 3º da Constituição da República de 1969¹²⁹ consagrou, ainda, o princípio da igualdade econômica entre as empresas privadas e públicas quando estas viessem a suplementar a atividade particular¹³⁰.

Em decorrência destes princípios o que se viu, na prática, foi a criação de empresas estatais que competiam com as empresas privadas em condições desleais haja vista que o Estado deveria atuar apenas de forma subsidiária na exploração da atividade econômica. Rigorosamente, como a competição prevista na Constituição da República deveria ser desenvolvida apenas entre particulares, esta forma de concorrência era, além de desleal, inconstitucional¹³¹.

¹²⁶ SILVA, Américo Luís Martins da. *op. cit.*

¹²⁷ “Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo”.

¹²⁸ “Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais”.

¹²⁹ “Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 1º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica. § 2º Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações. § 3º A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas”.

¹³⁰ SILVA, Américo Luís Martins da. *op. cit.*

¹³¹ SILVA, Américo Luís Martins da. *op. cit.*

Como forma de se corrigir esta distorção, a partir da Constituição da República de 1988 o monopólio estatal deixou de ser uma faculdade, tornando-se exceção. É este o teor do art. 173 da Constituição da República de 1988:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Para FIGUEIREDO a Constituição da República de 1988 teria feito uma clara opção por privilegiar a iniciativa do particular na economia¹³². Tanto é assim que o art. 1º da Constituição da República afirma como princípios do Estado brasileiro a livre iniciativa e o valor do trabalho humano. O art. 170, *caput*, da Constituição da República alça estes mesmos princípios à condição de fundamentos da ordem econômica, a qual tem por objetivo assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Tais princípios, como esclarece BARROSO, consistem em decisões políticas fundamentais do constituinte e, por essa razão, “subordinam toda a ação no âmbito do Estado, bem como a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais”¹³³.

Além destes dois princípios fundamentais, os incisos do art. 170 da Constituição da República enumeram princípios setoriais que devem orientar a atuação do Estado e dos particulares, dentre os quais se enquadra o princípio da livre concorrência (inciso IV). O parágrafo único deste dispositivo assegura a todos “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. A opção pela subsidiariedade da atuação do Estado no exercício das atividades econômicas fica ainda mais explícita no art. 173 da Constituição da República, que dispõe que

ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

¹³² FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Intervenção do Estado no domínio econômico e breves considerações sobre as agências reguladoras*. In: Revista de Direito Público da Economia. Ano 1, n.º 2, abril/maio/junho 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 257/272.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Para BASTOS, a livre concorrência está intimamente associada à livre iniciativa. A livre iniciativa é pressuposto da livre concorrência. No entanto, a livre iniciativa pode subsistir sem a livre concorrência¹³⁴.

GRAU trata de forma conjunta os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Segundo o autor, a livre concorrência é uma das facetas do princípio da livre iniciativa, ao lado da liberdade de comércio e indústria¹³⁵.

A livre iniciativa englobaria a faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado e a não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei. A seu turno, a liberdade de concorrência abrangeria: a) a faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal; b) a proibição de formas de atuação que deteriam a livre concorrência; e c) a neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes.

Defendem alguns, como GRAU¹³⁶, que o princípio da livre concorrência não precisaria ter existência autônoma com relação ao princípio da liberdade de iniciativa. Isto porque a liberdade de iniciativa abrange a liberdade de competir.

Diversa é a opinião de GOMES¹³⁷ que, citando o posicionamento de Miguel Cunha, sustenta que o princípio da livre concorrência põe-se, por vezes, em antinomia com o princípio da liberdade de iniciativa. Segundo o autor, a aplicação isolada do princípio da liberdade de iniciativa poderia tolher a livre concorrência, como ocorre, por exemplo, nos atos de concentração econômica. Sob a ótica exclusiva do princípio da livre iniciativa, os atos de concentração nada teriam de ilegal. É o princípio da liberdade de concorrência que impõe a limitação dos atos de concentração.

Por outro lado, a tutela incondicional da livre concorrência poderia provocar a eliminação da livre iniciativa. Daí a justificativa para a distinção dos princípios. Assim, se por um lado o princípio da livre concorrência é mero desdobramento da livre iniciativa, por outro, “instrumentaliza o controle do exercício da livre iniciativa alheia, o que basta ao reconhecimento de sua autonomia como princípio fundamental da ordem econômica positivada pela Constituição de 1988”¹³⁸.

¹³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo, Celso Bastos Editor, 2000.

¹³⁵ GRAU, op. cit.

¹³⁶ GRAU, op. cit.

¹³⁷ GOMES, op. cit.

¹³⁸ GOMES, op. cit.

Partindo-se do pressuposto de que a Constituição não usa palavras vãs, e diante da constatação de que o texto constitucional confere tratamento diferenciado a ambos os princípios, compartilha-se aqui da opinião de GOMES, para quem a liberdade de iniciativa é a liberdade para acessar o mercado, enquanto a liberdade de concorrência é a liberdade de permanecer no mercado, sem a interferência do Estado e sem os obstáculos colocados por outros agentes¹³⁹.

Segundo GRAU, a menção à livre concorrência como princípio da ordem econômica encerra em si algumas contradições¹⁴⁰. Em primeiro lugar, a concorrência livre somente poderia ter lugar em condições de mercado em que não houvesse o poder econômico. No entanto, o poder econômico é tão indissociável da realidade que a própria Constituição da República reconhece sua existência no art. 173, §4º. Em segundo lugar, o princípio da livre concorrência pressupõe que a partir de um quadro de igualdade jurídico-formal, se atinja uma situação de desigualdade ao final da competição. Porém, essa igualdade inicial é recusada pelo próprio texto constitucional, como se vê nos artigos 170, IX e 179¹⁴¹, por exemplo.

Segundo o autor, o que estas aparentes contradições revelam é apenas que a livre concorrência vai além do “capitalismo selvagem” e exige a atuação Estatal para que o mercado se organize. Daí se extrai duas conseqüências.

Primeiramente, o princípio da livre concorrência não pode ser tomado de forma absoluta e dissociada dos demais princípios constitucionais. Em se tratando da interpretação e aplicação de princípios constitucionais torna-se imprescindível a aplicação de regras de ponderação. Nas palavras de GRAU, a aplicação dos princípios exige que “o intérprete adequadamente os pondere, em cada situação, apenas atribuindo peso mais elevado a um deles na medida em que a compatibilização entre ambos resulte inteiramente inviável”¹⁴².

Em segundo lugar, ainda que se admita que a concorrência e a liberdade de escolha dos usuários “produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos

¹³⁹ GOMES, op. cit.

¹⁴⁰ GRAU, op. cit.

¹⁴¹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País” e “Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

¹⁴² GRAU, op. cit., p. 208.

bens e serviços e preço justo”¹⁴³, a experiência demonstra que nem sempre a forma mais eficaz de se assegurar direitos dos consumidores é mediante a liberdade de mercado. Assim, é imprescindível, por vezes, uma atuação preventiva e repressiva do Estado.

Daí porque a liberdade de iniciativa e de concorrência assume ares de direito função, ou seja, de poder-dever a ser exercido pelo Estado, havendo inúmeras situações em que será imperativa sua atuação para coibir práticas nocivas à liberdade de iniciativa e de concorrência¹⁴⁴.

2.3.5. A exploração dos serviços de telecomunicações e a Constituição de 1988.

Apesar das significativas alterações no que tange ao papel do Estado na economia, DI PIETRO destaca que a Constituição da República de 1988 manteve, ainda, a tendência à burocratização da administração pública, ao prever, por exemplo, regime jurídico único para os servidores e dispensar tratamento semelhante às entidades da Administração Direta e Indireta¹⁴⁵. Esta é também a opinião de MOREIRA NETO¹⁴⁶, para quem a Constituição da República de 1988 somente passou a adotar tais premissas de forma mais intensa a partir da edição de sucessivas emendas constitucionais.

Esta postura tradicional foi sentida também no que tange à exploração dos serviços públicos. Com efeito, a transferência da prestação dos serviços públicos às empresas privadas e a criação de órgãos setoriais para o gerenciamento de cada qual destas atividades foi postergada em virtude da Constituição da República de 1988. A Constituição, conforme ressalta MOREIRA NETO, fortemente atrelada ao modelo de Estado de bem estar, não previu originariamente a retomada dos serviços públicos pelos particulares. Esta retomada somente foi possível a partir da edição de sucessivas emendas constitucionais¹⁴⁷.

¹⁴³ BARROSO, op. cit.

¹⁴⁴ GOMES, op. cit.

¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias ...*

¹⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 99-120, jul/set 2005.

¹⁴⁷ As críticas tecidas pelo autor à Constituição da República de 1988 são contundentes: “Naquele fim da década dos oitenta, em momento em que outros países desvencilhavam-se ou já haviam se despojado de seus antiquados aparelhos estatais hipertrofiados, centralizadores, burocratizados, ineficientes e, sobretudo, insuportavelmente dispendiosos, o Brasil enveredava, guiado pelos

Assim, em que pesem as novas tendências observadas quanto à forma de atuação do Estado no domínio econômico, em grande parte incorporadas na Constituição da República de 1988, a exploração dos serviços de telecomunicações não sofreu grandes alterações.

Em sua redação original, o art. 21 XI da Constituição da República previa a competência da União para

explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

Foi consolidado, portanto, o regime de monopólio federal na exploração das atividades de telefonia, à exceção de três concessionárias que atuavam no Estado do Rio Grande do Sul e nas cidades de Londrina/PR e Ribeirão Preto. Portanto, a Constituição da República “constitucionalizou uma situação já existente, transformando, em matéria de telecomunicações, o monopólio estatal de fato em monopólio jurídico”¹⁴⁸.

Não bastasse isso, a Constituição da República referia-se expressamente aos serviços de telecomunicações como “serviços públicos”, não havendo margem para a flexibilização do regime jurídico a ser aplicado.

A rigor, a Constituição da República de 1988 não representou qualquer alteração significativa na forma de exploração dos serviços de telecomunicações, o que só viria a ocorrer com a edição da Emenda Constitucional n.º 8/95.

constituintes de 1988, pela contramão da História, levado por uma Carta Política ditada pelo *utopismo* bem intencionado mas delirante; pela *demagogia*, dos que queriam ostentar uma imagem “populista” e “progressista”. Pelo *corporativismo*, dos grupos que logravam melhor se organizar e manipular recursos; pelo *socialismo*, dos que criam piamente ser possível fazer justiça social sem liberdade econômica; pelo *estatismo*, dos que ainda acreditavam que a sociedade não poderia prescindir de tutela; pelo *paternalismo*, dos que esperavam que o governo tudo lhes desse sem necessidade de competir; pelo *assistencialismo*, dos que imaginavam que a palavra escrita converte-se automaticamente em benefícios; pelo *fiscalismo*, dos que se despreocupavam das conseqüências desmotivadoras e recessivas das sobrecargas tributárias e, por fim, da *xenofobia*, dos que viam o País como alvo de um imenso complô internacional concebido para entrar um romântico projeto de progresso autônomo” (MOREIRA NETO, 2001, p. 150/151). Todavia, não se pode perder de vista que em grande medida tais características são fruto da imensa necessidade que o país tinha de se desvencilhar de um regime ditatorial, fortemente marcado pela afronta aos direitos humanos. Não havia, pois, uma grande preocupação com a ordem econômica ou com a reforma do aparelho do Estado, mas sim com a reconstrução de uma nação democrática.

¹⁴⁸ SILVEIRA, op. cit., p. 92.

3. AS TELECOMUNICAÇÕES APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 8/95.

3.1. A REVOLUÇÃO INFORMACIONAL E O INFLUXO TECNOLÓGICO

Afirma CASTELLS que a história da vida consiste em uma série de situações estáveis, pontuadas em intervalos raros por eventos importantes que ocorrem com rapidez e ajudam a configurar a próxima era estável. Atualmente viveríamos um desses momentos, a revolução da tecnologia da informação¹⁴⁹.

Trata-se, segundo o autor, de uma revolução equiparável à Revolução Industrial do século XVIII, que influencia todos os âmbitos da atividade humana. Todavia, mais do que em qualquer outra revolução, “o cerne da transformação que estamos vivendo na revolução atual refere-se às tecnologias da informação, processamento e comunicação”¹⁵⁰. A tecnologia da informação desempenha nesta nova revolução papel tão importante quanto aquele desempenhado pelas fontes de energia nas revoluções industriais.

Embora todas as revoluções sejam essencialmente caracterizadas pela produção de novos conhecimentos e informações, o que diferencia a revolução informacional é exatamente o fato de que este conhecimento e informação são aplicados para a geração de conhecimento e de dispositivos de processamento e comunicação da informação.

A informação e o conhecimento não são mais utilizados unicamente para a geração de bens materiais, antes disso, consistem precisamente nos bens da revolução da tecnologia da informação. Os processos industriais foram gradativamente substituídos pelo processamento e manejo da informação.

O ponto diferencial desta era é que cada pessoa e organização não só dispõem de meios próprios para armazenar conhecimentos, mas também têm uma capacidade quase ilimitada para acessar a informação gerada pelos demais e potencial para ser gerador de informação para outros. “Usuários e criadores podem tornar-se a mesma coisa”¹⁵¹.

¹⁴⁹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 67. O Autor inclui dentre estas tecnologias a microeletrônica, computação (*software* e *hardware*), telecomunicações/radiofusão, optoeletrônica e engenharia genética.

¹⁵⁰ CASTELLS, op. cit., p. 68.

¹⁵¹ CASTELLS, op. cit., p. 69.

Outro aspecto caracteriza a revolução da tecnologia da informação: a inexistência de limites geográficos. Mesmo a revolução industrial se expandiu de forma lenta e seletiva e não atingiu grande parte da força de trabalho mesmo na Inglaterra. A tecnologia da informação, pelo contrário, se expandiu, com maior ou menor força, por todo o globo, nos anos 70 a 90.

Porém, é inegável que ainda existem segmentos da população alheios a esta revolução.

GIDDENS ressalta que no ano de 1995 nos países desenvolvidos havia uma média de 546 linhas telefônicas a cada mil pessoas enquanto que nas economias de baixa renda a média mal ultrapassava 25 telefones. Em 1998, 88% dos usuários mundiais da *internet* viviam nos países desenvolvidos e a América do Norte concentrava cerca de 50% de todos os usuários, embora ela compreenda apenas 5% da população mundial. Há, portanto, uma significativa parcela da população mundial ainda excluída da tecnologia da informação e, em última análise, da produção e da troca de conhecimentos que caracteriza este momento¹⁵².

Paradoxalmente, é o crescente acesso à tecnologia da informação que permite a integração de países e segmentos que até então eram excluídos da produção e troca de conhecimentos. Como ressalta GIDDENS, há “indícios de que tais discrepâncias um dia possam ser compensadas exatamente através das capacidades dessas novas tecnologias”¹⁵³ assim,

embora os avanços tecnológicos possam levar a uma ampliação da estratificação e da desigualdade, eles também mantêm a promessa de reduzir tais desigualdades ao possibilitar a comunicação para as pessoas que moram em regiões isoladas ou empobrecidas¹⁵⁴.

Ainda no início do século XX, o desenvolvimento das telecomunicações, não só no Brasil como em todo o mundo, passa a se dar em íntima associação com duas outras tecnologias: a microeletrônica e os computadores.

Gradativamente, descobertas como o transistor, o circuito integrado e o microprocessador, culminaram na criação dos computadores e, enfim, microcomputadores. Avanços significativos na optoeletrônica (fibra ótica e laser) e a tecnologia de transmissão por pacotes digitais promoveram o incremento da

¹⁵² GIDDENS, Anthony, *Sociologia*. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

¹⁵³ GIDDENS, 2005, p. 378.

¹⁵⁴ GIDDENS, 2005, p. 378/379.

capacidade das linhas de transmissão. Enquanto os primeiros cabos telefônicos transatlânticos tinham capacidade para transportar cerca de cinquenta circuitos de voz compactada, os cabos de fibra ótica adotados ainda em 1995 já tinham capacidade de transmissão de 85 mil circuitos.

Como destaca CASTELLS, a criação de novas formas de utilização do espectro de radiofusão (transmissão tradicional, transmissão direta via satélite, microondas, telefonia celular digital) assim como cabos de fibra ótica passaram a oferecer uma variedade de tecnologias de informação adaptadas a diversos usos como a telefonia móvel, *paggers* e a própria internet¹⁵⁵.

As telecomunicações a partir da segunda metade do século XX passaram a atuar como suporte de inúmeras formas de transmissão e troca de informações. É o incremento das telecomunicações que determinou mudanças decisivas nos sistemas monetários e nos mercados de ações mundiais¹⁵⁶.

Segundo GIDDENS, quatro são as principais tendências tecnológicas que contribuíram para estas mudanças: a) a melhoria da capacidade dos computadores e a queda dos custos; b) a digitalização de dados que integrou os computadores e as telecomunicações; c) o desenvolvimento das comunicações via satélite; e d) o desenvolvimento da fibra ótica, tecnologia que permite o transporte de uma quantidade maior de dados. Informações visuais e sonoras que no passado somente poderiam ser transmitidas mediante meios de comunicação e tecnologias distintas são agora combinadas em um mesmo meio¹⁵⁷.

Essa convergência de tecnologias, como destaca CASTELLS, resulta em “um sistema altamente integrado, no qual trajetórias tecnológicas antigas ficam literalmente impossíveis de se distinguir em separado”¹⁵⁸. É esta mesma sinergia entre as tecnologias que fomenta o que se chama de globalização.

GIDDENS define o fenômeno como “a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”¹⁵⁹. É dizer: as novas tecnologias da informação, em especial as

¹⁵⁵ CASTELLS, op. cit., p. 69.

¹⁵⁶ GIDDENS, 2005.

¹⁵⁷ GIDDENS, 2005, p. 378.

¹⁵⁸ CASTELLS, 2005, p. 109.

¹⁵⁹ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, p. 69

telecomunicações em suas várias modalidades, intensificam o intercâmbio de informações e do conhecimento entre todas as partes do globo.

Podemos exemplificar este movimento com o crescente volume de ligações internacionais anual. Enquanto em 1996 o volume de ligações internacionais processadas atingiu o montante de 12 bilhões, ainda em 1996 esse número já havia subido para 67 bilhões. Deste total, cerca de 50% tinham origem em apenas cinco países: Estados Unidos, Alemanha, França, Reino Unido e Suíça¹⁶⁰.

A revolução da tecnologia da informação, embora tenha suas características mais evidenciadas no setor tecnológico, influencia, também, as bases sobre as quais são regulamentados os serviços de telecomunicações.

Segundo VISMARA¹⁶¹ os dois princípios que serviram de base até hoje para a regulamentação das telecomunicações são a proteção à privacidade das informações nas relações entre particulares e a máxima difusão da informação geral através dos meios de comunicação em massa, com vistas à liberdade de expressão e o direito ao saber.

Contudo, segundo o autor, a tecnologia da informação tende a anular estes princípios, reduzindo o caráter reservado das comunicações entre particulares e tornando disponível todo gênero de informação a qualquer interessado.

A par disso, a legislação não consegue mais alcançar determinadas tecnologias, pois “a inovação é tão rápida que torna obsoleta qualquer regulamentação”¹⁶². Fica demonstrada a inoperância das fontes tradicionais de regulamentação (códigos e leis) para a criação de regras aplicáveis às novas tecnologias da informação.

Por fim, a competição entre os sistemas público e privado é acirrada de tal forma que, por vezes, o Poder Público cede espaço à atuação do particular. Fica evidente a incapacidade do Estado de promover os investimentos necessários para o incremento e expansão das novas tecnologias. Os serviços, antes públicos, são convertidos em bens de consumo explorado pelos particulares.

GIDDENS¹⁶³, citando David Held, vai além e aponta cinco grandes tendências que caracterizam a nova ordem da mídia global:

¹⁶⁰ GIDDENS, 2005.

¹⁶¹ VISMARA, Giovanni. Inose e Pierce: Tecnologias informáticas e cultura. In: MAIS, Domenico. *A sociedade Pós Industrial*. São Paulo: Senac, 2000, p. 225.

¹⁶² VISMARA, Giovanni. *op. cit.*, p. 225.

¹⁶³ GIDDENS, Anthony. *Sociologia...*

a) maior concentração da propriedade: a mídia global passa a ser dominada por um pequeno número de corporações de grande poder econômico;

b) transferência do domínio público para o privado: gradativamente, o controle das empresas de mídia e telecomunicações é transferido para os particulares, o que dá força para a privatização e a liberação da regulamentação;

c) estruturas corporativas transnacionais: as empresas de mídia não operam mais dentro das fronteiras nacionais, mas expandem sua atuação para inúmeros países;

d) diversificação em torno de uma variedade de produtos da mídia: os conteúdos de mídia produzidos e distribuídos são cada vez mais diversificados, abrangendo música, notícias, mídia impressa e programação de televisão;

e) aumento no número de fusões de corporações de mídia.

Ainda que voltadas especificamente para a mídia, é fácil perceber que estas tendências se espraiam para todas as tecnologias da informação, abrangendo, por conseguinte, os serviços de telecomunicações. Atualmente, os serviços de telecomunicações em todo o mundo são explorados por algumas poucas corporações privadas que atuam em inúmeros países. Cada vez mais o Estado se afasta da exploração direta das telecomunicações e, embora em muitos casos mantenha a titularidade da atividade, sua exploração é delegada a particulares. A atuação do Estado cinge-se à regulamentação da atividade, mediante a criação de órgãos com conhecimento técnico específico a respeito dos serviços de telecomunicações.

Também é inegável o crescente número de serviços de telecomunicações colocados à disposição dos usuários, bem como a combinação de tecnologias que permite que estes mesmos serviços sejam constantemente reinventados.

O Brasil também não ficou alheio às novas tecnologias. De acordo com dados da ANATEL, em 1972 o país contava com um milhão e meio de terminais telefônicos fixos instalados. Já em 1990 este número era de 10,3 milhões e em 2005 o Brasil atingiu a marca de 50 milhões de telefones fixos instalados.

O serviço móvel¹⁶⁴ foi introduzido no país no ano de 1990, quando apenas 700 pessoas contavam com aparelhos. No ano de 2003, o número de aparelhos

¹⁶⁴ Como destaca GIDDENS o celular foi uma das tecnologias de desenvolvimento e propagação mais célere de nosso século. Uma primeira geração de telefones celulares foi pioneira ao combinar as comunicações com mobilidade. Logo surgiu uma segunda geração de telefones mais rápidos,

móveis ultrapassou o de aparelhos fixos e em 2005 foram contabilizados 86,2 milhões de aparelhos móveis no país.

Este incremento tecnológico também acarretou significativas alterações na forma de regulamentação dos serviços de telecomunicações no Brasil.

Segundo MARQUES NETO, a especificidade do setor e o impacto tecnológico inerente à atividade determinam o surgimento de um subsistema jurídico. Este subsistema, ainda que inserido no ordenamento jurídico, possui princípios e conceitos próprios.¹⁶⁵

Em grande parte, a exploração dos serviços de telecomunicações em regime de monopólio prevista originariamente na Constituição da República de 1988 decorria de limitações tecnológicas. Acreditava-se, então, que a rede pública de telecomunicações, consubstanciada na “trama de cabos, fios, ligações e estações de comutação pela qual se cursava a telefonia”¹⁶⁶ era única e, por isso, poderia ser explorada por um único ente: o próprio Estado ou um concessionário. Trata-se da idéia de monopólio natural, que durante muito tempo impediu que fossem feitas significativas alterações na forma de exploração dos serviços de telecomunicações.

Significa dizer que no setor de telecomunicações, os custos de produção em sistema de monopólio seriam inferiores àqueles em que incorreriam várias empresas, individualmente consideradas. Trata-se de situação em que somente uma produção em larga escala, abrangendo todo o mercado, seria capaz de cobrir os custos de produção. Assim, são as condições estruturais destes mercados que impediriam a concorrência¹⁶⁷.

As inovações tecnológicas, aliadas a fatores políticos como a privatização e a reforma do Estado, determinarão as significativas alterações na forma de exploração dos serviços de telecomunicações havidas na década de 90.

menores e menos incômodos. O que se vê agora é o desenvolvimento de uma terceira geração de celulares na qual a internet é incorporada pelo aparelho (GIDDENS, Anthony. *Sociologia...*).

¹⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1. Ed, 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁶⁶ MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações..., 2002, p. 303.

¹⁶⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Agências Reguladoras e Concorrência*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

3.2. A PRIVATIZAÇÃO E A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO

As alterações na forma de exploração dos serviços de telecomunicações nasceram no bojo de um processo mais amplo ocorrido na década de 90 no Brasil, que pode ser denominado de reforma administrativa e abrange, especialmente, as técnicas de privatização.

A idéia de privatização, em sentido lato, abrange todas as medidas adotadas para a redução do tamanho do Estado, dentre as quais se destacam a desregulação, a desmonopolização, a venda de ações estatais ao setor privado, a concessão de serviços públicos, o estabelecimento de parcerias com a iniciativa privada e a redução da intervenção do Estado no domínio econômico, como afirmam DI PIETRO¹⁶⁸ e GROTTI¹⁶⁹.

Significa dizer que as técnicas de privatização são bastante variadas, mas que têm sempre por escopo a redução da atividade pública na produção de bens e serviços mediante a passagem desta função para a iniciativa privada¹⁷⁰.

A seu turno, ressalta DI PIETRO que em sentido estrito, o vocábulo privatização abrange apenas a transferência de ativos ou ações de empresas estatais para o setor privado, conforme refere a Lei Federal n.º 9.491/1997¹⁷¹.

O germe deste processo estava presente ainda na Constituição da República de 1988 e em sua explícita intenção de afastar o Estado da exploração direta da atividade econômica.

Afirma GROTTI que o Programa Nacional de Desburocratização, instituído pelo Decreto n.º 83.740, foi o marco da contenção da tendência expansionista do Estado, ao restringir a criação de entidades paraestatais e estabelecer as diretrizes para a transferência de empresas públicas para a iniciativa privada¹⁷².

¹⁶⁸ DI PIETRO, 2002.

¹⁶⁹ GROTTI, 2003.

¹⁷⁰ DI PIETRO, 2002. No mesmo sentido, pontua GROTTI que *“Esta nova visão do papel do Estado adota a descentralização como estratégia; impõe a diminuição o seu tamanho, envolvendo as questões de privatização, terceirização e publicização; a recuperação da sua capacidade financeira e administrativa; a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora; e o desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista; o aumento da governabilidade”* (GROTTI, 2003, p. 150).

¹⁷¹ DI PIETRO, 2002.

¹⁷² GROTTI, 2003.

Posteriormente, o Decreto n.º 91.991 de 28 de novembro de 1985 cria o conselho Interministerial de Privatização, sucedido em 1988 pelo Conselho Nacional de Desestatização, criado pelo Decreto n.º 95.886, de 29 de março de 1988¹⁷³.

Quando da tomada de posse do Presidente Fernando Collor de Mello, já estavam prontos os estudos necessários à implementação da política de privatização. Tanto é assim que, na mesma data da posse, foi editada a Medida Provisória n.º 155 de 15 de março de 1990 que instituiu o Programa Nacional de Desestatização, posteriormente convertida na Lei Federal n.º 8.031 de 12 de abril de 1990. Afirma FONSECA que “a linha de pensamento desse Programa é a de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”¹⁷⁴.

Foi por intermédio deste programa que grande parte das atividades do setor público foi transferida aos entes particulares, no que ficou conhecido como processo de “privatização”.

Este processo, como se destacou em linhas anteriores, tem origem na própria evolução histórica do modelo do Estado. Todavia, não se pode negligenciar aqui a opinião de autores como MOTTA que destacam que o modelo de privatização adotado nos países da América Latina visa a, antes de mais nada, atender as exigências dos organismos internacionais. Nesta perspectiva, a privatização seria o resultado de uma crença infundada na incapacidade de o Poder Público suprir as demandas sociais e, na prática, apenas representaria a transferência de mãos do monopólio de atividades sem que daí decorresse significativa melhoria dos serviços ofertados à população¹⁷⁵.

À luz dos princípios e diretrizes estabelecidos no programa de desestatização são editadas sucessivas Emendas Constitucionais que alteram significativamente o modo de exploração de algumas atividades até então monopolizadas pelo Estado, como o gás canalizado (Emenda Constitucional n.º 5), a pesquisa e a lavra de recursos minerais (Emenda Constitucional n.º 6) e Petróleo (Emenda Constitucional n.º 9).

¹⁷³ GROTTI, 2003.

¹⁷⁴ FONSECA, op. cit., p. 140.

¹⁷⁵ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003.

No âmbito das telecomunicações, foi relevante a edição da Emenda Constitucional n.º 8 de 15 de agosto de 1995, que alterou o art. 21, XI e XII, alínea "a", da Constituição da República que passaram a ter a seguinte redação:

Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

Simple leitura do texto é suficiente para indicar duas significativas alterações promovidas pela Emenda Constitucional n.º 8/95 que viriam a influenciar profundamente a forma de prestação dos serviços de telecomunicações a partir de então: a possibilidade de desestatização da exploração - e conforme entendem alguns, da própria titularidade - dos serviços de telecomunicações e a criação de um órgão regulador para o setor.

Visou-se com esta medida à criação de um panorama favorável à administração empresarial dos serviços de telecomunicações, sem que para isto o Estado tivesse que desempenhar tal função. Almejou-se também a melhoria dos serviços mediante a competição entre as empresas prestadoras. Foi, ainda, o meio adotado para fortalecer o papel regulador do Estado e garantir a ampliação e democratização das redes de telefonia¹⁷⁶.

As diretrizes deste processo foram expressas, também, no Plano Diretor de Reforma do aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) e aprovado em 21.9.1995 pela Câmara da Reforma do Estado. No plano, são traçados parâmetros para a criação de uma Administração Pública Gerencial, orientada pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos. Há uma flexibilização de procedimentos e instituição do controle a posteriori ou de resultados.

No Plano Diretor da Reforma do Estado está expressa a idéia de transição entre uma administração pública burocrática para outra, dita gerencial. Enquanto a primeira é marcada pela profissionalização, organização em carreira, hierarquia funcional, impessoalidade, formalismo e pelos controles a priori e formais, a segunda

¹⁷⁶ BRASIL, *Diretrizes Gerais para a Abertura do Mercado de Telecomunicações do Ministério das Telecomunicações*, 1997.

é fundada na eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos, no controle dos resultados e na participação do cidadão. Como destaca DI PIETRO,

na administração gerencial, busca-se: definir com precisão as metas de cada órgão: outorgar **maior autonomia** ao administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros, para que possa alcançar os objetivos contratados; instituir o controle **a posteriori** ou **de resultados**¹⁷⁷.

A autora ressalta que o Plano Diretor da Reforma do Estado distinguiu quatro setores de atuação de atuação do Estado, quais sejam: a) núcleo estratégico, que corresponde aos órgãos de governo que definem as leis e políticas públicas, ou seja, os Poderes Legislativo, Judiciário, Ministério Público e no Executivo, o Presidente da República, os Ministros e seus auxiliares e assessores; b) atividades exclusivas, que abrangem as atividades que apenas o Estado pode prestar; c) serviços não exclusivos, que correspondem ao setor em que o Estado atua simultaneamente com organizações não estatais; d) setor de produção de bens e serviços para o mercado, que abrange atividades econômicas voltadas ao lucro. Enquanto a efetividade é o mote nos três primeiros setores nos quais a administração gerencial é conciliada com a burocrática, a eficiência prepondera no último mediante a implementação de um sistema gerencial¹⁷⁸.

Sustenta GROTTI que há, por fim, a substituição do modelo burocrático pelo gerencial, no qual prevalecem a eficiência e a avaliação de resultados. As diretrizes deste novo sistema foram traçadas no Plano diretor da reforma do aparelho do Estado, elaborado pelo então Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) em 1995¹⁷⁹.

O Plano Diretor da Reforma do Estado inclui entre os objetivos globais da reforma o aumento da governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa eficaz e eficiente; limitar a ação do Estado àquelas que lhe são próprias, transferir da União para os Estados e Municípios as ações de caráter local; e transferir parcialmente da União para os Estados as ações de caráter regional¹⁸⁰.

Afirma DI PIETRO que figuram como objetivos específicos para cada um dos setores: a) para o núcleo estratégico a profissionalização do serviço público, a

¹⁷⁷ DI PIETRO, 2002, p. 43.

¹⁷⁸ DI PIETRO, 2002.

¹⁷⁹ GROTTI, 2003.

¹⁸⁰ DI PIETRO, 2002.

instituição de uma cultura gerencial baseada na avaliação de desempenho, atribuição de capacidade gerencial para definir e supervisionar os contratos de gestão com as agências autônomas e as organizações sociais; b) para o setor de atividades exclusivas, a maior participação popular, o controle de resultados, a transformação das autarquias e fundações dotadas de poder de Estado em agências autônomas administradas mediante contratos de gestão e a escolha de dirigentes por critérios profissionais; c) para o setor de serviços não exclusivos, a transformação de autarquias e fundações públicas em organizações sociais, com dotação orçamentária do Estado, mas com participação social; d) para o setor de produção para o mercado: continuidade do programa de privatização, reorganização e fortalecimento dos órgãos de regulação dos monopólios naturais privatizados e a implantação de contratos de gestão com as empresas que não puderem ser privatizadas¹⁸¹.

A escolha da forma de parceria com a iniciativa privada, destaca a autora, não é aleatória, mas feita de acordo com o tipo de atividade em questão. Em se tratando de serviço público de natureza comercial ou industrial o meio adequado é a concessão ou permissão, excluídos daí as atividades exclusivas do Estado (indelegáveis por sua própria natureza), os serviços sociais, porque gratuitos e os serviços *uti universi* porque não usufruídos individualmente e remunerados pelos impostos¹⁸².

Já para os serviços sociais, a opção são os contratos de gestão com as organizações sociais, atualmente disciplinadas pela Lei Federal n.º 9637/98. Este é também o instrumento adequado em se tratando de atividades exclusivas, todavia, utilizados apenas para a outorga de maior autonomia aos órgãos públicos e entidades da administração indireta. Enfim, para os serviços administrativos (não mencionados no plano diretor) é cabível a terceirização e os contratos de gestão.

Os objetivos da desestatização estão arrolados no art. 1º da Lei Federal n.º 9.491/97 que assim dispõe:

Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida

¹⁸¹ DI PIETRO, 2002.

¹⁸² DI PIETRO, 2002.

pública líquida; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Vê-se que a Lei Federal n.º 9.491/97, ao contrário de sua antecessora, Lei Federal n.º 8.031/90, adota a expressão desestatização no lugar de privatização, definindo-a no art. 2º, § 1º. Nos termos deste dispositivo, a desestatização abrange:

a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade; c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

Quando a empresa privatizada tiver por objeto a prestação de serviços públicos a alienação dos ativos engloba também a concessão ou permissão do serviço público. Incumbirá, então, ao Poder Público, estabelecer as regras sobre as quais se assentará a exploração da atividade¹⁸³.

Sob o ponto de vista jurídico, privatizar não é apenas transferir a prestação de um serviço ou a titularidade de um bem para a iniciativa privada, mas, principalmente “eliminar deveres do poder público, no que concerne à atuação do Estado no domínio econômico”¹⁸⁴.

Ressalva DERANI que, partindo-se do princípio de que a qualificação de uma atividade como serviço público tem em vista sua relevância para a coesão social, a sua transferência para a iniciativa privada somente se justifica diante de “mudanças na sociedade que alterem o quadro de atividades de interesse da coletividade”¹⁸⁵. Por este motivo, não se justificaria que atividades antes consideradas fora de mercado, sejam, repentinamente, tidas por “desvios da instituição do Estado”¹⁸⁶. Daí

¹⁸³ DERANI, op. cit.

¹⁸⁴ DERANI, op. cit., p. 115.

¹⁸⁵ DERANI, op. cit., p. 118.

¹⁸⁶ DERANI, op. cit., p. 118.

falar-se na existência de um limite para a privatização dos serviços públicos, consubstanciado nos princípios constitucionais a serem observados no processo de desestatização e nos efeitos dele decorrentes.

Foram estes, em síntese, os princípios que nortearam as alterações gradativamente introduzidas na forma de exploração dos serviços de telecomunicações pelas Leis e atos normativos aplicáveis ao setor.

3.3. O NOVO MARCO REGULATÓRIO

As alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 8/95 foram concretizadas por um complexo de Leis, Decretos e atos normativos gradativamente editados desde o ano de 1996. É criado, então, um novo marco regulatório que irá reger o setor, com fundamentos bastante diversos daqueles até então vigentes.

3.3.1. A Lei Mínima

A primeira das Leis que introduziram significativas alterações na forma de exploração dos serviços de telecomunicações após a edição da Emenda Constitucional 8/95 foi a Lei Federal n.º 9.295/96, também conhecida como Lei Mínima.

Nesta lei foram previstos mecanismos de privatização do Serviço Móvel Celular¹⁸⁷, do Serviço Limitado¹⁸⁸ e do Serviço de Transporte de Sinais de Telecomunicações por Satélite¹⁸⁹.

Os principais pontos da Lei Mínima destacados por NOVAES são:

- a) dividir o país em 10 regiões para o serviço celular; b) propor a venda das concessões da chamada Banda B; c) propor a separação total das empresas de telefonia fixa e celular num prazo de dois anos; e d) explicitar

¹⁸⁷ Definido pelo art. 1º, § 1º como “o serviço de telecomunicações móvel terrestre, aberto à correspondência pública, que utiliza sistema de radiocomunicações com técnica celular, conforme definido na regulamentação, interconectado à rede pública de telecomunicações, e acessado por meio de terminais portáteis, transportáveis ou veiculares, de uso individual”.

¹⁸⁸ Definido pelo art. 1º, § 2º como “o serviço de telecomunicações destinado ao uso próprio do executante ou à prestação a terceiros, desde que sejam estes uma mesma pessoa, ou grupo de pessoas naturais ou jurídicas, caracterizado pela realização de atividade específica”.

¹⁸⁹ Definido pelo art. 1º, § 3º como “o serviço de telecomunicações que, mediante o uso de satélites, realiza a recepção e emissão de sinais de telecomunicações, utilizando radiofrequências predeterminadas”.

que só a partir do ano de 2000, o governo começará a licitar as bandas de frequência correspondente ao PCS (Personal Communication Systems)¹⁹⁰.

Assim, ainda em 1998, antes da privatização, as empresas locais foram cindidas em duas: uma que operava a telefonia celular e outra a fixa.

Seguiu-se a esta lei o leilão de concessão do serviço móvel celular da Banda B. O edital de venda dividiu o país em dois grupos: um englobando as regiões mais favorecidas economicamente, e outro as menos favorecidas. Cada candidato somente poderia adquirir uma empresa em cada uma das regiões, como forma de assegurar a existência de um número razoável de empresas.

Afirma NOVAES que o leilão logrou êxito e demonstrou o interesse das operadoras internacionais no mercado brasileiro¹⁹¹.

3.3.2. A Lei Geral de Telecomunicações

As mais significativas alterações na forma de exploração dos serviços de telecomunicações foram fruto da Lei Federal n.º 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações- LGT). Foi a partir da edição da LGT que o modelo de exploração dos serviços de telecomunicações se consolidou. Segundo RAMIRES,

sob os auspícios da LGT, assistiu-se a uma radical alteração do quadro institucional em que se desenvolve a atividade de provimento de serviços de telecomunicações, suscitando uma nova ordem de questões relativas às relações entre direito e economia no âmbito do ordenamento jurídico vigente no Brasil¹⁹².

Com fundamento no texto constitucional, o art. 1º da LGT atribuiu à União Federal a competência para a exploração e regulamentação dos serviços de telecomunicações, além das funções fiscalizatória e de planejamento para o setor a serem exercidas, mediante o órgão setorial.

A LGT definiu as formas de delegação ao ente privado da exploração dos serviços de telecomunicações, mediante concessão, permissão e autorização. Todavia, a Lei não se restringiu a substituir o monopólio estatal pelo monopólio privado, mas foi além: instituiu a concorrência – mais ampla em alguns setores e

¹⁹⁰ NOVAES, op. cit.

¹⁹¹ NOVAES, op. cit.

¹⁹² RAMIRES, op. cit., p. 24.

menos nem outros – entre as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações.

Em contrapartida, o art. 8º desta mesma lei criou um órgão setorial responsável pela regulamentação e fiscalização do desempenho destas atividades, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

O advento da LGT, segundo SUNDFELD,

assinala o nascimento do direito brasileiro das telecomunicações como um subsistema normativo. (...)

É verdade que a reforma das telecomunicações integra um contexto mais amplo de revisão do papel do Estado, que vem levando à desestatização, flexibilização dos serviços ou criação de órgãos reguladores também em áreas como energia, petróleo e transportes. Nesse sentido, o direito das telecomunicações integra o direito administrativo econômico, que vem sendo construído na atualidade. Mas com a LGT, as telecomunicações afirmaram enfaticamente a sua especificidade, o que ficou nítido, por exemplo, com a determinação de que as leis gerais de licitação e de concessão seriam inaplicáveis no setor. Decidiu-se, portanto, criar uma disciplina própria, desvinculada dos grandes textos do direito administrativo econômico. Daí a autonomia da regulação das telecomunicações, propiciada também pelas particularidades técnicas e econômicas do setor¹⁹³.

Outra grande característica da LGT, segundo o autor, seria o seu caráter originário, haja vista o rompimento havido com os modelos jurídicos até então vigentes. A LGT revogou Leis (como o Código Brasileiro de Telecomunicações), alterou conceitos até então vigentes e criou uma estrutura de mercado competitiva, o que exigiu a adaptação de todos os regulamentos¹⁹⁴.

Ainda, há que se ressaltar o caráter aberto da LGT¹⁹⁵. Isto porque a lei, de acordo com SUNDFELD, se ocupou das grandes decisões políticas do setor, delegando ao poder executivo a regulação de aspectos pormenorizados, como a classificação dos serviços de telecomunicações, por exemplo¹⁹⁶.

Nesse sentido, ressalta MARQUES NETO que a LGT

adota uma perspectiva muito inovadora, que é uma perspectiva de criar um núcleo básico de definição e remeter a quem tem a competência e o

¹⁹³ SUNDFELD, Carlos Ari. A Regulação das Telecomunicações: papel atual e tendências futuras. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, n.º 3, junho, 2001, Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>, p. 5.

¹⁹⁴ SUNDFELD, A Regulação das Telecomunicações..., 2001.

¹⁹⁵ Lei quadro, na nomenclatura adotada por RAMIRES (op. cit), na medida em que estabelece determinados objetivos ou finalidades a serem atingidos e outorga ao Poder Executivo a competência para estabelecer os meios necessários à sua concretização.

¹⁹⁶ SUNDFELD, A Regulação das Telecomunicações..., 2001.

encargo de precisar como é o serviço de telecomunicação o enquadramento específico de cada tipo de atividade, cada tipo de serviço, dentro da grade de classificação que ela introduz¹⁹⁷.

O controle da atuação do Poder Executivo, portanto, deverá ser feito a partir do cotejo entre a sua atuação concreta e os objetivos previstos em lei. Estes objetivos estão arrolados no art. 2º da LGT. Por força deste dispositivo, o Poder Público tem o dever de: I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas; II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira; III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários; IV - fortalecer o papel regulador do Estado; V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo; VI - criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.

RAMIRES dá ênfase às seguintes inovações na LGT: a) a previsão de universalização do acesso, competição e diversificação da oferta, estímulo ao investimento e ao desenvolvimento tecnológico e industrial do setor; b) a criação de um órgão regulador para o setor; c) a classificação dos serviços e previsão do regime de prestação (público, privado ou concomitantemente em ambos); d) a criação de regras para a administração e compartilhamento da infra-estrutura; e) a instituição da disciplina de reestruturação e desestatização do sistema Telebrás¹⁹⁸.

Percebe-se que a LGT consolidou o modelo de Estado subsidiário, fortalecendo, por um lado, o papel do ente privado na exploração de serviços até então jungidos ao monopólio estatal e reforçando, por outro, o papel regulatório e fiscalizatório do Poder Público.

¹⁹⁷ MARQUES NETO, *Direito das Telecomunicações...*, 2002, p. 305. No mesmo sentido: “O caráter aberto da regulação decorre, portanto, de sua capacidade de assimilar as mudanças impostas pelas inovações tecnológicas e pela evolução do mercado, sem que seja necessária a edição de novas leis. Desde que a Agência tenha habilidade suficiente para os processos de câmbio, tudo poderá ser feito em nível administrativo, o que produz ganhos importantes em termos de rapidez e tende a assegurar um grau maior de coerência nos sistema normativo” (SUNDFELD, 2001, p. 6).

¹⁹⁸ RAMIRES, *op. cit.*

Logo, é em vista destes três pressupostos – participação do ente privado, concorrência e regulação estatal – que estão assentadas as bases do atual modelo de exploração dos serviços de telecomunicações¹⁹⁹.

3.3.3. O Plano Geral de Outorgas

Com fundamento no art. 18, II da LGT²⁰⁰, o Poder Executivo editou o Decreto n.º 2.534 de 02.04.1998, conhecido como Plano Geral de Outorgas (PGO).

O PGO definiu o serviço telefônico fixo comutado como o serviço de telecomunicações que, por meio da transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia (art. 1º, §1º). Ainda, arrolou como modalidades do serviço telefônico fixo comutado o serviço local, o serviço de longa distância nacional e o serviço de longa distância internacional (art. 1º, § 2º, I, II e III).

O PGO subdividiu o território brasileiro em quatro Regiões estabelecidas no Anexo 1. As Regiões I, II e III são divididas em Setores, sendo que a Região IV é composta de todo o território nacional.

Relativamente aos setores que integram as Regiões I, II e III, admitiu-se a coexistência de uma concessionária (que herdaria o sistema da subsidiária da Telebrás atuante no local) e de uma empresa autorizada para exploração do serviço local e do serviço de longa distância nacional de âmbito intra-regional. Ainda, dispôs-se no art. XX, §1º que uma mesma empresa poderia deter autorizações em mais de uma Região dentre as previstas no inciso I deste artigo.

Relativamente à Região IV, foi prevista a coexistência da Embratel com uma empresa autorizada a explorar o serviço de longa distância nacional de qualquer âmbito e do serviço de longa distância internacional.

Ainda, dispôs-se no art. 10, que a partir de 31 de dezembro de 2001, deixará de existir qualquer limite ao número de prestadores do serviço a que se refere o art. 1º, ressalvado o disposto nos arts. 68 e 136 da Lei nº 9.472, de 1997.

Ainda, o PGO define quais serão os serviços prestados em regime público e privado, bem como de que forma se dará a competição no setor. Com efeito, é este

¹⁹⁹ Pontos a serem analisados com mais vagar no capítulo 4.

²⁰⁰ Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto: (...) II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público”.

plano que estabelece “um cronograma para o estabelecimento da competição no setor, através da determinação de entrada dos prestadores no mercado de telecomunicações”²⁰¹.

O processo de privatização e abertura do setor de telecomunicações brasileiro foi o último a ocorrer na América latina, de forma que o país pode se valer da experiência dos países vizinhos. Entende NOVAES que o governo mostrou equilíbrio entre seu interesse de estabelecer um ambiente competitivo, como regulador dos serviços de telecomunicações, e o de obter o maior lucro possível com a venda de suas ações, interesse derivado de sua posição de acionista majoritário do sistema Telebrás. Assim, embora o governo pudesse arrecadar mais se houvesse optado por estabelecer tarifas mais elevadas ou um período de monopólio aos compradores das subsidiárias da Telebrás, optou por não fazê-lo tendo em vista os interesses da sociedade²⁰².

Esta experiência foi de fundamental importância para que a privatização do sistema Telebrás, subdividido em 12 companhias holdings, fosse levado a efeito em 29 de julho de 1998.

3.3.4. O decreto n.º 2.592 de 15 de maio de 1988 e as Metas de Universalização.

Ao PGO seguiram-se a edição do Plano Geral de Metas de Universalização do STFC Prestado no Regime Público (decreto n.º 2.592 de 15 de maio de 1998 - PGMU).

O PGMU fixa as metas sociais, de densidade e penetração dos serviços de telecomunicação. Segundo MARQUES NETO, em outras palavras, o PGMU prevê a densificação da oferta dos serviços de telefonia, a ampliação do número de pessoas que dispõe destes serviços e a sua extensão a setores menos favorecidos ou relevantes para desenvolvimento social. Enfim, o PGMU estabelece as fontes de financiamento para o atendimento a estas metas²⁰³.

Universalizar, nas palavras de FARACO et al., “significa tornar determinada categoria de serviço fruível por todos os segmentos sociais, de forma ampla e sem limitações decorrentes de condicionantes econômicas, geográficas ou culturais”²⁰⁴.

²⁰¹ MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações..., 2002, p. 305.

²⁰² NOVAES, op. cit.

²⁰³ MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações..., 2002.

²⁰⁴ FARACO, et al., 2003, p. 9.

A universalidade dos serviços de telecomunicações se resume ao direito de acesso de todos que possam pagar por seus custos, mas pressupõe, também, “medidas de socialização do direito de comunicação, em evidente cumprimento da função social do domínio das redes de telecomunicações”²⁰⁵. Significa dizer que uma vez constatada a existência de grupos que não usufruem de tais atividades, impõe-se a adoção de medidas que viabilizem o seu acesso.

O dever de universalização das telecomunicações, segundo TORRES, está, também, previsto na Constituição da UIT (Tratado de Genebra, de 1992), veiculado pelo Decreto Legislativo n.º 67/98, cujo art. 1º prescreve que esta terá por objetivo, dentre outros, estimular o desenvolvimento dos meios técnicos e sua exploração mais eficaz, a fim de aumentar a eficiência dos serviços de telecomunicações, expandir seu emprego e generalizar, o mais possível, sua utilização pelo público e promover a extensão dos benefícios das novas tecnologias de telecomunicações a todos os habitantes do Planeta. O princípio é também explícito no art. 2º que dispõe que “a União Internacional de Telecomunicações, devido ao princípio da universalidade e do interesse na participação universal da União (...)”. Trata-se, portanto, de um princípio assumido internacionalmente pelo Brasil ao tornar-se signatário do tratado de Genebra²⁰⁶.

A universalização, segundo FARACO et al., parte do reconhecimento de que o acesso a certos serviços é imprescindível para que se tenha uma vida digna e para que o indivíduo possa exercer sua cidadania econômica e política²⁰⁷.

Sob o ponto de vista econômico, três são as justificativas da universalização dos serviços de telecomunicações. Inicialmente, o aumento do número de assinantes potencializa a utilização e o valor da rede. É a sociedade quem se beneficia do aumento do número de usuários. Isto porque quanto maior o número de assinantes, maior é o número de pessoas com que cada um dos assinantes pode se comunicar.

Em segundo lugar, os investimentos em infra-estrutura refletem-se sobre o produto interno bruto em decorrência do incentivo dado aos investimentos e ao emprego. A infra-estrutura incrementa as relações comerciais e produtivas entre agentes econômicos. Não bastasse isso, a infra-estrutura de telecomunicações está

²⁰⁵ TORRES, Taveira Heleno. *Direito Tributário das Telecomunicações e satélites*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 41.

²⁰⁶ TORRES, op. cit.

²⁰⁷ FARACO, et al., 2003.

fortemente associada à circulação da informação e, por conseguinte, ao desenvolvimento urbano, rural, dos transportes, educação, saúde, entre outros. As telecomunicações possibilitam a coordenação mais eficiente de atividades produtivas, representando economia de capital e tempo com a administração de recursos.

Por fim, a universalização representa forma de redistribuição de renda. A extensão das redes a consumidores de alto custo (domiciliado em zonas rurais, por exemplo) ou de baixa renda mediante a transferência de renda e subsídios, representa forma de correção de desigualdades, como afirmam FARACO et al²⁰⁸.

Sob o ponto de vista social, são inegáveis as repercussões do acesso às telecomunicações sobre a organização de uma comunidade. O telefone e a internet representam forma de integração social, pois permitem a comunicação de pessoas distantes, a transmissão de dados em tempo real, o acesso à informação, dentre outros²⁰⁹.

Nos Estados Unidos e na Europa, a temática da universalização está associada à forma pela qual se pode garantir, a preços e condições razoáveis, o acesso de todos a uma rede pré-existente. Por outro lado, no Brasil, ressalta FARACO, até a edição da LGT a expansão do acesso ao serviço esteve focada na necessidade de ampliação da infra-estrutura, o que, por vezes, restringiu o acesso das camadas menos favorecidas da população a estes serviços. Com este autor concorda MARQUES NETO para quem somente após a edição da LGT a universalização dos serviços de telecomunicações, abrangendo tanto oferta do serviço a preços acessíveis e razoáveis ao maior número possível de pessoas, quanto a extensão da rede até localidades que antes não contavam com os serviços de telecomunicações, ganha relevo²¹⁰.

O art. 79, § 1º da LGT definiu as obrigações de universalização como 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.

²⁰⁸ FARACO, et al., 2003.

²⁰⁹ FARACO, et al., 2003.

²¹⁰ MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações..., 2002.

Da definição de universalização constante na LGT, percebe-se que a ampliação de acesso, e não apenas a ampliação das redes, é a meta a ser atingida. Esta meta deve ser observada, ao menos, com relação aos serviços de telefonia fixa comutada (art. 64, § único). Todavia, a própria LGT permite que o Poder Executivo, a qualquer tempo, por meio de decreto, submeta outros serviços de interesse coletivo ao regime público e, portanto, à universalização, o que foi reiterado pela Lei Federal n.º 9.998/00²¹¹.

O financiamento da universalização nos termos da LGT, não poderá provocar distorções de preços, o que afasta a utilização dos subsídios cruzados (art. 80, §1º), e nem onerar determinados agentes econômicos em detrimento de outros. A LGT prevê, então, duas outras fontes possíveis: os orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e a constituição de um fundo criado com tal finalidade para o qual contribuirão as prestadoras nos regimes público e privado.

O FUST (Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações) foi objeto de Lei específica (Lei Federal n.º 9.998/00). Seus recursos devem ser empregados apenas com relação aos encargos que não sejam inerentes ao contrato de concessão. Assim, as obrigações de universalização impostas às concessionárias quando do início do processo de abertura do setor não podem ser financiadas pelo FUST, devendo ser assumidas pelas próprias operadoras (art. 2º, §1º do PGMU)²¹². As duas únicas exceções a esta previsão estão arroladas no art. 4º do Plano.

Neste sentido, pondera RAMIRES que, os recursos do FUST não podem ser destinados ao financiamento dos custos da universalização dos serviços que, nos termos do contrato de concessão, devam ser suportados pela própria prestadora. Há, portanto, o reconhecimento de que ao menos parte do custo da universalização do serviço, ainda que não recuperáveis, compõem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão²¹³.

A LGT permitiu que até a instituição do FUST fossem adotadas as técnicas do subsídio cruzado entre modalidades de serviços ou segmentos de usuários ou de cobrança de adicional sobre o valor de interconexão.

²¹¹ FARACO, et al., 2003.

²¹² FARACO, et al., 2003.

²¹³ RAMIRES, op. cit.

O PGMU estabeleceu metas de expansão tanto do acesso individual quanto coletivo (telefones públicos) com prioridade aos estabelecimentos de ensino e saúde (art. 5º).

Dentre outros aspectos, o PGMU determinou que as Concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado deveriam implantar o Serviço Telefônico Fixo Comutado, com acessos individuais, até 31 de dezembro de 2001, em todas as localidades com mais de mil habitantes e até 31 de dezembro de 2005, em todas as localidades com mais de trezentos habitantes (art. 4º, II, “a” e “c”).

Deveriam, ainda, a partir de 31 de dezembro de 2004, atender às solicitações de acesso individual, nas localidades com Serviço Telefônico Fixo Comutado, em até uma semana (art. 4º, IV, “d”).

Com relação aos acessos coletivos as Concessionárias deveriam implantar nas localidades com Serviço Telefônico Fixo Comutado com acessos individuais, a partir de 31 de dezembro de 2003, um telefone público a cada trezentos metros (art. 8º, §3º).

Ainda, até 31 de dezembro de 2005, todas as localidades com mais de cem habitantes, não dotadas de acessos individuais deveriam dispor de pelo menos um Telefone de Uso Público, instalado em local acessível vinte e quatro horas por dia e capaz de originar e receber chamadas de longa distância nacional e internacional (art. 12, IV).

Em 27 de junho de 2003, foi editado o Decreto n.º 4.769 que produziria efeitos a partir de 1º de janeiro de 2006, data na qual ficaria revogado o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público – PGMU aprovado pelo Decreto n.º 2.592/98.

A sistemática de metas de universalização constante deste plano é muito semelhante àquela adotada pelo Decreto n.º 2.592/98. São previstas metas de expansão da rede (acessos individuais e coletivos) em prazos progressivos. A principal inovação trazida pelo Decreto diz respeito à extensão das redes às zonas rurais e à previsão de metas para novos meios de acesso surgidos do incremento tecnológico, como os Postos de Serviço de Telecomunicações²¹⁴ e os Terminais de Acesso Público²¹⁵.

²¹⁴ “PST é um conjunto de instalações de uso coletivo, mantido pela concessionária, dispondo de, pelo menos, TUP e TAP, e possibilitando o atendimento pessoal ao consumidor” (art. 3º, VIII).

²¹⁵ “TAP é aquele que permite, a qualquer pessoa, utilizar, por meio de acesso de uso coletivo, o STFC, independentemente de assinatura ou inscrição junto à prestadora, incluindo, ainda, funções

Vê-se, pois, que mesmo após a edição da LGT as políticas de universalização seguiram ao menos em parte o modelo anteriormente existente, priorizando a expansão da rede existente em detrimento do efetivo acesso ao serviço.

Assim, em setembro de 2002 embora o número de linhas instaladas fosse de 49,4 milhões, o número de linhas em operação era de apenas 38,5 milhões²¹⁶.

Neste panorama, afirmam FARACO et al., a universalização do acesso aos serviços de telecomunicações foi, em grande parte, resultado da expansão da telefonia móvel celular²¹⁷.

Embora a telefonia móvel não estivesse sujeita às metas de universalização impostas às concessionárias, a liberação do mercado criou uma forte concorrência que resultou na redução de preços e uma diversidade de planos ofertados à população. Destes, merece destaque o celular pré-pago que se difundiu entre a população de baixa renda.

Nota-se neste ponto que a concorrência é também um fator que, antes de se contrapor à universalização, pode contribuir com ela.

Neste sentido, ressalta FARACO et al. que

O que se tem tentado no novo modelo de organização do setor, portanto, é buscar uma compatibilidade possível entre políticas de universalização e de concorrência. Por certo isso não significaria subordinar as primeiras à segunda, mas também se observa que ambos os princípios não se excluem (i.e. a busca da ampla difusão dos serviços não exclui a geração de um ambiente concorrencial), mas podem ser vistos como complementares no âmbito do modelo vigente para o setor.

Tal complementaridade possível, entretanto, não deve obscurecer o fato de que a regulação voltada à universalização não é redutível àquela com propósito concorrencial. Em outras palavras, a mera eficácia da regulação concorrencial não garantirá a universalização. Esta depende de uma política pública específica, caracterizada por instrumentos e fins diversos.

Por outro lado, o caráter complementar de ambos os princípios não se restringe à delimitação dos fundamentos do modelo adotado para as telecomunicações. Primeiramente, nota-se que o próprio desenvolvimento da concorrência pode ser visto como elemento propulsor da ampla (ainda que não absoluta) difusão dos serviços (como se destacou no capítulo anterior em relação à telefonia celular).

À medida que o processo concorrencial pressiona os agentes econômicos a buscarem reduções de preços e novas alternativas tecnológicas, assim como a explorarem uma demanda reprimida na tentativa de expandir as fronteiras do mercado e conquistar maior participação, o acesso aos serviços tende a ser ampliado.

complementares que possibilitem o uso do STFC para conexão a Provedores de Acesso a Serviços Internet - PASI, de livre escolha do usuário, e envio e recebimento de textos, gráficos e imagens, por meio eletrônico, observado o disposto na regulamentação”.

²¹⁶ Dados do Ministério das Comunicações disponíveis em www.mc.gov.br

²¹⁷ FARACO, et al., 2003.

Ademais, a própria formulação das políticas de universalização pode ser combinada com as políticas concorrenciais voltadas para o setor. Isto aparece no caso brasileiro, por exemplo, quando se estabeleceu que as concessionárias que atendessem as metas iniciais de universalização mais rapidamente se habilitariam para prestar novos serviços e atender novas áreas geográficas²¹⁸.

Com a delegação da exploração dos serviços de telecomunicações aos particulares, a universalização passa a ser uma obrigação imposta a estes, seja mediante o contrato de concessão seja pelos regulamentos vigentes.

3.4. DEFINIÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Atualmente, os serviços de telecomunicações encontram-se definidos no art. 60, §1º da LGT, como “o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, ou seja, “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

A conceituação trazida pela Lei é suficientemente ampla a permitir que novas tecnologias sejam incorporadas a esta categoria, sendo relevante apenas que estejam presentes o conteúdo (símbolos, caracteres, sinais, sons ou informações de qualquer natureza) e a finalidade (transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético)²¹⁹.

Embora amplo, afirma RAMIRES, o conceito de serviço de telecomunicações exclui a infra-estrutura necessária à exploração desta atividade assim como as etapas subseqüentes desta cadeia, como os serviços de valor adicionado. Assim, a mera construção de uma rede de cabos de telecomunicações, a instalação de uma linha de postes ou dutos ou o lançamento de um satélite não estarão enquadrados no conceito de serviços de telecomunicações²²⁰.

O mesmo ocorre com os serviços de valor adicionado, definidos pela LGT como “a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá

²¹⁸ FARACO, et al., 2003, p. 44.

²¹⁹ CORDOVIL, op. Cit, p. 106. Como ressalta MARQUES NETO, é “impossível adstringir, restringir ou colocar em um texto legal definições que abranjam tais transformações tecnológicas, pois a regulamentação destes serviços tem que ser cambiante o suficiente para seguir o fluxo da evolução tecnológica” (MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações..., 2002, p. 309).

²²⁰ RAMIRES, op. cit.

suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações” (art. 61 da LGT). É o caso, por exemplo, dos serviços de provimento de acesso à *internet*, que não se confundem com os serviços de telecomunicações.

TORRES enfatiza que as telecomunicações podem ser observadas por três ângulos diversos: como meio de comunicação, como complexo de redes e sistemas e como serviço prestado aos usuários²²¹.

Como meio de comunicação, a telecomunicação pode ser entendida como qualquer transmissão, recepção ou emissão de sinais, seja escrita, visual, sonora ou de qualquer outra natureza por meio de fios, sistemas ópticos, meios radioelétricos ou quaisquer outros sistemas eletromagnéticos.

Trata-se de meio que permite a comunicação entre ausentes e pressupõe a existência e emissor, receptor, mensagem transmitida em código comum a ambos, sem interferências, e canal de transmissão da mensagem e de alternativa à comunicação direta, feita entre presentes, que necessita da intermediação de terceiros prestadores de serviços. É este o sentido aparentemente adotado pelo art. 60, §1º da LGT.

Porém, a definição das Telecomunicações não se limita à disponibilidade de meios, já que estes devem atingir a uma finalidade, qual seja, a de permitir a concretização dos atos de comunicações, mediante a prestação de serviços. Daí poder-se afirmar que a telecomunicação “é um meio, um instrumento para a satisfação das necessidades relativas aos direitos de comunicação, mediante redes e sistemas²²²”.

A comunicação exige, ainda, um complexo de meios físicos que compõem uma rede ou sistema. Logo, para que os serviços de telecomunicações sejam adequadamente prestados, é necessária a garantia de acesso a esta rede. É por isso que a LGT também se ocupa em assegurar o acesso dos usuários ao serviço de telecomunicações por meio do “terminal de telecomunicações” (art. 156, §1º da LGT).

²²¹ TORRES, op. cit.

²²² TORRES, op. cit., p. 28.

A fundamentalidade das redes na prestação dos serviços de telecomunicações é também revelada pela existência de inúmeros dispositivos na LGT que asseguram a interconexão entre as redes²²³.

Sob uma terceira ótica, as telecomunicações consistem em um serviço, o que também está expresso no art. 60, §1º da LGT ao afirmar que os serviços de telecomunicações consistem no “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações”²²⁴. Esta idéia está igualmente presente no art. 69, § único da LGT que dispõe ser a forma de telecomunicação “o modo específico de transmitir informação”.

3.5. CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

A Lei Geral de Telecomunicações operou duas principais classificações com relação aos serviços de telecomunicações. De acordo com os interesses envolvidos, os serviços de telecomunicações são classificados em serviços de interesse restrito e coletivo (art. 62 da LGT) e, de acordo com o regime jurídico a que estão sujeitos, são classificados em serviços submetidos ao regime público ou privado (art. 63²²⁵).

Para cada qual das categorias foram estabelecidas regras próprias no que tange a aspectos do serviço como o número de operadores, direitos dos usuários e universalização dos serviços, dentre outros.

Trata-se do emprego de uma técnica denominada assimetria regulatória, manifestada pela adoção de

mecanismo apto a introduzir a competição entre prestadores de uma mesma atividade econômica, sujeitos a ônus regulatórios desiguais, justamente para compensar bônus também desuniformes (mormente pela posição de dominância no mercado do ex-monopolista, a quem, obviamente, corresponderá a sujeição à regulação intensa)²²⁶

A regulação assimétrica é possível apenas em virtude de inovações tecnológicas que viabilizam a interconexão, ou seja, que permitem que as empresas

²²³ TORRES, op. cit., p. 29.

²²⁴ TORRES, op. cit.

²²⁵ Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

²²⁶ MARQUES NETO, 2004, p. 109.

que ingressam no mercado possam usufruir concomitantemente da rede até então monopolizada pelo Estado e agora titularizada por um particular²²⁷.

Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações são classificados em serviços de interesse restrito e de interesse coletivo.

Os serviços de interesse restrito, como esclarece SUNDFELD, estão sujeitos apenas aos condicionamentos de conteúdo negativo, ou seja, “indispensáveis a que sua exploração não prejudique a coletividade (art. 62, § único)”. Por outro lado, os serviços de interesse coletivo estão sujeitos a “condicionamentos mais intensos, inclusive os de conteúdo positivo”²²⁸.

A seu turno, os serviços de interesse coletivo são aqueles cuja prestação deve ser assegurada pela prestadora a qualquer interessado em sua fruição em condições não discriminatórias, observados os requisitos da regulamentação. Por isso mesmo são impostos alguns condicionamentos e concedidas algumas vantagens aos prestadores (at. 73 da LGT).

Já os serviços de interesse restrito poderão ser oferecidos em áreas específicas ou em quantidades limitadas²²⁹. Os regimes aplicáveis a cada modalidade de serviço, portanto, serão bastante diversos tendo em vista tais peculiaridades.

Quanto ao regime jurídico de prestação, os serviços de telecomunicações podem ser prestados em regime público ou privado. Enquanto os serviços de interesse coletivo podem ser prestados tanto em regime público quanto privado, ou concomitantemente em ambos (art. 65 da LGT), os serviços de interesse restrito devem ser prestados sempre no regime privado (art. 62, § único da LGT).

Os serviços prestados em regime público devem, por força do art. 83 da LGT, ser prestados mediante concessão, com prazo certo e limitado (arts. 84 e 99 da LGT). Por outro lado, os serviços prestados em regime privado são objeto de autorização (art 131 da LGT), sem sujeição a prazo máximo de vigência. Segundo FARACO, a prestadora do serviço na modalidade privada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização, ou do

²²⁷ MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações..., 2002.

²²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. A Regulação das Telecomunicações: papel atual e tendências futuras. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, n. ° 3, junho, 2001, Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>.

²²⁹ RAMIRES, op. cit.

início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos pela Lei e pela regulamentação²³⁰.

Ainda, enquanto o primeiro é pautado nos princípios da continuidade e da universalização do serviço (art. 64, *caput*, da LGT²³¹) o segundo é fortemente marcado pelos princípios constitucionais da atividade econômica (art. 126 da LGT²³²).

A diferença fundamental entre a prestação dos serviços de telecomunicações no regime privado e público reside na relação estabelecida entre o prestador e o Poder Público. GROTTI ressalta as seguintes diferenças essenciais:

a) para os prestadores no regime privado não há contrato com o poder público, mas sim o estabelecimento de uma relação jurídica não-contratual, advinda de uma autorização (art. 131); b) não há dever de continuidade na prestação dos serviços; c) não há dever de universalização de serviços; d) não há direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; e) o direito de exploração dos serviços é por prazo indeterminado; f) os preços são livres, inexistindo, portanto, controle estatal a respeito (art. 129); g) não pode haver intervenção na empresa; não há encampação (art. 138); h) o prestador pode renunciar à autorização, deixando de prestar o serviço, sem ser punido por isso (art. 142)²³³.

A finalidade da diferenciação dos regimes de prestação dos serviços de telecomunicações reside no fato de que, havendo serviço de interesse coletivo, a União deverá definir se ela própria vai se comprometer perante os usuários a assegurar sua existência, universalização e continuidade (art. 64 da LGT). Havendo serviço de interesse coletivo, a disciplina deverá ser intensa, hábil a compatibilizar o exercício de atividade empresarial com outros interesses caros à coletividade²³⁴.

²³⁰ FARACO, Alexandre Dietzel. Concorrência e universalização nas telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 9-37, out/dez 2004.

²³¹ Art. 64. Comportar-se na 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.

²³² Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.

²³³ GROTTI, 2003, p. 173/174.

²³⁴ SUNDFELD, A Regulação das Telecomunicações..., 2001. No mesmo sentido: “a diferença na classificação entre serviço prestado no regime público ou no regime privado, basicamente, revela-se na perspectiva dos ônus que são imputáveis ao prestador em regime público e da falta de ônus e uma maior liberdade que se atribui ao prestador em regime privado. Basicamente, o núcleo destes ônus consiste no dever de universalização e de continuidade. O prestador em regime público tem obrigação de levar o serviço para determinadas regiões mesmo que estas não sejam economicamente interessantes, bem como tem a obrigação de continuidade, que não é aplicável ao prestador em regime privado” (MARQUES NETO, *Direito das Telecomunicações...*, 2002, p.313).

Por esse motivo, afirma MARQUES NETO, é que o serviço de interesse coletivo, ainda que prestado em regime privado, terá algumas prerrogativas e alguns condicionamentos próprios da natureza pública da atividade, como, por exemplo, utilizar infra-estruturas ou dar interconexão a outros prestadores. Ao contrário, em se tratando de serviços de interesse restrito a liberdade na exploração da atividade é maior, estando o prestador sujeito apenas aos condicionamentos imprescindíveis²³⁵.

Em última análise, leciona RAMIRES, as obrigações e universalização e continuidade dos serviços prestados em regime público são o fundamento para a reserva de titularidade desta atividade ao Estado²³⁶.

Assim, o regime público se imporá quando:

a União considere o serviço como essencial (definição em grande parte de natureza política); b) o jogo normal do mercado não assegure, por si, o permanente oferecimento do serviço (aqui, uma verificação técnica); c) o Poder Público pretenda encarregar alguém de, como delegado seu, oferecer permanentemente o serviço; d) e, em consequência, precise impor, a esse delegado, obrigações coerentes com a decisão tomada (como os deveres de universalização a que, a propósito, o art. 62, §2º, se refere)²³⁷.

A definição do regime jurídico de prestação dos serviços de telecomunicações está condicionada, portanto, por critérios notadamente políticos que podem ser externados em atos normativos. Esta relativa flexibilização, afirma SUNDFELD, permite a constante adaptação de um sistema que é forte e constantemente influenciado por inovações tecnológicas²³⁸.

A decisão quanto ao regime de prestação dos serviços coletivos – público, privado ou concomitantemente em ambos – incumbe ao Presidente da República (art. 18, I e II), havendo apenas determinação de que o serviço de telefonia fixa comutada seja explorado em regime de direito público (art. 64, § único²³⁹).

Os serviços de interesse restrito, por força do art. 67²⁴⁰ são sempre prestados em regime privado. Já os de interesse coletivo podem ser prestados tanto em regime público quanto privado, sendo a opção, por um ou outro, delegada à

²³⁵ MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações..., 2002.

²³⁶ RAMIRES, op. cit.

²³⁷ SUNDFELD, A Regulação das Telecomunicações..., 2001, p. 8.

²³⁸ SUNDFELD, A Regulação das Telecomunicações..., 2001.

²³⁹ Nos termos do art. 64 da LGT, "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".

²⁴⁰ Art. 67. Não comportarão prestação no regime público os serviços de telecomunicações de interesse restrito

discricionariedade do Presidente da República por proposta da Agência Nacional de Telecomunicações (arts. 18, I e 19 II da LGT).

Com fundamento no art. 18, II da LGT, o Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 02 de abril de 1998, reafirmou esta previsão, definindo as modalidades de serviço a serem prestadas em regime público ou privado. Neste plano determinou-se que o serviço telefônico fixo comutado fosse prestado sob o regime público – ainda que não exclusivamente – devendo os demais serviços ser prestados sob a égide do regime privado²⁴¹.

É com base nestes dispositivos que se pode afirmar que o legislador, vislumbrando a essencialidade do serviço de telefonia fixa, estabeleceu um regime jurídico de garantias mais amplas aos usuários e obrigações mais severas às prestadoras com relação a esta atividade. Diversa, todavia, é a feição do regime da telefonia móvel, por exemplo, no qual prevalecem os princípios da atividade econômica.

²⁴¹ “Art 1º O serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral será prestado nos regimes público e privado, nos termos dos arts. 18, inciso I, 64 e 65, inciso III, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e do disposto neste Plano Geral de Outorgas. (...) Art 3º Aos demais serviços de telecomunicações, não mencionados no art. 1º, aplica-se o regime jurídico previsto no Livro III, Título III, da Lei nº 9.472, de 1997.”

4. AS NOVAS DIRETRIZES DA EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Segundo MARQUES NETO, o novo marco regulatório das telecomunicações indica que três foram as principais alterações introduzidas na forma de exploração destes serviços após o advento da Emenda Constitucional n.º 8/95: a) suprimiu-se o monopólio, não só da União, mas também dos entes privados, na exploração dos serviços; b) foi conferido papel preponderante aos particulares que poderão explorar tais atividades, em alguns casos, mediante mera autorização; e c) a previsão quanto à existência de um órgão regulador para o setor²⁴².

São estes três principais aspectos que passam a ser analisados com mais vagar.

4.1. A CRIAÇÃO DE UMA AGÊNCIA REGULADORA

A criação de um órgão regulador no setor de telecomunicações encontra-se prevista no art. 21 XI da Constituição da República com as alterações introduzidas pela EC 8/95. Por força deste dispositivo, lei específica deveria dispor sobre “a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.

Em cumprimento a esta determinação, dispôs-se no art. 8º da Lei 9.472/97 que

Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

Este é o fundamento legal para a criação de uma Agência Reguladora incumbida especificamente da regulação dos serviços de telecomunicações.

²⁴² MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações..., 2002.

4.1.1. Agências reguladoras no direito norte-americano

De acordo com DI PIETRO²⁴³, o vocábulo “agência” foi inspirado do direito norte-americano, no qual tem significado mais amplo, sendo empregado para designar “qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais”, conforme consta expressamente da Lei de Procedimentos Administrativos (*Administrative Procedure Act*).

Portanto, todo órgão governamental norte-americano, com exceção dos integrantes do Legislativo e do Judiciário, é agência administrativa. Daí a afirmação de que “o direito administrativo norte-americano é o direito das agências”²⁴⁴.

As agências norte-americanas caracterizam-se pela multiplicidade e heterogeneidade, sendo que cada uma possui um modelo estrutural próprio. Podem ser classificadas sob diferentes critérios, dentre eles: (a) agências reguladoras (*regulatory agencies*) e agências não reguladoras (*non regulatory agencies*), conforme tenham ou não poderes normativos e decisórios, delegados pelo Congresso, para baixar normas que incidam sobre a situação jurídica dos cidadãos, afetando direitos, liberdades ou atividades econômicas; (b) agências executivas (*executive agencies*) e agências independentes (*independent regulatory agencies or commissions*), dependendo da estabilidade conferida aos dirigentes. Nas agências executivas os dirigentes podem ser livremente demitidos pelo chefe do poder executivo, ao passo que nas agências independentes a perda do cargo ocorre somente em virtude de razões expressamente previstas em lei.

As agências reguladoras norte-americanas têm independência em relação ao Poder Executivo, não estando submetidas a controle hierárquico. São criadas pelo Poder Legislativo, que lhes outorga os seguintes poderes: elaboração de normas jurídicas e aplicação das mesmas ao caso concreto; fiscalização; investigação; punição e decisão de controvérsias. As agências exercem, portanto, funções “quase-legislativas”, pois editam normas, e funções “quase-judiciais”, pois resolvem conflitos.

Nos Estados Unidos, a idéia de Agências Reguladoras nasce no século XIX fortemente ligada à de *public utilities*.

²⁴³ DI PIETRO, 2005, p. 411.

²⁴⁴ Cf. CARBONELL, Eloísa, cit. por DI PIETRO, 2005, p. 411.

As *public utilities*, esclarece MOTTA, são tidas como atividades qualificadas como tal pelo legislador em razão da complexa estrutura exigida para sua prestação. Tais atividades, embora prestadas pelo particular, são regidas por uma autoridade independente e estão sujeitas à habilitação estatal, obrigatoriedade na prestação, e razoabilidade das tarifas²⁴⁵.

A regulação das *public utilities* foi desempenhada sucessivamente pelo Poder Legislativo e Poder Judiciário. No entanto, em razão da crise econômica experimentada na década de 20 a regulação passa a ser exercida por entes criados especificamente com esta finalidade. As funções normativas, administrativas e jurisdicionais são transferidas por delegação expressa do Poder Legislativo e Executivo em diferentes graus de acordo com a atividade a ser desempenhada²⁴⁶.

As agências reguladoras americanas, segundo MOTTA, possuem uma estrutura peculiar, caracterizada essencialmente pelo papel preventivo desempenhado por estes entes nos impasses entre concessionários e usuários. Um segundo ponto a ser ressaltado diz respeito à função jurisdicional exercida pelas agências face à existência de uma ampla regulamentação para a decisão dos conflitos²⁴⁷.

Afirma o autor que já se fala atualmente em uma revisão deste modelo em razão do fenômeno da captura, segundo o qual as empresas reguladas passam a exercer influência e ditar os parâmetros a serem observados pelas Agências Reguladoras. Não se deve olvidar, contudo, do importante papel desempenhado pelas agências norte americanas nos setores do meio ambiente, direito dos consumidores e apoio a minorias²⁴⁸.

4.1.2. As Agências reguladoras no direito brasileiro

A criação das Agências Reguladoras no Brasil, segundo JUSTEN FILHO, remonta ao início da década de 80 quando se constata que a intervenção estatal mediante a criação de uma pluralidade de regras, algumas contraditórias, somente dificultava a realização dos valores sociais. Houve, então, uma reforma do Estado visando à desregulação e posterior re-regulação. Para tanto, são criadas entidades

²⁴⁵ MOTTA, *Agências Reguladoras...*, 2003.

²⁴⁶ MOTTA, *Agências Reguladoras...*, 2003.

²⁴⁷ MOTTA, *Agências Reguladoras...*, 2003.

²⁴⁸ MOTTA, *Agências Reguladoras...*, 2003.

administrativas incumbidas da regulação setorial, cada qual com estrutura, função e regime jurídico próprios²⁴⁹.

As agências, enfatiza o autor, fazem parte de um processo de dissociação entre a prestação dos serviços públicos e sua regulação, bem como da necessidade de que esta disciplina seja pautada por critérios não apenas políticos²⁵⁰.

Todavia, autarquias com funções reguladoras não são novidade no direito brasileiro. Apenas o vocábulo com o qual foram designadas (“agência”), inspirado no direito norte-americano, é que é novo no Brasil. Segundo DI PIETRO²⁵¹, no passado, o Comissariado de alimentação pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933) e o Instituto Nacional do Mate (1938), por exemplo, já desempenhavam funções normativas e de fiscalização.

MOTTA também indica a existência de entes no direito brasileiro que já desempenhavam funções análogas anteriormente, como o Banco Central – Bacen – o Conselho Monetário Nacional – CMN – e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Estes entes atuavam prioritariamente na esfera normativa, administrativa e jurisdicional atinente ao poder de polícia da moeda e da regulação das instituições financeiras. Também o Conselho Nacional do Petróleo – CNP – até a edição da Lei Federal n.º 9.478/97 atuou como órgão regulador em matéria de combustíveis. Contudo, estes entes não atuaram na regulamentação dos serviços públicos, mas sim nas atividades econômicas monopolizadas pelo Estado²⁵².

As agências reguladoras pouco diferem juridicamente das demais instituições oficiais, autárquicas e vinculadas ao Poder Executivo. O diferencial reside, justamente, em sua atuação na conciliação dos interesses de todos os envolvidos na execução de uma determinada atividade. Nas palavras de RAMIRES,

o enfoque inovador da matéria reside na assunção teórica de que as escolhas conformadoras da política econômica e da regulação enfrentam, inevitavelmente, um jogo complexo de interesses econômicos socialmente organizados, diversos e contrastantes, cuja assimilação, composição ou confronto pelos agentes políticos, no âmbito das organizações oficiais de formulação e execução da política econômica, implicam antes a aproximação e explicitação dos interesses privados envolvidos de que seu pretense “afastamento” ou “isolamento”, por princípio, dos objetivos de “interesse público”, o que, freqüentemente, nada mais representa que a

²⁴⁹ JUSTEN FILHO, 2005.

²⁵⁰ JUSTEN FILHO, 2005.

²⁵¹ DI PIETRO, 2005, p. 415.

²⁵² MOTTA, *Agências Reguladoras...*, 2003.

tentativa de mascarar os ônus e benefícios implícitos na política econômica.²⁵³

JUSTEN FILHO também afirma a existência de tal similitude entre as agências reguladoras e antigas instituições administrativas brasileiras. Para o autor, o diferencial entre ambas consiste na concentração de diversas características que anteriormente se encontravam pulverizadas em vários órgãos²⁵⁴.

A função regulatória desempenhada pelas agências “engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou do poder de polícia”²⁵⁵.

A partir desta definição, de acordo com DI PIETRO, é possível diferenciar duas espécies de agências reguladoras no direito brasileiro: aquelas que exercem poder de polícia, com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização e repressão (Anvisa, ANS e ANA) e aquelas que regulam e controlam atividades que são objeto de concessão permissão e autorização (ANEEL, ANATEL, ANP, entre outras). Enquanto as primeiras se assemelham a outras entidades anteriormente existentes, como o Bacen, o Cade, e o CMN, as segundas constituem-se em novidade maior.

As atividades disciplinadas e controladas pelas agências reguladoras são atividades econômicas em sentido amplo, abrangendo não só os serviços públicos, como é o caso da ANEEL (energia elétrica) e da ANATEL (telecomunicações), mas também atividades economicamente relevantes como ocorre com a ANP (petróleo), ANVISA (vigilância sanitária) e ANS (saúde suplementar). Em se tratando de serviços públicos a interferência da agência será maior, ao contrário do que ocorre em se tratando de atividades econômicas.

Segundo DERANI, a atuação das agências estaria limitada ao exercício do poder de polícia na prestação dos serviços públicos não abrangendo uma regulação do mercado e da concorrência²⁵⁶.

Discordando desse posicionamento, pondera RAMIRES que as agências desempenham um papel fundamental na regulação, *a priori*, do mercado e da concorrência. Enquanto a legislação antitruste atuaria *a posteriori* e se ocuparia

²⁵³ RAMIRES, op. cit., p. 87.

²⁵⁴ JUSTEN FILHO, 2005.

²⁵⁵ DI PIETRO, 2005, p. 415.

²⁵⁶ DERANI, op. cit..

exclusivamente da sanção e da correção das condutas tendentes a comprometer o mercado concorrencial, a atuação das agências, mediante a edição de atos normativos, estaria focada na criação de um mercado favorável à competição²⁵⁷.

As agências reguladoras, nas palavras de JUSTEN FILHO, consistem em “uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência para a regulação setorial”²⁵⁸.

Diz-se se tratar de autarquias especiais porque as agências têm reduzido grau de subordinação em face da administração direta. Dentre outros aspectos, ressalta JUSTEN FILHO, seus administradores têm regime especial de investidura e demissão, não estão sujeitas a revisão de seus atos por autoridades integrantes da administração direta, mas apenas perante o Poder Judiciário e podem ter receitas próprias²⁵⁹.

Algumas das características atribuídas às agências reguladoras são comuns às autarquias clássicas: são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei e que somente podem ser extintas por lei. Desempenham funções administrativas, têm capacidade administrativa, autonomia patrimonial, mas estão submetidas ao controle e à tutela do Estado quanto à sua organização, administração e fiscalização financeira.

De acordo com CUÉLLAR, “uma autarquia é especial, ou se submete a regime especial, quando possui características capazes de lhe conferir maior grau de independência em relação à Administração Direta do que as demais autarquias”²⁶⁰.

A especialidade de cada agência está caracterizada e delimitada na lei de sua criação. De um modo geral, pode-se dizer que a principal diferença entre as agências reguladoras e as autarquias clássicas está nos privilégios maiores conferidos àquelas, decorrentes da independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, previsão de mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

²⁵⁷ RAMIRES, op. cit.

²⁵⁸ JUSTEN FILHO, 2005.

²⁵⁹ JUSTEN FILHO, 2005.

²⁶⁰ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, São Paulo: Dialética, 2001, p. 130.

A seu turno, afirmar a autonomia das agências significa dizer que estas atuam de forma imparcial, ou pelo menos, que são relativamente imunes às oscilações políticas²⁶¹.

Além da autonomia política, o legislador buscou dar maior autonomia financeira às agências reguladoras ao prever, além das dotações orçamentárias gerais, fontes de receita próprias, tais como²⁶²: (a) arrecadação de taxas de fiscalização sobre os serviços ou atividades econômicas regulados; (b) produtos de multas, emolumentos e retribuição de serviços prestados a terceiros; (c) rendimentos de operações financeiras; (d) recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados; (e) doações, legados, dentre outros recursos que lhe forem destinados; (f) valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis ou imóveis de propriedade das agências.

Em relação à independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica e autonomia financeira, a diferença é apenas de grau, uma vez que são elementos comuns a toda e qualquer autarquia. Assim, essas características se apresentam com maior intensidade nas agências reguladoras do que nas autarquias clássicas.

A independência conferida às agências reguladoras, entretanto, deve ser entendida em termos relativos.

A fiscalização sobre as agências reguladoras se faz nos termos do art. 70 da Constituição da República²⁶³, estando essas entidades sujeitas ao controle financeiro interno e externo, com a participação do Tribunal de Contas. Ressalte-se que o Tribunal de Contas não está autorizado a investigar o mérito das decisões administrativas da autarquia, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

Não cabe controle administrativo pela via do recurso hierárquico impróprio, sendo vedada a modificação de decisões das agências reguladoras por um agente político (como um Ministro ou Secretário de Estado, por exemplo). Admitir o contrário seria retirar a independência da agência, na medida em que suas decisões seriam

²⁶¹ SUNDFELD, 2002.

²⁶² Os exemplos são de CUÉLLAR, op. cit, p. 136.

²⁶³ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

influenciadas por critérios políticos. Portanto, as agências reguladoras têm independência decisória, pois as decisões proferidas nos processos administrativos por elas desenvolvidos não podem ser impugnadas por recurso à Administração central.

Embora as agências tenham competência para dirimir conflitos em última instância administrativa, o Poder Judiciário também exerce controle sobre as agências reguladoras, na medida em que os atos da Administração Pública se submetem à sua apreciação. Estabelece a Constituição da República, em seu artigo 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Vale lembrar que a apreciação dos atos da Administração Pública pelo Judiciário é limitada, sendo vedado analisar o mérito desses atos.

A maior independência é realmente observada com relação ao Poder Executivo. Mesmo assim, as agências estão sujeitas aos limites estabelecidos em lei, bem como ao controle do Ministério a que estejam vinculadas (art. 84, II da Constituição da República) e do Congresso Nacional (art. 49, X da Constituição da República).

As funções administrativas desempenhadas pelas agências são sempre retiradas da administração direta, assim, sua criação sempre implicará em redução dos poderes da Administração centralizada²⁶⁴.

As agências não seguem um modelo comum e nem sempre têm competências comparáveis, todavia, é possível dizer que exercem tarefas tipicamente do Estado, como editar normas, fiscalizar, aplicar sanções, mediar disputas entre empresas, decidir sobre reclamações de usuários. Segundo SUNDFELD,

A existência de agências reguladoras resulta da necessidade de o Estado influir na organização das relações econômicas de modo muito constante e profundo, com o emprego de instrumentos de autoridade, e do desejo de conferir, às autoridades incumbidas dessa intervenção, boa dose de autonomia frente à estrutura tradicional do poder político²⁶⁵.

²⁶⁴ JUSTEN FILHO, 2005.

²⁶⁵ SUNDFELD, 2002, p. 18.

Uma das maiores indagações acerca da criação das agências diz respeito à sua compatibilização com o princípio da titularidade direta ou indireta popular do poder, inserto no art. 1º, § único da Constituição da República de 1988²⁶⁶.

Na opinião de JUSTEN FILHO, a crítica às agências não se sustenta quando fundada unicamente no art. 1º da Constituição da República. Isto porque não há inconstitucionalidade na atribuição de competência estatal a agentes não eleitos diretamente.

Aduz o autor que para que o poder estatal se estruture faz-se necessário, muitas vezes, que algumas decisões sejam tomadas de forma independente das pressões exercidas pela maioria popular.

De acordo com JUSTEN FILHO, a eleição popular passa em alguns casos a ser um óbice à autonomia decisória na medida em que o critério que opera nesta lógica é o da simpatia da platéia. O resultado imediato de tal atitude, segundo o autor, seria o sacrifício dos interesses da maioria em prol da maioria da população. Daí a existência de mecanismos que defendam os agentes estatais não eleitos como, por exemplo, a garantia contra a perda do cargo em virtude de divergências²⁶⁷.

Aduz, o autor, que as agências podem ser vistas como uma forma de limitação do poder político, vez que contribuem na implementação do sistema de freios e contrapesos. As agências são, portanto, meio complementar à atuação dos instrumentos clássicos de limitação do poder²⁶⁸.

As agências, de acordo com o autor, são também meio de concretização do interesse público, face às dificuldades existentes na concepção tradicional e hierarquizada dos poderes tradicionais. Com as agências há dissociação de competências estatais já exercidas por outros órgãos a fim de que se amplie o instrumental de fragmentação do poder.

No âmbito federal, a criação das Agências Reguladoras pode ser estruturada no seguinte quadro:

²⁶⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

²⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit.

²⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit.

Lei	Agência	Regime jurídico	Vinculação	Finalidade
9.427/96	Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL	Autarquia sob regime especial	Ministério de Minas e Energia	Regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica
9.472/97	Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL	Autarquia sob regime especial	Ministério de Comunicações	Adotar medidas para o desenvolvimento das Telecomunicações.
9.478/97	Agência Nacional do Petróleo - ANP	Autarquia sob regime especial	Ministério de Minas e Energia	Regular, contratar e fiscalizar as atividades integrantes da indústria do Petróleo
9.782/99	Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA	Autarquia sob regime especial	Ministério da Saúde	Promover a proteção da saúde da população
9.961/2000	Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS	Autarquia sob regime especial	Ministério da Saúde	Promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde
9.984/2000	Agência Nacional de Águas – ANA	Autarquia sob regime especial	Ministério do Meio Ambiente	Implementar Política Nacional de Recursos Hídricos
10.233/2001	Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT	Autarquia sob regime especial	Ministério dos Transportes	Atuar no transporte ferroviário, rodoviário e multimodal de cargas e passageiros.
10.233/2001	Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ	Autarquia sob regime especial	Ministério dos Transportes	Atuar na navegação fluvial, lacustre, de travessia de apoio marítimo, portuário, cabotagem e longo curso.
1.0454/2002	Agência Nacional do Cinema - ANCINE	Autarquia sob regime especial	Ministério da Cultura	fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica

4.1.3. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)

A Emenda Constitucional nº 8/95, conforme se ressaltou anteriormente, previu a instituição de um órgão regulador, que só foi implementado com a criação da ANATEL, mediante a edição da LGT e o Decreto n.º 2.338/97. Este decreto detalha de forma minuciosa as competências dos órgãos superiores das agências. Ainda, a Resolução I, de 1997, da ANATEL, alterada pela resolução 197 de 1999, regulamenta o funcionamento do conselho diretor da Agência, detalha as competências das Superintendências e cria o código de procedimento administrativo da agência.

A ANATEL é entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações. Tem a função de órgão regulador das telecomunicações. Sua sede fica no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

O órgão máximo da ANATEL é o Conselho Diretor. Também conta com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria. O art. 9º da LGT que instituiu a ANATEL ainda prevê que “A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência”.

O Conselho Diretor é formado por cinco Conselheiros. As sessões deste Conselho serão registradas em atas, que devem ser arquivadas para conhecimento geral, a não ser que a publicidade possa colocar em risco a segurança do País. As deliberações do Conselho Diretor são tomadas por maioria. É o Conselho Diretor que edita as normas de competência da agência, elabora os editais de licitação, autoriza a contratação de terceiros, entre outras atividades.

A forma de investidura dos Conselheiros Diretores se dá por escolha do Presidente da República e sua nomeação, após aprovação pelo Senado (Constituição da República, art. 52, III, f) Devem eles ser brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade. Seu mandato é de cinco anos. Igualmente ao que ocorre na ANP, para que os mandatos não sejam coincidentes, os primeiros Diretores terão mandatos de três, quatro, cinco, seis e sete anos.

Além do Conselho Diretor, há o Conselho Consultivo, que deve ser um órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência. Ele deve ser integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade.

O Conselho Consultivo deve opinar sobre as políticas governamentais de telecomunicações, aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público, apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor, entre outras atividades.

Os membros do Conselho Consultivo não são remunerados e têm mandato de três anos, não coincidentes entre todos os membros, vedada a recondução. Assim, os membros do Conselho são renovados em um terço a cada ano.

4.1.4. Funções desempenhadas pela ANATEL

À ANATEL cumpre implementar, na esfera de suas atribuições, a política nacional de telecomunicações. A Agência expede normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público. Celebra e gerencia contratos de concessão e fiscaliza a prestação do serviço, mediante a aplicação de sanções e a realização de intervenções. A ANATEL também controla, acompanha e procede à revisão de tarifas dos serviços, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes. Compõe administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações e reprime infrações dos direitos dos usuários. Propõe 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. Arrecada e aplica suas receitas. Adquire, administra e aliena seus bens. Decide em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor. Formula ao Ministério das Comunicações proposta de orçamento.

No cumprimento destas finalidades a Agência deverá ter em vista os objetivos traçados para o setor pelo legislador e as políticas públicas adotadas pelo chefe do poder Executivo.

Analisando as competências da ANATEL, FIGUEIREDO pondera que o conceito de órgão regulador estaria sendo desbordado, de molde que os próprios meios de controle de sua atuação estariam comprometidos e, em última análise, o próprio serviço público em questão²⁶⁹.

Todavia, como pondera RAMIRES, a independência e o amplo leque de competências atribuídas às agências não significa a criação de um poder autônomo, mas sim de um espaço relativamente apartado das influências do jogo político²⁷⁰.

²⁶⁹ FIGUEIREDO, 2006.

²⁷⁰ RAMIRES, op. cit.

Segundo o autor, o princípio da tripartição dos poderes tem por escopo a descentralização do Poder. Por esta descentralização entenda-se a proteção da liberdade contra o poder absoluto. Neste sentido, a criação de agências reguladoras bem se prestaria a esta finalidade ao contribuir com a descentralização administrativa.

Essa é também a opinião de SUNDFELD, para quem a opção pela adoção das agências consiste em uma alternativa à concentração de poderes nas mãos do Estado. É com vistas à descentralização do Poder que se exige que “o regulador não seja o Executivo, mas um ente com toda a autonomia possível”²⁷¹. Neste sentido, pondera JUSTEN FILHO que a concepção de agências refere-se a “uma opção de organização estatal para minorar problemas e dificuldades gerados pela ampliação da complexidade social e a transformação das funções reservadas ao Estado”²⁷².

Segundo CUÉLLAR, são inúmeras as atribuições das agências reguladoras dispostas nas leis específicas sendo possível sintetizar as seguintes atuações: a) regulação (definem o regime legal de determinado feixe de atividades); b) promovem e firmam as contratações administrativas pertinentes à sua atividade (por meio de licitações e contratos); c) fiscalizam o cumprimento dos contratos administrativos firmados e a execução dos serviços; d) aplicação de sanções àqueles que descumprem normas vinculadas aos serviços ou atividades de sua competência; e) ouvidoria de reclamações ou denúncias formalizadas pelos usuários, assegurando a resolução de conflitos e a participação em processos de consulta pública²⁷³.

RAMIRES indica como atribuições da ANATEL, as seguintes: a) configuração do conteúdo da oferta de serviços no setor; b) fiscalização do mercado e controle do ingresso de operadores competitivos; c) regulação dos serviços públicos; d) administração dos recursos do espectro de radiofrequências e outros recursos escassos; e) padronização e certificação de produtos e equipamentos; f) controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica; g) competências de arbitragem e resolução de conflitos; h) competências administrativas “estrito senso” e de representação²⁷⁴.

²⁷¹ SUNDFELD, 2002, p. 25.

²⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética.

²⁷³ CUÉLLAR, op. cit., p. 81.

²⁷⁴ RAMIRES, op. cit.

Já para PORTO NETO, a Agência desempenha basicamente quatro funções: a) organizar e regulamentar o setor de telecomunicações mediante a edição de normas gerais e abstratas; b) outorgar concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações; c) fiscalizar as atividades do setor desempenhadas tanto no regime público como privado; d) mediar conflitos entre operadores de serviços de telecomunicações e entre estes e usuários²⁷⁵.

Passa-se a expor as funções da ANATEL a partir da classificação operada por este autor, pois, apesar de sintética, indica as principais funções exercidas pela Agência.

4.1.4.1. Competência normativa

Uma das competências mais características das Agências Reguladoras é precisamente o poder normativo. Com efeito, a atuação constante das agências, com vistas ao gerenciamento de um determinado setor, se dará, em grande medida, pela contínua edição e atualização de normas e pela sua aplicação direta por um órgão administrativo, como destaca SUNDFELD²⁷⁶.

O exercício deste poder justifica-se, segundo o mesmo autor, pela insuficiência das normas genéricas editadas pelo Poder Legislativo. Nesta situação, são necessárias “normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores”²⁷⁷.

Subsiste, ainda, discussão a respeito dos fundamentos para a delegação da função normativa às agências reguladoras. Isto porque apenas a ANATEL e a ANP contam com previsão constitucional (arts. 21, XI e 177, § 2º, III), sendo que para todas as demais a delegação da competência normativa se dá somente com a lei instituidora da agência²⁷⁸. Para estas, a função normativa estaria restrita apenas à regulamentação da própria atividade e à conceituação, interpretação e explicitação de conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei.

²⁷⁵ PORTO NETO, Benedicto. A Regulação e o direito das Telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1. Ed, 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

²⁷⁶ SUNDFELD, 2002.

²⁷⁷ SUNDFELD, 2002.

²⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...* p. 419.

Todavia, com fundamento nas lições de SUNDFELD, deve-se reconhecer que as funções normativas outorgadas à agência não implicam em usurpação da função legislativa. Ao contrário. A concessão de competência normativa às agências parte da constatação de que a crescente complexidade das relações sociais exige a edição de normas mais diretas para tratar das especificidades de determinado setor e viabilizar a intervenção do Estado. Diante da multiplicação das demandas sociais, o Estado não pode cingir sua atuação à edição de uma lei geral que vigore por prazo indeterminado. Sua atuação deverá ser contínua. É isto que leva o autor a afirmar que “o modelo que conhecemos – a separação de Poderes tradicional e as funções que competiam aos Poderes Judiciário e Legislativo – era perfeitamente coerente com o baixo intervencionismo estatal”²⁷⁹.

Em última análise, a descentralização na produção de regras consistiria em uma solução para o atendimento da demanda pela eficiência na atuação estatal. São as novas tarefas impostas ao Estado que imporiam a concessão, às agências, de poderes normativos de regulação. Ressalta RAMIRES que

o arranjo institucional que descentraliza a regulação setorial em torno de agências de regulação independente demonstra inegáveis vantagens para absorver as pressões e os entrecosques de interesses públicos e privados envolvidos, aumentando as chances de durabilidade do equilíbrio social²⁸⁰.

Segundo do autor, as teorias a respeito da natureza da delegação de poderes normativos às agências seriam bastante controvertidas. A linha adotada é denominada de “teoria da delegação por deslegalização”. Esta teoria teria por pressuposto a idéia de que o próprio legislador retiraria certas matérias do domínio legal permitindo que as mesmas fossem tratadas por meio de regulamentos.

Uma segunda teoria, denominada de “regulamentos autorizados” partiria da idéia de que o Poder Executivo, no exercício de competência normativa atribuída pelo Poder Legislativo, poderia editar atos quando caracterizadas situações de fato extremamente mutantes, técnicas ou complexas e que, por isso mesmo, não poderiam ser adequadamente reguladas por meio de Lei. Nesta situação, o agente administrativo não poderia se afastar dos princípios fixados pelo legislador. Nas palavras do autor,

²⁷⁹ SUNDFELD, 2002, p. 29.

²⁸⁰ RAMIRES, op. cit., p. 96.

trata-se, como se vê, do reconhecimento, sem mais rodeios, da possibilidade de delegação do poder normativo a órgãos da administração, desde que atendidos certos requisitos de justificação (as circunstâncias excessivamente técnicas, complexas e cambiantes) e fixados determinados objetivos finalísticos (standarts) que poderão assegurar o controle da delegação²⁸¹.

As teorias, como se vê, não desconsideram os princípios da divisão dos poderes e nem da legalidade, mas apenas partem do reconhecimento de dois planos distintos de legalidade. O primeiro, consubstanciado na fórmula geral do art. 5º, II da Constituição da República, de caráter relativo, já que a garantia constitucional admitiria a autorização da edição de regulamentos pelo Poder Executivo. Isto porque as obrigações estabelecidas na via normativa teriam sua origem, ainda que não na lei, em virtude da lei. Ao lado deste haveria a previsão da legalidade estrita, contida no art. 5, XXXIX, 150, I e 170, § 1º, da Constituição da República, pela qual seria exigida a edição de Lei formal para o estabelecimento de determinadas obrigações²⁸².

Assim, as agências não estarão autorizadas a produzir regulamentos autônomos, já que todas as suas competências, inclusive no que tange à edição de normas, deverão ter respaldo legal. Por isso é que não há, de fato, uma exclusão do Poder de legislar, mas sim o aprofundamento da atuação normativa do Estado²⁸³.

Trata-se, portanto, de uma forma de viabilizar a concreção dos valores previstos na lei; a transposição dos preceitos normativos de forma minuciosa²⁸⁴. A edição e substituição de normas, da mesma forma que sua aplicação por um órgão administrativo, portanto, é meio de garantir o gerenciamento e planejamento das funções estatais.

Assim, ainda que seja conferido poder normativo às agências reguladoras, os atos administrativos expedidos não podem conflitar com a Constituição da República ou a legislação infraconstitucional²⁸⁵.

²⁸¹ RAMIRES, op. cit., p. 92.

²⁸² RAMIRES, op. cit.

²⁸³ SUNDFELD, 2002, p. 27.

²⁸⁴ SUNDFELD exemplifica da seguinte forma: “Ninguém imagina que o legislador vá cuidar de regular o nível de emissão de poluentes no bairro do Maracanã no ano de 1998; e em janeiro de 1999 editar outra lei para estabelecer que já é hora de diminuir ainda mais o nível de emissão; e no meio do ano, considerando que o novo nível eleito foi otimista demais, editar nova lei para voltar atrás. É viável supor que o legislador possa fazer isso, dedicando-se, ele próprio, a um verdadeiro gerenciamento normativo da realidade? Seria míope imaginá-lo. Nem o modo de produção de normas que conhecemos – que fez nascer o Código Civil – nem o modelo tradicional de solução dos conflitos – o do julgamento de ações judiciais pelo Judiciário – bastam nos novos tempos.” (2002, p. 28).

²⁸⁵ DÍ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*

O verdadeiro problema é saber até onde a agência pode regular algo sem invadir a competência legislativa. De acordo com MELLO²⁸⁶, a questão não é de fácil solução. Há que se respeitar o princípio constitucional da legalidade, segundo o qual atos inferiores não podem inovar originariamente o ordenamento jurídico. Assim, a atuação normativa das agências deve se restringir a “aspectos estritamente técnicos”, devendo estar sempre amparada em lei. É a própria Constituição da República que permite, no direito brasileiro, apenas o regulamento de execução (art. 87, § único da Constituição da República), à exceção da previsão da Emenda Constitucional n.º 32, que alterou o art. 84, VI da Constituição da República.

A este respeito pondera PORTO NETO que a mera delegação de competência normativa para a administração pública efetivamente ofende o princípio da legalidade. Todavia, esta situação é bastante diversa daquela em que a outorga ocorre seguida da definição de parâmetros claros para que o administrador exerça a competência normativa²⁸⁷.

Neste aspecto, é possível dizer que a LGT estabelece parâmetros bastante rígidos para o exercício da competência normativa por parte da agência, fixando não só o conteúdo que deve ser tratado pela agência, mas também os procedimentos a serem seguidos. Precisamente por este motivo, afirma PORTO NETO que “não se pode dizer, pelo menos no caso específico da ANATEL, que haja violação ao princípio da legalidade”²⁸⁸.

A capacidade normativa é expressamente atribuída à ANATEL pelos arts. 19, IV, VIII, X, XII, XIII, XIV e XVI da LGT.

Cabe à ANATEL a expedição de normas que definirão as características das modalidades de serviços de telecomunicações, suas condições de prestação, fruição e outorga, tanto em regime público quanto privado. Para tanto, a agência deve ponderar aspectos tecnológicos e efeitos econômicos.

A Agência, como ressalta PORTO NETO, não só exerce o Poder normativo para regular a prestação dos serviços de telecomunicações em regime público e privado (arts. 19, IV e X da LGT), mas também para aprovar suas próprias normas de licitação e de contratação e restringir o acesso de alguns grupos empresariais aos serviços de telecomunicações²⁸⁹.

²⁸⁶ MELLO, op. cit.

²⁸⁷ PORTO NETO, op. cit.

²⁸⁸ PORTO NETO, op. cit, p. 291.

²⁸⁹ PORTO NETO, op. cit.

RAMIRES ressalta a existência de dois mecanismos de controle da regulação. O primeiro deles decorrente da própria lei que estabelece os princípios que deverão orientar a atividade regulatória, exercido na via política e judicial. O segundo, exercido mediante a participação dos diferentes interesses privados na elaboração dos regulamentos mediante a previsão de consultas públicas, dentre outros²⁹⁰.

O Eg. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito do tema no julgamento do Recurso Especial n.º 572.070²⁹¹, interposto pela Brasil Telecom, concessionária de serviços de telecomunicações, contra acórdão do Eg. Tribunal Regional Federal que determinou a suspensão da cobrança da tarifa interurbana nas ligações realizadas entre o Município de Cornélio Procópio e seus distritos.

No julgamento do recurso, entendeu-se pela manutenção da forma de tarifação originariamente estabelecida, tendo sido asseverado expressamente na ementa do acórdão a impossibilidade de que o Poder Judiciário adentrasse no mérito das normas editadas pela ANATEL²⁹².

Há, portanto, entendimento do Eg. STJ no sentido de manter a estabilidade da regulamentação do setor, reafirmando o papel normativo das agências reguladoras.

4.1.4.2. Gerenciamento das contratações administrativas

As agências promovem e firmam as contratações administrativas pertinentes à sua atividade (por meio de licitações e contratos).

Assim, a ANATEL detém competência para outorgar concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações. Ainda, cabe à ANATEL a administração dos recursos necessários para a prestação dos serviços de

²⁹⁰ RAMIRES, op. cit.

²⁹¹ Recurso Especial n.º 572.070, DJ DATA:14/06/2004, Relator Min. João Otávio de Noronha, Data da Decisão 16/03/2004, Segunda Turma.

²⁹² Consignou-se na ementa que “A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. (...) 3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das “áreas locais” estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir. (...)”.

telecomunicações, disciplinando o emprego desses meios tendo em vista a sua otimização, em favor dos usuários (art. 19, V, VI, IX e XI da LGT).

4.1.4.3. Fiscalização

A ANATEL fiscaliza o cumprimento dos contratos administrativos firmados e a execução dos serviços, aplicando sanções àqueles que descumprem normas vinculadas aos serviços ou atividades de sua competência (arts. 19, VI, IX, XI e XIX da LGT).

Os poderes de fiscalização exercidos pela ANATEL abrangem não somente as atribuições típicas da administração com relação aos contratos de concessão, mas vão além. Isto porque as regras das concessões não estão dispostas apenas nos contratos, mas decorrem, em igual medida, do equilíbrio estabelecido no mercado entre os diversos prestadores. Ressalta RAMIRES que

o que se afirma é que a “economia” do serviço público no setor de telecomunicações representa, pelo menos juridicamente, um sistema dentro de outro maior e, portanto, impõe à agência a tarefa de garantir o equilíbrio desse “subsistema” (o equilíbrio da concessão) dentro do equilíbrio geral do setor²⁹³.

A ANATEL tem competência para a fiscalização do mercado e controle do ingresso de novos operadores, assegurando o cumprimento das regras aplicáveis ao setor, concedendo autorizações para os prestadores no regime privado, ou mesmo estabelecendo a configuração dos serviços ou as condições de prestação (19, X, XI, XIII e XXI, 131, 134, 135 e 136 da LGT). De acordo com RAMIRES, o estabelecimento de critérios para o ingresso no setor abrange:

i) a possibilidade de dispor sobre condições subjetivas dos candidatos à obtenção de autorizações de serviço; ii) a possibilidade de condicionamento da expedição de autorização à aceitação pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade; iii) a possibilidade de restrição do número de prestadores em regime privado, em caráter excepcional, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo²⁹⁴.

²⁹³ RAMIRES, op. cit., p. 172.

²⁹⁴ RAMIRES, op. cit., p. 167.

Por isso é que em grande medida a atuação da agência abrange o controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as competências do CADE. Por conseguinte, a ANATEL foi integrada ao sistema de defesa da concorrência, instituído pela Lei Federal n.º 8.884/94. Para o desempenho de suas funções, sustenta RAMIRES, a ANATEL tem competência para conformar o mercado, fiscalizar a ocorrência de infrações à ordem econômica preventiva e repressivamente valendo-se dos meios previstos na Lei Federal n.º 8.884/94²⁹⁵.

4.1.4.4. Poder de dirimir conflitos

De acordo com MOTTA, A concessão dos serviços públicos caracteriza-se pelo embate entre três vontades distintas, consubstanciadas nos interesses econômicos dos concessionários, políticos do Poder Público e os dos usuários. Nesta perspectiva incumbe às Agências Reguladoras, representantes dos interesses políticos do Estado, harmonizar e equilibrar os interesses antagônicos de usuários e concessionários. São também as Agências Reguladoras que irão firmar limites à competitividade e a aplicação desmedida das regras do mercado²⁹⁶.

A legislação que criou a ANATEL (art. 19, XVII e XVIII da LGT), conferiu expressamente a esta agência poderes para dirimir conflitos entre concessionários, permissionários e autorizados e seus usuários mediante a aplicação da legislação específica.

A atuação da ANATEL na resolução de conflitos, além de imparcial, como aquela levada a efeito pelo Poder Judiciário, deverá, também, ser técnica e capaz de conciliar os múltiplos interesses envolvidos na exploração da atividade.

Uma das formas de composição dos diferentes interesses envolvidos na prestação dos serviços de telecomunicações é garantia da transparência e a instituição de mecanismos que assegurem a participação dos envolvidos na tomada de decisão.

Destaca BRUNA²⁹⁷ que cada vez é mais comum a instituição de procedimentos participativos nas leis que tratam da regulação econômica. A participação dos interessados no procedimento administrativo nada mais é do que

²⁹⁵ RAMIRES, op. cit.

²⁹⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Op. cit.

²⁹⁷ BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: revista dos tribunais, 2003.

reflexo do direito de petição, disposto no art. 5º, XXXIV da Constituição da República.

Assim é que o art. 42 da LGT obriga a ANATEL a submeter a minuta dos atos normativos à consulta pública.

Como destaca BRUNA, a exigência da consulta pública não é um procedimento meramente formal, vez que impõe ao administrador o exame das contribuições que deverão ser acatadas ou não de forma justificada. Daí porque a consulta pública é importante instrumento de orientação da revisão judicial dos atos normativos, pois fornece elementos a respeito da higidez tanto do procedimento administrativo, como da norma em si.

Para que se assegure a efetividade do procedimento de participação, assevera o autor, é necessário que a administração garanta a sua ampla divulgação e disponibilize todas as informações relevantes de que disponha. Após a realização da consulta, é imprescindível que todas as decisões do administrador sejam devidamente motivadas. Assim, conclui BRUNA que

a validade do ato normativo somente deve ser reconhecida quando a participação dos interessados tenha sido provida de significado prático, o que ocorre quando tenham sido efetivamente apreciados os principais argumentos apresentados durante o procedimento de consulta pública, por uma autoridade que fundamenta a sua decisão, ao catá-los ou rejeitá-los²⁹⁸.

CUÉLLAR destaca, ainda, outras formas de participação popular nas agências como, por exemplo, a instituição de ouvidorias, que recebem e analisam as reclamações formuladas pelos usuários e agentes regulados, instituição de Conselhos Consultivos, compostos por agentes da comunidade e instituição de contratos de gestão relativos à administração da agência²⁹⁹.

RAMIRES enfatiza que a participação pública não se restringe à consulta, mas abrange, também, a instituição ou eliminação da prestação de determinada modalidade de serviço em regime público (art. 18, I a IV e 19, III e XXX da LGT), a revisão das metas de universalização (art. 80 da LGT), os procedimentos de licitação das outorgas (art. 89, III da LGT), o controle e administração das tarifas (art. 109 da LGT), entre outros³⁰⁰. Há, ainda, em vários pontos, a previsão da publicidade

²⁹⁸ BRUNA, op. cit, p. 275.

²⁹⁹ CUÉLLAR, op. cit..

³⁰⁰ RAMIRES, op. cit.

e transparência dos atos, especialmente no que tange às sessões do Conselho Diretor da Agência, obrigatoriamente públicas quando se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e usuários (art. 21 da LGT), a publicidade de atas em todos os demais casos, salvo nos casos em que esteja envolvida a segurança nacional.

MOREIRA destaca alguns óbices à efetividade da participação popular. Segundo o autor, a ausência de colaboradores neste processo não o invalida. A entrega de contribuições “é circunstancial, não essencial”³⁰¹. Não bastasse isso a participação acaba restrita àqueles que têm interesse econômico a ser regulado, ficando os usuários à margem deste processo. A divulgação dos processos de consulta pública são, em regra, feitos pela *internet*, diário oficial e jornais de grande circulação. Nestes últimos, os únicos de grande alcance para a população comum, são publicados apenas pequenos editoriais oficiais dando notícia da realização da consulta.

Em suma, são poucos aqueles que têm conhecimento da realização da consulta e, dentre estes, apenas uma parcela pouco significativa compreende a relevância da participação no processo de consulta.

4.2. A PARTICIPAÇÃO DOS AGENTES PRIVADOS

Uma das principais inovações do novo marco regulatório aplicável às telecomunicações diz respeito à possibilidade de os particulares explorarem estas atividades que, até a edição da Emenda Constitucional n.º 8/95, eram prestadas exclusivamente pelo Estado. No entanto, a inovação vai além, ao admitir-se que esta delegação se dê inclusive mediante autorização, sem a necessidade de licitação prévia.

Trata-se, conforme se verá no Capítulo V, de uma das mais fortes indicações no sentido de que a própria natureza dos serviços de telecomunicações, antes exclusivamente pública, sofreu amplas modificações com a edição da Emenda Constitucional n.º 8/95.

³⁰¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a elaboração processual de normas*. In: Revista de Direito Público da Economia. Ano 1, n.º 2, abril/maio/junho 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 221/254, p. 246.

Assim, incumbe analisar, em linhas gerais, os instrumentos mediante os quais é operacionalizada a delegação dos serviços de telecomunicações aos particulares.

4.2.1. Concessão

A concessão de serviço público, afirma DI PIETRO, foi a primeira forma que o Poder Público utilizou para transferir a terceiros a execução dos serviços públicos durante o Estado Liberal. A grande vantagem então vislumbrada no instituto era a de que o Estado poderia prestar um serviço público essencial sem que tivesse que despende recursos próprios e sem incorrer nos riscos econômicos de sua exploração. Todavia, essas características foram sensivelmente alteradas a partir do momento em que o Estado passou a oferecer garantias aos particulares, como as cláusulas de “garantia de juros” ou mesmo em virtude da aplicação da teoria da imprevisão³⁰².

As concessões foram, então, substituídas pela atuação direta do Estado, por meio de sociedades de economia mista ou empresas públicas. Etapa seguinte foi o retorno das concessões, só que agora voltadas à delegação dos serviços públicos a empresas estatais, como é o caso da TELEBRÁS³⁰³.

Segundo JUSTEN FILHO, somente a partir da crise fiscal do Estado ocorrida na última década do século XX a concessão voltou a ser utilizada como forma de delegação de serviço público a particular. Com efeito, a contribuição do capital privado tornou-se imprescindível para a consecução de algumas das finalidades do Estado³⁰⁴.

A concessão atualmente utilizada, ressalta o autor, tem feição diversa daquela empregada há cem anos. Trata-se atualmente de um instituto que permite a aproximação da sociedade civil e do Estado. Não se pode mais aludir a uma única concessão, já que o instituto comporta uma pluralidade de manifestações³⁰⁵.

Embora a Constituição da República de 1.988 faça inúmeras menções à concessão (arts. 21, XI e XII, 25, §2º, 175 e 223 da Constituição da República), não

³⁰² DI PIETRO, 2005.

³⁰³ DI PIETRO, 2005.

³⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95/136, jan/mar 2003.

³⁰⁵ JUSTEN FILHO, As diversas configurações da concessão..., 2003.

há no texto uma formulação conceitual do instituto e nem havia, à época de sua promulgação, legislação que a definisse.

Somente em 1995 veio a ser editada a Lei Federal n.º 8.987 que definiu o instituto no art. 2º, II. Nos termos do dispositivo, a concessão de serviços públicos consiste

na delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Contudo, muitos autores apontam a precariedade e insuficiência da conceituação trazida pela Lei.

De acordo com JUSTEN FILHO, o conceito trazido pela Lei mais do que descrever o instituto, prescreveria a forma de contratação (licitação na modalidade de concorrência) e os requisitos subjetivos para tanto (pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o seu desempenho)³⁰⁶.

Neste mesmo sentido, posiciona-se MELLO, para quem o conceito abordaria aspectos atinentes à válida formação do contrato de concessão e não à sua existência, como, por exemplo, a exigência de licitação na modalidade de concorrência e a outorga à empresa ou consórcio que demonstre capacidade para a realização do empreendimento. Por outro lado, não é feita qualquer menção à forma de remuneração do concessionário, elemento fundamental para a caracterização da concessão³⁰⁷.

DI PIETRO também tece críticas a respeito deste conceito, asseverando que o dispositivo faz menção a requisitos que não se prestam a caracterizar o contrato de concessão, como a exigência de licitação na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho. Assevera a autora que “ainda que não houvesse essas exigências, poder-se-ia ter um contrato de concessão”³⁰⁸.

Por outro lado, não há qualquer menção à natureza contratual da concessão e nem à forma de remuneração que lhe caracteriza, qual seja, a tarifa paga pelo usuário. A rigor, tais caracteres podem ser extraídos de outros dispositivos da lei,

³⁰⁶ JUSTEN FILHO, *As diversas configurações da concessão...*, 2003.

³⁰⁷ MELLO, *op. cit.*

³⁰⁸ DI PIETRO, 2002, p. 75.

como o art. 4º, que faz expressa menção à natureza contratual da concessão, e os arts. 9º, 18, VIII e 23, IV, que, respectivamente, estabelece formas de fixação e revisão das tarifas, determina que sejam incluídos dentre as cláusulas do edital de licitação os critérios de reajuste e revisão da tarifa e arrola dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão aquela relativa ao preço do serviço e critérios de reajuste e revisão da tarifa³⁰⁹.

Segundo MELLO, a concessão de serviço público pode ser definida como

o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários dos serviços³¹⁰.

Incontroverso para os autores é o fato de a concessão não modificar a natureza pública do serviço que lhe dá substrato. Na concessão, o Estado permanece como titular do serviço, não havendo renúncia do poder de prestar o serviço e nem de regulá-lo, como destacam JUSTEN FILHO³¹¹, BASTOS³¹², DI PIETRO³¹³ e MEIRELLES³¹⁴.

Precisamente por este motivo é que Poder Concedente e concessionário são solidários no que tange à prestação do serviço público, frente ao usuário, que

³⁰⁹ DI PIETRO, 2002.

³¹⁰ MELLO, op. cit., p. 643. A rigor as definições doutrinárias não apresentam diferenças significativas. Para FIGUEIREDO, "Concessão de serviço público é espécie de contrato administrativo por meio do qual o Poder Público concedente, sempre precedido de licitação, salvo as exceções legais, transfere o exercício de determinados serviços ao concessionário, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco" (op. cit., p. 100). JUSTEN FILHO define o instituto como "um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos" (2005, p. 501). Para MEIRELLES, a concessão pode ser definida como contrato administrativo que "tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma tarifa cobrada aos usuários" (op. cit., p. 260). Enfim, DI PIETRO define a concessão 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" (2002, p. 75).

³¹¹ JUSTEN FILHO, *As diversas configurações da concessão...*, 2003.

³¹² BASTOS, 1996.

³¹³ DI PIETRO, 2005.

³¹⁴ "Pela concessão o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega apenas a execução do serviço, nos limites e condições legais ou contratuais, sempre sujeita a regulamentação e fiscalização do concedente" (op. cit., p. 371).

poderá exigir tanto de um quanto outro a sua execução³¹⁵. Do mesmo modo, não se pode afirmar que a concessão é prestada por conta do concessionário. Se o serviço permanece como sendo público ele é prestado por conta do concedente³¹⁶.

A questão atinente ao risco a ser suportado pelo concessionário também exige reflexão, segundo JUSTEN FILHO. Isto porque o embate entre o equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão e a necessidade de prestação dos serviços públicos com qualidade poderá exigir que o Estado assuma parte dos riscos. Significa dizer, por exemplo, que diante da necessidade de fornecimento dos serviços aos carentes o Estado poderá ter de intervir, lançando mão de subvenções ou concedendo regalias fiscais³¹⁷.

Ainda, é incontroversa a temporariedade da concessão e o fato de que mesmo a fixação de prazo não impede a retomada do serviço diante de certas hipóteses.

A concessão deve, sempre que possível,

ser conferida sem exclusividade, para que seja possível sempre a competição entre os interessados, favorecendo, assim, os usuários com serviços melhores e tarifas mais baratas. Apenas quando houver inviabilidade técnica ou econômica de concorrência na prestação do serviço, devidamente justificada, admite-se a concessão com exclusividade (Lei 8.987/95, art. 16)³¹⁸.

A concessão está sujeita a duas espécies de normas: as de natureza regulamentar (leis do serviço) e as de natureza contratual (cláusulas econômicas ou financeiras). As cláusulas regulamentares disciplinam a forma de prestação do serviço e são alteráveis unilateralmente pelo Poder Público. Já as cláusulas contratuais fixam as condições de remuneração do concessionário e só podem ser alteradas em virtude de acordo entre as partes, como afirmam MEIRELLES³¹⁹ e DI PIETRO³²⁰.

As cláusulas regulamentares não se restringem àquelas previstas no contrato, mas abrangem, também, aquelas estabelecidas em lei e regulamento e objetivam a prestação de serviço adequado. Precisamente por este motivo é que o Poder

³¹⁵ MOREIRA NETO, 2003.

³¹⁶ JUSTEN FILHO, *As diversas configurações da concessão...*, 2003.

³¹⁷ JUSTEN FILHO, *As diversas configurações da concessão...*, 2003.

³¹⁸ Op. cit., p 372.

³¹⁹ Op. cit.

³²⁰ DI PIETRO, 2002.

Público pode, a qualquer tempo, alterar o funcionamento do serviço, visando ao seu aprimoramento³²¹.

Desde logo é preciso assinalar que a concessão de serviço público se estrutura sobre duas idéias antagônicas: a expectativa de lucro da empresa privada concessionária e o interesse geral inerente à própria idéia de serviço público.

Do primeiro, afirma DI PIETRO derivam a natureza contratual da concessão³²² e o direito do concessionário ao equilíbrio econômico financeiro. Já do segundo decorrem as cláusulas regulamentares do contrato, a outorga de prerrogativas públicas ao concessionário³²³ e a sua sujeição a princípios inerentes à prestação dos serviços públicos, o reconhecimento de poderes à administração, a natureza pública dos bens afetos à atividade e a sua reversão ao Poder Concedente ao final da concessão, além da aplicação de normas publicísticas à responsabilidade civil das concessionárias e os efeitos trilaterais sentidos pelo poder público, concessionário e usuário³²⁴.

Segundo DI PIETRO, aplica-se à concessão dos serviços públicos os princípios da continuidade, mutabilidade do regime jurídico e de igualdade dos usuários³²⁵.

O princípio da mutabilidade, afirma a autora, sujeita tanto concessionários quanto usuário. É dizer: as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo Poder Concedente para atender razões de interesse público, não havendo direito adquirido à manutenção do regime jurídico vigente no momento da celebração do contrato³²⁶.

A necessidade de alteração deve ter sempre por escopo o interesse público e a ocorrência de alterações em situações de fato ou de direito, não se afastando a possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão.

De fato, em se tratando de contratos de concessão, a administração pública é dotada de amplos poderes de controle, sanção, decretar a caducidade da

³²¹ MEIRELLES, op. cit.

³²² Segundo BLANCHET seria impróprio denominar a concessão de contrato, haja vista que as cláusulas regulamentares não têm conteúdo contratual como as cláusulas econômico-financeiras. Isto porque as cláusulas regulamentares não resultam de acordo de vontades e sim do regramento específico aplicado à matéria (1999).

³²³ Como aquelas previstas nos arts. 31, VI, 31, VII, 31 VIII e 26, §2º da Lei Federal n.º 8.987.

³²⁴ DI PIETRO, 2002.

³²⁵ DI PIETRO, 2002.

³²⁶ DI PIETRO, 2002.

concessão, intervir, encampar, usar compulsoriamente os recursos humanos e materiais da empresa concessionária ou exigir garantia para a celebração do contrato³²⁷.

A partir das lições de Héctor Jorge Escola, DI PIETRO destaca que o poder de controle abrange, basicamente, os controles material (no que tange à execução da atividade), técnico, financeiro e legal. Estas formas de controle foram todas previstas nos arts. 3º, 29, I, 29 V e VII, 30 e 31, V Lei Federal n.º 8.987/95³²⁸.

Mais do que um poder, o exercício da direção e controle, segundo DI PIETRO, constitui um dever do Estado e é operacionalizado mediante a possibilidade deste aplicar sanções previstas em lei aos concessionários³²⁹.

De acordo com DI PIETRO, a par da aplicação de sanções é, ainda, assegurada ao Poder Concedente, a possibilidade de rescindir o contrato em decorrência de inadimplemento contratual por parte do concessionário (nas hipóteses previstas no art. 38 da Lei Federal n.º 8.987/95), de encampar o serviço (rescindir o contrato por razões de ordem pública) ou de intervir na empresa com o fito de apurar irregularidades, assegurar a continuidade do serviço e propor a adoção de medidas a serem adotadas. Destaque-se que a intervenção é medida excepcional, a ser aplicada nas hipóteses previstas no art. 32 da Lei Federal n.º 8.987/95³³⁰, e sempre precedida de decreto do poder concedente e sucedida da instauração de procedimento administrativo no qual seja assegurado o contraditório. Referido processo administrativo poderá resultar na extinção da concessão, na aplicação de penalidades ou na continuidade do serviço³³¹.

Ainda, afirma a autora, é assegurado ao Poder Público o poder de usar compulsoriamente os recursos humanos e materiais da empresa concessionária, quando tal medida se mostre necessária para assegurar a continuidade do serviço, e de, facultativamente, exigir garantia em determinados tipos de contratos³³².

Dada a necessidade de continuidade da prestação dos serviços públicos, uma vez encerrada a concessão, os bens aplicados à atividade são revertidos ao Poder

³²⁷ DI PIETRO, 2002.

³²⁸ DI PIETRO, 2002.

³²⁹ DI PIETRO, 2002.

³³⁰ Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes. Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

³³¹ DI PIETRO, 2002.

³³² DI PIETRO, 2002.

Concedente. Precisamente por esse motivo é que o edital de licitação deve prever os bens reversíveis, as suas características e as condições em que eles devem retornar ao Poder Público, uma vez finda a concessão (art. 18, X e XI da Lei Federal nº 8.987/95). A reversão, contudo, pressupõe sempre a indenização, mesmo nos casos em que a extinção decorre de inadimplemento contratual³³³.

Enfim, há que se destacar que o contrato de concessão, embora celebrado entre o Poder Público e o concessionário, pressupõe sempre a extensão de seus efeitos aos usuários, terceiros estranhos à contratação. É o art. 7º da Lei Federal nº 8.987/95 que define os direitos dos usuários, havendo, ainda, outros que decorrem de dispositivos esparsos. A matriz destes direitos encontra-se expressa no direito à adequação dos serviços públicos³³⁴.

Ainda, o usuário tem direito à fiscalização sobre a prestação do serviço, previsto no art. 3º e 7º da Lei Federal nº 8.987/95. Por força destes dispositivos o usuário tem o direito de levar ao conhecimento do Poder Público e das concessionárias eventuais irregularidades de que tenha conhecimento, referentes aos serviços, bem como de comunicar às autoridades os atos ilícitos praticados pelas concessionárias. É previsto, também, o direito à informação nos arts. 7º, II da Lei Federal nº 8.987/95 e 5º, XXXIII da Constituição da República.

A seu turno, ressalta DI PIETRO, a expectativa de lucro e a natureza contratual das concessões asseguram ao concessionário o direito à manutenção do equilíbrio econômico financeiro³³⁵. Em decorrência deste direito, embora as áleas

³³³ DI PIETRO, 2002.

³³⁴ Serviço adequado, nos termos do art. 6º, §1º, I da Lei Federal nº 8.987/95 é “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia em sua prestação e modicidade das tarifas”.

³³⁵ Conforme JUSTEN FILHO, “a concessão estrutura-se sobre pressuposto de uma modalidade de remuneração norteada por princípios distintos dos que disciplinam a remuneração do serviço desempenhado pelo próprio Estado. O concessionário tem direitos perante o Estado, no tocante à remuneração pela prestação dos serviços públicos, que se retratam na impossibilidade de modificação da equação econômico-financeira do contrato, na garantia do lucro e na recomposição compulsória de valores. Somente é possível atribuir ao particular o desempenho dos serviços por conta e risco próprios se a remuneração a ele atribuída estiver sujeita a um regime jurídico específico. Esse regime jurídico específico pressupõe mutabilidade a qualquer tempo. Como o particular não é dotado de estruturas e garantias inerentes ao Estado, há risco de sua insolvência. A contrapartida de assumir o serviço por conta e risco próprios é a garantia estatal de alteração da tarifa a qualquer tempo. Quando se reconhece o direito à manutenção da equação econômico-financeira e o cabimento de sua recomposição, constrói-se um regime jurídico distinto do tributário.(...)Reconhece-se que a equação econômico-financeira é intangível, na acepção de que, uma vez aperfeiçoada, não pode ser infringida. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro consiste na impossibilidade de alterar apenas um dos ângulos da equação. Não é possível alterar, quantitativa ou qualitativamente, apenas o âmbito dos encargos ou tão somente o ângulo das retribuições. Se forem adicionados encargos, rompe-se o equilíbrio, a não ser que também se ampliem as retribuições. Idêntico raciocínio se aplica em caso de redução dos encargos, o que acarretará a necessidade de redução

ordinárias corram por conta e risco do concessionário e não autorizem a recomposição do equilíbrio econômico financeiro, as áleas extraordinárias, porque imprevisíveis e não imputáveis ao concessionário, garantem a sua recomposição³³⁶.

A álea extraordinária abrange as áleas administrativas e econômicas³³⁷.

Leciona DI PIETRO que a alteração unilateral do contrato por parte da administração pública consiste em hipótese de álea administrativa e por ela responde a administração, conforme prevê expressamente o art. 9º, §4º da Lei Federal nº 8.987/95. O mesmo ocorre em se tratando de fato do príncipe, ou seja, das medidas de ordem geral que, embora não relacionadas diretamente com o contrato, nele repercutem, ocasionando o desequilíbrio econômico financeiro. Nesta hipótese, a responsabilidade do Estado deriva da teoria da responsabilidade objetiva. Hipótese de ocorrência do fato do príncipe que justifica a recomposição do equilíbrio econômico financeiro está arrolada no art. 9º, §3º da Lei Federal nº 8.987/95³³⁸.

Enfim, a terceira possibilidade de álea administrativa consiste no fato da Administração que “compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico”³³⁹. A caracterização do fato da administração autoriza a suspensão temporária ou definitiva da prestação do serviço, sem que daí decorra a aplicação de qualquer sanção administrativa, bem como o direito à recomposição do equilíbrio econômico financeiro.

Já a álea econômica está associada à teoria da imprevisão e abrange os acontecimentos externos ao contrato, estranhos à vontade das partes, imprevisíveis e inevitáveis, que tornam a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado. Tem em vista a necessidade de manutenção da equidade na execução do contrato, bem como o fato de que o contrato de concessão tem prestações sucessivas. Nesta hipótese, a administração deve vir em socorro do concessionário,

das retribuições. Em síntese, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro corresponde a uma espécie de magnetização dos ângulos ativo e passivo do conteúdo da relação jurídica: à alteração de um ângulo deve corresponder uma alteração equivalente e correspondente no outro ângulo. (...) A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro tem origem diretamente na Constituição, quando ela consagra genericamente os princípios da irretroatividade da lei, da isonomia e da indisponibilidade do interesse público” (Concessões de Serviços Públicos, São Paulo:1997, p. 143).

³³⁶ DI PIETRO, 2002.

³³⁷ DI PIETRO, 2002.

³³⁸ DI PIETRO, 2002.

³³⁹ DI PIETRO, 2002, p. 100.

a fim de evitar a suspensão do serviço. A teoria da imprevisão goza de ampla aceitação na doutrina e foi incorporada no âmbito administrativo pelo Decreto-lei n.º 2.300.

Embora a Lei Federal n.º 8.987/95 preveja a possibilidade de revisão das cláusulas financeiras para restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro apenas nos casos de aumento de impostos (fato do príncipe) e de alteração unilateral do contrato, é viável sua adoção em outras hipóteses, nas quais se justificará a aplicação subsidiária do art. 65 da Lei Federal n.º 8.666/93. O que difere é a medida em que a administração pública deverá arcar com os prejuízos do concessionário, sendo possível se cogitar de sua responsabilidade integral apenas quando caracterizados o fato do príncipe e a alteração unilateral do contrato. Com efeito, nestes casos, afirma DI PIETRO, a administração é exclusivamente responsável pelos eventuais prejuízos experimentados pelo concessionário³⁴⁰.

Estão previstas, na Lei Federal n.º 8.987/95, como formas de remuneração dos concessionários, além da tarifa, outras fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados (arts. 11 e 18, VI). Por conseguinte, a remuneração do concessionário pode se dar unicamente pelas tarifas pagas pelos usuários, por outro tipo de receita que não a tarifa ou pela combinação de ambos, quando necessário para que se assegure a modicidade da contraprestação a ser paga pelo usuário (art. 6º, § 1º da Lei Federal n.º 8.987/95).

Com efeito, sustenta DI PIETRO que embora a remuneração paga pelo usuário seja uma idéia inerente à concessão, a remuneração do serviço por via alternativa não descaracteriza o instituto, desde que estas receitas sejam provenientes da exploração comercial da atividade³⁴¹.

As fontes alternativas de receitas devem estar previstas no edital de licitação (art. 18, VI da Lei Federal n.º 8.987/95) e devem compor o equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão. Quando a remuneração se dá exclusivamente por tarifas, o prazo da concessão será mais longo já que a tarifa deverá não apenas cobrir os custos do investimento, mas também assegurar um lucro razoável para o concessionário. Havendo outras fontes de receita esta amortização poderá se dar em menor prazo, não havendo necessidade de contratos tão longos³⁴².

³⁴⁰ DI PIETRO, 2002.

³⁴¹ DI PIETRO, 2002.

³⁴² DI PIETRO, 2002.

Em linhas gerais, a concessão dos serviços de telecomunicações não se afasta dos caracteres gerais do instituto.

Nos termos do art. 83, § único da LGT a concessão de serviço de telecomunicações consiste na

delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

Percebe-se que a conceituação trazida pela LGT é bem mais sintética e precisa do que aquela presente na Lei Federal nº 8.987. Com efeito, extrai-se do dispositivo: a) o caráter contratual do instituto; b) a sujeição do concessionário aos riscos da atividade; c) a peculiar forma de remuneração do concessionário; d) a temporalidade da concessão; e) o regime jurídico aplicável.

A concessão somente poderá ser outorgada à empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no país, criada para explorar exclusivamente os serviços de telecomunicações objeto da concessão.

Em se tratando de concessão, toda a estrutura tarifária é definida pela ANATEL. Contudo, o art. 104 da LGT prevê que a concessionária poderá submeter-se ao regime de liberdade tarifária, após transcorridos ao menos 3 anos da celebração do contrato, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras de serviços.

Ressalta FARACO que a ANATEL poderá intervir na concessionária em decorrência de diversas situações, como por exemplo, no caso de ausência de interconexão, paralisação dos serviços, desequilíbrio econômico-financeiro, entre outras³⁴³.

O contrato de concessão é complexo, trazendo inúmeras condições e limites impostos pela ANATEL. A concessionária se sujeita ao termo final de sua vigência, que não poderá ser superior a 20 anos.

A concessionária deverá observar as metas de continuidade e universalização dos serviços de telecomunicações. Os recursos para que essas metas sejam alcançadas devem ser suportados pela própria prestadora.

³⁴³ FARACO, 2004.

O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e a continuidade enseja a aplicação de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.

MARQUES NETO ressalta que a concessão dos serviços de telecomunicações apresenta peculiaridades com relação à concessão tradicional. Inicialmente, o regime de reversão da concessão é mais restrito do que o regime de reversão tradicional já que apenas abrange aqueles bens imprescindíveis à continuidade do serviço. Desta forma, nem todos os bens da concessionária serão passíveis de indenização³⁴⁴.

Afirma o autor que o regime do equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão também é diverso nas telecomunicações já que somente pode ser aplicado nas hipóteses expressamente previstas no contrato. Fora destas hipóteses não há recomposição do equilíbrio econômico-financeiro³⁴⁵.

4.2.2. Permissão

Tradicionalmente, os autores qualificam a permissão como

ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários³⁴⁶.

A outorga da permissão se dá por meio de licitação (conforme preceitua o art. 175 da Constituição da República) e pode ser gratuita ou onerosa³⁴⁷.

A precariedade envolvida na permissão é de duas ordens. Primeiramente, refere-se à possibilidade de revogação do ato, a todo e qualquer tempo, por iniciativa da Administração Pública. Por outro lado, significa que a outorga é feita

³⁴⁴ MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações..., 2002.

³⁴⁵ MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações..., 2002.

³⁴⁶ MELLO, op. cit., p. 692/693.

³⁴⁷ MELLO, op. cit. Para MOREIRA NETO, a permissão de serviços públicos seria tradicionalmente definida como “ato administrativo, de características discricionárias e precárias, pelo qual a Administração delegava a particulares a prestação de serviços de utilidade pública, distintamente, portanto, da concessão de serviço público” (2003, p. 438). Segundo DI PIETRO, o termo permissão designa “o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização de bem público por terceiros” (2002, p. 128). Para BASTOS, permissão de serviços públicos “é o ato unilateral e precário através do qual o Poder Público faculta ao particular a execução de um serviço de sua alçada, remunerando-se o permissionário com a cobrança de tarifas dos usuários” (p. 182).

sem prazo estabelecido. Veja-se que na concessão, a precariedade a que se pode referir é apenas aquela que permite à Administração Pública a revogação do ato a qualquer tempo³⁴⁸.

Ressalta MELLO que dada a sua precariedade, a utilização da permissão seria conveniente sempre que o Estado não quisesse atribuir direitos aos particulares, ou seja, naquelas situações em que: a) o permissionário não precisasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço; b) pudesse dar outra destinação ao equipamento utilizado no desempenho da atividade; c) o serviço não exigisse a implantação física de equipamentos; d) os riscos envolvidos na prestação da atividade são compensados pela alta rentabilidade do empreendimento ou pelo curto prazo de retorno dos investimentos³⁴⁹.

Em síntese, a utilização da permissão é adequada para aquelas situações em que a revogação unilateral a qualquer tempo e sem indenização não acarreta prejuízos ao permissionário³⁵⁰. Por isso é que DI PIETRO admite que a permissão é utilizada naqueles casos em que a Administração Pública não pretende atribuir maiores direitos ao administrado, como ocorre nas hipóteses em que não é necessária grande mobilização de capital para o desempenho do serviço ou quando o serviço em questão seja altamente rentável em curto espaço de tempo³⁵¹. Segundo BLANCHET, a precariedade da permissão também torna inadequada a adoção do instituto para aquelas situações em que haja a necessidade de realização de altos investimentos de retorno a longo prazo³⁵².

Porém, ressalta MELLO, que em algumas situações o instituto tem sido desnaturado, com sua utilização para a outorga de serviços públicos que demandariam a estabilidade, permanência e garantias razoáveis para o prestador³⁵³.

Não bastasse isso, desde a Constituição da República de 1988 alguns autores, como é o caso de DI PIETRO³⁵⁴, MEDAUAR³⁵⁵ e FIGUEIREDO³⁵⁶

³⁴⁸ DI PIETRO, 2002.

³⁴⁹ MELLO, op. cit.

³⁵⁰ MELLO, op. cit. Esta é também a opinião de BASTOS para quem em virtude dos riscos derivados da precariedade, a permissão é utilizada quando o permissionário não necessita realizar grandes investimentos em infra estrutura (BASTOS, 1996).

³⁵¹ DI PIETRO, 2002.

³⁵² BLANCHET, 1988.

³⁵³ MELLO, op. cit.

³⁵⁴ DI PIETRO, 2002.

³⁵⁵ MEDAUAR, 2003.

³⁵⁶ Sustenta a autora que, ante o texto constitucional, não haveria distinção significativa entre a concessão e a permissão de serviços públicos, principalmente quando se considera que a delegação de serviços públicos a título precário pode ser feita mediante a autorização. Assim, a permissão de

passaram a entender que a permissão teria natureza contratual, tal qual a concessão. Isto porque, nos termos do art. 175, § único, I da Constituição da República, lei disporá sobre o “regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão”.

Trata-se, na opinião de MELLO, de um entendimento equivocado, decorrente da má redação do art. 175 da Constituição da República³⁵⁷.

Neste quadro, a Lei Federal n.º 8.987/95 ao invés de aclarar a situação, apenas a tornou mais confusa, já que definiu a permissão como “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco” (art. 2, IV). Já o art. 40 desta mesma lei preceitua que

A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Por conseguinte, afirma MEDAUAR, após a edição da Lei Federal n.º 8.987/95 seria possível apenas afirmar que: a) a concessão é atribuída a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto a permissão é atribuída a pessoa física ou jurídica; b) a concessão destina-se a serviços de longa duração, haja vista a necessidade de retorno dos investimentos realizados, enquanto a permissão tem média ou curta duração³⁵⁸.

Todavia, para MELLO, subsiste

a unilateralidade e precariedade da permissão e, inversamente, na concessão, a contratualidade, que traz consigo, conaturalmente, a oferta de segurança patrimonial ao concessionário no atinente aos investimentos, amortização deles e auferimento da remuneração do capital invertido³⁵⁹.

serviços públicos, tal qual a concessão, também deve ser ato bilateral e não poderia ter natureza precária exatamente em virtude de seu caráter contratual previsto na Lei Federal n.º 8.987/1995 (FIGUEIREDO, 2006).

³⁵⁷ MELLO, op. cit.

³⁵⁸ MEDAUAR, 2003.

³⁵⁹ MELO, op. cit, p. 699.

Esta é também a opinião de MOREIRA NETO³⁶⁰, BLANCHET³⁶¹ e JUSTEN FILHO que afirma que apesar do teor dos arts. 2º, IV e 40 da Lei Federal n.º 8987/95 “permissão é o ato administrativo de delegação de prestação de serviço público a particular, sem a imposição de deveres de investimento amortizáveis em prazo mínimo de tempo”³⁶².

BLANCHET também considera imprópria a menção à natureza contratual da permissão de serviços públicos. Segundo o autor, caso se admita o caráter contratual conferido à permissão, o único traço distintivo com relação à concessão seria a precariedade e discricionariedade da permissão. Todavia, mesmo a precariedade ficaria comprometida nas hipóteses em que a permissão é concedida por prazo determinado. Nesta situação, não haveria motivos para a manutenção da permissão, já que o instituto seria equivalente à concessão³⁶³.

Por esta razão, subsiste a caracterização da permissão como ato administrativo unilateral e precário, tal qual a autorização, mas ao contrário desta tem natureza vinculada e, por objeto, serviços públicos, e não atividades econômicas³⁶⁴.

Buscando superar esta discussão, JUSTEN FILHO afirma que há casos em que a permissão consistirá em ato administrativo unilateral e em outros terá natureza contratual. A definição está condicionada pela participação do particular na formação do ato que dependerá das circunstâncias e da disciplina legal específica. Todavia, traço fundamental é a ausência do dever de o particular realizar investimentos para a implantação ou desenvolvimento de serviços. Por isso, mesmo havendo a fixação de prazo determinado para a permissão não haverá direito à indenização mesmo frente à extinção antecipada³⁶⁵.

A inexistência de previsão quanto à necessidade de fixação de prazo para a permissão permite afirmar que os arts. 2º, IV e 40 da Lei Federal n.º 8.987/95 trazem exceção ao art. 57, §3º da Lei Federal n.º 8.666/93, que estabelece como regra que os contratos administrativos devem ter prazo determinado.

³⁶⁰ Segundo o autor, a única interpretação razoável a fim de que fosse mantida a autonomia do instituto seria a de que a permissão consistiria em ato administrativo (MOREIRA NETO, 2003).

³⁶¹ BLANCHET, 1988.

³⁶² JUSTEN FILHO, 2005, p. 545.

³⁶³ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1999.

³⁶⁴ BLANCHET, 1999.

³⁶⁵ JUSTEN FILHO, 2005.

Parte da doutrina, como MEIRELLES, admite que a permissão seja firmada com prazo determinado, hipótese em que a revogação daria ao permissionário direito à indenização.

Discordam deste posicionamento MELLO, para quem não podem ser instituídas permissões a prazo, já que a quebra do vínculo antes do prazo estabelecido acarretaria o direito à indenização³⁶⁶, e DI PIETRO, com fundamento no fato de que a previsão de prazo na permissão aproximaria demasiadamente o instituto à concessão³⁶⁷.

A permissão, sustenta esta autora, dependente de licitação e que não tem o condão de transferir a titularidade da atividade ao particular. O seu objeto é a execução de serviço público, em nome do permissionário e por sua conta e risco³⁶⁸ mas sempre sujeito às condições impostas pela administração e à fiscalização de sua atuação³⁶⁹.

A permissão, tal qual caracterizada na LGT, aproxima-se em grande medida da conceituação doutrinária conferida ao instituto pelos autores brasileiros.

Nos termos do art. 118, § único da LGT,

Permissão de serviço de telecomunicações é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado.

O *caput* do artigo dispõe que a permissão será outorgada

em face de situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão.

Ainda, os arts. 119 e 120 da LGT dispõem que a permissão será precedida de procedimento licitatório simplificado, instaurado pela Agência, nos termos por ela regulados e formalizada mediante assinatura de termo e não contrato.

Ou seja: a lei reafirma o caráter unilateral, discricionário e precário da permissão e institui procedimento licitatório simplificado para sua outorga. Contudo,

³⁶⁶ MELLO, op. cit.

³⁶⁷ DI PIETRO, 2005.

³⁶⁸ DI PIETRO, 2005.

³⁶⁹ DI PIETRO, 2005.

fundada na idéia de que a Constituição da República teria conferido caráter contratual ao instituto, DI PIETRO afirma que os arts. 118 a 120 da LGT padeceriam de inconstitucionalidade³⁷⁰.

Todavia, há que se ponderar que a Constituição da República não fala que permissão é contrato. Com efeito, a natureza contratual mencionada no art. 175 se referiria apenas a concessão caso contrário ter-se-ia que admitir que permissão tem prazo determinado já que o mesmo dispositivo fala que a lei disporá sobre sua prorrogação. É este o posicionamento de BLANCHET para quem

se a intenção do legislador constituinte fosse a de extinguir a permissão, tornando-a idêntica à concessão, não teria feito uso dos dois vocábulos concessão e permissão. Ainda que tivesse tido a intenção de utilizar-se dos dois termos como se sinônimos fossem, teria inserido uma vírgula antes da expressão “ou permissão”. Não o fez. E não o tendo feito, não pode o intérprete fazê-lo por sua conta, e restringir-se à interpretação literal (embora sob o falso pretexto de evitá-la), a qual, aliás, nem do texto constitucional escrito seria, mas de um texto imaginário (subjetivo, portanto) fruto exclusivo da mente desse “intérprete”, pois na redação da norma em pauta inexistente a imprescindível vírgula que permitiria a conclusão no sentido de que a permissão teria a mesma natureza “contratual” da concessão³⁷¹.

Ainda, a permissão, na LGT, foi caracterizada como instrumento para a prestação de um serviço em caráter de urgência e transitório, quando não seja possível aguardar a realização de licitação para a concessão. Todavia, o STF, em liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.668, suspendeu a eficácia da expressão “procedimento licitatório simplificado”, constante no art. 119 da LGT, submetendo a permissão para a exploração dos serviços de telecomunicações ao rito da Lei Federal n.º 8.666/93. Por conseguinte, a permissão não será muito utilizada, haja vista que a sua adoção será tão complexa quanto a concessão dos serviços de telecomunicações³⁷².

4.2.3. Autorização

A autorização, afirma DI PIETRO, tem três diversos sentidos no direito brasileiro. Na primeira acepção, designa “o ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática

³⁷⁰ DI PIETRO, 2002.

³⁷¹ BLANCHET, 1999, p. 26.

³⁷² MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações..., 2002.

de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos”³⁷³. Nesse sentido, a autorização abrangeria todos os casos em que uma determinada atividade ou a prática de um ato são vedadas ao particular por razões de interesse público. Seriam exemplos deste tratamento conferido à autorização os arts. 21, VI e 176 da Constituição da República.

Em uma segunda concepção, a autorização refere-se ao ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta a um particular o uso privativo de bem público, a título precário.

Em uma terceira concepção, autorização seria “o ato administrativo unilateral e discricionário, pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público a título precário”³⁷⁴. A autorização de serviço público referida pela autora estaria prevista no art. 21, XI e XII e abrangeria os serviços de telecomunicações, de radiodifusão sonora e de sons e imagens, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos, a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Grande parte dos autores concorda que a autorização consiste em um ato administrativo, unilateral, discricionário e precário. É esta a opinião de MELLO para quem a autorização “é o ato unilateral pelo qual a Administração discricionariamente, faculta o exercício de atividade material tendo, como regra, caráter precário”³⁷⁵. Esta é, também, a opinião de FIGUEIREDO³⁷⁶, DI PIETRO³⁷⁷, MEDAUAR³⁷⁸ e BASTOS³⁷⁹.

³⁷³ DI PIETRO, 2002, p. 132.

³⁷⁴ DI PIETRO, 2002, p. 133.

³⁷⁵ MELLO, op. cit., p. 401.

³⁷⁶ FIGUEIREDO, 2006.

³⁷⁷ Segundo a autora, autorização de serviços públicos é o “ato unilateral, discricionário e precário pelo qual o poder público delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute em seu próprio benefício” (p. 286).

³⁷⁸ MEDAUAR, 2003.

³⁷⁹ BASTOS, 1996.

Precisamente em virtude de sua precariedade, a autorização é tida como o instrumento hábil para a exploração de serviços emergenciais e transitórios, como ocorre, por exemplo, na prestação de serviços de transporte durante greves³⁸⁰.

Em se tratando de autorizações dos serviços de telecomunicações, afirma FARACO que não existem limites numéricos para sua outorga, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo³⁸¹.

A vigência da autorização não está sujeita a termo final, extinguindo-se somente por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação³⁸². Também não está sujeita à licitação podendo ser revogada a qualquer momento pela Administração Pública por motivo de interesse público sem que haja direito à indenização. O serviço é executado pelo autorizado por sua conta e risco, sujeitando-se à fiscalização pelo poder público.

A autorização nos serviços de telecomunicações também apresenta peculiaridades. Isto porque nas telecomunicações a autorização é um ato vinculado e não discricionário, o que, na visão de autores como DI PIETRO acarretaria o desnaturamento do instituto e revelaria flagrante inconstitucionalidade.

Segundo DI PIETRO, o vocábulo autorização utilizado na LGT teria, na verdade, caráter de licença, este sim representativo de um ato vinculado. A conclusão, afirma a autora, seria uma só: a de que a adoção do vocábulo autorização refletiria a tentativa de o legislador conferir constitucionalidade aos dispositivos da LGT que tratam da autorização, já que a Constituição da República não permite a exploração indireta dos serviços de telecomunicações mediante a licença. Nas palavras da autora,

a doutrina do direito administrativo brasileiro é praticamente unânime em distinguir autorização e licença pela discricionariedade da primeira e pela vinculação da segunda. No caso de que se trata, tem-se que entender que o

³⁸⁰ No mesmo sentido, sustenta BASTOS que a autorização “é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual o Poder Público consente ou delega o exercício de determinada atividade a particular interessado (autorizatório) a fim de atender a interesses coletivos instáveis ou a uma emergência” (p. 183, 1996). É esta também a opinião de MOREIRA NETO para quem autorizados de serviços públicos são “entes privados, executores de administração associada de interesses públicos de natureza econômica por parceria instrumentada por ato administrativo que delega precariamente a um particular a execução de certos serviços públicos em caráter instável, emergente ou transitório” (2003, p. 266).

³⁸¹ FARACO, 2004.

³⁸² FARACO, 2004.

vocábulo autorização, na Lei n. 9472, foi utilizado indevidamente, no lugar de licença.

Fácil é intuir a razão dessa confusão terminológica, em nada benéfica para os estudiosos do direito administrativo e constitucional. O legislador precisava dar uma aparência de constitucionalidade imprimido à matéria de serviço de telecomunicações. Como a Constituição fala em autorização, permissão e concessão, era necessário manter essa terminologia, ainda que de autorização não se trate³⁸³.

Já DIAS afirma que a distinção entre licença e autorização não tem qualquer validade prática. Nas palavras do autor,

deve-se considerar em certa medida como arbitrária e superada, além de despida de interesse prático, a distinção tradicional entre licença e autorização. É preferível falar em autorização como uma técnica genérica pela qual a norma jurídica qualifica determinadas atividades como potencialmente lesivas (ou dotadas de capacidade de incidência relevante) para os interesses públicos. Por isso o direito subordina o exercício de ditas atividades a um ato da Administração no qual se comprova e declara que a modalidade de exercício concreto que o particular pretende não produz dita lesão, ou estabelecem-se as condições específicas sob as quais pode ser desenvolvida para evitar a lesão aludida³⁸⁴.

MARQUES NETO não vislumbra nos dispositivos da LGT qualquer inconstitucionalidade. Inicialmente porque a própria Constituição da República dispõe que é assegurado a todos o exercício das atividades econômicas, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em Lei (art. 170, § único da Constituição da República). Além disto, o art. 21, XI da Constituição da República prevê a possibilidade de exigência de autorização para a exploração dos serviços de telecomunicações e o art. 175 dispõe que os serviços públicos deverão ser prestados mediante concessão ou permissão. Assim, a interpretação conjunta os dispositivos indica que “os serviços que não são prestados em regime público, mas sim em regime privado, devem ser objeto de autorização por força do art. 21, XI combinado com o art. 175, ambos da Constituição Federal”³⁸⁵.

Mesmo ressaltando a inconstitucionalidade dos dispositivos da LGT, DI PIETRO pondera a respeito do tema que

a autorização de serviço público (da mesma forma que a autorização de uso de bem público) é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém;

³⁸³ DI PIETRO, 2002, p. 137.

³⁸⁴ DIAS, Eduardo Rocha. A cobrança pela outorga de concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 43/66, abr/jun 2004, p. 54.

³⁸⁵ MARQUES NETO, *Direito das Telecomunicações...*, 2002.

ele não exerce uma atividade que vá ser usufruída por terceiros, mas apenas por ele mesmo. Vale dizer que aquela mesma atividade, que constitui serviço público propriamente dito, quando prestado diretamente pelo Poder Público ou pelas concessionárias ou permissionárias, praticamente perde esta qualidade quando prestado mediante autorização, por faltar-lhe uma característica essencial que é o atendimento de necessidades coletivas³⁸⁶.

A conseqüência direta desta previsão, de acordo com a autora, seria a de que a LGT privatizou não apenas o exercício do serviço, como acontece na autorização, permissão ou concessão, mas a própria atividade ou uma parte dela, o que não encontraria guarida na Constituição da República³⁸⁷.

Partindo deste pressuposto, se a autorização é a forma de delegação por excelência das atividades econômicas, e se estas são próprias da iniciativa privada conferindo um direito subjetivo dos particulares quanto à sua exploração, sua outorga é obrigatória para todos que preencham requisitos legais.

Soma-se a isto o fato de a Constituição da República não tratar das autorizações como atos administrativos discricionários, podendo, por isso, haver hipóteses em que, cumpridos os requisitos legais, a autorização deve ser concedida. Trata-se da autorização vinculada³⁸⁸.

Nas palavras de ARAGÃO,

a limitação conceitual das autorizações a atos discricionários seria, assim, meio inadequado ao atingimento do objetivo do marco regulatório da maior parte dos setores da economia em que é utilizada, que é a atração de capitais, para o que é imprescindível um nível satisfatório de segurança jurídica³⁸⁹.

Assim, a definição da autorização como ato discricionário, além de não encontrar respaldo jurídico, carece, também, de validade prática.

4.3. A DESMONOPOLIZAÇÃO DO SETOR

As alterações na forma de prestação dos serviços de telecomunicações introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 8/95 não significaram a transferência de

³⁸⁶ DI PIETRO, 2002, p. 134.

³⁸⁷ Esta questão será melhor analisada no capítulo 5.

³⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades Privadas Regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 9-48, abr/jun 2005.

³⁸⁹ ARAGÃO, 2005, p. 34.

um monopólio antes estatal para a esfera privada. Ao contrário, o mote do novo marco regulatório foi precisamente a introdução da concorrência no setor, mais ampla para algumas atividades e menos para outras.

Esta concorrência tem sido vista como uma das principais causas das melhorias havidas no setor, em especial no que tange à diversidade de serviços e modalidades de contratação postas a serviço dos usuários.

É, portanto, de fundamental importância que se compreenda a forma pela qual a concorrência foi introduzida em um setor que, há cerca de 10 anos, era ainda monopolizado pelo Estado.

4.3.1. Os serviços públicos, a livre iniciativa e a livre concorrência

Segundo ARAGÃO, os serviços públicos são atividades tradicionalmente tidas como alheias à livre iniciativa e livre concorrência, pressupondo-se a existência de um único prestador, seja ele o Estado ou um delegatário³⁹⁰.

As idéias que norteavam esta visão acerca dos serviços públicos eram a de que tais atividades consistiam em monopólio natural, havendo óbices técnicos à existência de mais de um prestador, e de que apesar de estas atividades terem conteúdo econômico, os direitos fundamentais a elas associados impediriam a adoção da lógica concorrencial do mercado e do lucro³⁹¹.

Afirma ARAGÃO, que a partir da década de 80 estes pressupostos começaram a ser questionados. Inicialmente, admitiu-se que o serviço público é espécie de atividade econômica, e que em pelo menos algumas de suas modalidades a concorrência seria viável e benéfica à consecução das suas finalidades³⁹².

De fato, partindo da análise do texto constitucional (art. 170 da Constituição da República) não é correto afirmar que a concorrência seria princípio afeto apenas às atividades econômicas em sentido estrito já que os serviços públicos são também atividades econômicas em sentido lato. Tanto é assim que o art. 175 da Constituição

³⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 59/123, abr/jun 2003. No mesmo sentido é a opinião de BLANCHET, Luiz Alberto. *O Princípio da Competitividade e a Concessão*. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, V. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 425/434.

³⁹¹ ARAGÃO, 2003.

³⁹² ARAGÃO, 2003.

da República, que trata dos serviços públicos, integra o Título VII que dispõe sobre a ordem econômica na qual um dos mais caros princípios é a livre concorrência.

Sustenta BLANCHET que a idéia de exclusividade na prestação dos serviços públicos é diametralmente oposta ao princípio de adequação, estatuído no art. 6º da Lei Federal n.º 8.987/95. Nas palavras do autor, “a exclusividade nas concessões somente só pode interessar aos adeptos de regimes caracterizados pela ausência de liberdade de escolha nos diversos setores da vida em comunidade”³⁹³. A competição é, portando, pressuposto do desenvolvimento dos serviços públicos.

Esta é também a opinião de CORDOVIL para quem “Um dos mais fortes fundamentos para as privatizações foi a necessidade de criação de um ambiente em que a pressão da concorrência conduziria à intensificação do desenvolvimento tecnológico”³⁹⁴.

A restrição da competitividade na prestação dos serviços públicos, segundo BLANCHET, somente se justifica diante da inviabilidade técnica ou econômica de sua implementação como ocorre, por exemplo, nos serviços de tratamento e distribuição de água potável³⁹⁵.

Segundo ARAGÃO, os principais elementos que propiciaram a concorrência nos serviços públicos são: a) a separação da propriedade das redes necessárias à prestação dos serviços; b) a desterritorialização da disciplina dos serviços; c) a multiplicação tecnológica dos bens objetos da prestação do serviço; d) a dissociação entre a titularidade do serviço e a sua prestação; e) o aumento do déficit público em decorrência das disfunções existentes nos modos de gestão e regulação anteriormente empregados; f) a idéia de que o livre mercado oferece a previsibilidade necessária aos agentes econômicos, cabendo ao Estado preservá-lo; g) pressões políticas de potenciais prestadores e de grandes consumidores que seriam beneficiados com a redução de preços derivada da concorrência; h) a idéia de que a liberdade de mercado e o lucro não se contraporiam ao interesse público; i) a visão de que a regulação intensa pode ser menos benéfica aos interesses dos usuários do que a desregulação³⁹⁶.

³⁹³ BLANCHET, Luiz Alberto. *O Princípio da Competitividade e a Concessão*. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, V. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 428.

³⁹⁴ CORDOVIL, op. cit., p. 225.

³⁹⁵ BLANCHET, 2003.

³⁹⁶ ARAGÃO, 2003.

Todavia, é o mesmo autor que ressalta que são também muitos os fatores que impõem cautela na adoção da concorrência nos serviços públicos: a) os prestadores de serviços tendem a ter mais informações a respeito de seu setor do que o próprio órgão regulador, o que dificulta a tomada de medidas por parte deste; b) os agentes em concorrência tendem a agir mais sobre os setores mais lucrativos, beneficiando os setores de maior poder aquisitivo; c) o custo do serviço sem a concessão de facilidades aos usuários mais carentes pode comprometer o acesso a tais atividades; d) os serviços mais lucrativos podem comportar um excesso na concorrência que redunde em danos ao meio ambiente e ao ordenamento social; e) a existência de muitos concorrentes no mercado pode gerar um aumento dos custos fixos e diminuição do faturamento o que pode levar ao aumento das tarifas; f) havendo muitos prestadores as informações são dispersas e parciais o que compromete a eficácia global da prestação de serviços; g) a existência de muitos competidores pode gerar a fragmentação dos mercados em razão da proliferação de padrões técnicos incompatíveis; h) alguns serviços públicos são insuscetíveis de competição o que pode levar a substituição do monopólio público pelo monopólio privado; i) no âmbito dos serviços públicos apenas a concorrência não é capaz de assegurar os interesses públicos; j) a tendência à concentração econômico-empresarial; l) a existência de operadoras multinacionais, com direção no exterior, e a dificuldade de sua responsabilização, entre outros.

A análise de DERANI é também bastante cautelosa a respeito do tema. Sustenta a autora que a política desenvolvida a partir de 1990 com o Programa Nacional de Privatização seria incompatível com o crescimento interno, na medida em que o Estado teria se afastado de princípios constitucionais. Não haveria, de acordo com a autora, justificativa para que o princípio da concorrência não cedesse frente a outros princípios ditos essenciais, como a construção da dignidade humana, manutenção da liberdade de iniciativa econômica e não-econômica e a valorização do trabalho humano³⁹⁷.

A concorrência, na visão da autora, é um dos instrumentos para o desenvolvimento da produção capitalista. Sendo instrumento, ela não pode se consubstanciar em finalidade da ordem econômica. Seu papel, antes disso é construir a dignidade da existência de todos, conforme preceitua o art. 170 da

³⁹⁷ DERANI, op. cit..

Constituição da República. Logo, a concorrência não garantirá necessariamente a satisfação dos consumidores. Por isso é que o monopólio, e não a multiplicidade de prestadores poderá assegurar a satisfação social em determinadas situações.

A solução mais adequada no caso, afirma ARAGÃO, é a compatibilização entre a concorrência e os valores sociais previstos na Constituição da República. Por conseguinte, a concorrência não é um valor em si, mas apenas um meio legítimo quando alcançados os objetivos previstos na Constituição da República. *Contrario sensu* as restrições à concorrência somente são legítimas quando fundadas em tais objetivos³⁹⁸.

Assim, o equilíbrio entre a concorrência e os princípios constitucionais deve ser buscado em cada um dos serviços analisados e deve ser mutável, de acordo com os resultados verificados e a evolução socioeconômica e tecnológica do setor³⁹⁹.

Como destaca BLANCHET, o princípio da concorrência no âmbito dos serviços públicos tem seu foco na figura do usuário. Ou seja: é somente em função deste e em seu benefício que se defende a competitividade na prestação dos serviços públicos⁴⁰⁰.

Assim, pode-se dizer que o princípio da livre concorrência assume uma feição diferenciada no âmbito da prestação dos serviços públicos. Em se tratando de atividade econômica, o princípio da livre concorrência tem como foco, em igual medida, o direito subjetivo do empreendedor de ingressar e manter-se no mercado e o direito dos consumidores quanto à oferta de bens e serviços variados. Todavia, na prestação dos serviços públicos, a aplicação do princípio da livre concorrência somente se justifica em função dos benefícios que poderão ser usufruídos pelos usuários, especialmente no que tange à qualidade dos serviços e razoabilidade do valor da contraprestação⁴⁰¹.

³⁹⁸ ARAGÃO, 2003.

³⁹⁹ ARAGÃO, 2003.

⁴⁰⁰ BLANCHET, 2003.

⁴⁰¹ Neste sentido é a opinião de FERRAZ para quem “Como decorrência do princípio da supremacia do interesse público – aqui eideticamente substanciado no regime da livre, ampla e justa competição – tem-se que os atos administrativos emitidos em favor da concorrência, ainda quando, por mera hipótese, contrariam interesses de A ou B, são presumidamente legítimos. Assim, A e B podem até pleitear, da administração, reparações (se isso se justificar no caso concreto); jamais, contudo, poderão postular a cassação do ato, quando comprovadamente ampliativo da competição e do atendimento às exigências do usuário” (Op. cit. p. 213).

Por isso é que se prefere falar em competitividade no âmbito dos serviços públicos, reservando-se a expressão concorrência às atividades econômicas.

Esta, aliás, parece ter sido a opção manifestada em algumas leis que tratam dos serviços públicos objeto de concessão. A LGT, por exemplo, faz duas menções à palavra concorrência (art. 5º e 7º, §3º) e outras 18 à palavra competição (arts. 2º, III, 6º, 55, III, 70, *caput*, e II, 71, 77, 80 §1º, 84 §1º, 97, § único, 98, III, 104, *caput* e §2º, 127, II, 129, 151, 155 e 193).

A competitividade, além de princípio norteador das privatizações, encontra-se prevista na Lei Federal n.º 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição da República e nas leis setoriais.

O art. 7º, III da Lei Federal n.º 8.987/95 afirma o direito de o usuário de serviços públicos “obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente”.

A não exclusividade na prestação dos serviços públicos encontra-se prevista no art. 16 da Lei Federal n.º 8.987/95, que dispõe que “a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso da inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta lei”.

É também dever do Poder Concedente incentivar a competitividade (art. 29, XI da Lei Federal n.º 8987/95).

Vê-se, pois, que a competitividade na exploração dos serviços públicos é abordada sob três óticas diversas e complementares na Lei Federal n.º 8.987/95: a) como direito dos usuários; b) como princípio da privatização; e c) como dever do Poder Concedente.

De acordo com ARIÑO ORTIZ, citado por RAMIRES o regime jurídico da competição é fundado nas seguintes liberdades⁴⁰²:

a) Liberdade de ingresso na atividade: o modelo da livre competição é oposto ao do monopólio na exploração dos serviços públicos. Ainda que a liberdade na atuação na exploração da atividade não seja total, ao menos uma parcela deve ser suscetível de competição.

⁴⁰² RAMIRES, op. cit.

b) Liberdade de acesso às infra-estruturas essenciais: em regra, a infra-estrutura de rede das atividades originariamente exploradas em regime público é extensa e de impossível ou complexa duplicação. Por isto, o acesso a esta estrutura pré-existente é garantia de acesso ao mercado em condições não discriminatórias.

c) Liberdade de contratação e formação competitiva dos preços: à autoridade regulatória incumbe zelar pela formação competitiva dos preços;

d) Liberdade de investimento: os investimentos são feitos sob conta e risco do investidor.

Para se assegurar tais liberdades, além da introdução de novos agentes na exploração das atividades antes objeto de monopólio estatal, NUSDEO ressalta a existência de outras medidas, tais como: a) o desmembramento das atividades econômicas complementares ou ligadas a uma mesma cadeia produtiva; b) a possibilidade de compartilhamento de infra-estrutura; c) criação de regras para evitar a concentração ou a monopolização de mercados⁴⁰³.

Ainda, por força do art. 15. da Lei Federal n.º 8.987/95, as pessoas jurídicas de direito público, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal, estão também sujeitas às sanções administrativas contra infrações à ordem econômica. Contudo, a aplicação do direito antitruste nos serviços públicos é limitada pela regulação do setor, que exprime as decisões políticas específicas daquela atividade. É esta a opinião de SUNDFELD⁴⁰⁴.

Como ressalta RAMIRES,

A substituição do mercado pela atuação direta do Estado na produção de utilidades públicas, evidentemente, afastará qualquer possibilidade de incidência do direito antitruste. Nas situações em que a intervenção estatal, entretanto, contentar-se com a mera deformação dos mecanismos de funcionamento – normalmente uma intervenção voltada a finalidades redistributivas –, a incidência do direito antitruste sobre o setor regulado, embora admitida de princípio, encontrará limite nas pautas políticas que orientem a regulação setorial e, conseqüentemente, nos níveis de deformação inflingidos sobre o funcionamento do mercado⁴⁰⁵.

Por isso é que no âmbito dos serviços públicos, as agências reguladoras também exercem importante papel na fiscalização e garantia da competitividade dos respectivos setores de sua competência.

⁴⁰³ NUSDEO, op. cit.

⁴⁰⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *O CADE e a Competição nos Serviços Públicos*. In: Revista Trimestral de Direito Público. N.º 33. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 55.

⁴⁰⁵ RAMIRES, op. cit, p. 125.

Segundo NUSDEO, as agências reguladoras podem tomar medidas para a cessação de práticas que prejudiquem a concorrência no setor regulado, impondo penalidades às infrações. Nesta situação, as agências estariam atuando no exercício do Poder de Polícia. Nada obstante, as agências estarão extrapolando suas competências se aplicarem as regras e as penalidades previstas na Lei Federal n.º 8.884/94⁴⁰⁶.

A repressão administrativa às infrações à ordem econômica previstas nesta Lei compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. O CADE foi criado pela Lei Federal n.º 4.137/62, como órgão da administração direta federal, vinculado inicialmente ao Conselho de Ministros e, posteriormente, ao Ministério da Justiça.

Por força da Lei Federal n.º 8.884/94, o CADE foi transformado em autarquia (art. 3º⁴⁰⁷) e passou a desempenhar funções não apenas repressivas, mas também preventivas como, por exemplo, a aprovação de atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar em dominação de mercado, como os de concentração empresarial (art. 54 da Lei Federal n.º 8.884/94).

Todavia, não pode o CADE analisar os atos normativos das agências reguladoras e sua compatibilidade com os princípios da competitividade. É possível, no entanto, que o CADE ingresse em juízo para a defesa da competição nos mercados, como sustenta NUSDEO⁴⁰⁸.

A implementação da concorrência nos serviços públicos é fundada em diversos mecanismos, dentre os quais destaca ARAGÃO: a) facilitação à entrada no mercado⁴⁰⁹; b) redução do espaço de titularidade estatal exclusiva, que deve ser mantida somente quando a livre iniciativa não for capaz de alcançar os objetivos públicos. Quando houver esta possibilidade,

poderemos ter na verdade uma despublicização daquelas atividades, que, à luz do Direito brasileiro, deixarão de ser serviços públicos propriamente ditos para passar a serem atividades privadas de interesse público – os chamados serviços públicos impróprios ou virtuais -, acarretando forte

⁴⁰⁶ NUSDEO, op cit.

⁴⁰⁷ Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.

⁴⁰⁸ NUSDEO, op cit.

⁴⁰⁹ Como ocorre nos serviços de telecomunicações em que é prevista a coexistência de várias empresas de telefonia móvel e pelo menos duas de telefonia fixa, conforme se analisará adiante.

assimetria regulatória no seio do conjunto daquelas atividades: algumas sob a reserva estatal e outras prestadas em regime privado⁴¹⁰;

c) relativa liberdade de preços⁴¹¹; d) assimetria regulatória⁴¹²; e) desverticalização e desconcentração a fim de impedir que uma mesma empresa domine o setor⁴¹³; f) separação entre gestão da infra-estrutura e prestação dos serviços, a fim de assegurar o acesso à infra-estrutura (interconexão) aos prestadores do serviço público ainda que estes sejam concorrentes do detentor, quando inviável a sua duplicação; g) concorrência entre setores distintos de serviços públicos⁴¹⁴; h) compartilhamento de infra-estruturas^{415/416}.

4.3.2. A garantia da competitividade no âmbito dos serviços de telecomunicações

Conforme ressalta ARAGÃO,

se sempre existiu e continua existindo a regulação de serviço público, a inserção de mecanismos concorrenciais alterou significativamente o seu substrato e o espírito que a anima, com incontornáveis reflexos na interpretação das suas regras e na forma de aplicação dos paradigmas tradicionais das delegações de serviços públicos⁴¹⁷.

Não houve, todavia, uma mudança nos objetivos a serem alcançados, mas apenas nos meios a serem empregados.

Partindo destes pressupostos, um dos principais motes da nova regulação das atividades privatizadas, em especial no âmbito das telecomunicações, foi o estabelecimento de um ambiente competitivo.

⁴¹⁰ ARAGÃO, p. 78. Como ocorre na despublicização de alguns setores das telecomunicações, como a telefonia móvel, conforme se demonstrará adiante.

⁴¹¹ O que ocorre nos serviços de telecomunicações especialmente nos serviços de interesse restrito.

⁴¹² Como se dá entre as diversas atividades pertencentes a um mesmo setor como a telefonia móvel e fixa.

⁴¹³ Como o estabelecimento de impedimentos para que uma mesma empresa de telecomunicações explore em regime de concessão e autorização um mesmo serviço em uma mesma região.

⁴¹⁴ Como a coexistência dos serviços de telefonia móvel e fixa.

⁴¹⁵ No mais das vezes, a duplicação das redes necessárias à prestação do serviço público é inviável técnica e economicamente, daí a necessidade de compartilhamento de infra-estrutura entre prestadores de um mesmo serviço. Teoria das *essencial facilities* (EUA) preconiza a necessidade de compartilhamento de uma rede monopolizada mas necessária à prestação de uma determinada atividade por todos os participantes do setor. Trata-se de uma exceção ao princípio pelo qual as empresas não podem ser obrigadas a negociar com seus concorrentes (ARAGÃO, 2003).

⁴¹⁶ ARAGÃO, 2003.

⁴¹⁷ ARAGÃO, 2003, p. 62.

A regulação, então, é desenvolvida em duas frentes: nos serviços em que seja possível a coexistência de vários prestadores, há a ênfase na competição; nos serviços em que esta possibilidade não exista, a regulação atua de forma a proteger os interesses dos usuários⁴¹⁸.

Sustenta RAMIRES, que o avanço tecnológico e a disponibilidade de capitais privados permitiram que muitas das atividades que antes funcionavam como monopólios passassem a ser desenvolvidas em ambiente competitivo. Nesta transição, o papel fundamental da regulação é fomentar a operação eficiente das empresas e na proteção dos interesses sociais naquelas atividades tidas como essenciais.

Por esse motivo, segundo o autor, mesmo naqueles setores em que a ampla competição não é oportuna, a regulação esta voltada à recriação do mercado sem a eliminação completa da liberdade empresarial.

Assim, a técnica que estaria sendo comumente utilizada seria a de separar “dentro da cadeia industrial, aquelas atividades suscetíveis de serem desenvolvidas em condições de mercado competitivo daquelas outras onde tal não seja possível”⁴¹⁹.

Haveria, nas palavras de RAMIRES, uma “desintegração vertical” que separaria as atividades em suas diferentes etapas produtivas, ou meramente de forma contábil, permitindo-se uma regulação específica voltada a cada uma destas fases. Naquelas atividades em que o ingresso de diferentes competidores seria viável a regulação estaria adstrita aos aspectos essenciais, já naquelas monopolizadas, a regulação seria mais intensa porque voltada a reduzir os prejuízos resultantes desta forma de exploração.

Por conseguinte, a garantia pública de prestação de um determinado serviço não abrangeria todas as atividades de um dado setor, mas somente aquelas tidas por essenciais e não competitivas.

Sob tal perspectiva, o regime jurídico das atividades competitivas seria composto de algumas liberdades básicas, tais como: a liberdade de ingresso na atividade; a liberdade de emprego das redes de acesso ao mercado; a liberdade de contratação, de preços e de investimento. De outro lado, os princípios que presidiriam o regime jurídico das atividades não-

⁴¹⁸ RAMIRES, op. cit.

⁴¹⁹ RAMIRES, op. cit., p. 99.

competitivas seriam deduzidas dos deveres de instalação e gestão das infra-estruturas essenciais e de universalização do acesso ao serviço⁴²⁰.

Obviamente que a concorrência não é um processo natural em todo e qualquer mercado, especialmente nas telecomunicações, um setor historicamente baseado num monopólio que, pelas suas características, oferece significativas barreiras à entrada de novos concorrentes (sendo inclusive até hoje visto como monopólio natural em certos segmentos).

Assim, como aduz FARACO, é preciso uma regulação concorrencial capaz de dar conta do poder do antigo monopolista e da complexidade do problema do acesso às redes de telecomunicações⁴²¹.

Inúmeros são os dispositivos da LGT que demonstram a preocupação do legislador com a competição no setor.

Adotando a mesma sistemática da Lei Federal n.º 8.987/95, a competição no setor das telecomunicações foi prevista como dever do Poder Público (art. 2º, III e V da LGT⁴²²), direito dos usuários (art. 3º, II da LGT⁴²³) e princípio geral do setor (art. 6º da LGT⁴²⁴).

A LGT reafirma, ainda, a aplicabilidade dos princípios da ordem econômica, em especial o da livre concorrência, aos serviços de Telecomunicações (art. 5º da LGT⁴²⁵).

O art. 7º da LGT dispõe sobre a aplicabilidade das normas gerais de proteção à ordem econômica no setor de telecomunicações, desde que não conflitem com o disposto nesta Lei. O mesmo dispositivo, no § 1º, submete os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou

⁴²⁰ RAMIRES, op. cit., P. 102.

⁴²¹ FARACO, 2004.

⁴²² Art. 2º O Poder Público tem o dever de: (...) III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários; (...) V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

⁴²³ Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: (...) II - à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço;

⁴²⁴ Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

⁴²⁵ Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

O § 2º determina que tais atos sejam submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador. Significa dizer que no âmbito das telecomunicações, a ANATEL terá atuação análoga à SDE, adotando medidas em caráter preventivo. É esta a opinião de NUSDEO⁴²⁶ e RAMIRES⁴²⁷.

Complementando o rol de atribuições da agência em matéria de concorrência, o art. 19, XIX da LGT dispõe que compete à ANATEL exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Ainda, o art. 71 da LGT permite a Agência, visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, estabeleça restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

A Lei traz também um rol de infrações à ordem econômica que basicamente repetem as previsões constantes da Lei Federal n.º 8.884/94, quais sejam:

a) adoção, na celebração de contratos de fornecimento de bens ou serviços, de práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (art. 7º §3º da LGT).

b) prática de subsídios para redução artificial de preços (Art. 70, I da LGT);

c) o uso, objetivando vantagens na competição, de informações obtidas dos concorrentes, em virtude de acordos de prestação de serviço (Art. 70, II da LGT);

d) omissão de informações técnicas e comerciais relevantes à prestação de serviços por outrem (Art. 70, III da LGT).

NUSDEO ressalta a adoção de três principais medidas para assegurar a competitividade no âmbito das telecomunicações. A primeira delas seria o

⁴²⁶ NUSDEO, op cit.

⁴²⁷ RAMIRES, Eduardo Augusto. *op. cit.*

desmembramento da atividade em serviço de telefonia fixa local, longa distância nacional, móvel e assim por diante⁴²⁸.

A segunda é a previsão da interconexão das redes de telecomunicações. A interconexão diz respeito à ligação entre redes distintas e funcionalmente compatíveis, possibilitando a comunicação entre usuários de redes distintas.

A interconexão vem definida no art. 146 da LGT e disciplinada na Regulamentação específica editada pela ANATEL e na Resolução Conjunta 001/99 que aprova o Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-estrutura entre os setores de telecomunicações, energia elétrica e petróleo.

O art. 155 da LGT também regula o compartilhamento de infra-estrutura, determinando que as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão disponibilizar suas redes a outras prestadoras. Tal previsão consiste em um instrumento de intervenção do Estado na propriedade visando a assegurar o bem comum, com fundamento na função social da propriedade.

Segundo GROTTI, embora a lei preveja o dever de compartilhamento, a implementação do direito de passagem e a fixação do preço de compartilhamento são objeto de livre negociação entre as prestadoras⁴²⁹.

Uma terceira medida consiste na criação de regras para evitar a concentração ou a monopolização de mercados como, por exemplo, o art. 68 que proíbe uma mesma pessoa de explorar, de forma direta ou indireta, uma mesma atividade, concomitantemente, nos regimes público e privado.

O tratamento da competitividade no setor das telecomunicações varia de acordo com a modalidade de serviço, sua classificação e o regime jurídico de sua exploração.

As regras de competição entre prestadores decorrerão diretamente da modalidade de serviço considerada e do regime aplicável (público, privado ou concomitantemente em ambos). Por isso é que “ao instituir modalidade de serviço para prestação em regime exclusivamente público, poderão ser reconhecidas condições de viabilidade econômicas que afastem a existência de quaisquer outros operadores, ainda que públicos”⁴³⁰. Todavia, esta é uma situação excepcional, haja

⁴²⁸ NUSDEO, op cit.

⁴²⁹ GROTTI, 2003.

⁴³⁰ RAMIRES, op. cit., p. 155.

vista a preocupação da LGT com a instituição de um regime de ampla competição. Conseqüentemente, a competição estará também presente nos serviços prestados no regime público.

Em se tratando dos serviços prestados em regime público, a LGT prevê a possibilidade de que a agência estabeleça restrições, limites ou condições a empresas e grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, a fim de evitar a concentração econômica no mercado. Ainda, a lei impede a cumulação de outorgas da mesma modalidade de serviços, pela mesma empresa ou grupo empresarial na mesma região, localidade ou área ou a prévia aprovação para a cisão, fusão, transformação, incorporação, redução do capital ou transferência do controle acionário das concessionárias.

Mesmo em se tratando de concessões e regime público, a competitividade é assegurada. Dispõe o art. 84 da LGT que as concessões não terão caráter de exclusividade, devendo obedecer ao plano geral de outorgas, com definição quanto à divisão do País em áreas, ao número de prestadoras para cada uma delas, seus prazos de vigência e os prazos para admissão de novas prestadoras. Ainda, por força do parágrafo primeiro deste dispositivo, as áreas de exploração, o número de prestadoras, os prazos de vigência das concessões e os prazos para admissão de novas prestadoras devem ser definidos considerando-se o ambiente de competição, observados o princípio do maior benefício ao usuário e o interesse social e econômico do País, de modo a propiciar a justa remuneração da prestadora do serviço no regime público.

No plano geral de outorgas o número de prestadores do Serviço Telefônico Fixo Comutado foi limitado a dois: a empresa concessionária e a autorizada espelho⁴³¹.

A seu turno, a disciplina da exploração dos serviços no regime privado está fortemente pautada nos princípios da ordem econômica, dentre os quais a competição livre, ampla e justa (art. 127, II da LGT).

Por esse motivo, é que nenhuma autorização pode ser negada, a não ser por motivo relevante (Art. 128, II da LGT). Não há, no regime privado, limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou,

⁴³¹ Único obrigatoriamente prestado em regime público.

excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo (art. 136 da LGT).

Assim, sustenta RAMIRES que para as prestadoras de serviços submetidos ao regime privado impera a isonomia no ingresso e na exploração do mercado de telecomunicações. Todavia, o seu ingresso está sujeito a limites administrativos, previstos na LGT e na regulamentação específica da ANATEL, que têm por escopo a conciliação dos interesses individuais e coletivos que devem ser concomitantemente atendidos no desempenho das atividades. O acatamento destes limites administrativos é pressuposto para a obtenção de prévia autorização para exploração da atividade⁴³².

Isto porque, no âmbito das telecomunicações

o que houve foi a conjugação de comandos constitucionais e infraconstitucionais, daí estatuinto-se o primado da competição não por inspirações lúdicas, mas para garantir o acesso de toda a população às telecomunicações (LGT, artigo 2º, I), a expansão dos serviços em benefício da população brasileira (LGT, art. 2º, II), a satisfação às exigências dos usuários (LGT, art. 2º, III). Ou seja, o titular do direito às telecomunicações é o povo, usuário, ou pré-usuário. E para assegurar a viabilização de tais direitos, a lei abraçou declaradamente o princípio da competição (LGT, art. 2º, V), para que se perfizesse plenamente a idéia de justiça social (LGT, art. 2º, VI), reservando-se ao Estado um papel precipuamente regulador (LGT, art. 2º, IV) e fiscalizador⁴³³.

Da mesma forma, a ANATEL deverá observar a exigência de mínima intervenção na vida privada, sempre que necessitar impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração dos serviços na modalidade privada. A liberdade, segundo FARACO, será regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público⁴³⁴.

Logo, como afirma o autor, proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser, devendo, necessariamente haver equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos⁴³⁵.

⁴³² RAMIRES, op. cit.

⁴³³ FERRAZ, Sérgio. *Regulação da Economia e Livre Concorrência*. In: Revista de Direito Público da Economia. Vol. I. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 201/214, p. 213.

⁴³⁴ FARACO, 2004.

⁴³⁵ FARACO, 2004.

O preço dos serviços será livre, reprimindo-se apenas a prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico⁴³⁶.

Nada obstante as inúmeras medidas previstas e adotadas para se assegurar a competitividade nas telecomunicações, de acordo com dados trazidos por CORDOVIL⁴³⁷, após seis anos da promulgação da LGT, as concessionárias de telefonia fixa local originárias do sistema Telebrás detinham, ainda, 97% do mercado, restado apenas 3% do mercado para as empresas espelho.

⁴³⁶ FARACO, 2004.

⁴³⁷ CORDOVIL, op. cit., p..

5. O REGIME JURÍDICO DE EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES FRENTE À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

5.1. OS FUNDAMENTOS DA ADIN 1.668

Na data de 09/09/1997, foi distribuída perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.668, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Democrático Trabalhista - PDT e Partido Socialista Brasileiro – PSB, questionando a constitucionalidade de diversos dispositivos da LGT.

Ao todo, a ADIN abrange 25 dispositivos da LGT, quais sejam:

- a) Arts. 8º e 9º em face do art. 37, XIX, no que tange à independência administrativa conferida à agência;
- b) Arts. 18, I, II e III e 19, IV e X, frente aos arts. 21, XI e 48, XII da Constituição da República, no que tange às competências atribuídas à ANATEL.
- c) Art. 19, XV, frente ao art. 5º, LIV da Constituição da República, no que tange à competência da ANATEL para a busca e apreensão de bens;
- d) Art. 22, II, frente ao art. 22, XXVII da Constituição da República, no que tange à competência do Conselho Diretor da Agência para aprovar normas próprias de licitação e contratação;
- e) Arts. 54, § único, 55, 56, 57, 58 e 59, frente ao art. 22, XXVII da Constituição da República, no que tange à criação de hipóteses de inaplicabilidade do regime geral de licitações;
- f) Art. 89, frente aos arts. 22, XXVII e 175 da Constituição da República, no que tange à possibilidade de outorga de serviços sem prévia licitação;
- g) Art. 91, frente ao art. 175 da Constituição da República, no que tange à inexigibilidade de licitação estabelecida;
- h) Arts. 119 e 210, frente aos arts. 22, XXVII, 175 e 21, XXVII, 37 e 175 da Constituição da República, no que tange à criação de processo licitatório simplificado para as outorgas mediante autorização;
- i) Arts. 65, III, frente ao art. 5º *caput* da Constituição da República, no que tange à possibilidade de que um mesmo serviço de telecomunicações seja prestado em regime público e privado;

- j) Art. 65, § 1º, frente ao art. 175 da Constituição da República, no que tange à possibilidade de que os serviços de interesse coletivo sejam prestados em regime privado;
- k) Art. 65, § 2º, frente aos arts. 5º *caput* e 175 da Constituição da República, no que tange à possibilidade de que a concomitância de regimes se dê em âmbito nacional;
- l) Art. 66, frente aos arts. 5º *caput* e 175 da Constituição da República, no que tange à previsão de medidas para a viabilização econômica de serviço prestado em regime público quando ele também for prestado em regime privado;
- m) Art. 69, frente ao art. 21, XI da Constituição da República, no que tange à competência da ANATEL para a definição das modalidades de serviços de telecomunicações;

Na ADIN, os autores requereram a medida cautelar a fim de que os dispositivos supra mencionados tivessem sua eficácia sobrestada até o julgamento da ação.

Em julgamento realizado na data de 20.8.1998, o Tribunal, por votação unânime, não conheceu da ação direta, quanto aos arts. 8º e 9º da LGT. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, apreciando normas inscritas na LGT, resolveu: 1) deferir, por votação unânime, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade das expressões "simplificado" e "nos termos por ela regulados", constantes do art. 119; 2) deferir, por maioria de votos, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade do art.19, inciso XV, vencidos os Mins. Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Octávio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, que o indeferiam; 3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para: a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição da República, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Min. Moreira Alves, que o indeferia; b) quanto ao inciso II do art. 22, sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida

às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência, vencido o Min. Moreira Alves, que o indeferia; c) quanto ao art. 59, sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a contratação há de reger-se pela Lei Federal nº 8.666, de 21/06/1993, ou seja, considerando-se, como regra a ser observada, o processo licitatório, vencidos os Mins. Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, que o indeferiam; 4) indeferir, por votação unânime, o pedido de medida cautelar, quanto aos incisos II e III, do art. 18; 5) indeferir, por votação majoritária, o pedido de medida cautelar, quanto: a) ao inciso I, do art. 18, vencidos os Mins. Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Celso de Mello, que o deferiam; b) ao parágrafo único do art. 54 ao art. 55, ao art. 56, ao art. 57 e ao art. 58, vencidos os Mins. Marco Aurélio (Relator), Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Celso de Mello, que o deferiam; c) ao inciso III do art. 65, ao § 1º do art. 65, à expressão "ou concomitância", constante do § 2º do art. 65, e ao art. 66, vencido o Min. Marco Aurélio, que o deferia; d) ao art. 69, vencidos os Mins Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que o deferiam; e) à expressão "as disposições desta lei e, especialmente", constante do *caput* do art. 89 e aos incisos I a X, desse mesmo artigo 89, vencidos os Mins. Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Celso de Mello, que o deferiam; f) ao art. 91, *caput*, e aos seus §§ 1º, 2º e 3º, vencido o Min. Marco Aurélio, que o deferia; g) à expressão "ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91", constante do art. 119, vencido o Min. Marco Aurélio, que o deferia. O Tribunal, por votação majoritária, indeferiu o pedido de suspensão cautelar de eficácia do art. 210 da LGT, vencido o Min. Marco Aurélio que o deferia.

Interessa, neste momento, a investigação pormenorizada com relação à constitucionalidade dos dispositivos que prevêm a possibilidade de exploração de um mesmo serviço de telecomunicações no regime privado e público e de exploração dos serviços de interesse coletivo em regime privado (arts. 65, III, § 1º e 2º e 66 da LGT).

Neste ponto, a ADIN parte da exposição da forma pela qual os serviços de telecomunicações estão classificados na LGT. Asseverou-se na petição inicial que a opção do legislador foi por não conceituar os serviços públicos, mas sim classificar os serviços de telecomunicações de acordo com a abrangência dos interesses a que determinado serviço atende (serviços de interesse coletivo e de interesse restrito) e

o regime jurídico aplicável (público e/ou privado para os serviços de interesse coletivo e de exclusivamente privado para os serviços de interesse restrito).

A partir da conjugação do disposto nos arts. 62, 63 e 64 da LGT, os Autores da ação afirmam que “o serviço de telecomunicação prestado no regime público será aquele de interesse coletivo cuja existência, universalização e continuidade a União compromete-se a assegurar”. Destaca-se, então, que o conceito seria demasiadamente impreciso, na medida em que a garantia de preservação da existência, universalização e continuidade dos serviços pela União não seria traço que determinasse a conceituação de serviço prestado no regime público.

Partindo das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, os Autores da ação afirmam, então, que o conceito de serviço público,

leva em consideração o agente responsável por sua prestação, sua essencialidade ou utilidade para a coletividade e o regime jurídico de sua prestação, que no caso dos serviços públicos, é o regime jurídico de direito público, em que as normas exorbitam o direito comum.

Ainda, enfatizando o regime jurídico de direito público para a definição dos serviços públicos e com fundamento em Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins e José Cretella Júnior, sustentam que

admitir a possibilidade de sua prestação pelo regime privado conforme estatuído nos incisos II e III do art. 65 da Lei n.º 9.472/97, seria a própria negação do conceito de serviço público e, no limite, a negação do poder de império do Estado que faz prevalecer sua vontade, ainda que em contraposição ao interesse do contratante particular, em defesa do anseio coletivo.

Assim, a primeira inconstitucionalidade apontada no que tange à organização dos serviços de telecomunicações refere-se ao art. 65, III da LGT. Isto porque, no entendimento dos Autores da ação, se é a abrangência do serviço (restrito ou coletivo) que determina o regime (público ou privado) a ser adotado, não haveria como se admitir que um mesmo serviço fosse prestado em ambos os regimes.

Tal previsão violaria o art. 5º *caput* da Constituição da República que estabelece o princípio da isonomia, pois um mesmo serviço se prestado no regime de direito privado seria delegado por autorização, ficando estabelecida uma relação precária do autorizado com a Administração Pública. Por outro lado, se o serviço for prestado em regime público, a delegação se dará por concessão ou permissão,

ficando estabelecida uma relação estável entre o concessionário ou permissionário com a Administração Pública. Esta precariedade, segundo os Autores da ação, seria, ainda, refletida nas relações estabelecidas entre os usuários e o prestador do serviço.

Assim, afirmam os Autores da ação, a adoção concomitante dos regimes público e privado redundaria em diversas violações ao princípio da isonomia, não havendo qualquer razão lógica ou jurídica para que esta seja admitida.

Ainda, destaca-se que admitir a prestação do serviço de interesse coletivo

serviço público por definição legal”, em regime privado “seria admitir a delegação da prestação do mesmo por mera autorização, em flagrante violação ao texto do art. 175 da Carta Magna que, expressamente, impõe a realização de prévio processo licitatório à concessão ou à permissão dos serviços públicos que serão prestados por particulares.

Daí decorreria, também, a inconstitucionalidade dos arts. 65, § 1º e 2º e 66 da LGT.

Analisando tais argumentos no julgamento da cautelar da ADIN, o Ministro Relator Marco Aurélio de Mello deferiu a suspensão da eficácia de todos os dispositivos atacados, sob o fundamento de que

sendo o Direito uma ciência, os institutos, expressões e vocábulos têm sentido próprio, e tanto maior é a segurança jurídica quanto mais fiel for o emprego de cada qual. Por natureza e conseqüências, não se confundem serviços a serem prestados no regime privado e no regime público. Tal mistura distancia-se da melhor técnica, acabando-se por afastar, tendo em vista especialmente os serviços que venham a ser explorados em regime público, as peculiaridades ditadas pelos princípios constitucionais. Conforme ressaltado na inicial, a partir de lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “...como é a abrangência do serviço – restrito ou coletivo – que determina o regime – privado ou público – a ser adotado, não há como admitir que um serviço seja ao mesmo tempo de interesse restrito e de interesse coletivo”. As conseqüências são substanciais, porquanto, como assinalado na própria Lei em comento, no regime privado basta a simples autorização (artigo 131), enquanto, decidindo-se pelo público, é imprescindível a adoção do processo licitatório prévio à delegação a particulares (artigo 88). A concomitância contemplada na Lei ora em exame, relativamente aos serviços a serem prestados em regime público, considerada, repito, a respectiva natureza, acaba por afastar o preceito do artigo 175 da Constituição Federal, no que impõe a realização de prévio processo licitatório à concessão ou à permissão dos serviços, não se contentando com simples autorização.

Não se pode negar que os argumentos deduzidos na inicial encontram respaldo em alguns dos mais respeitados estudiosos do direito administrativo.

É neste sentido a análise realizada por DI PIETRO. Segundo a autora, a intenção do legislador foi a de excluir do conceito de serviço público uma parte dos serviços de telecomunicações, ou seja, aqueles prestados em regime privado mediante autorização. Tanto é assim que a LGT em momento algum se refere aos serviços de telecomunicações como serviços públicos e vincula expressamente a prestação dos serviços de telecomunicações em regime privado aos princípios constitucionais da atividade econômica (art. 126)⁴³⁸.

Segundo a autora,

a Lei n. 9472 inverteu o sentido da norma do art. 21, XI, com relação a uma parte dos serviços de telecomunicações; esse serviço, cuja titularidade foi atribuída em sua totalidade à União, que tem a possibilidade de delegar a execução ao particular, passou a ser considerado atividade privada, que a União só pode executar por motivo de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, conforme definido em lei. Com a agravante de que a lei não definiu as hipóteses em que o serviço é considerado de interesse restrito e, portanto, passível de prestação em regime privado; deixou à Anatel a incumbência de fazê-lo, em mais uma ofensa ao princípio da legalidade⁴³⁹.

Neste ponto, afirma a autora, a sistemática adotada na LGT afrontaria o art. 21, XI da Constituição da República, na medida em que este dispositivo não permitiria a distinção entre os serviços de telecomunicações. O que a LGT teria feito, em sua opinião, teria sido privatizar não apenas a execução do serviço, mas a própria atividade ou pelo menos uma parte dela⁴⁴⁰.

No mesmo sentido é a opinião de GROTTI, para quem “o novo modelo introduzido, se considerado melhor que o anterior, dependeria de alteração na Constituição para ter validade”⁴⁴¹.

Todavia, em que pesem os fundamentos antes deduzidos, não há que se vislumbrar qualquer inconstitucionalidade na forma pela qual os serviços de telecomunicações foram organizados na LGT, basicamente por quatro razões: a) a Constituição da República não classifica os serviços de telecomunicações como serviços públicos; b) a Constituição da República prevê a adoção da autorização o que é incompatível com serviços públicos como admitem até aqueles que classificam os serviços de telecomunicações como públicos; c) as normas do art. 21

⁴³⁸ DI PIETRO, 2002.

⁴³⁹ DI PIETRO, 2002, p. 138.

⁴⁴⁰ DI PIETRO, 2002.

⁴⁴¹ GROTTI, 2003, p. 177.

não são de definição de serviços públicos, mas de repartição de competências; d) a complexidade e evolução tecnológica do setor impõem substanciais alterações na forma de prestação destes serviços.

5.2. A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL A RESPEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES

O art. 21, XI e XII da Constituição da República atribui à União competência para explorar diretamente ou mediante autorização, concessão e permissão uma série de atividades, dentre as quais os serviços de telecomunicações.

Muitos autores, como é o caso de DI PIETRO⁴⁴², GROTTI⁴⁴³ e TORRES⁴⁴⁴ entendem que o rol de atividades compreendidos nos dispositivos caracterizaria, em sua integralidade, serviços públicos submetidos ao regime de direito público. Segundo este último,

a abertura do mercado de telecomunicações e o seu vertiginoso crescimento pela demanda de novos serviços têm feito surgir um novo tratamento para os serviços públicos de telecomunicações. Talvez, mas apenas no plano das relações entre particulares, sem qualquer afetação ao conceito de Administração Pública que sempre os acompanhará. (...) Com isso, fica bem evidenciado que toda a atividade desempenhada pelas concessionárias e operadoras no regime público ou no regime privado é típica modalidade de “serviço”, e mais, de “serviço público” concedido, permitido ou autorizado, cabendo a cada um deles, nos limites da lei e nos termos dos contratos administrativos e particulares firmados, promover todos os atos inerentes ao regime específico segundo as modalidades de serviços⁴⁴⁵.

Significa dizer que todas as atividades arroladas no artigo estariam submetidas aos princípios da modicidade das tarifas, continuidade, adequação, entre outros, previstos da Lei de Concessões.

Estariam, ainda, imunes à incidência dos princípios da atividade econômica, como a livre iniciativa e a livre concorrência (art. 170 da Constituição da República). Mais do que isto, tratando-se de serviços de titularidade do Estado, estariam sujeitos a uma forte intervenção do Poder Público, seja na sua exploração direta, ou mediante o exercício do Poder Regulamentar.

⁴⁴² DI PIETRO, 2005.

⁴⁴³ GROTTI, 2003.

⁴⁴⁴ TORRES, op. cit.

⁴⁴⁵ TORRES, op. cit., p. 39/40.

Todavia, gradativamente têm-se admitido que o rol de serviços do art. 21 da Constituição da República comporta tanto serviços públicos quanto atividades econômicas em sentido estrito.

Especificamente no que tange aos serviços de telecomunicações, como se disse em linhas anteriores, as principais alterações empreendidas em sua exploração após a edição da Emenda Constitucional 8/95 dizem respeito à criação de uma Agência Reguladora, ao fim do monopólio estatal e à introdução da competição neste âmbito. Todavia, uma quarta e substancial modificação não pode passar despercebida: a supressão da expressão “serviços públicos” do art. 21, XI da Constituição da República.

Com efeito, a redação original do dispositivo previa a competência da União para

explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

Após as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 8/95 o dispositivo passou a apresentar a seguinte redação:

Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Vê-se, pois, que o art. 21, XI não opera atualmente classificação entre os serviços de telecomunicações e nem os qualifica como serviços públicos.

Embora em uma análise menos detida tal alteração possa parecer insignificante, a supressão da expressão “serviços públicos” do dispositivo encerra um significado maior, consentâneo com as novas concepções a respeito do serviço público.

Como sustenta GROTTI, as diretrizes fixadas especialmente na União Européia apontam para o advento de um serviço universal caracterizado pela ausência de uma regulamentação sistemática de serviço público⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ GROTTI, 2003.

O serviço universal consistiria em uma opção ao serviço público que desonera o Estado de sua prestação, mas impõe a este uma

responsabilidade-garantia, com competências especiais de regulação e de disciplina, tendentes a assegurar sua universalidade, acessibilidade, igualdade e continuidade, na maior parte dos casos atribuídas a instâncias administrativas autônomas do Estado⁴⁴⁷.

Prossegue a autora afirmando que

O serviço universal, no contexto de mercados de telecomunicações abertos e concorrenciais, é definido como o conjunto mínimo de serviços de determinada qualidade a que todos os utilizadores e consumidores têm acesso, tendo em conta eventuais circunstâncias específicas em nível nacional, a preços razoáveis⁴⁴⁸.

No mesmo sentido, pontua VALLE que

pelo conceito “novo”, o serviço público não seja qualificado como tal em seu conjunto, mas apenas nas partes da atividade em que não se pode dispensar o atendimento de necessidades coletivas, no interesse geral. Assim, e.g., nas telecomunicações poder-se-ia caracterizar como serviço público o serviço telefônico básico (com dever de universalidade), enquanto que a transmissão de dados através de novas tecnologias, como celulares e cabos, não estaria enquadrada no conceito e representaria atividade econômica, apresentando-se inserida nas regras de concorrência num regime de direito privado⁴⁴⁹.

Significa dizer que, dentro do gênero serviços de telecomunicações, haveria atividades que poderiam ser qualificadas como serviços públicos e outras tantas que consistiriam em atividades econômicas em sentido estrito.

A respeito do tema, leciona JUSTEN FILHO que muitos estudiosos veriam nos arts. 21, X, XI e XII um rol de serviços públicos que não poderia ser alterado pelo legislador infraconstitucional. Todavia, este entendimento não seria o mais acertado já que as atividades arroladas ou não nos dispositivos poderiam ou não caracterizar serviços públicos de acordo com sua referibilidade direta ou indireta a direitos fundamentais⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ GROTTI, 2003, p. 81.

⁴⁴⁸ GROTTI, 2003, p. 81.

⁴⁴⁹ VALLE, Vivian Cristina Lima López. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar. *Cenários do Direito Administrativo. Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 540. Importante destacar que a autora tece veementes críticas a este novo conceito de serviços públicos.

⁴⁵⁰ JUSTEN FILHO, 2005.

Sustenta o autor que “a interpretação literal do art. 21 conduziria a resultados indefensáveis”⁴⁵¹, em especial a publicização de determinados setores sem qualquer justificativa. Logo, a análise da Constituição é insuficiente para que uma determinada atividade seja qualificada como serviço público já que “a lei ordinária pode estabelecer que algumas atividades, subsumíveis ao modelo constitucional, não serão serviço público, e nisso não haverá qualquer inconstitucionalidade”⁴⁵². Este parece ser também o posicionamento de FIGUEIREDO, ao admitir que a Constituição da República, nos arts. 21, X, XI, XII, XV, XXII e XXIII e 25, §2º, teria eleito algumas atividades “passíveis de serem serviços públicos”⁴⁵³.

É por isso que se diz que “cabe à lei ordinária determinar a publicização de certa atividade e as hipóteses em que configurará serviço público”⁴⁵⁴.

Trata-se da adoção da teoria nominada por MARQUES NETO de formalista, segundo a qual o serviço público consiste somente naquelas atividades que a lei ou a Constituição da República venham a assim classificar. Segundo o autor,

a Lei Geral de Telecomunicações radicalizou nesta concepção formalista ao deixar para a norma jurídica determinar qual serviço de telecomunicação é público, ao mesmo tempo que a abrandou ao delegar para o Chefe do Poder Executivo (LGT, art. 18, I e II) a determinação da ampliação do rol de serviços de telecomunicações que seriam considerados públicos, definindo de antemão que o serviço de telefonia fixa comutada (LGT, art. 64, parágrafo único) já seria, desde logo, explorado por alguma prestadora em regime público⁴⁵⁵.

Neste sentido é a conclusão de ARAGÃO:

É então, a letra da Constituição (ao se referir à “autorização” no art. 21) somada à sua necessária evolução e aos paradigmas da hermenêutica constitucional, que nos leva a afirmar haver serviços de telecomunicações, e muitos outros enumerados nos incisos X a XII do art. 21, que pode, observado o Princípio da Proporcionalidade, em seus aspectos omissivo e comissivo, ser despublicizados, tornando-se atividades econômicas de interesse público⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ JUSTEN FILHO, 2005, p. 484.

⁴⁵² JUSTEN FILHO, 2005, p. 485.

⁴⁵³ FIGUEIREDO, 2006, p. 81.

⁴⁵⁴ JUSTEN FILHO, 2005, p. 486.

⁴⁵⁵ MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações..., 2002, p. 310.

⁴⁵⁶ ARAGÃO, 2003, p. 261.

Por conseguinte, não se pode afirmar que a Constituição da República qualificaria os serviços de telecomunicações, necessariamente, como serviços públicos.

5.3. A FINALIDADE DAS NORMAS DO ART. 21 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA;

O Título III da Constituição da República estabelece a Organização do Estado. No capítulo I é tratada a organização político-administrativa, que compreende, nos termos do art. 18, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Os capítulos seguintes tratam precisamente de cada um dos entes que compõem a organização do Estado.

É no Capítulo II do Título III da Constituição da República que se encontra inserido o art. 21 da Constituição da República que, dentre outros aspectos, dispõe competir à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações (inciso XI).

Vê-se, pois que a finalidade precípua do dispositivo é estabelecer o rol de atribuições da União, divisando-a das competências dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ainda que o dispositivo seja tomado por alguns autores como referência para a delimitação dos serviços públicos em contraposição às atividades econômicas⁴⁵⁷, é inegável que o objetivo do constituinte não é este.

Tanto é assim que os demais incisos dos dispositivos tratam de atribuições que em nada se relacionam com a exploração de serviços públicos. Veja-se, por exemplo, que o art. 21 atribui à União a competência para manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (inciso I), declarar a guerra e celebrar a paz (inciso II), assegurar a defesa nacional (inciso III) e permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente (inciso IV).

Significa dizer que ao afirmar que a União detém competência para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações”, o dispositivo diz, em outras palavras, que tal competência não pode ser exercida pelos Municípios, Estados e pelo Distrito Federal. Não se

⁴⁵⁷ Como é o caso de José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002).

pretende afirmar que a titularidade dos serviços de telecomunicações seria do Estado em detrimento dos particulares, hipótese em que se poderia dizer com segurança que o dispositivo qualificaria tais atividades como serviços públicos. Fosse essa a intenção do legislador, o dispositivo estaria inserido no capítulo que trata da ordem econômica, juntamente com o art. 175 da Constituição da República que afirma incumbir ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. É esta a opinião de JUSTEN FILHO⁴⁵⁸.

Note-se, também, que esta interpretação é a mais consentânea com a própria evolução da forma de exploração dos serviços de telecomunicações no Brasil. Com efeito, conforme se expôs no Capítulo 2, a exploração dos serviços de telecomunicações no Brasil evoluiu da livre atuação dos particulares para a exploração descentralizada dos serviços pelos diversos entes públicos (União, Estados e Municípios) e finalmente, para a concentração desta competência em torno da União.

O dispositivo, portanto, revela a intenção de que se estabeleça um plano unificado de exploração dos serviços de telecomunicações em todo o território nacional, a ser conduzido pela União. A atribuição dos serviços de telecomunicações à União não significa que todas as atividades englobadas nesta categoria seriam de titularidade desta. Antes disso, significa que a exploração e gerenciamento das telecomunicações deve se dar de acordo com planos nacionais, não havendo mais espaço para a atuação desordenada e individual de Estados e Municípios. Em contrapartida, não há qualquer intenção do Constituinte em concentrar esta faculdade exclusivamente nas mãos do Poder Público em detrimento da iniciativa privada.

5.4. A PREVISÃO DA AUTORIZAÇÃO COMO FORMA DE DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES;

Ao tratar da delegação de serviços públicos, o art. 175 da Constituição da República faz referência apenas à concessão e permissão como formas de sua prestação. Todavia, o art. 21, XII arrola serviços que a União pode prestar diretamente ou mediante concessão, permissão e autorização.

⁴⁵⁸ JUSTEN FILHO, 2005.

Segundo DI PIETRO, esta divergência de tratamento indicaria que “o legislador pecou pela falta de uniformidade no emprego da terminologia”⁴⁵⁹.

De acordo com GROTTI esta falta de uniformidade teria três possíveis explicações. Ou o constituinte equivocou-se ao deixar de incluir a autorização entre as modalidades de exploração dos serviços públicos, ou introduziu erroneamente este regime nos arts. 21, XI e XII e 223, *caput*, da Constituição da República;

ou, finalmente, o regime de autorização estaria a demonstrar que alguns dos serviços elencados nos artigos 21(incisos XI e XII) e 223 poderão ser prestados em regime de direito privado, típico das atividades econômicas, constituindo atividade econômica em sentido estrito, enquanto os demais, sujeitos ao regime de concessão e permissão, seriam serviços públicos⁴⁶⁰.

É esta a opinião de JUSTEN FILHO, para quem a autorização é própria para a delegação de serviços de interesses coletivos, mas não de serviços públicos. Trata-se de hipótese prevista no art. 170, § único da Constituição da República que faculta à lei subordinar o exercício de determinadas atividades a uma autorização estatal prevista em lei. Para o autor,

a autorização é incompatível com a existência de um serviço público. Não se outorga autorização de serviço público – fórmula destituída de sentido lógico-jurídico. Somente se cogita de autorização para certas atividades econômicas em sentido restrito, cuja relevância subordina seu desempenho à fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado. Sendo outorgada autorização não existirá serviço público. Logo, como o art. 21, X a XII, da Constituição refere-se expressamente tanto à concessão como à autorização a propósito de certas atividades, tem-se de concluir que elas comportam exploração sob ambas as modalidades jurídicas. Então, as atividades indicadas na Constituição configurarão, em alguns casos, serviço público. Mas isso não elimina a possibilidade de sua qualificação como atividade econômica em sentido restrito⁴⁶¹.

BLANCHET também pondera que

o art. 21, XII da Constituição Federal faz menção a autorização, e o faz impropriamente (como impropriamente também o faz a Lei 9.074, de 7 julho de 1995), porquanto se serviços públicos pudessem ser objeto de autorização, tropeçar-se-ia no imponderável: a própria Constituição estaria legitimando a delegação do exercício de serviço público sem prévia licitação, ou estaria transformando a autorização em ato vinculado, o que

⁴⁵⁹ DI PIETRO, 2002, p. 71.

⁴⁶⁰ GROTTI, 2003, p. 163/164.

⁴⁶¹ JUSTEN FILHO, 2005. Afirma o Autor que na autorização “a intervenção estatal não apresenta um cunho constitutivo do direito ao exercício da atividade, mas se trata de um ato de cunho declaratório. Bem por isso, não se trata de transferir ao particular o exercício de uma atividade pública. Enfim, concedem-se serviços públicos; autorizam-se serviços privados” (p. 548).

eliminaría cualquier traço distintivo entre estes dois institutos. Delegáveis mediante autorização são apenas aquelas atividades que, embora de natureza privada, são relevantes para o interesse público, razão pela qual se submetem a especial fiscalização estatal, fiscalização esta que se opera mediante o exercício do poder de polícia (...) ⁴⁶².

Em que pese não se concordar com o autor quando este afirma que a menção à autorização seria imprópria, haja vista que a autorização aludida no dispositivo incide sobre atividades econômicas, é irretocável a conclusão no sentido de que a autorização não é meio de delegação de serviços públicos.

Revedo posicionamento anterior, MELLO afirma que os serviços públicos são prestados regularmente por meio de concessão e permissão. A menção à autorização no art. 21 da Constituição da República tem em vista duas situações: a) a primeira, consubstanciada nas hipóteses em que efetivamente há serviços de telecomunicações, mas não propriamente serviço público. A autorização exprimiria, então, o exercício do Poder de Polícia por parte do Estado; b) a segunda, consistente nas hipóteses em que se está diante de serviço público, mas uma situação de emergência exige uma outorga célere, até que seja possível lançar mão dos procedimentos que permitem a sua concessão ou permissão ⁴⁶³.

Partindo deste raciocínio, as atividades objeto de autorização arroladas nos arts. 21, X a XII não teriam apenas a sua prestação delegada ao particular, mas a sua própria titularidade. Precisamente por este motivo, estariam sujeitas aos princípios que regem as atividades econômicas, ou seja, ao regime privado, sem que daí decorra qualquer inconstitucionalidade.

Com fundamento na interpretação conjunta dos arts. 21, XI e 175 da Constituição da República, DIAS conclui que

parece realmente ser o melhor entendimento o de que a autorização de serviços de telecomunicações, prevista no art. 21, inciso XI, da Constituição, abrange atividades que não se enquadram como serviço público, mas sim como exercício da atividade econômica, sujeitas a um regime de direito privado ⁴⁶⁴.

Segundo o autor, a autorização referida na Constituição da República consistiria no

⁴⁶² BLANCHET, 1999, p. 25.

⁴⁶³ MELLO, op. cit.

⁴⁶⁴ DIAS, op. cit, p. 53.

instituto administrativo adequado para o Poder Público dos três níveis federais (art. 18, CF) anuir discricionariamente com o desempenho pelos particulares de certos serviços privados de interesse público, assim por lei considerados todos aqueles que, não obstante o prevalecente interesse privado, atendam também ao público; neste caso, porém, recorde-se, não existe qualquer delegação de serviço público⁴⁶⁵.

Ou seja: havendo autorização não se está diante de serviços públicos.

5.5. COMPLEXIDADE E EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA DO SETOR

A evolução da forma de exploração dos serviços de telecomunicações narrada no Capítulo 2, indica a crescente complexidade e a constante evolução tecnológica deste setor.

Com efeito, a exploração dos serviços de telecomunicações no Brasil teve sua origem com a instalação de linhas de telégrafo em 1852. Somente após o transcurso de 25 anos, o telefone foi introduzido no país. Passados mais de 130 anos é que o telefone celular passou a fazer parte do cotidiano dos brasileiros.

A par da criação de novas atividades, os serviços de telecomunicações sofrem o constante influxo de meios tecnológicos como, por exemplo, a fibra ótica e a conjugação com a informática que resultam em novas formas de prestação de antigas modalidades de serviços. Significa dizer que as modalidades de serviços de telecomunicações não somente se multiplicam, mas se modernizam, a partir da evolução tecnológica.

Sem dúvida, a telecomunicação trata-se de um dos setores mais sensíveis a tais alterações, mesmo quando comparado com outros serviços há muito explorados pelo Estado, como a energia elétrica e o abastecimento de água.

Precisamente por este motivo é imprescindível que a forma de exploração dos serviços de telecomunicações – não só no que tange aos meios físicos, mas principalmente com relação aos meios jurídicos – acompanhe esta realidade cambiante.

Neste sentido é que MELLO aponta a existência de uma certa liberdade para o legislador infraconstitucional qualificar determinadas atividades como serviço público, excluindo-as do âmbito das atividades econômicas. Esta liberdade, como

⁴⁶⁵ MOREIRA NETO, 2001, p. 138.

afirma o autor, deve estar pautada nos “padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na Sociedade”⁴⁶⁶.

É esta também a opinião de ARAGÃO, para quem

a Constituição Federal deu, então, certa margem de discricionariedade ao Legislador em relação às atividades enumeradas nos incisos X a XII do art. 21 para que, diante das evoluções tecnológicas propiciadoras da concorrência e do Princípio da Proporcionalidade na sua expressão de Subsidiariedade, enquadre-as como serviços públicos ou como atividades privadas de interesse público sujeitas a uma regulação de natureza autorizativo-operacional⁴⁶⁷.

Nesta perspectiva, atrelar a exploração dos serviços de telecomunicações a um modelo jurídico único e imutável padeceria de, pelo menos, duas incongruências. Primeiramente porque o serviço considerado essencial hoje pode não sê-lo mais amanhã, em virtude da criação de novas modalidades de atividades que melhor atendem aos interesses dos usuários. É imprescindível, portanto, que a definição dos parâmetros jurídicos para a prestação dos serviços de telecomunicações acompanhe as alterações tecnológicas, econômicas e sociais.

Em segundo lugar porque a diversidade de atividades não permite que todos os serviços de telecomunicações sejam tidos por igualmente relevantes ou essenciais. Logo, cada um dos serviços deverá estar sujeito a regras próprias que assegurem sua boa execução em consonância com suas peculiaridades. De fato, não se pode afirmar que a expansão das redes de telefonia móvel tenha, atualmente, a mesma importância social da expansão das redes de telefonia fixa.

Como ressalta SUNDFELD, o incremento tecnológico ressaltou as peculiaridades de cada serviço, exigindo, por conseguinte, a criação de um sistema jurídico próprio. Não há mais a possibilidade de tratamento generalizado a todos os serviços públicos, havendo que se buscar a forma pela qual ele foi regulado. “Não se cuida mais de discutir o caráter público ou privado de certo serviço, mas sim de identificar como ele é regulado pelo Estado no tocante ao aspecto tal e qual”⁴⁶⁸.

Dáí porque a multiplicidade de regimes a que se sujeitam os serviços de telecomunicações - e mesmo a sua concomitância para uma mesma atividade - antes de configurarem ofensa a dispositivos constitucionais, bem atendem o art. 37

⁴⁶⁶ MELLO, op. cit. p. 631.

⁴⁶⁷ ARAGÃO, 2005, p. 38.

⁴⁶⁸ SUNDFELD, 2002.

da Constituição da República que submete a administração ao princípio da eficiência, o art. 1º que afirma como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o art. 3º que constitui como objetivo fundamental da República garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

5.6. SÍNTESE: A CONSTITUCIONALIDADE DA ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NA LGT

Os aspectos antes mencionados permitem concluir que a exploração dos serviços de telecomunicações em regime de direito privado mediante autorização e mesmo a exploração de um mesmo serviço tanto em regime privado quanto público nada tem de inconstitucional.

Inicialmente, há que se considerar do exposto que os serviços de telecomunicações não podem em sua integralidade ser qualificados como serviços públicos. Parte dos serviços de telecomunicações consistirá em atividades econômicas, submetidas ao regime privado. Todavia, isto não significa que não estarão sujeitas aos condicionamentos impostos pelo Poder Público.

Alguns, como ARAGÃO, afirmam que a previsão de autorização para a exploração de serviços de telecomunicações indicaria a existência de uma categoria de atividades que poderiam ser nominadas de atividades privadas regulamentadas. Tais atividades são por vezes referidas pelos autores europeus como serviços públicos impróprios ou virtuais. Refere-se a

atividades da iniciativa privada para as quais a lei, face à sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo-se ainda sua contínua sujeição à regulação da autoridade autorizante, através de um ordenamento jurídico setorial⁴⁶⁹.

Isto ocorreria, afirma o autor, porque tais atividades abrangem um número muito grande de usuários e em segundo lugar porque haveria um interesse geral sobreposto aos interesses individualmente considerados.

⁴⁶⁹ ARAGÃO, 2005, p. 10.

Tais atividades estariam em uma zona intermediária entre os serviços públicos e as atividades econômicas privadas não sujeitas ao controle ou sujeitas apenas a um controle de polícia administrativa geral.

as atividades que estamos tratando são atividades econômicas privadas; não são desenvolvidas pelo Estado, seja diretamente, seja através de concessão ou permissão. São prestadas pelos particulares por direito próprio, mas o Estado as sujeita a um controle constante e que pode em alguns aspectos imiscuir-se em elementos contratuais da prestação da atividade, para que ela, não apenas não agrida o interesse público, mas também contribua para a sua realização⁴⁷⁰.

Em se tratando de atividades privadas sujeitas ao princípio da livre iniciativa, conforme leciona o autor, prepondera o direito subjetivo ao ingresso e permanência no mercado. O direito à livre iniciativa consiste, antes de mais nada, em um direito fundamental. Assim, ainda que esse direito possa e deva ser limitado há um mínimo que deverá ser sempre resguardado, mesmo frente a direitos coletivos de suma relevância.

As atividades privadas regulamentadas, porque têm forte liame com interesses coletivos, podem ser objeto de restrições, mas também de imposição de obrigações positivas às empresas que as prestem, como forma de contribuir para a consecução do interesse público envolvido. Todavia,

o que não pode, seja pela quantidade de obrigações impostas, por sua excessiva onerosidade, ou em razão de as obrigações possuírem características propriamente assistenciais ou estatais, é fazer com que a empresa se substitua ao Estado no cumprimento das suas funções constitucionais⁴⁷¹.

Significa dizer, afirma ARAGÃO, que o Estado pode exigir das empresas alguns comportamentos acessórios à sua atividade principal, que contribuam para a consecução de algum interesse público, mas não podem ser obrigadas a executar as políticas públicas previstas pelo Estado. Entendimento contrário acarretaria inegável violação ao art. 174 da Constituição da República.

No mesmo sentido, é a opinião de JUSTEN FILHO, para quem seria possível apontar uma terceira espécie de atividades, intermediárias entre os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito. O regime jurídico a elas aplicável é

⁴⁷⁰ ARAGÃO, 2005, p. 12/13.

⁴⁷¹ ARAGÃO, 2005, p. 24/25.

de direito privado, mas fortemente marcado por princípios que restringem a autonomia privada⁴⁷².

Ou seja, para estas atividades, consubstanciadas nos serviços de telecomunicações de interesse restrito, nenhuma irregularidade haveria quando à adoção da autorização e do regime privado haja vista que, rigorosamente, tais serviços não seriam serviços públicos.

Mesmo para as atividades de interesse coletivo a serem prestadas em regime público (serviços públicos), não haveria qualquer inconstitucionalidade quanto à adoção da autorização.

Conforme se ressaltou em tópico anterior, a finalidade precípua da adoção do regime público para a prestação de alguns serviços de telecomunicações é a de que o Poder Público assegure a sua continuidade e universalidade.

Os serviços de telecomunicações de interesse coletivo submetidos a regime público devem ser prestados por, pelo menos, um operador que celebre contrato de concessão ou permissão com o Poder Público. Significa dizer que a existência de um único concessionário para os serviços de interesse coletivo é medida suficiente para assegurar sua continuidade e universalidade.

Em nada prejudica a atenção destes objetivos a introdução de um novo operador neste processo que, embora preste o mesmo serviço de interesse coletivo, estará submetido ao regime privado por força do termo de autorização firmado. Assim,

o serviço de interesse coletivo pode ser prestado por um concessionário (prestador em regime público), competindo com alguém que seja autorizado a prestar este serviço em regime privado. Este é um dos núcleos centrais do modelo, pois a formatação jurídica (que rompe com a idéia de coincidir serviço público com monopólio) permite a introdução da competição sem inviabilizar a universalização e a continuidade do serviço⁴⁷³.

Neste ponto é preciso que se destaque que o fato de o vínculo deste prestador com o Poder Público materializar-se por termo de autorização em nada altera a natureza dos serviços prestados. Em outras palavras, o serviço de interesse coletivo, ainda que prestado mediante autorização, permanecerá sendo serviço público. A rigor, embora a espécie de vínculo existente entre o autorizado e o Poder

⁴⁷² JUSTEN FILHO, 2005.

⁴⁷³ MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações..., 2002, p. 312.

Público seja diversa daquela existente entre este e o concessionário e o permissionário, perante o usuário o serviço de interesse coletivo – seja prestado mediante concessão seja por autorização – continuará sendo um serviço público.

E nem se diga, conforme se sustenta na ADIN 1.668, que esta dualidade de regimes acarretaria afronta ao princípio da isonomia.

O princípio da isonomia, conforme assevera FIGUEIREDO, “há de ser compreendido dentro do princípio da igualdade entre os iguais, não pode ostentar abrangência que chegasse ao absurdo de promover o nivelamento de desiguais”⁴⁷⁴.

Não se pode, pois, argüir ofensa ao princípio da isonomia, em se tratando de prestadores que já em sua origem partem de situações distintas e que, por isso, devem ser balanceadas.

Com efeito, o concessionário que sucede a Telebrás herda toda a estrutura técnica, a carteira de clientes, entre outros, tendo em contrapartida obrigação quanto à universalização dos serviços. Já o autorizado, embora tenha que implementar toda a estrutura necessária à prestação do serviço, não estará sujeito às metas de universalização. Nas palavras de MARQUES NETO

esta nova prestadora que assume o serviço de telecomunicações, não possuirá o ônus de universalizar o serviço, isto é, de levar o serviço ao habitante dos rincões do Tocantins, ficando livre para atacar o mercado que o seu concorrente (que adquiriu as empresas do sistema TELEBRÁS) não consegue atender. Surge, aqui, a competição. Esta empresa que assumiu o sistema TELEBRÁS tem vantagens competitivas mas, no entanto, terá o ônus de universalizar o serviço⁴⁷⁵.

A assunção do Sistema Telebrás por parte da concessionária é também compensada por privilégios como a intervenção mínima da ANATEL e a liberdade na fixação de preços para o autorizado⁴⁷⁶.

SUNDFELD pondera que mesmo a atribuição da titularidade dos serviços de telecomunicações ao Estado por parte da Constituição da República não importaria a adoção de um projeto único com relação a todos eles. Ao contrário, a Constituição da República teria conferido ao legislador ordinário um amplo poder de conformação destas atividades, inclusive no que tange ao regime jurídico de sua exploração.

Nas palavras do autor,

⁴⁷⁴ FIGUEIREDO, 2006.

⁴⁷⁵ MARQUES NETO, *Direito das Telecomunicações...*, 2002, p. 307.

⁴⁷⁶ FARACO, 2004.

Alguns de meus colegas consideram que isso seria contrário à Constituição, pois dela decorreria o caráter necessariamente público da exploração, por particulares, das atividades reservadas ao Estado. Esse argumento baseia-se na crença de que existiria, implícito nas dobras constitucionais, um regime jurídico único para a exploração dos serviços estatais (que mereceria o qualificativo de “público”).

Quanto a mim, não consigo, ao examinar a Constituição, localizar onde estaria a definição desse regime único; o que encontro, em sucessivas passagens, é a previsão de que cabe às leis disciplinar os direitos e deveres de prestadores, de usuários e do poder Público. Sendo bastante honesto, penso que essa crítica doutrinária tem pouco de jurídica e muito de política, pois, de um lado, inspira-se no desejo de ver preservado o modelo estatal e monopolista de exploração, e de outro, traduz grande desconfiança quanto à idoneidade do atual legislador brasileiro para disciplinar os serviços⁴⁷⁷.

A reflexão está fundada na excepcionalidade do exercício de monopólio pelo Estado com relação a alguma atividade econômica, bem como na “diversidade de objetivos com que a Constituição atribui ao Estado a titularidade para ação sobre determinadas atividades econômicas”⁴⁷⁸.

Assim é que os arts. 170, 173 e 177 da Constituição da República demonstrariam a relevância que os princípios da liberdade de iniciativa e livre concorrência desempenhariam na ordem econômica e a excepcionalidade do monopólio destas atividades seja pelo Estado ou por particulares⁴⁷⁹.

Segundo o RAMIRES, o monopólio público na exploração de atividade econômica estaria fundado apenas na idéia de que a prestação de serviços públicos neste regime seria mais adequada à atenção dos interesses dos usuários. Ocorre que a delegação, aos particulares, de serviços antes desempenhados pelo Estado em regime de monopólio, inclusive o de telecomunicações, tem resultado no incremento da oferta, variedade, qualidade e, muitas vezes, na redução dos custos destas atividades.

A rigor, sequer a Constituição da República traz qualquer óbice quanto à exploração, por particulares, de serviços titularizados pelo Estado. Ao contrário, o art. 175 da Constituição da República atribui ao legislador ordinário a tarefa de definir a forma pela qual o Estado deverá se desincumbir da prestação de serviços públicos.

Daí porque, na opinião de RAMIRES, ao permitir a outorga de concessões em regime de não exclusividade e a prestação de serviços em regime privado, a LGT

⁴⁷⁷ SUNDFELD, 2002, p. 34.

⁴⁷⁸ RAMIRES, op. cit., p. 131.

⁴⁷⁹ RAMIRES, op. cit.

estaria dando pleno atendimento aos arts. 21, XI, 174 e 175 da Constituição da República.

Esta foi, também, a conclusão no julgamento da medida cautelar da ADIN 1.668. Divergindo do voto do Relator Ministro Marco Aurélio, o Ministro Nelson Jobim ponderou que não veria

inconstitucionalidade alguma no fato de cada modalidade de serviço estar destinada à prestação exclusivamente do regime público, do regime privado, ou, concomitantemente, a ambos os regimes, sem qualquer exclusão. Agência poderá definir, e, em alguns casos concretos, há o interesse público no sentido de que um serviço possa ser, ao mesmo tempo, privado – forma pela qual poderá ser financiado – e aberto ao público.

Os Ministros Maurício Corrêa, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence acompanharam este entendimento. Este último destacou em seu voto que não haveria “impossibilidade essencial de que o serviço, por ser de interesse coletivo, seja prestado em regime público, como está na lei, e, concomitantemente, em regime privado. É esta, má ou boa, a inspiração da revisão constitucional”.

6. CONCLUSÃO

A introdução e, principalmente, a difusão dos serviços de telecomunicações no Brasil faz parte da história recente do país. Todavia, ainda que recente pode-se afirmar tratar-se de uma evolução que caminhou da exploração desordenada desta atividade até a reabertura controlada deste mercado.

Com efeito, se em um primeiro momento a centralização destes serviços nas mãos do Estado mostrou-se oportuna para a expansão das redes de telecomunicações e a operação integrada deste sistema, foi exatamente o relativo sucesso destes propósitos que permitiram que um passo mais ousado fosse dado: o retorno da exploração dos serviços de telecomunicações às mãos dos particulares.

As bases deste movimento encontram-se ainda na Constituição da República de 1988, que alterou profundamente os fundamentos da ordem econômica. Em vários dispositivos da Constituição da República de 1.988 é possível vislumbrar o que seria uma clara preferência pela iniciativa privada em detrimento da atuação direta do Estado.

Assim, após o advento da Constituição da República de 1.988, os princípios da livre iniciativa e livre concorrência passam a ser aplicados a todos aqueles setores em que sua inserção não acarretasse o comprometimento do interesse público.

Todavia, estas alterações não devem significar o afastamento do Estado do controle de tais atividades. Ao contrário, cada vez mais a intervenção estatal voltada à consecução dos princípios constitucionais e direitos fundamentais deve ser sentida. Se o Estado se afasta da exploração direta das atividades econômicas, a sua atuação na regulação de tais atividades deve ser cada vez mais incisiva.

Tais alterações não são imediatamente sentidas no âmbito das telecomunicações. Ao contrário, as limitações tecnológicas apontavam, até meados dos anos 80, para a existência de um monopólio natural destas atividades que impedia que os reflexos destes preceitos constitucionais fossem aplicados a este setor.

A rigor, foi o influxo tecnológico havido nas telecomunicações principalmente na década de 90 que apontou para a possibilidade de que tais serviços comportassem a existência de mais de um operador. Ainda, esse mesmo influxo indicou que a categoria “serviços de telecomunicações” albergava inúmeras

atividades com peculiaridades técnicas e diferentes graus de importância para os cidadãos.

A par destas alterações técnicas, a década de 90 viu nascer um forte movimento de desestatização das atividades antes monopolizadas pelo Estado. Foi este fenômeno político, aliado às novas tecnologias, que fomentaram as alterações jurídicas havidas neste setor.

Em 1995, com a edição da Emenda Constitucional n.º 8, a exploração dos serviços de telecomunicações foi devolvida às mãos dos particulares mediante a adoção de instrumentos como a concessão, permissão e autorização. Ainda, previu-se a criação de uma Agência Reguladora específica para o setor.

Após a edição desta Emenda Constitucional foram editadas sucessivas Leis e Decretos que deram concreção aos objetivos constitucionais no setor das telecomunicações.

Inicialmente, foi editada a Lei Mínima, que previu significativas alterações na forma de exploração de alguns serviços de telecomunicações, notadamente a telefonia móvel. Em seguida, assistiu-se à edição da LGT, o mais importante instrumento para a reestruturação do setor.

À LGT seguiu-se o Plano Geral de Outorgas, que estabeleceu as regras gerais para o leilão de privatização do sistema Telebrás que foi levado a efeito logo após. Enfim, o Plano Geral de Metas de Universalização estabeleceu as metas tendentes a assegurar a expansão dos serviços de telefonia fixa comutada as mais diversas localidades e camadas da população.

Estas Leis e Decretos ocuparam-se da definição dos serviços de telecomunicações, mas, principalmente, de sua classificação. Foi esta classificação, operada a partir dos interesses envolvidos e do regime jurídico aplicável, que permitiu a particularização das regras aplicáveis a cada atividade. Assim, mediante a adoção da técnica denominada assimetria regulatória, passou-se a perseguir um objetivo específico em cada uma destas atividades. Se na telefonia fixa a ênfase foi conferida à universalização – sem se olvidar da competitividade, conforme se demonstrou anteriormente, nos serviços de telefonia móvel, por exemplo, priorizou-se a diversidade de prestadores e de modalidades de contratação.

Este marco regulatório incorporou aos serviços de telecomunicações novas diretrizes, cujo fundamento remonta à Constituição da República, como a criação da ANATEL, a participação do ente privado e a concorrência.

Nada obstante, este novo modelo está sujeito a questionamentos de ordem política, econômica e jurídica.

Sob o ponto de vista político, segundo RAMIRES, discute-se os aspectos conjunturais que levaram à privatização do setor, dentre os quais a falta de controle do Poder Executivo sobre a ANATEL e os efeitos que a admissão de investidores internacionais neste setor teriam sobre a soberania nacional⁴⁸⁰.

No plano econômico, afirma o autor, a discussão envolve o destino dos lucros aferidos com o investimento, haja vista que os investidores nesta área são agentes privados em regra internacionais. Discute-se, ainda, o impacto do novo modelo sobre o custo do serviço para os usuários e as dificuldades para a instauração de um regime de efetiva concorrência entre os agentes privados.

Sob a ótica jurídica, uma das principais questões diz respeito ao poder normativo conferido à Agência de regulação setorial (ANATEL).

Ainda, o novo modelo rompeu com alguns paradigmas tradicionais da prestação dos serviços públicos, instituindo a exploração dos serviços de telecomunicações concomitante em regime de direito público e privado e a conseqüente convivência dos contratos de concessão com as autorizações⁴⁸¹.

Com efeito, a aplicação do regime privado a serviços até então considerados eminentemente públicos foi vista com receio por muitos estudiosos.

Tais questionamentos encontram-se sintetizados na ADIN 1.668, ainda em trâmite perante o Eg. STF. Contudo, é possível afirmar que há aspectos como a inexistência de previsão constitucional a respeito de serviços públicos de telecomunicações e a incorporação da autorização como forma de delegação dos serviços de telecomunicações que indicam que o constituinte pretendeu, de fato, que as alterações na forma de exploração dos serviços de telecomunicações fossem levadas a efeito pelo legislador infraconstitucional.

Segundo SUNDFELD, o balanço deste novo modelo de exploração dos serviços de telecomunicações é bastante positivo. Destaca o autor três pontos positivos fundamentais: a) a viabilidade do funcionamento da ANATEL como órgão regulador independente b) o sucesso da desestatização, isto é da venda do Sistema Telebrás; e c) a competição viabilizada pela competição⁴⁸².

⁴⁸⁰ RAMIRES, op. cit.

⁴⁸¹ RAMIRES, op. cit.

⁴⁸² SUNDFELD, 2001, p. 9

Como ressalta ARAGÃO, foram exatamente os serviços despublicizados, como a telefonia móvel, e não os serviços públicos – como a telefonia fixa – que propiciaram a universalização das telecomunicações no Brasil⁴⁸³.

De acordo com dados da ANATEL, atualmente todos os 5.564 municípios brasileiros dispõem de telefonia fixa com acesso individual (residencial ou tronco) e coletivo – Telefone de Uso Público (TUP)⁴⁸⁴.

Ainda, atualmente existem 13 operadoras de telefonia móvel atuantes no país, o que denota a efetiva implementação da concorrência neste setor⁴⁸⁵.

Assim, ainda que haja inúmeras tarefas inacabadas no setor das telecomunicações, é inegável que o novo modelo apresenta vantagens sobre o antigo monopólio estatal. Mais do que isto, é possível afirmar que os dispositivos legais que estabeleceram o regime de exploração dos serviços de telecomunicações antes de confrontarem a Constituição da República, dão concreção aos princípios da ordem econômica.

⁴⁸³ ARAGÃO, 2005, p. 46.

⁴⁸⁴ http://www.anatel.gov.br/hotsites/relatorio_anual_2006/cap_02.htm

⁴⁸⁵ http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/comunicacao_movel/smc/evolucaosmc_smp_operadoras.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a “regulação” no Direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 69-94, out/dez 2005.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Conceito De Serviço Público*. Comentário n.º 65, de 01.08.2002. Disponível em: <<http://www.celc.com.br/celc00.htm>>

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades Privadas Regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 9-48, abr/jun 2005.

_____. Serviços Públicos e concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 59/123, abr/jun 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Curso de Direito Administrativo, 1996.

_____. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo, Celso Bastos Editor, 2000.

BLANCHET, Luiz Alberto. *O Princípio da Competitividade e a Concessão*. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, V. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 425/434.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1999.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá, 1988.

BOBBIO, Norberto. *Contribucion a La teoria Del derecho*. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Decreto n.º 2.534, de 02 de abril de 1998. Aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público.

_____. Decreto n.º 2.592, de 15 de maio de 1998. Aprova o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público.

_____. *Diretrizes Gerais para a Abertura do Mercado de Telecomunicações do Ministério das Telecomunicações*, 1997.

_____. Lei n.º 4.177, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações.

_____. Lei n.º 5.792, de 11 de julho de 1972. Institui política de exploração de serviços de telecomunicações, autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa Telecomunicações Brasileiras S/A – TELEBRÁS, e dá outras providências.

_____. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 22 jun. 1993.

_____. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação dos serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 14 fev. 1995.

_____. Lei n.º 9.295, de 19 de julho de 1996. Dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 20 jul. 1996.

_____. Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 jul. 1997.

_____. Ministério Das Comunicações, *Telecomunicações Linha do Tempo*, disponível em <http://www.mc.gov.br/historico/telefonica/default.htm>, acesso em 20 de maio de 2005.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo consulta pública revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 67. O Autor inclui dentre estas tecnologias a microeletrônica, computação (*software* e *hardware*), telecomunicações/radiofusão, optoeletrônica e engenharia genética.

CELLI JÚNIOR, Umberto e SANTANA, Cláudia Silva de. Telecomunicações no Brasil: Balanço e perspectivas. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, v. 134, p. 175-186, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. I. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A Intervenção Estatal nas Telecomunicações. A Visão do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, São Paulo: Dialética, 2001.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIAS, Eduardo Rocha. A cobrança pela outorga de concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 43/66, abr/jun 2004.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. *O novo direito de telecomunicações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999

FARACO, Alexandre Dietzel. Concorrência e universalização nas telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 9-37, out/dez 2004.

FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das Telecomunicações no Brasil: uma tarefa inacabada. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 9-58, abr/jun 2003.

FERRAZ, Sérgio. *Regulação da Economia e Livre Concorrência*. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Vol. I. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 201/214.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Intervenção do Estado no domínio econômico e breves considerações sobre as agências reguladoras*. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 1, n.º 2, abril/maio/junho 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 257/272.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do direito da regulação econômica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 207-217, jan/mar 2005.

GIDDENS, Anthony, *Sociologia*. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

_____. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, p. 69
GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem Econômica Constitucional e Direito antitruste*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Regime Jurídico das Telecomunicações: autorização, permissão e concessão. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 33, p. 45-51, 2001.

_____. *O Serviço Público e a Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95/136, jan/mar 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Direito Regulatório. In: GUIMARÃES, Edgar. *Cenários do Direito Administrativo. Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, P. 349/379.

_____. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1. Ed, 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1. Ed, 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 69/93, jan/mar 2003.

_____. Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 43/66, abr/jun 2004.

MEDAUAR, Odete. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Direito administrativo moderno*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, 30 ed.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Mutações de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O novo papel do Estado na economia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 99-120, jul/set 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a “elaboração processual de normas*. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 1, n.º 2, abril/maio/junho 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 221/254.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A regulação como instituto jurídico. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 183/209, out/dez 2003.

_____. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003.

NOVAES, Ana. *Privatização o setor de telecomunicações no Brasil*. Disponível em: <<http://www.bnds.gov.br/conhecimento/publicacoes/catalogo/ocde.asp>>

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Agências Reguladoras e Concorrência*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

PORTO NETO, Benedicto. A Regulação e o direito das Teecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1. Ed, 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

RAMIRES, Eduardo Augusto. *Direito das Telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem Constitucional Econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA, Raquel Dias da. *Regime Jurídico dos Serviços de Telefonia Fixa*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. *RDA* nº 216, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1999, p. 125-162.

_____. Função Regulatória. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 11, fevereiro de 2002, Disponível em: [HTTP://www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br).

SUNDFELD, Carlos Ari. A Regulação das Telecomunicações: papel atual e tendências futuras. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, n.º 3, junho, 2001, Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>.

_____. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1. Ed, 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *O CADE e a Competição nos Serviços Públicos*. In: Revista Trimestral de Direito Público. N.º 33. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 55.

TORRES, Taveira Heleno. *Direito Tributário das Telecomunicações e satélites*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar. *Cenários do Direito Administrativo. Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, P. 511/552.

VISMARA, Giovanni. Inose e Pierce: Tecnologias informáticas e cultura. In: MAIS, Domenico. *A sociedade Pós Industrial*. São Paulo: Senac, 2000, p. 225.