

Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório (Apresentação)

*Law, State and Telecommunications: from the outset to the new regulatory model
(Presentation)*

Resumo

O presente estudo figura como introdução à *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações* do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da Universidade de Brasília, abordando sinteticamente a estrutura, conteúdo e política editorial da revista, dentre outras funções, tais como a de definição dos fundamentos de abordagem regulatória presentes na revista inscritos nos conceitos de Estado regulador, direito regulatório, regulação e telecomunicação. Em acréscimo, o texto descreve a história normativa do setor de telecomunicações brasileiro desde a primeira constituição republicana de 1891 até o presente momento, bem como o estágio atual do arcabouço normativo de telecomunicações, concentrando-se no ano de 2008, em que se comemora o aniversário de dez anos de pleno funcionamento da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Ao final do documento, encontram-se referências aos principais acontecimentos do setor no Brasil, bem como normas e julgados relativos ao ano de 2008, inaugurando-se, assim, a proposta editorial da revista de que sua introdução sirva como registro das principais discussões político-jurídicas do setor de telecomunicações brasileiro referentes ao ano anterior ao da publicação.

Abstract

This text introduces the Journal of Law, State, and Telecommunications, addressing, by way of an overview, its structure, contents and editorial policy. Besides that, this introduction defines the underpinnings of the journal's regulatory approach such as concepts of regulation, regulatory law and telecommunications. It also addresses the historical and current stage of the Brazilian legal framework concerning telecommunications since the first republican constitution of 1891, with emphasis on the period between 1998 and 2008, the year of the tenth anniversary of the Brazilian National Agency of Telecommunications (ANATEL). Statutes, administrative regulation and judicial decisions of 2008 pertaining to telecommunications are referred to in detail, inaugurating the editorial proposal of registering the main political and juridical discussions about the Brazilian telecommunications sector that took place the year before the publication of the journal's volume.

Apresentação

A Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da Universidade de Brasília (GETEL) foi idealizada no intuito de se ambientar a pesquisa acadêmica dedicada ao registro e ao fomento dos estudos jurídicos pertinentes às telecomunicações e às correspondentes políticas públicas e produções normativas do setor. Nesse sentido, o enfoque predominante de direito das telecomunicações – ou direito setorial regulatório das telecomunicações – apresenta-se como uma análise de corte transversal sobre as tradicionais abordagens jurídicas e, portanto, encontra-se em condições de fornecer uma melhor compreensão das instituições jurídicas diuturnamente (re)conformadas pelo incessante movimento do setor em suas dimensões também políticas, econômicas e tecnológicas.

Ciente da conexão indissociável do estudo jurídico setorial com os olhares interdisciplinares incidentes sobre as telecomunicações, o corpo editorial foi constituído de forma a habilitá-lo ao julgamento das análises sobre o fenômeno das telecomunicações tanto perante o escopo central de análise jurídico-setorial, quanto em razão dos fundamentos de caráter interdisciplinar sobre os quais tais análises se assentam. Inspirado por esse ideal de construção de um espaço acadêmico que estivesse à altura dos desafios apresentados pela dinâmica e complexidade natural ao setor de telecomunicações, o conselho editorial da Revista de Direito, Estado e Telecomunicações apresenta o número inaugural da publicação segundo o formato que se segue.

O leitor verá que a estrutura da revista obedece a um princípio central de sua caracterização como instrumento de pesquisa jurídica setorial.

Para tanto, a presente apresentação vai além da identificação das temáticas constantes da publicação e oferece sua contribuição ao pensamento jurídico-regulatório de telecomunicações ao esboçar o campo de atuação do direito das telecomunicações mediante a conceituação jurídica da regulação, das telecomunicações e dos serviços de telecomunicações. Nela, também se inaugura o registro histórico do arcabouço normativo setorial de telecomunicações no Brasil dos primórdios ao momento atual.

Como Mommsen¹ resgatou a história do direito romano mediante uma perspectiva aberta aos influxos interdisciplinares; aqui se pretende entender o futuro do direito das telecomunicações utilizando-a. Em acréscimo, e munido da pretensão de institucionalização dessa prática nos números seguintes da publicação, o texto introdutório também registra as principais discussões jurídico-regulatórias que marcaram o ano precedente ao da publicação, acreditando-se que, com isso, se consolidará a identidade de um novo ambiente de estudos nascido da pesquisa sedimentada no corpo universitário nacional.

O segundo tópico com que se depara o leitor corresponde ao artigo inaugural da revista, em que temáticas relevantes do setor de telecomunicações são abordadas por autores renomados com enfoque no estudo de experiências internacionais em razão de sua importância para o desenvolvimento do pensamento jurídico nacional. No presente número, o estudo dos professores François Bar, da *University of Southern California*, e Christian Sandvig, da *University of Illinois, at Urbana-Champaign*, intitulado “US communication policy after convergence” foi selecionado e traduzido para o português. O artigo inaugural da revista é um chamado à importância da atualização regulatória às condições atuais do setor de telecomunicações ao ressaltar a derivação histórica de direitos – *right to publish*, *right to private exchange* e *right do design* – como princípios regulatórios derivados da análise dos setores de imprensa, correios, telefonia e radiodifusão. O artigo evidencia a flagrante desconexão entre os regimes regulatórios de telecomunicações frente à realidade convergente. Enfim, a análise implementada no artigo constata que os sistemas regulatórios de comunicação, em geral, e de telecomunicação, em especial, encontram-se assentados nos mesmos propósitos e configurações de quando foram pela primeira vez instituídos, e, portanto, merecem ser atualizados, lançando-se mão de direitos básicos capazes de reorientarem a política regulatória setorial rumo à sua função pública.

Em sequência, encontram-se estudos acadêmicos sobre questões jurídicas relevantes do setor de telecomunicações brasileiro. No presente número, o estudo de Artur Coimbra aborda o papel do órgão regulador na

¹Cf. MOMMSEN, Theodor. *Römische Geschichte*. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1857.

resolução de disputas entre operadoras, em especial, as contribuições dos modelos japonês, inglês e estadunidense referentes à arbitragem e mediação. Nele, promove-se ao esclarecimento da competência material, da autonomia das partes, do procedimento de escolha do árbitro ou mediador, do grau de liberdade na definição dos procedimentos, e da possibilidade de recursos no processo de resolução de disputas que venha a ser regulamentado pela ANATEL, concluindo-se pela exigência de disciplina legal específica para que o *arbitramento* hoje praticado pela agência possa adotar os traços característicos da *arbitragem* e pela inexigência de disciplina legal para o desenvolvimento regulamentar de procedimentos de *mediação* no setor de telecomunicações. O segundo estudo presente neste volume da Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, de autoria de Patrick Faria, esclarece a configuração institucional adotada pela Agência Federal de Redes alemã (*Bundesnetzagentur*), em comparação com sua antecessora, a Autoridade Regulatória de Correios e Telecomunicações (*Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post – RegTP*), bem como frente às Reformas Postais das décadas de 1980 e 1990 (*Postreform I, Postreform II, Postreform III*) e à edição da Lei de Telecomunicações de 2004 (*Telekommunikationsgesetz – TKG-2004*) em certa medida cumprindo a função de desmistificar a expectativa gerada por uma nova estrutura regulatória multissetorial com enfoque em infraestrutura. Por fim, o terceiro estudo constante desta publicação, de Gabriel Laender, aborda o processo de desregulação vivenciado nos Estados Unidos e na União Européia sob as insígnias, respectivamente, de *adversarial legalism* e *meta-regulation*, argumentando-se, ao final, em prol da presença de mecanismos institucionais variados para o exercício da função regulatória, abrindo-se a oportunidade de se agregarem novos objetivos à regulação, que não o mero desenvolvimento econômico como, por exemplo, a promoção de direitos.

A quarta parte da revista é dedicada ao registro de palestras relevantes. Neste número, encontra-se traduzida palestra do professor Fabio Bassan, da *Università degli Studi Roma Tre*, em que se registra a discussão da União Europeia sobre as reformas das diretivas pertinentes ao setor de telecomunicações. A questão fundamental projetada para a reforma do direito comunitário europeu prevista para este ano de 2009 anuncia a urgência de princípios comuns para as telecomunicações, bem como a viabilização jurídica do financiamento das infraestruturas nacionais de rede

pela revalorização do serviço público como garantia de uma rede moderna e atualizada. Nesse aspecto, a palestra apresenta-se ainda mais atual ao refletir dificuldades que se assemelham àquelas vivenciadas no Brasil tanto remotamente – a natureza das sobretarifas de telecomunicações da década de 1970 e 1980 destinadas à expansão, melhoramento e integração nacional das redes de telecomunicações – quanto recentemente, no que se refere às candentes discussões sobre os requisitos de aplicação do Fundo de Universalização das Telecomunicações, sobre o nível aceitável da exigência de compartilhamento de meios e, é claro, sobre a joia da coroa: a natureza jurídica da infraestrutura de rede de suporte do Serviço Telefônico Fixo Comutado, conhecida por *backhaul*. Nesse particular, a frase de encerramento da palestra é provocativa e, ao mesmo tempo, revela a dimensão universal do direito ao anunciar a necessidade de alteração da legislação comunitária europeia para permitir aos Estados membros financiarem infraestruturas nacionais de rede, desde que tais infraestruturas tenham sobre si a insígnia pública.

A quinta parte da revista é dedicada à exposição de resenhas de livros representativos de abordagens relevantes para o diagnóstico do estado da arte sobre a regulação de telecomunicações em geral. No presente número, é analisada a contribuição do livro de Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, intitulado “Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira”, para o pensamento jurídico no setor de telecomunicações.

A sexta seção da revista destina-se ao registro do estágio em que se encontram temáticas atuais do setor de telecomunicações brasileiro traduzidas nos chamados *informes setoriais*. Os *informes* são registros do andamento de determinados temas relevantes ao setor de telecomunicações. Neste número da revista, encontram-se dois informes relativos aos temas da infraestrutura de rede de suporte do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), comumente chamado de *backhaul*, e da revisão quinquenal dos contratos de concessão do STFC.

Segue-se, na sétima seção da revista, o registro dos trabalhos acadêmicos de doutorado e de mestrado apresentados nos anos de 2007 e 2008, na Universidade de Brasília, na pós-graduação em direito e em áreas afins reputadas de interesse para o estudo jurídico do setor de telecomunicações sobre os temas das rádios comunitárias, do Conselho de Comunicação

Social, da TV digital, da relação entre o Poder Judiciário e a política regulatória, do risco regulatório, do acesso à informação por portadores de necessidades especiais, do governo eletrônico, do estudo comparado da longa distância no Brasil e na Argentina, das características de propagação do canal de serviço em ondas médias para a radiodifusão digital, da metodologia de cálculo do espectro para suporte da evolução do serviço móvel, do compartilhamento do espectro de rede móvel em múltiplas tecnologias e da gestão de redes convergentes de comunicação eletrônica multimídia. Na mesma seção, constam os dados de referência das monografias de especialização publicadas nos Cadernos do Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da UnB (Cadernos CCOM), de 2008, abordando, dentre outros, o uso do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta pela ANATEL, a presença do Estado na estrutura societária da TELEMAR, a penetração dos serviços de TV a Cabo e Móvel Pessoal no Brasil, o fornecimento de dados cadastrais de assinantes pelas prestadoras de STFC, as exceções de cobrança no Serviço Móvel Pessoal, a relação entre a central de atendimento da ANATEL e a fiscalização da agência e os critérios de elegibilidade para o Acesso Individual Classe Especial (AICE). Na sequência, encontram-se referências de seleção de estudos produzidos pelos membros do GETEL e publicados em revistas especializadas, tais como, a implantação do Sistema de Gerenciamento Centralizado referente às intercepções telefônicas, o direito à participação no âmbito da ANATEL e as perspectivas legislativas da comunicação eletrônica. Ao final da sexta seção, consta uma seleção de pesquisas acadêmicas de interesse para o direito das telecomunicações finalizadas no período de 2000 a 2006 em nível de pós-graduação e de graduação na Universidade de Brasília.

Finalmente, a última seção da revista é dedicada à reunião das normas e julgados do setor de telecomunicações do ano de 2008 organizadas por temas e referenciadas a tabelas informativas. No início dessa seção, consta a lista de abreviaturas e siglas do setor de telecomunicações mantida pelo GETEL/UnB, bem, ao final da seção, foi inserido um exaustivo índice alfabético e remissivo das normas e julgados do setor no ano de 2008. Cada tema presente em dita seção contém referências a julgados, a normas de todos os níveis e a atos administrativos correlatos identificados por símbolos criados pelo Núcleo de Internet e Multimídia da UnB. Como os julgados

aqui referidos se restringem aos julgados com trânsito em julgado ou em fase de decisões terminativas em especial em instâncias superiores, a decisão sobre a suspensão da troca de PSTs pela infraestrutura de suporte à banda larga do STFC (*backhaul*) não consta da última seção da revista, embora conste do final desta apresentação como processo jurisdicional em andamento.

Filosofia da publicação

A perspectiva orientadora da publicação consta de seu título como revista científica que reconhece a intercomunicação entre os papéis do Direito e do Estado no setor de telecomunicações. Mais ainda, a proposta de estudos jurídicos dirigida à interseção das rubricas estatal e telecomunicacional esboça uma concepção de direito regulatório em que o desenvolvimento setorial é visto como um empreendimento resultado da confluência de atores públicos e privados em meio a parâmetros jurídicos superiores responsáveis por sua classificação como um projeto público. O surgimento da internet apresenta-se como um exemplo ilustrativo sobre a importância de se manter a discussão científica aberta aos influxos de ordem privada e pública, ou seja, à evidência do mercado como um produto conjugado de atuação pública e privada, ou ainda, como produto de atuação concertada e inteligente do ambiente político-jurídico capaz de formatá-lo em benefício dos direitos fundamentais. A política setorial, os atos normativos e administrativos pertinentes e a interpretação jurídica são os índices que concentram o enfoque do direito regulatório das telecomunicações, entendendo-se que a evolução do mercado de tecnologias da informação e de comunicação como um todo é influenciado pelo *jogo político*, que continua sendo um componente essencial para a definição do caminho a ser seguido pelas tecnologias da comunicação e da informação.² Sem uma atuação governamental ativa, o projeto que deu vida à internet não teria vingado ou não o teria em tempo, deixando-nos presos à *idade do papel*. Por diversas vezes, o governo norte-americano e um centro de pesquisa europeu tentaram convencer a iniciativa privada a encampar o

²Cf. COWHEY, Peter F.; ARONSON, Jonathan D. *Transforming global information and communication markets: the political economy of innovation*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2009.

projeto da rede mundial de computadores, mas a resposta foi unânime de que, na década de 1970, o projeto não diria respeito aos negócios de interesse de uma grande empresa de telecomunicações, a AT&T, e, mais tarde, na década de 1980, já com a World Wide Web, seria um sistema *muito complexo*. Em outras palavras, a lógica de mercado enxergou a internet como um negócio não correlato ao das telecomunicações e ainda considerou complexo tratar da *World Wide Web*.³ Se não fosse o investimento governamental em estudos universitários e a necessidade de uma rede eletrônica de informações para o desenvolvimento de tais estudos, o mundo não teria, ou não teria em tempo, a feição marcante da idade da internet e do seu substrato econômico: a sociedade-rede.⁴

Em outras palavras, a publicação não adota vieses predefinidos e, portanto, não se rende ao enfoque totalitário de esgotamento do sentido regulatório em mitos, sejam eles mitos assentados no fundamentalismo ou magia de mercado de que fala o insuspeito George Soros⁵, sejam mitos assentados na suficiência do Estado. A presente publicação, como espaço de discussão e encontro de pontos de vista, encontra-se aberta a todas as correntes. Se não se pode defender a suficiência de um mercado destacado de fatores institucionais jurídicos, também não se pode defender o pressuposto da suficiência do planejamento marco e microeconômico, que restringe as decisões privadas do setor a partir de uma administração burocrática gerencial centralizada. Sempre persistirá a crítica de que não resta clara a fonte das decisões setoriais, o que dá razão à Dama de Ferro ao citar a conhecida expressão de Arthur Shenfield, segundo a qual a

³“Nós estamos acostumados a ouvir histórias de efeitos maléficos não-intencionais originários da atuação estatal. A internet é um efeito benéfico não-intencional da atuação estatal, por ninguém menos que o Departamento de Defesa [estadunidense]” (“We are used to hearing tales of the unintended bad consequences of government action. The Internet is an unintended good consequence of government action, by the Department of Defense no less.” – SUNSTEIN, Cass R. *Republic.com 2.0*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2007, p. 157).

⁴Cf. CASTELLS, Manuel. *The network society: from knowledge to policy*. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. *The network society: from knowledge to policy*. Washington: Johns Hopkins Center for Transatlantic Relations, 2006, p. 3-21.

⁵Cf. SOROS, George. *The new paradigm for financial markets: the credit crisis of 2008 and what it means*. New York: Public Affairs, 2008, em especial páginas 53 a 78.

“diferença entre os setores público e privado estava em que [durante o governo trabalhista inglês] o setor privado era controlado pelo governo e o setor público não era controlado por ninguém”.⁶ O cerne da questão, portanto, não se encontra na definição de quem deve ter o domínio dos rumos do setor regulado – se o governo ou os atores empresariais. Deve-se ter presente que o retrato do setor, de seus problemas e de suas soluções, somente pode ser composto pela combinação das visões de todos os atores setoriais em um ambiente de discussão convergente de ideias, que tem se consolidado no *espaço institucional regulador*. Em oposição à armadilha intelectual que costuma nos prender em dogmas como o da opção entre o controle estatal e o controle pelo mercado e que, enfim, conforme esclarecido, não transparece a face de quem os controla, a presente publicação parte da confiança na fonte de *poder constitucionalista participativo*. Ou a respeitamos em todas as suas derivações – e a derivação regulatória constitucionalista é a de que não existe opção entre controle pelo Estado ou pelo mercado –, que afirmam o ambiente de discussão e participação pública por detrás destes dogmas, ou se adotará a velha receita de conflito e antagonismo ideal para a entrega do setor à manipulação por parcela dos interessados.

A presente publicação apresenta-se, portanto, como espaço público de discussão e confluência de *todos* os pontos de vista seriamente fundamentados e capazes de elevar o estado da arte da discussão jurídico-regulatória de telecomunicações.

Posição didático-científica do direito setorial regulatório e as telecomunicações

Direito Regulatório e Estado regulador

A aceitação de novas disciplinas jurídicas é comumente precedida de um longo período de maturação, fenômeno que se agrava em modelos jurídicos de tradição continental-europeia como o brasileiro. O direito setorial regulatório das telecomunicações obedece a essa lógica e, embora se pudesse argumentar na década de 1990 contra sua autonomia científica, desde então o estudo jurídico temático de setores regulados ultrapassou o

⁶Cf. THATCHER, Margaret. *The Downing Street years (1979-1990)*. New York: HarperCollins, 1993, p. 6.

período de maturação exigido pelo método tradicional de divisões disciplinares de estudo do direito em virtude da consolidação de pesquisas jurídicas com enfoque em setores de atividades essenciais de que é produto a presente publicação. Novas formas de tratamento jurídico-administrativo de setores de atividades relevantes transparecem especialização suficiente para a cogitação de um ramo de estudos direcionado às especificidades da regulação, à semelhança do ocorrido, em outros tempos, com o direito do trabalho, o direito financeiro, o direito tributário, o direito do consumidor, o direito ambiental.

Em busca de elementos comuns que viabilizem uma visão mais ampla e construtiva do fenômeno setorial, o direito da regulação, ou direito regulatório, encontra-se nesse estágio já vivenciado por outras disciplinas e caracterizado pela sedimentação de índices distintivos de seu estudo, cujo ponto de partida é o de formulação de *princípios intersetoriais comuns* aptos a retratarem um ramo de conhecimento útil à compreensão e solução de questões alinhadas à regulação.⁷

Algumas considerações preliminares podem ser encontradas sobre o tema.⁸ Enumera-se, como princípio intersetorial do modelo brasileiro *atual* de regulação a *desintegração vertical*⁹ entre infraestruturas de uso comum e serviços *singularizados*, viabilizando a chamada *transparência informativa*, veículo necessário ao controle das *subvenções cruzadas*. A este, pode-se acrescentar a *conexão de infraestruturas*, como determinação normativa de manutenção ou edificação de uma infraestrutura essencial para um determinado setor de atividades, e a *compatibilização de regimes jurídicos*, em que, a partir da tradicional distinção entre os serviços públicos (ou

⁷Cf. ORTIZ, Gaspar Ariño; MARTINEZ, J. M. De La Cuétera; LÓPEZ-MUNIZ, J.L. *El nuevo servicio público*. Madri: Marcial Pons, 1997.

⁸Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*, p. 62. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39-71.

⁹Exemplo esclarecedor da *desintegração vertical* consta em Grotti: “É o que já ocorre, no Brasil, com os serviços de navegação aérea ou de transporte rodoviário: os aeroportos e rodovias são objeto de monopólio natural, atividade não-competitiva de infraestrutura; essa infraestrutura é utilizada, com liberdade e igualdade de acesso, pelos inúmeros prestadores de serviço individuais” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*, p. 63. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39-71).

serviços submetidos ao regime público) – essenciais, universais, contínuos e subsidiados por fundos – e os serviços privados (ou serviços submetidos ao regime privado) sujeitos a efetivos dissabores de riscos de mercado¹⁰, inserem-se, nos arcabouços normativos setoriais, disposições que viabilizem a convivência de serviços prestados nos dois regimes jurídicos.

A consolidação de uma nova disciplina jurídica exige, entretanto, mais do que atributos circunstanciais; ela exige princípios ou instituições verdadeiramente gerais norteadores da regulação como um todo, ou ainda, distintivos da regulação enquanto tal frente a conceitos próximos, como o de intervenção, de controle e de poder de polícia, e que não pactuem com ideologias ocasionais de escolha do melhor direcionamento econômico da atividade na medida em que o detalhamento do rol de princípios intersetoriais enunciados no parágrafo anterior dependeria, por exemplo, do compromisso com a concorrência, que não se afigura como princípio jurídico exigível para o conjunto das atividades reguladas.¹¹

O esforço de identificação de índices de regulação setorial dos *nostros tempos* em detrimento de índices gerais é certamente meritório para o desenvolvimento do pensamento setorial, mas não pode macular a regulação com o estigma – adequado ou inadequado segundo cada ponto de vista – da competição e orientação pelo mercado. As instituições de regulação são neutras quanto à aplicação isenta das estações de humor político, embora conscientes de sua presença no jogo político e de seus reflexos no ordenamento jurídico, bem como da vinculação à *ideologia constitucionalmente adotada*.¹² Em outras palavras, dizer que a ‘convivência de regimes jurídicos em um mesmo rol de atividades’ ou a ‘desagregação

¹⁰Fala-se, aqui, em *riscos* do serviço privado em si: se o serviço deixar de ser prestado, o Estado não intervem para prestá-lo ele próprio. Não se está comentando o risco dirigido ao prestador do serviço, pois, neste caso, mesmo o prestador de serviços públicos está sujeito ao *risco* natural do negócio. A propósito, as definições de *concessão* e *permissão* na Lei Geral de Concessões determinam que o concessionário e permissionário de serviços públicos os prestarão por “sua conta e risco” (art.2º, II, III e IV da Lei 8.987/95).

¹¹Cf. CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹²Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

vertical' são instituições intersetoriais hoje predominantes não significa dizer que a regulação somente seja objeto de estudo do direito regulatório se qualificada por tais índices. Esses índices – desagregação vertical, compatibilização de regimes jurídicos, conexão de infraestruturas – são qualificativos específicos da regulação, mas não são características inerentes a ela, pois orientações regulatórias distintas podem exigir, por exemplo, ordens normativas que privilegiem a duplicação de infraestruturas ao invés do trânsito de serviços por uma infraestrutura única.

No Brasil, a conformação regulatória predominante na segunda metade da década de 1990 até os dias de hoje revela a opção por uma forma de regulação com características específicas e que não resume o significado da regulação enquanto objeto de estudo de um direito regulatório que pretenda transcender as configurações presentes do ordenamento jurídico nacional, em que sequer há a previsão de órgãos reguladores para todos os setores regulados. Embora, sob o ponto de vista estritamente constitucional, somente exista a previsão de estruturas reguladoras especializadas para dois setores (telecomunicações e energia elétrica), pode-se afirmar que o conjunto da normatização infraconstitucional expandiu consideravelmente esse modelo de regulação assentado em órgãos reguladores para o conjunto dos setores regulados, como se verá mais a frente, com o detalhamento das estruturas regulatórias brasileiras. O importante, assim, é ter-se em mente que a presença de tais estruturas se insere dentre as formas possíveis de regulação, quais sejam: a regulação pelo mercado, em que se confia na *densidade da concorrência* para corrigir distorções; a regulação por órgãos reguladores, em que se criam superestruturas estatais técnicas para acompanhamento setorial; a regulação *endógena*, alcançada via estatização dos prestadores dos serviços regulados¹³; a regulação por contrato, que se

¹³ Em revisão da literatura sobre *política regulatória*, estudo da Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais salienta a insuficiência da tradicional divisão binomial entre dois tipos de regulação pública: regulação por agência regulatória; e regulação pela estatização. Cf. MELO, Marcus André. *Política regulatória: uma revisão da literatura*. p. 8-9. In: **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, n. 50, 2º semestre de 2000, p. 7-43. A distinção tradicional entre regulação via *propriedade pública* e via agência ou comissão independente é imprecisa sob o enfoque jurídico, pois pressupõe que a existência de bens públicos afasta a técnica de regulação via agência, o que, de fato,

satisfaz com regras contratuais acordadas caso a caso e, portanto, em termos jurídico-administrativos, resume-se às normas firmadas em contratos administrativos (concessão e permissão).

Segundo essa classificação, o modelo regulatório brasileiro de telecomunicações pré-1995 pode ser perfeitamente compreendido como um modelo misto de regulação tradicional via contratos administrativos e de regulação endógena via estatização da prestação dos serviços. Assim, a opção por um modelo de regulação dependerá das *peculiaridades de cada modelo regulatório*¹⁴, e, por isso, o conceito geral de direito da regulação não se restringe ao modelo regulatório brasileiro vigente, muito embora suas instituições – desagregação vertical, conexão e compartilhamento de infraestruturas, compatibilização de regimes jurídicos, competição – sejam importantes objetos de estudo. Nenhum deles, entretanto, se apresenta como característica intrínseca à regulação em si mesma.

Deve-se, portanto, entender a regulação por suas instituições básicas para, a partir desse núcleo de significado, expandir o conhecimento geral, regional ou setorial a princípios comuns, como os dirigidos à regulação setorial vigente.

Assim, a identidade do direito regulatório depende do enunciado do significado da regulação propriamente dita.

Em uma primeira abordagem do significado de regulação, é esclarecedor que se faça um exercício comparativo que, embora simplificador de momentos históricos, divisa o aspecto regulador de outras opções de atuação estatal. Como oposição à opção histórica de proeminência da função reguladora estatal, tem-se, de um lado, o papel empreendedor ou prestador de serviços do Estado, ou também chamado Estado provedor de bem-estar, interventor direto e executor. Trata-se, em outras palavras, do papel complementar ou substitutivo do Estado ao mercado como Estado concentrado na atuação social e empresarial, sem que isso signifique

pode ser verdade nos modelos de tradição anglo-americana, mas não no modelo brasileiro, que comporta um rol mais elaborado de espécies de regulação.

¹⁴Cf. STRAUBHAAR, Joseph. *Tendências mundiais*, p. 47. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 42-47. Relatando as esperadas diferenças entre modelos regulatórios no mundo, cita, em 1993, a experiência da Jamaica, que optara por *contratos detalhados* ao invés da criação de órgãos reguladores.

inexistência de regulação. Esse tipo estatal é representado pelos termos Estado do Bem-Estar Social (*welfare state*), Estado Providência (*État-providence*)¹⁵ ou Estado Desenvolvimentista. Inteiramente distinto do Estado Providência, mas ainda oposto à proeminência da função reguladora estatal, tem-se, de outro lado, a centralidade do mercado como *mecanismo de alocação eficiente de recursos por excelência*. Em tal configuração estatal, ao mercado é dado o papel de coordenador das atividades econômicas e ao Estado, o papel de garantidor unicamente da propriedade e dos contratos essenciais ao bom funcionamento do mercado excluindo funções de intervenção no plano econômico e social. Fala-se do Estado mínimo ou abstencionista, cujas funções reguladoras também presentes se ocupam da preservação da fronteira entre a atuação estatal e as atividades econômicas.

Como diferencial dos dois modelos ideais de Estado liberal e de Estado social, encontra-se o chamado Estado regulador, que se define pela proeminência não da interferência direta para promoção do desenvolvimento econômico social, nem mesmo da não-intervenção para dinamização do mercado, mas pelo papel de coordenação, de gerenciamento, de controle, de intervenção indireta¹⁶, ou sinteticamente, de regulação estatal, entendendo-se essa última como resultado da compreensão do Estado e do mercado não mais como entes estanques ou antípodas, mas como fenômenos interdependentes e essenciais à consolidação dos direitos fundamentais.

Assim, a regulação não é, em si mesma, uma característica diferencial do modelo atual de Estado regulador, pois a presença de competências regulatórias no Estado brasileiro não surgiu da nova configuração do Estado regulador. A regulação não é um fenômeno recente.¹⁷ O diferencial moderno inscrito no significado de Estado regulador está na proeminência de uma

¹⁵Cf. ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa, Goiânia: Editora Universidade Federal de Goiás e Editora da Universidade de Brasília, 1997.

¹⁶Costuma-se apontar a alteração de postura de intervenção direta para a de intervenção indireta como resultado da crise fiscal do Estado dos anos 80 e 90. Vide: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p. 11-13.

¹⁷Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

espécie de regulação estatal presente na conformação atual dada ao Estado. Da mesma forma, o Estado regulador não se consubstanciou em oposição somente a um Estado Social-Burocrático empregador de prestadores de serviços essenciais à sociedade, mas também como opositor a um Estado caracterizado pela inexistência ou aversão à interferência no âmbito econômico e social, ou seja, à crença no mercado auto-regulável. O Estado regulador, portanto, não é um Estado intervencionista, nem mesmo abstencionista, no sentido que se costuma atribuir a tais expressões, mas um Estado que, embora não promova diretamente o desenvolvimento econômico e social (Estado do Bem-Estar Social), nem opte pela entrega dessa função a um terceiro mediante desregulação do mercado (Estado mínimo), atua como “regulador e facilitador ou financiador a fundo perdido desse desenvolvimento”.¹⁸ O Estado regulador, portanto, é definido pelo caráter dirigente e gerencial de que se reveste a Administração Pública para conformação das atividades essenciais segundo ordens de promoção dos direitos fundamentais delas dependentes.

No Estado regulador, fala-se de uma *Administração Pública gerencial* no lugar de uma *Administração Pública burocrática*. Enquanto, na Administração Pública burocrática, a garantia dos direitos sociais é remetida à contratação direta de servidores públicos atuantes nos diversos ramos das atividades econômicas, na Administração Pública gerencial, o mercado é tomado como instrumento para consecução dos direitos fundamentais mediante acompanhamento conjuntural e ponderado de custos, infraestrutura, serviços, bens públicos, tarifas, áreas de cobertura, dentre outros componentes das opções de investimento de um setor regulado. Em outras palavras, no Estado regulador, há um acompanhamento gerencial da concretização dos direitos fundamentais mediante opções regulatórias de encaminhamento do setor. Nesse sentido, o Estado regulador é um fenômeno recente caracterizado por transcender a visão maniqueísta de oposição entre Estado e mercado, ou entre Estado e sociedade, de conflito entre forças ilusórias que, ao final de contas, são um único substrato utilizado para consecução dos direitos fundamentais. O Estado regulador é

¹⁸PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p. 17.

um Estado reconciliado com o mercado, entendendo-o não como um ser autônomo e independente, mas como produto de regulação estatal. Da mesma forma, a inserção do mercado na equação regulatória não se presta à extinção da equação em prol da atuação autônoma do mercado. O mercado se justifica enquanto dirigido pela regulação rumo ao interesse público. O pressuposto do Estado regulador é a persistência de ambos.

O Estado regulador, portanto, é um modelo estatal assentado na atuação concertada de intervenção estatal frente aos reflexos verificados *pari passu* no setor regulado. Por isso, dizer-se que o Estado regulador envolve atuação administrativa conjuntural, pois dependente de acompanhamento *pari passu* do desenvolvimento de um setor de atividades essenciais. Assim, tanto o mercado, quanto a intervenção estatal, são colocados, para o Estado regulador, como variáveis, cujo comportamento interfere nos rumos tomados por uma Administração Pública gerencial em prol da consecução dos direitos fundamentais.

No Estado regulador, há a substituição da parcela de desenvolvimento econômico e social, antes absorvida na estrutura burocrática estatal do Estado Social, por um controle indireto regulatório sobre os mercados. A posição do Estado regulador como meio termo entre dois modelos ideais ideologicamente bem definidos – Estado Liberal e Estado Social – explica o porquê do surgimento dessa figura de Estado regulador em conjunto com propostas de *desregulação* ou *desregulamentação*, assim entendidas como a diminuição do papel estatal regulamentador das atividades econômicas. Dita desregulação nunca foi, entretanto, projetada como uma ode contra a regulação. Pelo contrário, o alvo da desregulação dirigiu-se aos excessos da regulação. Exemplo esclarecedor dessa postura está no fato de que a atividade reguladora foi reforçada pelo inaugurador das privatizações europeias, o Reino Unido, onde “os monopólios naturais privatizados exigiam agora redobrada regulação”.¹⁹

Não é difícil, em meio a todas essas considerações, confundir-se Estado regulador com a regulação que lhe é peculiar, já que esse tipo de Estado se

¹⁹PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p. 33. “Para a agenda liberal tornava-se, agora, necessário, ao mesmo tempo desregular e regular: desregular para reduzir a intervenção do Estado; regular, para viabilizar a privatização”.

preocupou em encastelar a regulação em sua própria designação. A regulação, em si mesma, não foi erigida como bastião do Estado regulador brasileiro, mas o foi uma *forma de regulação*: a regulação por intervenção estatal indireta de atividades essenciais e presumivelmente competitivas.²⁰

Regulação: objeto de estudo do direito regulatório

Tendo em vista o posicionamento teórico do Estado regulador, já se pode antecipar a conclusão de que o Estado regulador não é o objeto de estudo do direito regulatório, mesmo porque, se assim o fosse, a disciplina jurídica dependeria de um fenômeno político-jurídico situado e datado no tempo e, portanto, fadado a ser superado. O ramo de direito preocupado com a regulação certamente não se presta ao estudo de um momento histórico somente, mas de um fenômeno jurídico que teve uma de suas manifestações – a intervenção estatal indireta inserida no mercado – erigida a qualificativo identificador do Estado contemporâneo: a regulação propriamente dita.

O objeto de estudo do direito regulatório é, portanto, a regulação em si mesma, enquanto fenômeno abrangente, que transita entre tipos distintos de intervenção, resguardando-se a concepção mais ampla de regulação como *acompanhamento* do destino de atividades essenciais à sociedade.

A regulação é um fenômeno abrangente de interferência estatal na atividade econômica em sentido amplo, envolvendo os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito. Mas a definição de regulação como um fenômeno fático é insuficiente ao estudo do direito. O objeto de estudo do direito regulatório, por princípio, é algo jurídico e, portanto, para

²⁰Há proposta de terminologia específica para os serviços submetidos ao tratamento dito *competitivo*, em que coexistem regimes jurídicos distintos na prestação da mesma atividade, como ocorre com as telecomunicações, energia elétrica, vigilância sanitária dentre outros. A proposta de Sundfeld segue orientação europeia, que passou a chamá-los *serviços de interesse econômico geral*. Conferir, a respeito: SUNDFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública na era do direito global*. p. 161: nota 6. In: SUNDFELD, Carlos Ari & VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 157-168. Persiste, todavia, a questão de se saber se a adoção desta terminologia esclarecerá ou confundirá ainda mais o esforço de divisão do regime aplicado a cada tipo de serviço relativo a setores econômicos. Para uma análise crítica de aplicação do modelo competitivo aos serviços públicos regulados, vide: CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

os fins do direito regulatório, a regulação, como objeto de estudo, encontra-se vertida no termo *regime jurídico regulatório*.

O uso do termo *regime jurídico regulatório* responde à busca de um significado mais palpável à imprecisão terminológica trazida pelo enunciado da *regulação*. A regulação foi definida, no século XVIII, como um mecanismo técnico voltado à preservação de uma constante em meio a perturbações exteriores para alcance de estabilidade, por exemplo, um termostato. No século XIX, foi definida como um conjunto de ajustamentos biológicos capazes de preservar o equilíbrio dinâmico de um corpo. O século XX trouxe para o termo o significado de mecanismo promotor de correções da atuação de um sistema qualquer por intermédio da avaliação dinâmica das informações recebidas do ambiente regulado. Como teoria dos sistemas, introduziu-se na economia, na sociologia, na ciência política e no direito.²¹ Na economia, tomou matiz próprio ao encobrir a característica sistêmica propriamente reguladora sob o significado projetado a partir do final do século XIX de atividade estatal voltada a suprir as falhas de mercado.²² Já, na tradição anglo-saxã, o significado de regulação foi apropriado como o *conjunto de atos de controle e direção*, assim entendidos como *normas legais e outras medidas de comando e controle de intervenção pública* sobre o mercado.²³ Em âmbito internacional, o Bando Mundial assimilou esse último significado da regulação como controles impostos pelo governo sobre aspectos da atividade econômica, distinguindo-os da propriedade estatal dos meios de produção e da atividade de fomento por incentivos fiscais.²⁴ A regulação, portanto, internaliza em seus enunciados

²¹Cf. DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário*. p. 55 e seguintes. In: ARANHA, Márcio Iorio (org.). **Direito sanitário e saúde pública: coletânea de textos**. Vol. I, Brasília: Ministério da Saúde, 2003. (Série E. Legislação de Saúde)

²²JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 31.

²³Cf. PROSSER, Tony. *Law and the Regulators*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

²⁴“Regulation means government-imposed controls on particular aspects of business activity. Note: This does not mean that each and every business decision requires prior government approval. Instead, control will usually be exercised through a mix of prior approvals (for example, a request for a tariff increase) or after-the-fact reviews of performance (for example, connection of a specified number of new customers). Regulation is only one form of government control. Governments can also control enterprises through ownership and fiscal incentives.” (BROWN, Ashley)

jurídico-administrativos, direta ou indiretamente, a característica de atuação gerencial da administração, que se torna visível no direcionamento do setor por interferências estatais ponderadas *pari passu* e por constante reavaliação da pertinência entre o caminho seguido pelo ambiente regulado e os direitos afetados. Sua razão de ser, por outro lado, é a de um chamado à responsabilidade nas ações dos particulares, mediante o reconhecimento de que uma atuação livre de compromissos públicos abre espaço a um ambiente propício à manipulação dos benefícios do mercado por forças ocupantes de posições estratégicas em períodos de estabilidade e o consequente ônus a ser suportado por toda a sociedade para o reequilíbrio de setores desregulados exauridos por tais forças.²⁵

A regulação, portanto, enquanto regime jurídico regulatório, apresenta-se como um conjunto de disposições normativas e administrativas caracterizadas por seu caráter conjuntural de influência ou controle²⁶ sobre o ambiente regulado mediante batimento entre resultados esperados e resultados efetivamente alcançados. O *mecanismo regulador* presente na origem terminológica da regulação apresenta-se como um diferencial do regime jurídico regulatório, revelando-o como um conjunto de atuações normativas e administrativas capazes de interagir *pari passu* com os rumos efetivamente detectados no ambiente regulado para redirecioná-lo aos deveres normativos de concretização dos direitos fundamentais.

O regime jurídico regulatório transparece, portanto, o conjunto de produções não só normativas²⁷, mas administrativas de *diuturna*

C.; STERN, Jon; TENENBAUM, Bernard. *World Bank Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems*. Washington: World Bank, 2006, p. 16).

²⁵Cf. AKERLOF, George; ROMER, Paul. *Looting: the economic underworld of bankruptcy for profit*. Abril, 1994. NBER Working Paper n. R1869. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=227162>.

²⁶Definindo regulação como forma de controle estatal, vide: GARNER, Bryan A. (org.). *Black's Law dictionary*. 8ªed., St. Paul: West Publishing Co., 2004, p. 1311

²⁷“Embora a etimologia sugira a associação da função reguladora com o desempenho de competências normativas, seu conteúdo [da regulação] é mais amplo e variado (...) a regulação contempla uma gama mais ampla de atribuições, relacionadas ao desempenho de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, incluindo sua disciplina, fiscalização, composição de conflitos e aplicação eventual de sanções” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório: a alternativa participativa flexível para a administração pública de relações**

reconfiguração do ambiente regulado, como também do formato estatal de ataque aos problemas nele detectados. Dita diuturna reconfiguração é voltada tanto para o ambiente regulado quanto para a própria conformação estatal interventora, na medida em que a projeção da atuação estatal regulatória parte do pressuposto de atuação dinâmica e proativa governamental, ou seja, da consciência, por parte do governo de plantão, de que sua atuação é necessária à concretização dos direitos fundamentais. O depoimento de George Soros sobre a crise financeira agravada em 2008 e resultante do déficit regulatório do sistema financeiro norte-americano dirige-se ao cerne da questão ao defender a necessidade de *um governo que acredite no governo*²⁸, vale dizer, de um governo que acredite no seu papel decisivo e imprescindível para aperfeiçoamento do sistema democrático e das relações econômicas a ele subjacentes. Em outras palavras, a regulação integra o modo de ser da liberdade democrática ao representar a convicção de que não existe uma região de atividades econômicas livre de leis; não há um setor desregulado no sentido preciso da palavra. Uma sociedade pautada na liberdade não significa uma sociedade avessa à regulação. Mesmo Friedrich Hayek confirma a onipresença da regulação em qualquer modelo estatal.²⁹

Dentre as categorias de atuação estatal reveladas no estudo do regime jurídico regulatório, encontram-se: fomento, regulamentação, monitoramento, mediação, fiscalização, planejamento³⁰ e ordenação da economia;³¹ gerenciamento normativo de conflitos;³² regulamentação de

setoriais complexas no Estado Democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 45).

²⁸Entrevista dada por George Soros na CNN, Fareed Zakaria GPS, em 12 de outubro de 2008.

²⁹“Em nenhum sistema racionalmente defensável, o Estado seria relegado a fazer nada” (“In no system that could be rationally defended would the state just do nothing” – HAYEK, Friedrich. *The Road to Serfdom*. Chicago: University of Chicago Press, 1944, p. 38-39).

³⁰As funções de *fiscalização, incentivo e planejamento* constam das raras passagens constitucionais (art. 174, *caput* da Constituição Federal de 1988) expressamente atinentes à atividade reguladora do Estado.

³¹Cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. p. 74. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 72-98).

atividades inseridas em âmbito de competência estatal;³³ ordenação da atividade econômica³⁴, inclusive da atividade monopolista³⁵; outorga de serviços e autorização de uso de meios para universalização ou expansão geográfica, enfim, atividades de índole normativa e administrativa úteis, sob o ponto de vista individual, e necessárias, se vistas em conjunto, ao acompanhamento e redirecionamento de atividades econômicas em sentido amplo. A composição das funções normativa e administrativa em um ambiente de acompanhamento e controle é, em síntese, o diferencial de autonomia do ramo de estudos do direito regulatório.

A regulação, em síntese, é a presença de regras e atuação administrativa (*law and government*)³⁶ de caráter conjuntural pautadas no pressuposto de diuturna reconfiguração das normas de conduta e dos atos administrativos pertinentes para a finalidade de redirecionamento constante do comportamento das atividades submetidas a escrutínio, tendo-se por norte orientador parâmetros regulatórios definidos a partir dos enunciados de atos

³²Para uma concepção de regulação como *gerenciamento normativo de conflitos*, vide: SUNDFELD, Carlos Ari. *Agências reguladoras e os novos valores e conflitos*, p. 1294. In: **Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados. Justiça: realidade e utopia**. Vol. II, Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, 1999, p. 1291-1297. “O que é regular? É fazer este ‘gerenciamento’ que referi. Não limitar-se à distante edição de normas abstratas capazes de cuidar da sociedade durante oitenta anos sem transformação mais profunda (...)” (SUNDFELD, Carlos Ari. op. cit., p. 1295).

³³Observe-se que, aqui, regulamentação está sendo tratada como meio de regulação estatal. Outra concepção dos termos *regulação* e *regulamentação*, guardando sintonia com a terminologia – *deregulation* x *regulation* – e a preocupação atual norte-americana de oposição entre regulação *estatal* (exo-regulação) e regulação *social* (auto-regulação), encontra-se em: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3^aed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 93.

³⁴Eros Grau define a regulação como a atividade de “dar ordenação à atividade econômica” e a regulamentação como uma sua espécie voltada a dar ordenação à atividade econômica “através de preceitos de autoridade, ou seja, jurídicos” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3^aed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 96).

³⁵A relação da regulação com monopólios da União vem inscrita no art. 177, § 2º, III, da Constituição Federal de 1988, referente ao petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.

³⁶Cass Sunstein utiliza, indiferentemente, os termos *regulation*, *law and government*, *government regulation* e *legal regulation*, no sentido de intervenção em atividades de interesse público. Cf. SUNSTEIN, Cass R. **Republic.com 2.0**. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2007.

normativos e administrativos de garantia dos direitos fundamentais envolvidos.

Traduzindo-se o enunciado da regulação em termos práticos, a regulação, por exemplo, do Serviço Telefônico Fixo Comutado – atividade submetida a exame e acompanhamento estatal minucioso – faz-se por intermédio de disciplina normativa infralegal da Agência Nacional de Telecomunicações (resoluções), e por atos administrativos pertinentes, tais como autorizações, concessões, atos de fiscalização, monitoramento e mediação de disputas, segundo parâmetros de comportamento das atividades reguladas derivados do enunciado constitucional dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, minudenciados nas políticas públicas setoriais emanadas da normatização secundária do Ministério das Comunicações (portarias ministeriais) e da Presidência da República (decretos presidenciais), em prol do objetivo de maior aproximação possível entre a prestação efetiva do serviço e a prestação do serviço esperada da integral aplicação de regras e princípios jurídicos. A regulação apresenta-se como o rol de atividades de reorientação diuturna dos atores setoriais – Governo, empresas, usuários/consumidores, cidadãos e estrutura regulatória – rumo à maior sintonia possível entre o modelo ideal de funcionamento do ambiente regulado ordenado pelo Direito e o efetivo comportamento das atividades reguladas.

Regulação é a reconfiguração conjuntural do ambiente regulado voltado à consecução de um modelo ideal de funcionamento do sistema dirigido por regras e princípios inscritos e espelhados nos direitos fundamentais.

No presente contexto regulatório brasileiro inaugurado em meados da década de 1990, o rol de instituições jurídicas características da regulação resume-se aos conceitos de *gerenciamento normativo da realidade*, *outorgas de serviços*, *controle de meios*, *assimetria regulatória* e *fiscalização*. Todos eles são compatíveis com a dinâmica vislumbrada na evolução do direito administrativo para o acompanhamento cotidiano das transformações nas atividades de interesse público. Eles, todavia, não esgotam o substrato de estudo do direito regulatório, que se projeta para além de atividades de intervenção indireta no mercado e alcança, como se viu, atividades de fomento, de planejamento, de intervenção direta, enfim, a interferência estatal em atividades econômicas *lato sensu*. Regulação, enfim,

é intenção de direcionamento conjuntural da atividade econômica pelo Estado.

Tais instituições regulatórias – regulamentação, monitoramento, fiscalização, planejamento, ordenação, fomento, outorgas, alocação de meios – abrem espaço para políticas públicas que não estejam integralmente entregues, por exemplo, ao ideal de otimização funcional por intermédio da concorrência. Uma teoria jurídica de caráter generalizante não serviria a seus propósitos se inviabilizasse sua adequação a tipos de regulação fundados em pressupostos de política pública distintos. Em outras palavras, não se pode propor uma *teoria jurídica da regulação* que esteja comprometida com ideais, sejam estes de competição ou de monopólio, de mercado ou de planificação estatal, mas como instrumento de reunião dos sucessos e fracassos das políticas públicas de fontes ideológicas distintas. A teoria jurídica da regulação serve de seara de discussão e orientação a quem não se rende a argumentos unificadores, destruidores da diversidade de pontos de vista característica do estudo científico.

Direito regulatório especializado: o direito regulatório das telecomunicações

A identidade setorial do estudo de direito regulatório advém, naturalmente, da temática predominante, no caso, a de telecomunicações e de seu corolário jurídico: os serviços de telecomunicações. O conceito de serviço de telecomunicações, portanto, define o campo de estudos do direito regulatório pertinente e implica o estudo do conceito jurídico de telecomunicações. Esclarecido esse conceito, ter-se-á esclarecido o campo de pesquisa da presente publicação.

O primeiro diploma legal codificador das *telecomunicações* no Brasil (Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei 4.117/62) dispunha dos *serviços de telecomunicações* em sentido amplo como *transmissão, emissão ou recepção* de qualquer tipo de significado por processo eletromagnético, dividando entre a transmissão de *escritos*, por meio de um código de sinais (telegrafia) e a transmissão da *palavra falada ou de sons* (telefonia).

O texto do Código Brasileiro de Telecomunicações refletia a conceituação internacional de telecomunicações definida a partir da Conferência de Madrid de 1932, em que também se criou a União

Internacional de Telecomunicações.³⁷ O regulamento de telecomunicações internacionais não destoou do conceito inicial atribuído às telecomunicações.³⁸

Na regulamentação da Lei 4.117/62, o Decreto 52.026/63 remetia indistintamente aos conceitos de *telecomunicações* e *serviços de telecomunicações*, equiparando os termos e aplicando a definição de *serviços de telecomunicações* dada pelo Código ao conceito de *telecomunicação* como toda *transmissão, emissão ou recepção* de significado por meio eletromagnético.

A imprecisão conceitual, que igualava *serviços de telecomunicações* e *telecomunicações*, foi afastada com a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97). Esta firmou o entendimento de que a disciplina normativa deveria estar centrada nos *serviços de telecomunicações* como o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de *telecomunicação*”³⁹, evidenciando a distinção entre os *serviços* e a *telecomunicação* em si. O *serviço de telecomunicações* é, portanto, algo mais amplo; é a atividade suficiente para o funcionamento das telecomunicações. Tem caráter funcional de conjunto orientado a finalidades. Assim, apresenta-se como o complexo de atividades orientadas à função de realização das telecomunicações; orientadas à *transmissão, emissão e recepção* de significados por via eletromagnética.

Entendido o serviço de telecomunicações como o conjunto de atividades orientado à realização das *telecomunicações*, sua perfeita compreensão surge como um requisito conceitual. Enfim, em que consiste a *telecomunicação*?

³⁷Telecomunicação vinha definida como “*toda comunicación telegráfica o telefónica de signos, señales, imágenes y sonidos de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad u otro sistema o procedimiento de señalización eléctrica o visual (semáforo)*” (FERNÁNDEZ-SHAW, Félix. **Organización internacional de las telecomunicaciones y de la radiodifusión**. Madrid: Editorial Tecnos, 1978, p. 26).

³⁸O atual Regulamento Internacional de Telecomunicações foi aprovado na Conferência Administrativa Mundial de Telegrafia e Telefonia, em Melbourne, de 1988: “2.1. *Télécommunication: Toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d’écrits, d’images, de sons ou de renseignements de toute nature, par fil, radioélectricité, optique ou autres systèmes électromagnétiques.*” (ITU. **Reglement des telecommunications internationales: actes finals de la Conference Administrative Mondiale Telegraphique et Telephonique – Melbourne – 1988**. Geneve: ITU, 1989).

³⁹Art.60, *caput* da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97).

Conceito Jurídico de Telecomunicação

A definição doutrinária clássica reproduzida em definições técnicas⁴⁰ é de que telecomunicação é “comunicação à distância, realizada por processo eletromagnético”.⁴¹ Embora aparentemente esclarecedora, ela acaba por simplificar demais a questão. Não se sabe que distância é esta. Além disso, pior do que não se saber que distância é esta, trata-se de termo inexistente na legislação. A *distância* é criação doutrinária decorrente da etimologia da telecomunicação. Poder-se-ia argumentar que esta *distância* seria mensurável como aquela necessária a configurar a comunicação, contrapondo-se, portanto, ao auto-esclarecimento do interlocutor, mas os casos práticos de pessoas que se comunicam de duas salas comerciais vizinhas, cujo espaço entre elas é de poucos metros, evidencia que o termo *distância* não participa da essência da telecomunicação moderna, embora seja ínsita à sua história. Nos tempos atuais, a introdução do conceito de *distância* encobre os termos elucidadores da telecomunicação: transmissão de significados e eletromagnetismo. A prática e evolução da telecomunicação esvaziou o significado da distância inerente à sua etimologia. Tanto a distância hoje é irrelevante, sob o ponto de vista jurídico, que há possibilidade de telecomunicação nos limites de uma mesma edificação.⁴²

O art. 6º, do Decreto 52.026/63, qualificava a telecomunicação como *transmissão* de símbolos realizada por *processo eletromagnético*. Estes elementos conceituais das telecomunicações foram reproduzidos no art. 60, §1º da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97). Para que se identifique a telecomunicação, há necessidade, portanto, da presença de dois elementos conceituais: transmissão e eletromagnetismo.

⁴⁰“A transmissão de sinais em grandes distâncias, como nos casos do telégrafo, rádio ou televisão” (JAY, Frank (org.). *IEEE Standard Dictionary of Electrical and Electronics Terms*. 4ª ed., New York: The Institute of Electrical and Electronics Engineers, 1988, p. 988).

⁴¹ESCOBAR, J. C. Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 21.

⁴²Confirmando esta posição, exemplifica-se dispositivo da Lei Geral de Telecomunicações: “Art.75. Independerá de concessão, permissão ou autorização a atividade de telecomunicações restrita aos limites de uma mesma edificação ou propriedade móvel ou imóvel, conforme dispuser a Agência.”.

Dos dispositivos legais enunciados e do contexto normativo das telecomunicações, pode-se extrair a necessidade de uma *atividade* central denominada *transmissão*. Diplomas legais e infralegais costumam sintetizar seu significado como “emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.⁴³ Ela traduz o fenômeno de transporte de *convenções culturais* com ou sem armazenagem intermediária, incluindo aí a emissão e a recepção. Esse transporte é viabilizado pela noção da díade comunicativa, que, por sua vez, vem esclarecida por distinções sociais de espaço e tempo. Utilizando-se o termo *sinal* em sentido amplo para abarcar toda convenção de *símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons e informações*, pode-se entender por *sinal transportado* todo “fenômeno físico em que uma ou mais de suas características variam para representar informação”.⁴⁴

A partir da concepção de transmissão como transporte de convenções, entendidas como variação de características aptas a traduzirem informações, como também a partir da constatação de que toda transferência de sinais adequados a representarem informações implicam comunicação, a transmissão de que se fala no ambiente de telecomunicações é, naturalmente, uma *transmissão comunicativa*, que, no mínimo, comunica a falta de viabilidade da conexão. O silêncio também faz parte da transmissão, pois detém sentido significativo e essencial à comunicação, podendo, assim, ser regulado. Da mesma forma, a transmissão de convenções para si próprio também está no campo das telecomunicações, por ver-se possibilitada pelos elementos de espaço e tempo.

A transmissão, por si só, não é suficiente para caracterizar a telecomunicação. Para isso, a transmissão há de ser qualificada pelo *processo eletromagnético*. Assim, o eletromagnetismo é uma forma de transmissão apta a apresentá-la como telecomunicação. Ele se manifesta a partir de variação de um campo elétrico e de um campo magnético para produção de propagações intermitentes no espaço conhecidas como *ondas eletromagnéticas*. Ao contrário das *ondas mecânicas*, produzidas por

⁴³Art. 4º da Lei 4.117/62; art. 4º e art. 6º, item 56 do Decreto 52.026/63; art. 60, §1º da Lei 9.472/97.

⁴⁴PABLO, Marcos M. Fernando. **Derecho general de las telecomunicaciones**. Madri: COLEX, 1998, p. 38. Tradução livre do original: “*fenómeno físico en el que una o más de sus características varían para representar información*”.

perturbação em meios materiais, tais como ondas em líquidos, vibração de tambores de caixas de som ou mesmo a voz humana, as ondas eletromagnéticas apresentam-se como propagações, que independem de meio material sensível, o que lhes possibilita serem transmitidas até mesmo no vácuo.

A abrangência do conceito jurídico de telecomunicação advém do significado de eletromagnetismo, entretanto não se esgota simplesmente em eletromagnetismo ligado à transmissão de convenções. Delimitar de forma precisa todo o universo de alcance da regulamentação de telecomunicações exige a presença de um conjunto de fatores. Alguns exemplos práticos auxiliam na precisão do conceito de telecomunicação.

O som reproduzido pelo ar, água ou outro meio físico, embora possa ser originado por processo eletromagnético e gere transmissão de convenções, é conduzido por perturbação realizada pela frequência de vibrações eletromagnéticas em meios físicos, produzindo, portanto, ondas mecânicas. Até o momento de transformação das ondas eletromagnéticas em ondas mecânicas, desde que presentes outros fatores abaixo enunciados, está-se diante de telecomunicação. A partir do momento em que há conversão dos sinais eletromagnéticos em efeitos sonoros, não se trata mais de telecomunicação, embora o conceito de comunicação à distância possa estar presente.

Da mesma forma, os sinais visuais dos responsáveis pelo táxi aéreo em um aeroporto não significam transmissão de convenções por via eletromagnética, já que o processo em si de criação de significado é meramente mecânico. Os mesmos gestos do responsável pelo táxi aéreo, quando realizados com bandeiras e cones luminosos, também não se traduzem em telecomunicação, porque a finalidade da luz, neste caso, embora ela em si seja frequência eletromagnética, não é a de ser o meio significativo de transmissão da informação. Não se interpretará, no caso, a luz nas suas diversas intensidades, mas o fenômeno mecânico de movimentação das bandeiras e cones luminosos. Neste caso, à semelhança de placas de trânsito iluminadas, não se interpreta a luz, apesar de, às vezes, sua cor ser significativa. Interpreta-se o que a luz permite visualizar: o conteúdo da placa de trânsito ou dos movimentos do responsável pelo táxi aéreo. A luz serve apenas para visualização da placa não importando sua intensidade. A variação da luz não modifica o conteúdo da placa de trânsito,

enquanto que, na telecomunicação, a *modulação do sinal portador* é essencial para a definição do conteúdo da mensagem. Nas placas de trânsito de luminosidade intermitente, a intermitência tem a função de chamar a atenção do motorista, mas ela, em si, não pretende reproduzir a complexidade do conteúdo da placa, que pode ser o mais diversificado possível. Assim, a modulação do sinal portador deve ser *significativa* em dois sentidos: carregar significado próprio; e que este significado seja o mais próximo possível do conteúdo total da mensagem.

Há, entretanto, outros casos que não se contentam com esta explicação. Letreiros luminosos, que transmitem propaganda de forma semelhante a uma programação televisiva, têm modulação do sinal portador significativa, pois a variação dos pontos de luz modifica o conteúdo da mensagem. Não é suficiente, portanto, a característica de *modulação significativa do sinal portador*. É necessária a identificação de outro elemento diferenciador: a *codificação e decodificação da transmissão*. Apesar de estarmos sempre *decodificando* os sinais externos do mundo, pode-se entender a codificação e decodificação essenciais às telecomunicações como o tipo especial de decifração apto à inteligibilidade das mensagens. Se assim for, o mecanismo de geração dos sinais e sua transmissão para a placa de efeitos luminosos é um fenômeno de telecomunicação, mas não sua percepção pelos espectadores, que não utilizam mecanismos decodificadores para tanto.

É bem verdade que a prática social e a complexidade dos fenômenos acaba por minar uma distinção absoluta de telecomunicação, que, como toda definição jurídica, tem certo grau de imprecisão compatível com a mobilidade do objeto descrito. Outro exemplo de aplicação do conceito de eletromagnetismo na transmissão de convenções que não se caracteriza como telecomunicação, hoje, mas que pode vir a ser qualificado como telecomunicação mais tarde, é o código morse passado à distância por holofotes. Neste caso, há codificação e decodificação acompanhados de modulação significativa do sinal portador, embora binária.⁴⁵ A única oposição aqui possível para sua caracterização como telecomunicação é a ausência do conceito de *rede* como conjunto operacional contínuo de

⁴⁵A intensidade do sinal importa, embora importe somente duas intensidades: o sim, ou o não. A duração do sinal também interessa, embora limitada a duas durações: curto e longo. A existência, ou o vazio de existência na transmissão são ambos significativos para a composição do código.

circuitos ou pacotes e equipamentos de transmissão. Por isso mesmo, pode-se imaginar telecomunicação por holofotes e receptores de código morse em rede, muito embora seja fato improvável. Nada improvável, entretanto, é a transmissão de informações operada por via de feixes luminosos segundo as características das telecomunicações. A necessidade de transmissão em alta velocidade, o avanço da tecnologia e a elevação dos custos de instalação dos cabos de fibras ópticas tornaram viáveis as redes que utilizam emissores e receptores entre arranha-céus mediante a tecnologia de FSO (*free-space optics*)⁴⁶, evidenciando que o sentido de telecomunicação exige a presença dos fatos para sua precisão conceitual.

Logo, há elementos essenciais que caracterizam a transmissão eletromagnética, tornando-a apta para sua classificação jurídica como telecomunicação: modulação significativa do sinal portador; codificação e decodificação; conjunto operacional contínuo de emissão e recepção.

O direito setorial regulatório das telecomunicações encontra-se, portanto, delimitado em seu escopo pela compreensão do conceito jurídico de telecomunicação e das relações mais amplas que envolvem o conceito jurídico de serviço de telecomunicações, assim entendido o conjunto de atividades que possibilita a oferta da *transmissão* de informação por *processo eletromagnético*, que é aquele que se utiliza do campo eletromagnético para geração de sinais de comunicação, caracterizado pelos conceitos de modulação significativa do sinal portador, codificação e decodificação, e de um conjunto operacional contínuo de emissão e recepção de sinais. Esse é, portanto, o campo de interesse da Revista de Direito, Estado e Telecomunicações.

Ultrapassada a etapa de definição do objeto de interesse da publicação, o passo seguinte destina-se ao esclarecimento histórico do arcabouço normativo do setor de telecomunicações no Brasil.

⁴⁶WILLEBRAND, Heinz A. & GHUMAN, Baksheesh S. *Fiber optics without fiber: beaming light through the air offers the speed of optics without the expense of fiber*. In: **IEEE Spectrum**. Vol. 38, n. 8, New York: The Institute of Electrical and Electronics Engineers, agosto de 2001, p. 40-45. O artigo compara o sistema FSO de comunicação em alta velocidade com as tradicionais tecnologias de fibras ópticas, que demandam cinco vezes mais investimentos de instalação e acenam com maiores facilidades de funcionamento por não exigirem aprovação municipal de uso do solo.

Histórico normativo do setor de telecomunicações brasileiro: primórdios

Nem sempre foi da União a competência privativa de operacionalização⁴⁷ e normatização⁴⁸ do setor de telecomunicações.

Nas constituições anteriores, tratava-se dos serviços de telecomunicações como um todo monolítico. Na Constituição Federal de 1891⁴⁹, havia apenas a referência à competência tributária da União e dos Estados-Membros para taxarem os *correios e telégrafos*, de onde se deduzia a competência para disciplinarem o serviço de telegrafia. As Constituições de 1934⁵⁰ e de 1937⁵¹ dedicavam um único inciso aos *serviços de telégrafos, radiocomunicação, navegação aérea e vias férreas*. A Constituição Federal de 1946⁵², por sua vez, divisoa a *radiodifusão* e a *telefonía* dos tradicionais

⁴⁷Art. 8º, XV, *a* da Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional n. 1, de 1969; art. 21, XI e XII, *a* da Constituição Federal de 1988.

⁴⁸Art. 8º, XVII, *i* da Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional n. 1, de 1969; art. 22, IV da Constituição Federal de 1988.

⁴⁹Constituição Federal de 1891: “Art. 7º É da competencia exclusiva da União decretar: 4º Taxas dos correios e telegraphos federaes; Art. 9º É da competencia exclusiva dos Estados decretar impostos: §1º Tambem compete exclusivamente aos Estados decretar: 2º Contribuições concernentes aos seus telegraphos e correios.” (CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 752-753).

⁵⁰Constituição Federal de 1934: “Art. 5º Compete privativamente à União: VIII, explorar ou dar em concessão os serviços de telegraphos, radio-comunicação e navegação aerea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-ferreas que liguem, directamente portos maritimos a fronteiras nacionaes, ou transponham os limites de um Estado.” (CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 683-684).

⁵¹Constituição Federal de 1937: “Art. 15. Compete privativamente à União: VII – explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, rádio-comunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas que liguem directamente portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado.” (CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 599).

⁵²Constituição Federal de 1946: “Art. 5º Compete à União: XII – explorar, directamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas, que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado.” (CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 474).

serviços de *telégrafos* e de *radiocomunicação*. Com a Constituição de 1967⁵³ e a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, passou-se a disciplinar a competência da União para os *serviços de telecomunicações* como um todo, sem outras especificações.

Inovando, a Constituição Federal de 1988⁵⁴ introduziu a distinção de tratamento *inicialmente* entre ‘*serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens*’ de um lado, e os ‘*serviços públicos de telecomunicações*’, de outro, enumerando, expressamente, os *telefônicos*, os *telegráficos*, e os *de transmissão de dados* como serviços públicos. Mais tarde, a Emenda Constitucional n. 8, de 1995,⁵⁵ introduziu a distinção entre ‘*serviços de telecomunicações*’ e ‘*serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens*’. Além dessa distinção entre os serviços nomeados de telecomunicações pelo diploma maior e os apartados deste rol comum e denominados de radiodifusão, promoveu-se a um nítido tratamento diferenciado das concessões, permissões e autorizações de radiodifusão submetidas ao art. 223 da Constituição Federal de 1988.

O movimento de segregação entre os serviços de radiodifusão e os serviços *comuns* de telecomunicações foi seguido de disciplina infraconstitucional dada pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), que submeteu todos os serviços de telecomunicações às suas disposições *exceto* os serviços de *radiodifusão*, cujo tratamento normativo

⁵³Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional n. 1, de 1969: “Art. 8º Compete à União: XV – explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações;” (CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 384 e 256-257).

⁵⁴Constituição Federal de 1988: “Art. 21. Compete à União: XI – 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; XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações.”

⁵⁵Constituição Federal de 1988, com a redação da Emenda Constitucional n. 8, de 1995: “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.”

permaneceu submisso ao antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) à exceção da competência da ANATEL sobre a alocação e questões correlatas ao espectro eletromagnético.

Estas distinções visíveis no ambiente constitucional ombream com inúmeras outras distinções entre serviços de telecomunicações implementadas em foro infraconstitucional advindas da evolução tecnológica e das peculiaridades de tratamento normativo exigidas por cada espécie de serviço de telecomunicações, que foram claramente organizados em categorias a partir do Código Brasileiro de Telecomunicações, de 1962.⁵⁶

A multiplicação dos serviços de telecomunicações teve reflexos na produção normativa infraconstitucional e infralegal (decretos, portarias, resoluções, atos, dentre outros), gerando vasta regulamentação tanto mais específica quanto mais específicos os serviços a que se referem. Este movimento de *submissão incondicional às demandas de evolução tecnológica* encontrou certa sistematização normativa na Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei 9.472/97), cujas disposições divisaram os serviços de telecomunicações em tópicos com efeitos jurídicos distintos capazes de desenhar blocos de serviços com características comuns, hierarquizando serviços e permitindo a racionalização regulamentar por intermédio de conceitos tais como os de regime público e privado, de interesse coletivo e de interesse restrito. Além destas distinções entre os serviços de telecomunicações, a LGT dispôs sobre três outros conceitos, que refletem o ambiente de transmissão e transporte de informações: as redes de telecomunicações; a radiofrequência; e as órbitas.

O histórico do setor de telecomunicações brasileiro revela-se fundamental para o entendimento da evolução de tratamento, por parte do ordenamento jurídico brasileiro, bem como de atuações administrativas daí resultantes, de temas regulatórios vários, como o de universalização dos serviços, fomento, intervenção e estruturas estatais de controle.

O telégrafo foi o primeiro serviço de telecomunicações destinado à exploração industrial no Brasil, que se apresentou como um dos pioneiros a entrar na era das telecomunicações já no século XIX. Em 11 de maio de

⁵⁶Cf. Ato n. 3.807, de 23 de junho de 1999, da ANATEL, que dispõe sobre a classificação dos serviços de telecomunicações quanto aos interesses que atendem.

1852, foi instalada a primeira linha de telégrafo no Rio de Janeiro e, em 1855, um órgão estatal para o setor passou a operar sob a insígnia de *Diretoria Geral dos Telégrafos Elétricos*. A partir de 1858, tornava-se possível o uso público do telégrafo no Brasil.

Por sua vez, o primeiro telefone instalado no país passou a operar em janeiro de 1877, tendo sido presenteado ao Imperador D. Pedro II por Graham Bell, que, após inúmeras contendas judiciais, foi reconhecido pelos tribunais norte-americanos como seu inventor. As autorizações para prestação de serviços de telefonia foram inauguradas com o Decreto n. 7.539, de novembro de 1879, quando um norte-americano chamado Charles Paul Mackie pôde prestar tais serviços no Rio de Janeiro e Vitória por intermédio de empresa constituída em 11 de outubro de 1880, em *New York*, intitulada *Telephone Company of Brazil*. As cidades de São Luís (MA), Fortaleza (CE), Recife (PE), Maceió (AL), Salvador (BA), Campos (RJ), Ouro Preto (MG), Santos (SP), Campinas (SP), Curitiba (PR), Porto Alegre (RS), Pelotas (RS) e Rio Grande (RS) foram alcançadas poucos anos depois.

Outro ator entrou em cena em 1889, com a transferência dos serviços de telefonia do Rio de Janeiro para a alemã *Brasilianische Elektrizitäts Gesellschaft*, que recebeu concessão de 30 anos para exploração do serviço. Também em 1889, foi outorgada concessão para a primeira linha interurbana no país entre as cidades de São Paulo e Rio de Janeiro. Em 1907, a empresa alemã foi incorporada pela *Rio de Janeiro Telephone Company*, com sede nos Estados Unidos. A *Rio de Janeiro Telephone Company* foi, por sua vez, incorporada, no Canadá, em 1912, pela *Brazilian Traction Light & Power*, que criou, em 1916, sua subsidiária no Brasil intitulada *Rio de Janeiro and São Paulo Telephone Company*. Esta última foi a primeira grande empresa de telefonia brasileira, alastrando-se por vários municípios dos estados do Rio de Janeiro, de São Paulo e de Minas Gerais. Essa subsidiária brasileira da canadense *Brazilian Traction* passou a se chamar, em janeiro de 1923, *Companhia Telephonica Brasileira – CTB* como um “braço da operadora de energia elétrica Light”.⁵⁷

⁵⁷PADILHA, Marcos Lopes. **Análise setorial: telefonia fixa em perspectiva**. Vol.I, São Paulo: Gazeta Mercantil, 2001, p. 15.

No início da década de 1950, a densidade telefônica no Brasil era de 1 telefone para cada 100 habitantes⁵⁸ e a exploração do serviço estava distribuído por pouco mais de 100 empresas, em sua maioria de âmbito local ou regional, algumas mantidas pelos governos municipais. A *Companhia Telephonica Brasileira – CTB* detinha 78% dos aparelhos instalados no eixo Rio-São Paulo, enquanto a *ITT* e a *Bond and Share* detinham 12% dos aparelhos instalados, operando no Rio Grande do Sul e na Bahia.⁵⁹

A partir da década de 1940, as telecomunicações, no Brasil, podem ser vistas em cinco *etapas* divisadas por Ethevaldo Siqueira⁶⁰: *estagnação* (1946-1962); *inversões estatais* (1962-1967); *expansão, melhoramento e integração do sistema* (1967-1975); *turbulência* (1975-1985); *embates da desestatização* (1985 até meados da década de 1990).

A Constituição Federal de 1946 (art.5º, XII)⁶¹ previu a competência da União para exploração, direta ou mediante autorização ou concessão, dos *serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão e de telefones interestaduais e internacionais*. Tendo-se em vista a tradição brasileira de repartição federativa de competências, bem como a previsão da Constituição Federal de 1946 de atribuição de gestão dos serviços de interesses locais aos municípios por força do artigo garantidor da autonomia municipal (art.28, II,

⁵⁸A título ilustrativo, a densidade telefônica, no Brasil, na década de 1990, apresentou-se com os números a seguir: 1991 (7,1/100hab.); 1992 (7,8/100hab.); 1994 (8,6/100hab.); 1996 (10,4/100hab.); 1998 (13,6/100hab.); 1999 (16,8/100hab.); 2000 (31,13/100hab.); 2001 (37,52/100hab.); 2002 (41,19/100hab.); 2003 (47,17/100hab.); 2004 (57,19/100hab.); 2005 (67,63/100hab.); 2006 (73,44/100hab.); 2007 (83,62/100hab.). Fontes: BRASIL. ANATEL. **Relatório Anual da ANATEL 2001**. Brasília: Biblioteca Virtual da Anatel, 2001 e ITU. **World Telecommunication Indicators Database**. Genebra: UIT, 10 de maio de 2004.

⁵⁹PADILHA, Marcos Lopes. Op. cit., p. 16.

⁶⁰SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 14-17. O autor divide a evolução das telecomunicações após 1940 nos seguintes períodos: estagnação (1946-1962); reorganização (1962-1967); decolagem (1967-1975); turbulência (1975-1985); crise (1985 em diante).

⁶¹“Art.5º Compete à União: XII – explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado;” (CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 474).

b)⁶², concluiu-se pelas competências estadual e municipal, respectivamente, para *prestação* e *controle* dos serviços de telefonia *intraestaduais* (intermunicipais) e *intramunicipais*. Quanto à fiscalização dos serviços, há que se fazer uma ressalva. Embora os municípios e estados-membros da federação detivessem autonomia e âmbito de competência determinados (serviços de telecomunicações estritamente locais ou regionais respectivamente), eles poderiam sofrer interferência normativa da União em razão de sua interligação com redes de outros estados-membros ou da própria esfera federal. Isso ficou patente na determinação da competência do Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL) pela Lei 5.070, de 7 de julho de 1966, que criou o *Fundo de Fiscalização das Telecomunicações*, estabelecendo em seu art. 21, que lhe competia a fiscalização dos serviços de telecomunicações, desde sua implantação e ampliação, até seu efetivo funcionamento, resguardada a competência estadual ou municipal quando sejam estritamente regionais ou locais e não interligados a outros estados ou municípios. Com isso, os preceitos constitucionais permitiram intensa ingerência dos interesses políticos locais no planejamento empresarial dos investimentos no setor, com a consequente *demagogia tarifária* característica do período.⁶³

Escravo das flutuações políticas, os investimentos nas telecomunicações minguraram, tornando-se obsoletos e sem perspectivas de ampliação.⁶⁴ Os

⁶²“Art.28. A autonomia dos Municípios será assegurada: II – pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente: b) à organização dos serviços públicos locais.” (Ibid., p. 480).

⁶³“O país passou a viver as consequências de uma desastrosa demagogia tarifária, pois a aprovação das tarifas dependia de duas entidades eminentemente políticas: as prefeituras e as câmaras de vereadores (...) Tem início, assim, o que eu caracterizo como desprivatização, uma vez que, na época, não havia praticamente nenhum interesse manifesto na estatização.” (SILVA, José Antônio de Alencastro e. *O Estado é incompetente*. p.86. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 85-90).

⁶⁴O testemunho de 1952, a seguir, é esclarecedor: “No que diz respeito ao serviço de telefones, salvo interesse imediato de cada município, quanto ao serviço local executado por concessão, o serviço interestadual não sofre qualquer fiscalização ou ao menos orientação, gerando-se dessa lacuna situações absolutamente esdrúxulas: ao mesmo tempo que companhias concessionárias de serviços telefônicos negam-se ‘ad aeternum’ a permitir tráfego mútuo com serviços telefônicos ou radiotelefônicos oficiais, tal sistema de permutação é estabelecido com companhias outras privadas, concessionárias dos mesmos serviços e concorrentes dos departamentos oficiais; por

equipamentos de telecomunicações eram oligopolizados por duas empresas que forneciam toda a infraestrutura do setor segundo um acordo denominado *Acordo das Bahamas*, assinado entre as multinacionais Ericsson e IT&T, em que o mercado brasileiro foi dividido entre as filiais brasileiras daquelas multinacionais, a EDB (Ericsson do Brasil) e a SESA (Standard Electric S/A).⁶⁵

Antes da *reorganização* operada na primeira metade da década de 1960, os serviços de telecomunicações estavam dispersos por mais de 900 pequenas empresas familiares brasileiras, muitas delas pertencentes aos próprios municípios em que atuavam, que exploravam os serviços telefônicos locais no interior do país, mediante concessões municipais. A Lei 2.134, de 14 de dezembro de 1953, previa mecanismos de financiamento abertos pela União para *instalação e ampliação de serviços públicos*, dentre eles os serviços de *linhas telefônicas, urbanas, intermunicipais, ou interdistritais*, que viabilizaram a criação de empresas municipais de telefonia local. A *Companhia Telephonica Brasileira (CTB)* chegou a deter cerca de 75% dos telefones existentes no Brasil com concentração nos centros mais ricos dos estados do Rio de Janeiro, Guanabara, São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo, Rio Grande do Sul e Paraná. Alguns estados

outro lado, Estados há cujos serviços telefônicos não são ligados aos congêneres de outros, por interesse de terceiros, com prejuízos de toda a sorte para os usuários e quicá mesmo, para os próprios Governos, que ficam, nessa matéria, inteiramente isolados dos demais Estados. [§] Quanto às radiocomunicações, a despeito da legislação própria que honra a seus autores, mas da qual se faz 'tábula rasa', o que ocorreu permite, sem dúvidas, classificar-se o país como 'terra de ninguém'." (MIRANDA, Líbero Oswaldo de. **Os serviços de comunicações no Brasil**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1955, p. 10-11). "As redes telefônicas espalham-se pelo Brasil afora sem qualquer orientação superior (...) O tráfego mútuo entre as várias redes privadas no país, constituindo assunto de alto interesse coletivo, depende, entre nós, da boa ou má vontade das respectivas empresas, ou do maior ou menor interesse que para as mesmas advenha com a medida. É conhecido o caso de um Estado da Federação que se encontra isolado dos demais no que tange a comunicações telefônicas, isso por que não tem interessado à empresa monopolística vizinha, o tráfego mútuo; assim, para uma ligação telefônica com a capital do país, com qualquer Estado ou com o exterior, o assinante ali localizado precisa recorrer à cidade próxima do Estado vizinho, de onde obterá facilmente, qualquer dessas ligações." (MIRANDA, Líbero Oswaldo de. Op.cit., p. 50-51).

⁶⁵VIANNA, Gaspar. **Privatização das telecomunicações**. 3ªed., Rio de Janeiro: Notrya, 1993, p. 43.

do Nordeste detinham contratos de concessão com a *Companhia Telephonica Nacional*, controlada pela *International Telegraph and Telephone (IT&T)* de capital norte-americano, embora, tal como a CTB, detivesse ínfima participação de capital brasileiro (0,000006%). O motivo desta formatação nacional das poucas grandes empresas de telefonia do país, à época, não decorria de imposição do ordenamento jurídico, mas interessava às empresas pela obtenção de outras vantagens, tais como benefícios fiscais de isenção de impostos.

As telecomunicações nos grandes centros urbanos ainda eram muito precárias no início da década de 1960. As ligações interurbanas também encontravam grandes obstáculos.⁶⁶ Somente São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Brasília encontravam-se interligados por enlaces de microondas. As demais comunicações interestaduais e internacionais eram exploradas via rádio em alta frequência (HF) e via cabos submarinos por concessões da União a multinacionais: a inglesa *Western Telegraph*; as norte-americanas *Radional* e *Radiobrás*; e a italiana *Italcable*.

O telégrafo, por sua vez, era explorado pela União, por intermédio do *Departamento dos Correios e Telégrafos – DCT*, então do Ministério de Viação e Obras Públicas. Mais tarde, o Decreto-lei n. 509, de 20 de março de 1969, determinou a extinção do *Departamento de Correios e Telégrafos – DCT*, mediante a transferência de suas atribuições para a *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT*, do Ministério das Comunicações. Cabia ao DCT a *construção, conservação e exploração dos circuitos de telecomunicações* de telegrafia e outros serviços públicos de telecomunicações.⁶⁷

⁶⁶A citação a seguir é esclarecedora da precariedade dos serviços de então: “Nos anos 60, uma ligação interurbana, que atualmente pode ser feita de um telefone público, envolvia uma longa espera: era preciso ligar para um telefonista, dar o número do telefone e o nome da localidade a ser contatada e os nomes de quem ia falar e de quem ia ser chamado. Esse diálogo às vezes demorava algumas horas para se transformar numa ligação. Havia um quadro de total deficiência, no qual eram interligadas poucas capitais e apenas as cidades mais importantes do interior” (PADILHA, Marcos Lopes. Op. cit., p. 17).

⁶⁷Quando da criação da *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT*, estabeleceu-se a transferência gradual dos serviços de telecomunicações então executados pelo *Departamento dos Correios e Telégrafos – DCT* para a EMBRATEL. Enquanto isso não se ultimasse, a ECT estava autorizada a celebrar convênios com a EMBRATEL para “construção, conservação ou exploração

A deficiência da telefonia, que à época, era o mais sensível representante do setor de telecomunicações, foi o estopim inicial da reação implementada na década de 1960 mediante reorganização da legislação brasileira do setor com o advento do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), que viabilizou a criação da *Embratel* em 1965. Redirecionamento de aportes de capital de outros setores demonstrava a preocupação estatal com as telecomunicações⁶⁸, algo também visível na intervenção decretada pelo governo federal na CTB em virtude da precariedade dos serviços telefônicos no Rio de Janeiro, que iria resultar na compra das suas ações pela *Embratel* em 1966.

Foi essa época que marcou o início do processo de estatização do setor e de concentração na esfera federativa da União. A Lei 4.117/62 previa a criação do *Conselho Nacional de Telecomunicações – CONTEL* como órgão unificador das políticas de telecomunicações mediante a criação do *Plano Nacional de Telecomunicações* (Lei 4.117/62, art. 29), veiculado pelo Decreto 52.859, de 18 de novembro de 1963.

O processo de centralização federativa dos serviços de telecomunicações intraestaduais e intramunicipais foi formalizado com a Constituição Federal de 1967, que, no seu art. 8º, inciso XV, reproduzido pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, não mais restringia a competência da União a telégrafos, radiocomunicação, radiodifusão em geral e à telefonia interestadual e internacional como fazia a Constituição Federal de 1946. O dispositivo constitucional de 1967 remeteu todos os serviços de telecomunicações à prestação direta pela União ou por intermédio de concessões e autorizações a entes privados. O Decreto-lei n. 162, de 13 de fevereiro de 1967, instrumentalizou a centralização preconizada pela Constituição, determinando a transição dos poderes concedentes estaduais e municipais para o poder concedente federal.

conjunta ou separadamente [dos] circuitos-troncos que integram o Sistema Nacional de Telecomunicações” (art. 16 do Decreto-lei n. 509, de 20 de março de 1969).

⁶⁸Como exemplo, tem-se a Lei 4.452, de 5 de novembro de 1964, relativa ao Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos, que previu, no seu art.8º, a possibilidade dos Estados-membros e do Distrito Federal de direcionarem até 50% de suas quotas de investimentos fixos advindas do *Fundo Rodoviário Nacional* em instalações de telecomunicações, desde que aprovadas pelo Conselho Nacional de Telecomunicações “para assegurar a sua coordenação com os investimentos federais no setor”.

Ao lado disso, o Decreto-lei 200/67, representativo da Reforma Administrativa de então, criou o Ministério das Comunicações, revelando a percepção governamental da importância das telecomunicações para os interesses nacionais.

A par do movimento de centralização de titularidade dos serviços de telecomunicações na figura da pessoa de direito público interno da União, passos foram implementados no sentido da estatização. Dentre os fatores que a impulsionaram, encontravam-se a meta de integração nacional dos ‘*Objetivos Nacionais Permanentes*’ e a ‘*Doutrina de Segurança Nacional*’ formulada pela Escola Superior de Guerra e pelo Estado Maior das Forças Armadas, que colidiam com o fato de que as concessões das telecomunicações estratégicas brasileiras – internacionais, interestaduais e dos grandes centros urbanos – encontravam-se nas mãos do capital estrangeiro. O modelo então idealizado convergia para a experiência europeia de telecomunicações e vinha equacionado em uma rede contínua, única, de tecnologias compatíveis e interiorizadas para a integração nacional, refletida na previsão de um *Sistema Nacional de Telecomunicações* (art. 7º da Lei 4.117/62) a ser administrado pelo *Conselho Nacional de Telecomunicações – CONTEL*, por intermédio de sua secretaria executiva, o *Departamento Nacional de Telecomunicações – DENTEL*.

A concentração operacional dos serviços de telecomunicações não configurou, entretanto, monopólio de direito, já que não havia previsão jurídica de exclusividade da titularidade estatal de serviços de telecomunicações. A criação da TELEBRÁS, em 1972, como *holding* do Sistema TELEBRÁS, ombreou com a persistência de uma empresa privada no setor de telecomunicações: a *Companhia de Telefones do Brasil Central (CTBC)*, que chegou a cobrir, em 1993, 80 municípios brasileiros de Minas Gerais, São Paulo, Goiás e Mato Grosso do Sul.

O mecanismo do *autofinanciamento*, já em prática no setor, foi regulamentado pelo Conselho Nacional de Telecomunicações – CONTEL, mediante a Resolução n. 5, de 3 de março de 1966, definindo-se as regras para *participação popular no capital das empresas* de telecomunicações voltada ao *início ou ampliação de suas instalações*. Dentre as regras, encontrava-se a proibição de retribuição da participação acionária do usuário por intermédio do mero direito de uso dos serviços, mesmo que o direito de

uso pudesse ser alienado de forma onerosa (art. 3º da Resolução n. 5/66). Isso abriu espaço para a crescente aquisição de capital controlador dessas empresas pelos usuários, gerando, três décadas mais tarde, o bloqueio deste tipo de financiamento por não mais restarem margens de negociação que garantissem o controle estatal das empresas do setor.

A proibição de retribuição da participação acionária do usuário por intermédio do mero direito de uso dos serviços se explicava como garantia do consumidor dos serviços perante as concessionárias privadas de telefonia, bem como incentivo à manutenção do investimento das concessionárias privadas de telefonia do país, pois, até 1973, quando a Embratel finalizou o processo de aglutinação das mais de 800 concessionárias privadas de telefonia existentes no país, o Fundo Nacional de Telecomunicações servia unicamente aos sistemas de longa distância detidos pela Embratel.⁶⁹

A reorganização das telecomunicações começa a se refletir na estruturação efetiva do setor a partir de 1967, quando se pôde notar relativa concentração de investimentos e profissionalismo na orientação das telecomunicações, em que ministros conhecedores do setor ocuparam a pasta das comunicações (Hygino Corsetti, Euclides Quandt de Oliveira e Haroldo Corrêa de Mattos), bem como coube ao chamado General das Telecomunicações (General José Antônio de Alencastro e Silva) a batuta da reestruturação da prestação dos serviços de telecomunicações no país, mediante sua atuação como presidente da TELEBRÁS por quase uma década.⁷⁰

A Embratel, em 1968, já havia interligado o Sul e o Sudeste do país por meio de moderna rede de microondas, estendendo-a, três anos mais tarde, a

⁶⁹“O modelo tal qual foi desenvolvido, pressupõe uma distribuição ‘racional’ dos fundos de investimento (...) entre as Concessionárias e/ou serviços. Infelizmente, tal não tem sido observado até o momento pois normalmente, o FNT destina-se aos investimentos em sistemas de longas distâncias e o ‘auto-financiamento’ para sistemas urbanos apenas.” (HOLLANDA, Jayme Buarque de. *Modelo simplificado do setor de telefonia*. p. 62. In: BRASIL. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Empresa Brasileira de Telecomunicações (EMBRATEL). **Telecomunicações: alguns temas**. Rio de Janeiro: Embratel, 1972, p. 53-65).

⁷⁰SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. Op. cit., p. 14-15.

todas as capitais de estados e territórios brasileiros.⁷¹ Em agosto de 1968, implantou um sistema de tropodifusão para integrar a região amazônica, que foi considerado o maior no gênero em operação comercial do mundo e ainda assumiu, entre 1969 e 1973, a exploração dos serviços internacionais à medida que expiravam os prazos de concessão das empresas estrangeiras que os operavam até que, com o encerramento das atividades de telegrafia da inglesa *Western Telegraph*, em 1973, a Embratel passou a ser a única operadora de serviços internacionais do Brasil. Ela ainda inaugurou, em 1969, o sistema de *Discagem Direta a Distância – DDD* entre São Paulo e Porto Alegre⁷² e, em 10 de novembro de 1975, o sistema de *Discagem Direta Internacional – DDI*.⁷³

A melhoria significativa dos serviços interurbanos e internacionais de telecomunicações com a Embratel permitiu que o governo federal voltasse sua atenção para os serviços locais. A criação da *Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS*, em 1972, pela Lei n. 5.792 e implementada em 9 de novembro do mesmo ano, consolidou a política de exploração das telecomunicações voltada a uma visão nacional *integrada*. Em 1974, a TELEBRÁS foi designada, pelo Decreto 74.379, de 8 de agosto de 1974, *concessionária geral* para exploração dos serviços públicos de telecomunicações em todo o território nacional. De 2 milhões de linhas fixas, em 1973, o Brasil passou a 12,4 milhões de linhas, aumentando a densidade de terminais por 100 habitantes de 1,9, em 1973, para 8,1, em 1993.

De meados da década de 1970 a meados da década de 1980, as telecomunicações, no Brasil, viveram seu período mais dinâmico e conturbado. Trata-se da fase das conquistas do Sistema TELEBRÁS, com expansão da cobertura dos serviços, utilizando-se de uma infraestrutura

⁷¹GARBI, Gilberto Geraldo. *O futuro é a privatização*. p. 105. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 104-108.

⁷²Até então existiam algumas sub-redes regionais de telefonia interurbanas, embora “em termos nacionais, o serviço pudesse ser quase considerado inexistente” (VIEIRA, Claudio Reis. *Telefonia integrada: proposição de um “Plano de Integração do Serviço Telefônico Nacional”*. p. 41. In: BRASIL. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Empresa Brasileira de Telecomunicações (EMBRATEL). **Telecomunicações: alguns temas**. Rio de Janeiro: Embratel, 1972, p. 32-52).

⁷³PADILHA, Marcos Lopes. Op. cit., p. 19-21.

reconhecidamente avançada para a época, com o uso de satélites, de fibras ópticas e com o apoio científico de um *centro de pesquisa e desenvolvimento tecnológico* (CPqD) de reconhecida excelência sediado em Campinas/SP. O patrocínio oficial estatal dos *Congressos Brasileiros de Telecomunicações* de 1974, 1976, 1978 e 1980 merece especial destaque. Evidenciou-se, por intermédio deles, a preocupação com a discussão ampla e constante do modelo em época conturbada da política nacional.⁷⁴ No Governo Geisel, a política governamental concentrou-se no desenvolvimento da indústria nacional de equipamentos de telecomunicações mediante identificação, controle e redução das importações do setor.⁷⁵ Ao final do período, ainda se colhiam frutos do

⁷⁴A partir do terceiro Congresso Brasileiro de Telecomunicações, em 1974, até o sexto e último Congresso Brasileiro de Telecomunicações, em 1980, houve o patrocínio, convocação, organização e coordenação dos seus trabalhos pela TELEBRÁS, por determinação da Portaria n. 227, de 1º de abril de 1974, do Ministério das Comunicações (Ministro Euclides Quandt de Oliveira), que fixou a realização do III Congresso Brasileiro de Telecomunicações para julho do mesmo ano. O método adotado neste primeiro congresso denotava a abertura da discussão: “Iniciada a coleta de sugestões de temas para o III CBTEL, notou-se a impossibilidade de serem abordados em uma única semana a quantidade de temas propostos, a menos que recebessem um tratamento prévio. [§] Se um tal tratamento fosse confiado a um pequeno grupo, os resultados que se obteriam seriam diferentes dos colimados com a realização do Congresso, pois seriam despidos da heterogeneidade de análise e soluções características dos conclaves. [§] Assim, decidiu-se pela realização de uma semana de Reuniões Preparatórias para as Comissões Técnicas, aberta aos congressistas que dela desejassem participar, quando os temas apresentados seriam analisados e preparados para serem levados ao Plenário do Congresso (...) Cerca de 250 proposições foram triadas, analisadas, divididas, fundidas, ampliadas, rejeitadas, aprovadas e exaustivamente discutidas e estudadas em busca de soluções que se transformaram em 128 propostas de recomendações ao Plenário do III CBTEL (...) Participaram das Reuniões Preparatórias 325 congressistas inscritos, representando 75 entidades, além de cerca de 40 observadores ou auxiliares não inscritos.” (BRASIL. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. TELEBRÁS. **Anais do III Congresso Brasileiro de Telecomunicações**. Brasília: TELEBRÁS, 1974, p. 43).

⁷⁵Dentre as medidas adotadas “merecem destaque a Portaria n. 102 do Ministério das Comunicações, que exigiu a identificação e o uso das fontes nacionais de tecnologia; e a Portaria n. 661, que levou as multinacionais a desenvolver produção de centrais digitais, seguindo especificações técnicas feitas pela TELEBRÁS. Em 1978, pela Portaria n. 662, foi dado ao Ministério das Comunicações o poder de coordenar a redução das importações de equipamentos de telecomunicações.” (PADILHA, Marcos Lopes. Op. cit., p. 21).

investimento em pesquisa e pessoal, mediante o lançamento dos satélites BrasilSat-I, em 1985, e BrasilSat-II, em 1986, que ampliaram a cobertura de telefonia, telegrafia e televisão para todas as regiões do país em meio ao chamado *Programa de Popularização e Interiorização das Telecomunicações*.

Finalmente, também contribuiu para o sucesso do Sistema TELEBRÁS o denominado “esquecimento governamental”⁷⁶, fato decisivo para o setor, “pois o governo ainda não tinha descoberto que o Sistema TELEBRÁS poderia ser usado como excelente fonte de empregos para conquistar apoio político ou para compensar correligionários derrotados em eleições”.⁷⁷ Por outro lado, os recursos para reaplicação no setor minguraram.

A criação, em 1978, da Secretaria de Controle de Empresas Estatais – SEST, pelo Decreto n. 84.128, de 29 de outubro de 1979, juntamente com outros mecanismos centralizadores de meados da década de 1980, tais como a Comissão de Coordenação Financeira – CCF (Decreto n. 94.446, de 12 de junho de 1987) e o Conselho Interministerial de Salários de Empresas Estatais – CISE (Decreto n. 91.370, de 26 de junho de 1985), eliminaram a autonomia que restava no setor de telecomunicações, restringindo-se, inclusive, investimentos de expansão, mesmo quando os usuários estivessem dispostos a pagar por suas linhas.⁷⁸

Tal prática de planificação da gestão de empresas estatais persistiu nos governos seguintes e o *Comitê de Controle das Empresas Estatais – CCE*, criado pelo Decreto sem número, de 1º de fevereiro de 1991, e reforçado com a instituição do *Programa de Gestão das Empresas Estatais – PGE*, pelo Decreto n. 137, de 27 de maio de 1991, não fugiu à regra. Esse comitê era responsável por *compatibilizar decisões setoriais relativas às empresas estatais com a política macroeconômica* e exercia esse papel com amplos poderes para fixação de tarifas públicas, de salários e gastos com pessoal, de

⁷⁶GARBI, Gilberto Geraldo. *O futuro é a privatização*. p. 106. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 104-108.

⁷⁷SILVA, José Antônio de Alencastro e. *O Estado é incompetente*. p. 87. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 85-90.

⁷⁸GARBI, Gilberto Geraldo. *O futuro é a privatização*. p. 106. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 104-108.

execução e revisão orçamentária, de níveis de financiamento e endividamento, de administração dos bens da União, bem como quaisquer outras questões pertinentes às operações das empresas estatais. A previsão de liberação das empresas estatais que se comprometessem em cumprir *programa de gestão* por intermédio de *contratos individuais de gestão* (art. 8º, do Decreto n. 137, de 27 de maio de 1991) com metas de desempenho não as liberou, de fato, das amarras da planificação econômica, pois não foram implementados à época. Duas décadas após a criação da SEST, o projeto de planificação continuou vivo refletido no *Programa de Dispêndios Globais – PDGs* traduzidos no Decreto n. 2.453, de 6 de janeiro de 1998 e no Decreto n. 2.711, de 6 de agosto de 1998.

Todos esses fatores associados à crescente intromissão política casuística minaram a sustentabilidade das estatais do setor de telecomunicações, refletindo na diminuição do crescimento de instalação de novas linhas, que caiu para menos da metade praticada no início da década de 1980.

O espaço de tempo entre 1985 e 1990 foi um novo degrau na desestruturação do setor público de telecomunicações: os prejuízos deixaram de incidir apenas sobre aspectos objetivos estruturais e passaram a afetar os quadros de pessoal. O depoimento a seguir, embora perigosamente generalizante, transmite a imagem de então do setor:

“A partir da *Nova República* (1985) começaram a chegar ao setor os políticos fisiológicos (...). A regra geral do profissionalismo foi quebrada. A competência deixou de ser o único parâmetro essencial para a escolha dos dirigentes. O populismo e os compromissos partidários passaram a fazer presidentes e diretores da TELEBRÁS e de subsidiárias. As empresas passaram a ser apenas um trampolim para promoção pessoal, visando a futuras eleições ou ao enriquecimento ilícito. (...) Com este aviltamento das funções diretivas, aquilo que deveria ser um sistema *holding* passa a ser um amontoado de empresas, sem nenhuma coordenação ou planejamento. Cada empresa faz o seu planejamento isoladamente. (...) Ataca a sua espinha dorsal, impedindo o sistema de realizar movimentos indispensáveis para uma administração eficiente e segura. Ela desestimula o gerente competente, o empregado dedicado e o profissional correto, pois personaliza a vitória do apadrinhamento”.⁷⁹

⁷⁹VIANNA, Gaspar. **Privatização das telecomunicações**. 3ªed., Rio de Janeiro: Notrya, 1993, p. 93-94.

No âmbito dos serviços básicos de telefonia – transmissão de voz –, foi editado o Decreto presidencial n. 96.618, de 31 de agosto de 1988, aprovando o Regulamento dos Serviços Público-Restritos, terminologia que remontava ao Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962.⁸⁰ A introdução desse Decreto cerca de um mês antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 em regulamentação vinte e seis anos tardia evidenciou a tentativa de abrir espaço, no ordenamento jurídico, a uma nova categoria de serviços móveis que não estivesse submetida às limitações renunciadas no texto constitucional de 1988.⁸¹ O Decreto n. 96.618/88 inovou na terminologia do setor de telecomunicações para alterar o conceito tradicional de *serviço público restrito*, estendendo-o aos serviços “de uso do público em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicações *fixo local*”.⁸² Tornava-se patente a finalidade de inserção, na clássica categoria dos serviços públicos restritos, das novas modalidades de serviços móveis celulares sob o nome de *serviço de radiocomunicação móvel restrito*⁸³, visando, com isso, fugir às limitações oriundas da proibição

⁸⁰“Art.6º. Quanto aos fins a que se destinam, as telecomunicações assim se classificam: a)serviço público, destinado ao uso do público em geral; b)serviço público restrito, facultado aos passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicação” (Lei 4.117/62).

⁸¹O esforço foi tão direcionado pelo norte de abertura de uma brecha na legislação para tratamento diferenciado aos novos serviços celulares, que a epígrafe do Decreto 96.618, de 1988, pecou por se referir à alínea *f* do art.6.º do Código Brasileiro de Telecomunicações, que falava de serviços *especiais* de *interesses gerais* não constantes das classificações anteriores de serviços de telecomunicações, enquanto o Regulamento veiculado pelo Decreto refere-se expressamente ao art.6.º, alínea *b*, correspondente ao tradicional serviço público restrito. A cogitação da alínea *f* do art.6.º para embasar o tratamento diferenciado dos serviços celulares denotou um esforço repentino de solução das dificuldades acenadas pela iminente promulgação da Constituição Federal de 1988.

⁸²Art.1º, *caput* do Regulamento dos Serviços Público-Restritos aprovado pelo Decreto 96.618, de 31 de agosto de 1988. Na redação original do Código Brasileiro de Telecomunicações a definição de serviço público restrito era limitada ao serviço “facultado ao uso dos passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicações.” (Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962).

⁸³O Serviço de Radiocomunicação Móvel Restrito é trazido nos seguintes termos pelo Regulamento de Serviço Público-Restritos aprovado pelo Decreto 96.618, de 31 de agosto de 1988: “Art.3º Para os efeitos deste Regulamento, e normas reguladoras

constitucional de transferência de serviços *públicos* de telecomunicações para empresas que não fossem de controle acionário estatal.⁸⁴

A Constituição Federal de 1988 (art. 21, XII) compactuou com o sistema de centralização operacional dos serviços de telecomunicações, introduzindo, pela primeira vez, a exigência de prestação dos serviços por *empresas sob controle acionário estatal*, bem como dividindo os serviços de telecomunicações em telegrafia, telefonia, transmissão de dados e radiodifusão, esta última com tratamento constitucional diferenciado.

A redação do art. 21, incisos XI e XII da Constituição Federal de 1988 com referência aos serviços *públicos* de telecomunicações e *demais serviços de telecomunicações* levou à constatação de que os serviços inscritos no inciso XI seriam numerados e restritos a empresas sob controle acionário estatal, enquanto os demais serviços *privados* cairiam na vala comum do inciso XII. O art. 21, XI, não se referiria a nenhum serviço de telecomunicação que não fosse considerado essencial e, portanto, público. Sob esse enfoque, o art. 21, XI, teria sua extensão resumida aos serviços de telefonia, telegrafia, dados e demais serviços públicos de telecomunicações, restando inseridos, no art. 21, XII, os serviços de radiodifusão de sons, de

complementares, são adotadas as seguintes definições: I – Serviço de radiocomunicação móvel restrito é aquele de telecomunicações móvel terrestre, marítimo ou aeronáutico, da modalidade público-restrito, com acesso aos sistemas públicos de telecomunicações; II – Área de prestação de serviço é a geograficamente definida no ato de outorga de cada permissão, dentro da qual o permissionário é obrigado a prestar o serviço, de acordo com as condições legais e regulamentares pertinentes;”. A Portaria n. 117, de 07/12/1990, do então Ministério da Infraestrutura, evidenciou a intenção governamental de enquadrar nos serviços público-restritos o *serviço móvel celular*, pois, ao publicar a minuta para elaboração de edital para outorga, mediante permissão, de convocação dos interessados na habilitação para exploração do *Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Restrito Celular*, o nomeou como *Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Restrito Celular /Serviço Móvel Celular*.

⁸⁴Esse desiderato vem pormenorizado no seguinte dispositivo do Regulamento dos Serviços Público-Restritos aprovado pelo Decreto 96.618/88: “Art.4º Podem habilitar-se à prestação de Serviço de Radiocomunicação Móvel Restrito: I – as pessoas jurídicas de direito público interno; II – as prestadoras de serviço público de telecomunicações; III – as sociedades anônimas ou as sociedades por cotas de responsabilidade limitada, que atendam às exigências dos artigos 5º, 6º, item II e 11, deste Regulamento”.

sons e imagens, de cabodifusão, de videodifusão, de música funcional, de radiochamada, dentre outros.⁸⁵

Os eventos citados na área de telecomunicações refletem a postura de reação do Poder Executivo brasileiro à divisão constitucional entre serviços públicos prestados por entes controlados pelo Estado e outros serviços públicos e privados passíveis de prestação por particulares. O Executivo procurava ampliar o leque de serviços passíveis de prestação por particulares. Nesse contexto, houve a tentativa de afastamento dos serviços celulares, então nascentes, da regra constitucional delimitadora da prestação de serviços de telefonia por empresas sob controle acionário estatal (art. 21, XI pré-Emenda Constitucional n. 8/95). O Decreto 97.057, de 10 de novembro de 1988 – pouco mais de um mês após a promulgação da Constituição Federal de 1988 –, alterou dispositivos do antigo Regulamento Geral do Código Brasileiro de Telecomunicações (Decreto 52.026/63), acrescentando a possibilidade de emissão, pelo Executivo, de regulamento específico para os *serviços público-restritos*, que, como descrito linhas atrás, já havia sido editado cerca de um mês antes da Constituição Federal de 1988 (Decreto 96.618, de 31 de agosto de 1988). Eles eram uma categoria tradicional de serviços de telecomunicações específicos diferenciados em razão da finalidade e facultados “ao uso dos passageiros dos navios,

⁸⁵No art. 21, XII da CF/88, estariam o “maior volume de serviços de telecomunicações. São mais de 3 dezenas de serviços, onde se destacam os de radiodifusão sonora (estações de frequência modulada, onda média, onda curta e onda tropical), de televisão (UHF e VHF), de cabodifusão, de videodifusão (TV por Assinatura), de música funcional e de radiochamada. (...) O outro grupo de serviços foi alinhado no inciso XI do artigo 21. São serviços considerados *essenciais* para a população e *estratégicos* para o país e, por isso, expressamente chamados de *públicos*. Estes serviços foram *mantidos sob um regime de exploração integrada*, que se fará sob o aspecto administrativo, através de um sistema de empresas sob controle acionário estatal e, sob o aspecto operacional, através de uma rede pública de telecomunicações. Dentre os serviços públicos integrados, a Constituição citou, nominalmente, os serviços telefônicos (*no plural*, ou seja, todos eles: fixos, móveis, deslocáveis, portáteis, tradicionais, celulares, analógicos, digitais etc), os serviços telegáficos (*no plural*, ou seja, todos eles, inclusive o fac-símile e o telex) e os serviços de transmissão de dados (mais uma vez, *no plural*, de modo a abranger todas as subespécies existentes ou por existir)” (VIANNA, Gaspar. **Privatização das telecomunicações**. 3^aed., Rio de Janeiro: Notrya, 1993, p. 148-149).

aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicações”.⁸⁶

Já em 1988, a Portaria 525/88⁸⁷, do Ministério das Comunicações, procurou introduzir no modelo estatal de prestação de serviços de telecomunicações uma *concorrência intramonopólio* ao autorizar às demais empresas do Sistema TELEBRÁS a exploração dos serviços de comunicação de dados antes restrito à Embratel. Acusou-se⁸⁸, à época, *lobby* da Embratel, de introduzir em dita portaria a exigência de que as operadoras regionais somente pudessem utilizar *redes dedicadas* passíveis de uso viável somente por clientes intensivos, embora a vocação dessas empresas estivesse voltada ao tráfego de varejo não-contínuo em face de sua alta capilaridade. Não fosse isso bastante, a evolução tecnológica já permitia a utilização de redes de dados comutadas e não-dedicadas para criação de *redes virtuais permanentes* mais confiáveis e mais baratas que as redes dedicadas, praticamente inviabilizando qualquer espécie de ameaça à Embratel por parte das operadoras locais.

Em 1990, a Lei 8.029 já esboçava o caminho da desestatização, pois autorizou a TELEBRÁS a reduzir para oito o número de suas operadoras, exceto a Embratel, por meio de fusões e incorporações dentro do Sistema TELEBRÁS, passando, cada uma delas a operar em *macrorregiões* definidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Todas estas constatações antecipam o momento de embate das correntes *pró* e *contra* desestatização do setor de telecomunicações parcialmente suspenso em razão do *impeachment* do ex-presidente Collor em finais de 1992. No segundo semestre de 1992, a FITTEL (Federação Interestadual dos Trabalhadores em Telecomunicações) divulgou cartilha contendo os

⁸⁶Art. 6º, item 51 do Regulamento do Código Brasileiro de Telecomunicações aprovado pelo Decreto 52.026, de 20 de maio de 1963.

⁸⁷Portaria n. 525, de 8 de novembro de 1988: “II – Às demais empresas do Sistema TELEBRÁS, controladas ou associadas, compete: (...) c) Observado o disposto nos itens I e III [competências da Embratel e da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos] da presente Portaria, explorar os serviços: (...) 2 – Intraestadual por linha dedicada telefônico, telegráfico, e de comunicação de dados, especializados e não especializados, em suas áreas de operação;”.

⁸⁸REGO, Luiz Carlos Moraes. *As lições da liberalização*, p. 51. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 48-53.

argumentos do *Movimento em Defesa da TELEBRÁS*. De outro lado, encontravam-se as constatações de analistas do setor, em 1993, que refletiam a deterioração do Estado, acusando-o de ter perdido sua *função modernizadora*. A *radicalização* do debate foi rebatida à época e as análises comparativas do atraso brasileiro em telecomunicações evidenciavam a urgência de medidas que revertessem os índices de densidade telefônica e de digitalização das redes. Embora as propostas estivessem, em regra, direcionadas à determinação da melhor forma de desestatização e introdução de modelos regulatórios normativos na estrutura da Administração Pública federal brasileira, houve propostas voltadas a adaptar o modelo monopolista à antiga autonomia gerencial por intermédio do *controle por resultados* viabilizados com o instrumento administrativo do *contrato de gestão*.⁸⁹

Em 25 de setembro de 1992, foi assinado pelo Ministro dos Transportes e Comunicações e pelo representante do Banco Mundial para a América Latina e Caribe o *Memorando de entendimento relativo à reestruturação do setor de telecomunicações*, que incluía subcapítulo específico destinado a resumir o compromisso do governo brasileiro na privatização do Sistema TELEBRÁS. A *revisão constitucional* de 1993, prevista para ser efetivada uma única vez pelo art. 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição brasileira de 1988, foi palco de novos embates representados por três posições políticas para o setor: a manutenção do monopólio estatal; a flexibilização do monopólio estatal; e a privatização do Sistema TELEBRÁS.⁹⁰ As emendas apresentadas, à época, foram sufocadas pelas mesmas razões responsáveis por sufocar o esforço de revisão constitucional como um todo: a proximidade de período eleitoral e a abertura da chamada CPI do Orçamento.

⁸⁹Cf. BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Novembro de 1995, item 7 – Estratégia de Transição, § 2º, em que se propõe a “operacionalização da cultura gerencial centrada em resultados através da efetiva parceria com a sociedade”. Leia-se aqui *sociedade* como *iniciativa privada*.

⁹⁰Cf. MARTINS, Marcus Augustus. **O Brasil e a globalização das comunicações na década de 90**. Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Relações Internacionais. Orientador: Prof. Dr. Eduardo Viola. Instituto de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília. Defesa: 15 de março de 1999, p. 43-44.

A par destes acontecimentos, o setor de telefonia móvel estava em plena pauta do dia patrocinada por movimentos do Executivo para sua paulatina transferência à iniciativa privada. O espaço aberto pelo Decreto n. 96.618, de 31/08/1988, que regulamentava os serviços público-restritos, evidenciava o interesse governamental de dar tratamento diferenciado ao Serviço Móvel Celular, remetendo-o à prestação privada. Em março de 1989, editais de licitação para escolha dos fornecedores de terminais do serviço móvel celular da subfaixa “A” foram publicados para São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília. A licitação de São Paulo foi anulada por iniciativa da TELEBRÁS, que alegou terem as propostas apresentado preços excessivos, além da impossibilidade de prestação do serviço de telefonia móvel na frequência de 800MHz, que, à época, estava alocada para o controle de tráfego aéreo. Nos casos de Rio de Janeiro e Brasília, recursos administrativos das empresas derrotadas nas licitações protelaram o início das operações celulares para 1990 e 1991. A *Nec*, vencedora da licitação no Rio de Janeiro, vendeu seu primeiro telefone celular portátil no Brasil em dezembro de 1990. A Portaria n. 117, de 07/12/1990, do então Ministério da Infraestrutura, publicou minuta da *Norma Específica de Telecomunicações – NET*, finalmente aprovada pela Portaria n. 31, de 25/02/1991, voltada a disciplinar a forma de *permissão* da prestação do Serviço Móvel Celular para a iniciativa privada na segunda rodada de licitações dirigidas para as cidades de São Paulo, região de Campinas, Belo Horizonte, Salvador, Recife e Fortaleza, indicando a atuação destas permissionárias em subfaixa de frequência⁹¹ não-coincidente⁹² a da prestadora de *Serviço Público de Telecomunicações*. Esse esforço privatizante, entretanto, foi obstruído por ações judiciais apoiadas na proibição constitucional de prestação de serviços públicos de telecomunicações por empresas que não fossem de maioria acionária

⁹¹A definição das Subfaixas “A” e “B” vinha estipulada na Norma 004/88 (*Regulamento do Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Restrito Celular/Serviço Móvel Celular*) aprovada pela Portaria n. 6, de 16/01/1989, do Ministério das Comunicações.

⁹²Norma Específica de Telecomunicações (NET), veiculada pela Portaria n. 31, de 25/02/1991: “Edital de Habilitação para a Exploração do Serviço Móvel Celular (...) 3.6 Dados do edital. 3.6.1 Dados obrigatórios. O Edital deve conter, entre outros, os dados a seguir indicados: b) a faixa de frequências para utilização na respectiva área, que será, entre as duas disponíveis na faixa de 800MHz, aquela não destinada à empresa prestadora de Serviço Público de Telecomunicações;”

estatal.⁹³ Somente em janeiro de 1993, foi definido o vencedor (*Nec*) da concorrência para o fornecimento de equipamentos do serviço móvel celular para a TELESP. Em razão de recursos administrativos, a operação ficaria diferida para alguns meses mais tarde. Isso não impediu a expansão do serviço móvel celular pelo interior de São Paulo e por outras regiões do país.

Já em meados de 1990, com o intuito declarado de dinamizar a prestação de serviços de telecomunicações, que encontravam obstáculos de investimentos privados a partir do texto constitucional, a equipe chefiada pelo então Ministro das Comunicações⁹⁴, propôs a prestação dos serviços de telecomunicações não mais centrada na figura do *Estado-prestador*, mas remetida ao potencial de investimentos privados, que deveriam ser *canalizados* por nortes de *qualidade* e *universalização* das telecomunicações, cuja demanda reprimida via-se caracterizada nos antigos *planos de expansão*. Os fatores da privatização do *Sistema TELEBRÁS* encontraram obstáculos de natureza jurídica extirpados mediante alterações introduzidas na ordem jurídica brasileira⁹⁵, seguindo-se cartilha

⁹³“Na prática, até o início de 1993, só os serviços celulares de faixa A estavam sendo implantados. E todas as tentativas para exploração da faixa B (...) haviam sido impedidas judicialmente por iniciativa de grupos de interesse político-sindicais, com base no inciso XI do artigo 21 da Constituição da 1988” (REGO, Luiz Carlos Moraes. *As lições da liberalização*, p. 51. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicações: privatização ou caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 48-53). “Medidas judiciais anularam a desregulamentação dos serviços de telefonia celular” (PADILHA, Marcos Lopes. **Análise setorial: telefonia fixa em perspectiva**. Vol.I, São Paulo: Gazeta Mercantil, 2001, p. 23).

⁹⁴Cf. PRATA, José; BEIRÃO, Nirlando; TOMIOKA, Teiji. **Sergio Motta: os bastidores da política e das telecomunicações no governo FHC**. São Paulo: Geração editorial, 1999, p. 323-408.

⁹⁵Dentre as inovações normativas mais relevantes, estão: a Lei 8.977, de 06/01/1995, que disciplinou o serviço de TV a Cabo e sua outorga; a Emenda Constitucional n. 8, de 15/08/1995, que possibilitou a prestação de serviços de telecomunicações mediante autorização ou permissão e retirou a exigência de que somente fossem transferidos às empresas sob controle acionário estatal; o Regulamento de Outorga de Concessão ou Permissão para Exploração de Serviços de Telecomunicações em Base Comercial minutado pela Portaria 223, de 1º/09/1995 e aprovado pelo Decreto 1.719, de 28/11/1995; a Lei 8.987/95, que deu novo tratamento aos institutos da concessão e permissão de serviços públicos conforme art.175 da Constituição Federal de 1988; a Lei 9.074/95, que estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões, possibilitando também a transferência da prestação de serviços públicos mediante privatização (as duas últimas expressamente afastadas

internacional – *The Blue Book* – para dinamização setorial.⁹⁶ Munida dessa nova perspectiva de prestação de serviços públicos, a base aliada do Executivo no Congresso Nacional deu prosseguimento às transformações normativas referentes aos serviços de telecomunicações iniciadas com a retirada do óbice constitucional à flexibilização dos serviços de telecomunicações, que vinham qualificados pela Constituição Federal de 1988 como serviços *públicos*, tendo adquirido nova feição com a Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995.

A Proposta de Emenda Constitucional n. 3/95, que deu origem à Emenda Constitucional n. 8/95, de quebra do monopólio estatal das telecomunicações teve rápida tramitação.⁹⁷ Ela representou um marco

pela Lei 9.472/97, mas que servem para revelar a direção do esforço histórico do Executivo); a Lei 9.295/96, conhecida como Lei Mínima, que basicamente veio solucionar, a título provisório, a abertura da telefonia móvel celular ao capital privado; a Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que revogou a quase totalidade do antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), excepcionando as disposições relativas à radiodifusão e as referentes à matéria penal. A tudo isto, soma-se um conjunto de Portarias do Ministério das Comunicações e Resoluções posteriores da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que disciplinam a prestação dos serviços de telecomunicações em específico.

⁹⁶O texto significativo a respeito é intitulado *The Blue Book* e é resultado de um esforço conjunto do *Telecommunication Development Bureau (BDT)* integrante da União Internacional de Telecomunicações (UIT) em colaboração com a Comissão Interamericana de Telecomunicações (CITEL) integrante da Organização dos Estados Americanos (OEA). O *livro azul* busca sintetizar recomendações oriundas de encontros internacionais para potencializar o desenvolvimento do setor de telecomunicações. O trecho a seguir transcrito é significativo quando aplicado ao sistema introduzido no Brasil: “*The telecommunication legislation should also set forth the basic policies and requirements that will apply to the services, facilities and operators within its scope. Typically, these provisions might include: public or social obligations that the dominant operator in the public telecommunication network generally has to meet, such as the duty to offer service on a non-discriminatory basis, to provide universal service, to make emergency and disaster relief services available, or to meet predefined quality or reliability requirements*” (ITU & CITEL. **Telecommunications for the Americas: the Blue Book**. Genebra, 2000, p. 9).

⁹⁷“Analisada por uma Comissão Especial dentro da Câmara dos Deputados e tendo como relator o deputado Geddel Vieira de Lima (PMDB-BA), de tendência francamente governista, a emenda flexibilizadora trouxe novamente à tona as discussões travadas em 1993, por ocasião da frustrada revisão constitucional. A resistência dos partidos de oposição e sua base de sustentação sindical foi rearmada, assim como os *lobbies* empresariais a favor da quebra do monopólio, oriundos, sobretudo, do Instituto Brasileiro para o Desenvolvimento das Telecomunicações

normativo de adaptação da legislação às demandas de *globalização* do sistema de telecomunicações, de certa forma impostas por políticas de empréstimos internacionais⁹⁸, e voltadas à mudança do papel do Estado na economia, mediante o conceito do *Estado Regulador* em detrimento do *Estado Prestador*. Evidenciou-se a transformação da política estatal, abandonando a ideia de regulação operacional centralizada em nome de uma regulação operacional descentralizada. Essa mudança de perspectiva da função estatal foi acompanhada pelo fortalecimento da *regulação normativa* refletida na criação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Reformas Normativo-Operacionais da década de 90

As modificações normativas descritas acima, acompanhadas das desestatizações, abriram espaço para investimentos privados no setor com a

(IBDT) e da Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica (ABINEE), além da atuação direta da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), interessada na manutenção do modelo de radiodifusão vigente. As pressões do Poder Executivo, especialmente do Ministério das Comunicações e do Palácio do Planalto, sobre a base parlamentar do governo, e a ação privatizante dos partidos liberais também deram a tônica aos acirrados debates. (...) ao contrário das expectativas, o substitutivo do relator, deputado Geddel Vieira de Lima, sobre a PEC, depois de pequenos ajustes para satisfazer o PFL e o PPB, acabou sendo facilmente aprovado na Comissão Especial, no dia 10 de maio de 1995, com um placar de 22 votos a favor e oito contra. E, apenas duas semanas depois, em 25 de maio, mantido o texto aceito pela Comissão Especial, a PEC n.3 foi também aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados, sendo promulgado no dia 15 de agosto seguinte pelo Senado Federal, transformando-se na Emenda Constitucional n.8.” (MARTINS, Marcus Augustus. **O Brasil e a globalização das comunicações na década de 90**. Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Relações Internacionais. Orientador: Prof. Dr. Eduardo Viola. Instituto de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília. Defesa: 15 de março de 1999, p. 57-58).

⁹⁸Esclarecedora a posição exarada pelo Banco Mundial na *Americas Telecom 2000*, realizada entre 10 e 15 de abril de 2000, no Rio de Janeiro, quando seu representante, Carlos Braga, foi questionado pelo Governo de Porto Rico sobre a ausência de linhas de crédito para empresas estatais prestadoras de serviços de telecomunicações. A resposta transmitiu decisão do Banco Mundial em somente fomentar o desenvolvimento de empresas privadas de telecomunicações em mercados livres, pois partiu do pressuposto de que a concentração do serviço de telecomunicações nas mãos do Estado não satisfaria as exigências de tecnologia e dinamização em um mundo globalizado.

convergência do interesse internacional para a demanda reprimida brasileira de serviços de telecomunicações.

Após a abertura introduzida pela Emenda Constitucional n. 8, de 15/08/1995, o Poder Executivo federal tentou regulamentar diretamente por Decreto o que chamou de *exploração de serviços de telecomunicações em base comercial*. O Decreto n. 1.719, de 28/11/1995, aprovou o *Regulamento de Outorga de Concessão ou Permissão para Exploração de Serviços de Telecomunicações em Base Comercial*. Com base nele, o Ministro das Comunicações aprovou a Portaria n. 327, de 19/12/1995⁹⁹, que submetia à *consulta pública prévia* as *características técnicas básicas* exigidas para a *autorização de meios de prestação de serviços de telecomunicações via satélite geostacionário*. Também fundada no Decreto n. 1.719/95, a Portaria n. 48, do Secretário de Serviços de Comunicações do Ministério das Comunicações, submetia à consulta pública prévia a proposta de ato normativo sobre *critérios e procedimentos contábeis para a prestação de Serviço Móvel Celular*. O Decreto n. 1.719/95 pretendia regulamentar a transferência da prestação de serviços públicos de telecomunicações para particulares conforme autorizado pela Emenda Constitucional n. 8/95, mas foi acusado de inconstitucionalidade, já que a Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/95) e a Lei 9.074/95, não satisfaziam ao setor de telecomunicações.¹⁰⁰ Como o art. 21, XI, da Constituição Federal de 1988, exigia a disciplina, por lei, do regime de autorização, concessão ou permissão inseridos pela Emenda Constitucional n. 8/95, o Supremo Tribunal Federal suspendeu

⁹⁹Portaria 327, de 19/12/1995, publicada no DOU de 21/12/1995, p. 21801/21802.

¹⁰⁰A Medida Provisória n. 890, de 13/02/1995, definia, em seu art. 1º, quais *atividades econômicas* estariam sujeitas aos regimes de concessão e permissão previstos na Lei 8.987, também de 13 de fevereiro de 1995, gerando, com isso, a interdependência entre os dois instrumentos normativos. O inciso III do art. 1º da MP n. 890/95 previa expressamente a aplicação dos dispositivos da Lei 8.987/95 às telecomunicações. Antes da promulgação da EC8/95, dita medida provisória foi analisada pelo Congresso Nacional, que considerou inconstitucional a inclusão das telecomunicações no rol comum de serviços públicos passíveis de concessão ou permissão da Lei 8.987/95. Como já estava em discussão a EC8/95, uma negociação entre Executivo e Legislativo resultou no compromisso de veto do inciso III do art. 1º da Lei 9.074, de 07/07/1995, que resultou da conversão da última reedição da MP 890, numerada como MP 1.017, de 08/06/1995. Desta forma, as duas leis – Lei 8.987/95 e Lei 9.074/95 – foram reputadas insuficientes para a disciplina das concessões e permissões de serviços de telecomunicações.

liminarmente a vigência do Decreto n. 1.719/95, em 27 de novembro de 1996 (ADIn 1.435/DF)¹⁰¹, sob a alegação de que ele desrespeitara a reserva legal imposta pelo texto constitucional.

O julgamento no Supremo Tribunal Federal ocorreu quando já em vigor a chamada Lei Mínima (Lei 9.295, de 19/07/1996), que serviu como disciplina legislativa inicial dos serviços de telecomunicações tidos por mais urgentes e de alta atratividade econômica: subfaixa “B” do serviço móvel celular; serviços via satélite; serviços de *trunking*; serviços de *paging*; e, regulação da utilização de rede pública de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado. Quando da aprovação do Decreto 1.719/95, não havia sido editada a Lei Mínima, que supria, em parte, a exigência de disciplina legal do art. 21, XI da CF/88. Cogitou-se, no julgamento, na perda de objeto da ação direta de inconstitucionalidade movida contra o Decreto 1.179/95, alegando-se a sua revogação pela Lei 9.295/96, mas prevaleceu afinal a decisão de suspensão liminar de vigência do Decreto questionado. Poucos dias após a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Decreto 1.719/95 foi revogado pelo próprio Executivo.¹⁰²

Nos dois meses finais de 1996, já sob o manto da Lei 9.295/96, implementou-se a regulamentação do Serviço Móvel Celular por intermédio do Decreto 2.056, de 04/11/1996, como também foram alteradas as regras de privatização do serviço celular pela Medida Provisória 1.531. O território brasileiro foi dividido em 10 áreas de concessão para as operadoras da Banda “B”, cuja licitação ocorreu em 4 de junho de 1997, mas que somente foi concluída, em razão de discussões jurídicas e dificuldades de se encontrarem interessados para certas regiões, em 19 de outubro de 1998, quando o consórcio formado pela Tele Centro Oeste da Banda A de

¹⁰¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.435-8/DF, relatada pelo Min. Francisco Resek e requerida pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Sessão plenária, de 27 de novembro de 1996, por maioria, vencidos os Ministros Francisco Resek (relator), Maurício Corrêa e Néri da Silveira, decidiu pela declaração de suspensão liminar de vigência do Decreto 1.719/95. Ementário de Jurisprudência do STF n. 1957-1, p. 40-60, DJ 06.08.1999.

¹⁰² Decreto 2.087, de 4 de dezembro de 1996. Publicado no DOU de 05/12/1996, p. 25.847.

telefonia móvel celular e a Inepar arremataram a concessão da área 8 da Banda B de telefonia móvel celular.¹⁰³

Desestatização do Sistema TELEBRÁS

Para o processo de desestatização, a União já contava com o funcionamento do *órgão regulador* previsto pela Emenda Constitucional n. 8/95, dotado de conhecimento, pessoal e infraestrutura herdados do Sistema TELEBRÁS, o que possibilitou a prévia estruturação estratégica do Estado para o enfrentamento das novas condições de regulação normativa centralizada, que foram impostas no modelo de prestação de serviços de telecomunicações.

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL foi criada pela *Lei Geral de Telecomunicações – LGT* (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997) como *autoridade independente* (LGT: art. 9º), assumindo a forma jurídica de entidade integrante da Administração Indireta da União, espécie de autarquia, sob supervisão do Ministério das Comunicações, e com características de ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo de seus dirigentes e autonomia financeira (LGT: art. 8.º, §2º). Em outubro do mesmo ano, o Presidente da República aprovou, por meio do Decreto 2.338, de 7 de outubro de 1997, o *Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações*, que viabilizou a instalação efetiva da ANATEL, cujo início de funcionamento aguardou até novembro do mesmo ano pelas nomeações e preenchimento de 4 dos 5 cargos do Conselho Diretor.¹⁰⁴ Em janeiro de 1999, o último cargo vago foi preenchido.¹⁰⁵

¹⁰³ As áreas definidas pelo Executivo federal para a subfaixa “B” no país foram: Área 1: cidade de São Paulo, Santo André, São Bernardo do Campo, São Caetano, Diadema e outros 40 municípios da região metropolitana de São Paulo; Área 2: interior de São Paulo; Área 3: Rio de Janeiro e Espírito Santo; Área 4: Minas Gerais; Área 5: Paraná e Santa Catarina; Área 6: Rio Grande do Sul; Área 7: Distrito Federal, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre; Área 8: Amazonas, Amapá, Pará, Maranhão e Roraima; Área 9: Bahia e Sergipe; Área 10: Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco e Alagoas.

¹⁰⁴ O primeiro Presidente do Conselho Diretor da ANATEL (Renato Navarro Guerreiro), com mandato inicial de 3 anos, foi nomeado pelo Decreto sem número de 4 de novembro de 1997, publicado no DOU de 5/11/1997, empossado no dia da publicação pelo Ministro das Comunicações, Sérgio Motta. Seguindo a ordem do art. 25 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) de não-coincidência de mandatos, os outros 3 conselheiros nomeados nessa data tiveram mandatos de

Coube à ANATEL, por expressa disposição legal (LGT: art. 97), manifestar-se previamente à *cisão, fusão, transformação, incorporação, redução do capital* ou *transferência de controle acionário* das empresas concessionárias de serviços públicos de telecomunicações. A par disto, também foi estabelecido pela Lei Geral de Telecomunicações¹⁰⁶ a competência da ANATEL para *aprovar editais de licitação, homologar adjudicações* e *decidir sobre a prorrogação, transferência, intervenção e extinção* das outorgas voltadas à prestação de serviço de telecomunicações no regime público. Os dispositivos citados exigiram a presença da ANATEL, mediante sua necessária manifestação sobre a transferência do controle societário das empresas federais de telecomunicações, que se deu pelos Atos 672 a 683 da ANATEL, de 3 de agosto de 1998. A íntegra dos atos encontra-se na Coletânea Brasileira de Normas e Julgados de Telecomunicações mantida pelo Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB, no site da ANATEL e em site próprio: www.getel.org.

Quando da desestatização do Sistema TELEBRÁS (1998), havia uma empresa privada de telecomunicações sobrevivente e três outras operadoras não pertencentes à União, muito embora todas fossem tecnicamente integradas com a rede nacional, quais sejam: a) COMPANHIA RIOGRANDENSE DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. – CRT, do Estado do Rio Grande do Sul, com controle acionário estadual e concessão para exploração de serviços públicos de telecomunicações no Rio Grande do Sul à exceção dos Municípios de Pelotas e Capão do Leão. Em 1996, o Estado do Rio Grande do Sul vendeu 35% de suas ações ordinárias a um consórcio liderado pela *Telefónica de España*, que, por sua vez, as vendeu para a operadora Brasil Telecom; b) CENTRAIS TELEFÔNICAS DE RIBEIRÃO

durações distintas: Luiz Francisco Tenório Perrone (mandato de 4 anos); José Leite Pereira Filho (mandato de 5 anos); Antônio Carlos Valente da Silva (mandato de 7 anos), todos também nomeados por decretos do mesmo dia 4/11/1997 e empossados no dia 05/11/1997.

¹⁰⁵O Decreto sem número de 7 de janeiro de 1999 nomeou o último conselheiro (Luiz Tito Cerasoli), fixando para 04/11/2003 o término do mandato correspondente. O termo de posse foi assinado pelo Ministro das Comunicações, João Pimenta da Veiga Filho, em 10 de janeiro de 1999.

¹⁰⁶Art. 22, V da Lei Geral de Telecomunicações, reproduzido no art. 35, VI do Regulamento da ANATEL aprovado pelo Decreto 2.338, de 07/10/1997.

PRETO – CETERP, do Município de Ribeirão Preto, adquirida pela Telefônica de Espanha em dezembro de 1999; c) SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES DE LONDRINA – SERCOMTEL, operadora municipal de Londrina, Paraná, ainda em operação sob o nome *SERCOMTEL S.A. – Telecomunicações* e *SERCOMTEL Celular S.A.*¹⁰⁷; d) COMPANHIA TELEFÔNICA DO BRASIL CENTRAL – CTBC, única companhia privada do setor controlada pelo grupo Algar, que operava em municípios do Triângulo Mineiro, Goiás, Mato Grosso do Sul e São Paulo. Após a aprovação da Lei Geral de Telecomunicações de 1997, lhe foram outorgadas pela ANATEL concessões de serviços fixos locais e de longa distância nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Goiás e Mato Grosso do Sul.

A presença dessas empresas não-integrantes do Sistema TELEBRÁS não o ofuscava. Em 1998, cerca de 91% da base telefônica do Brasil pertencia à TELEBRÁS. No mesmo ano, o governo federal detinha 50,4% de seu capital votante e 21,44% de seu capital total.¹⁰⁸

O sistema do autofinanciamento, que fora implementado durante três décadas, chegara ao seu limite, inviabilizando sua utilização para novas expansões necessárias para o Sistema. A partir de 30 de junho de 1997, com a Norma 06/97 – *Tarifa de Habilitação do Serviço Telefônico Público*, aprovada pela Portaria n. 261/97, do Ministro das Comunicações, deixou de existir o autofinanciamento e passou a vigorar o pagamento exclusivo de Tarifa ou Preço de Habilitação.

Após o esforço político de alteração das disposições normativas impeditivas da transferência da prestação de serviços públicos de

¹⁰⁷ A SERCOMTEL é um caso diferenciado do setor no Brasil. Foi instituída, em 1965, como autarquia municipal, tendo sido frustradas as pressões do Ministério das Comunicações, à época, para transformá-la em sociedade anônima, em 1984. Com as alterações iniciadas pela Emenda Constitucional n. 8, de 1995, em 1º de agosto de 1996 a autarquia foi substituída pela *SERCOMTEL S.A. – Telecomunicações*, sociedade de economia mista municipal cindida, em 1998 em duas empresas: a *SERCOMTEL S.A. – Telecomunicações* e a *SERCOMTEL Celular S.A.* Em 2001, foi realizado plebiscito para decisão sobre a privatização da SERCOMTEL Celular, tendo vencido a posição pró manutenção da estatal. Conferir, a respeito: TAVARES, Mário Jorge de Oliveira. **Sercomtel: marca de pioneirismo**. Londrina: Midiograf, 2003, p. 23; 41; 86, nota 408; 97.

¹⁰⁸ PADILHA, Marcos Lopes. **Análise setorial: telefonia fixa em perspectiva**. Vol.I, São Paulo: Gazeta Mercantil, 2001, p. 26.

telecomunicações pela iniciativa privada, o Executivo federal ultimou esforços do antigo projeto de desestatização do Sistema TELEBRÁS. A TELEBRÁS, cujas operadoras estaduais, até dezembro de 1997, prestavam serviços de telecomunicações fixos e móveis celulares, sofreu uma reestruturação em janeiro de 1998, em que suas vinte e seis empresas estaduais controladas separaram-se, cada uma, em duas empresas, uma para serviços fixos e a outra para serviços móveis celulares. O conglomerado resultante foi aglutinado em doze empresas, mediante aprovação da ANATEL¹⁰⁹, conforme exigência do art. 97 da Lei Geral de Telecomunicações.¹¹⁰ As operadoras de telefonia fixa foram agrupadas em três grandes *holdings*, enquanto as operadoras de telefonia móvel celular foram agrupadas em oito *holdings*. Estas operariam na Banda “A” para competirem com as empresas privadas já instaladas ou em vias de instalação da Banda “B”. A partir de 22 de maio de 1998, com a efetivação da reestruturação, a TELEBRÁS deixou de ter ativos operacionais geradores de receitas, contentando-se com os recursos advindos de aplicações financeiras.

A cisão resultou em quatro empresas destinadas à prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC): TELE NORTE LESTE¹¹¹; TELES¹¹²; TELE CENTRO SUL¹¹³; e EMBRATEL¹¹⁴. As oito restantes foram

¹⁰⁹O Ato n. 109, de 23/04/1998, da ANATEL, aprovou a cisão parcial da TELEBRÁS nos moldes do *Modelo de Reestruturação e Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações*, aprovado pelo Decreto 2.546, de 14/04/1998 e da proposta de cisão parcial aprovada pelo Conselho Administrativo da Companhia, em 15/04/1998. A cisão de fato ocorreu em 22 de maio de 1998.

¹¹⁰Lei 9.472, de 16/07/1997, Livro III (Da organização dos serviços de telecomunicações), Título II (Dos serviços prestados em regime público), Capítulo II (Da concessão), Seção II (Do contrato): “Art. 97. Dependirão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário. Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.”

¹¹¹Participação acionária estatal vendida no Leilão das Empresas Estatais Federais de Telecomunicações, de 29/07/1998, na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro. Relação dos vencedores encaminhada à ANATEL pela Câmara de Liquidação e Custódia (CLC) por meio da correspondência DG109/98, de 30/07/1998. Aprovação da transferência pelo Ato n. 674, de 03/08/1998 da ANATEL.

¹¹²Participação acionária estatal vendida conforme nota anterior. Ato n. 672, de 03/08/1998 da ANATEL.

¹¹³Participação acionária estatal vendida conforme nota anterior. Ato n. 673, de 03/08/1998 da ANATEL.

destinadas ao Serviço Móvel Celular da Subfaixa “A”: TELESP CELULAR¹¹⁵; TELE SUDESTE CELULAR¹¹⁶; TELE CENTRO OESTE CELULAR¹¹⁷; TELE CELULAR SUL¹¹⁸; TELEMIG CELULAR¹¹⁹; TELE NORDESTE CELULAR¹²⁰; TELE LESTE CELULAR¹²¹; e TELE NORTE CELULAR¹²².

A justificativa apresentada pelo Governo foi a de maximizar a atração de capital estrangeiro para o financiamento externo da economia brasileira. As razões oficiais para não se ter optado por uma única empresa nacional capaz de concorrer internacionalmente foram apresentadas como sendo a incompatibilidade de subsídios cruzados com ambientes competitivos, o porte avantajado das três operadoras regionais em comparação com o das congêneres latino-americanas, a focalização dos investimentos dentro de cada região, a facilidade no controle do órgão regulador sobre atores com menor potencial monopolista, a possibilidade de aceno com o incentivo da remoção das restrições geográficas após o cumprimento das metas estabelecidas nos regulamentos, bem como a maior facilidade no processo de privatização, permitindo-se, com isso, a participação de grupos nacionais.

No âmbito da *telefonia fixa*, houve a divisão do Sistema TELEBRÁS em três grandes empresas regionais (TELE NORTE LESTE, TELE CENTRO SUL e TELESP) e uma empresa nacional (EMBRATEL). Àquelas caberiam os serviços locais e interurbanos intraestaduais e interestadual dentro das

¹¹⁴Participação acionária estatal vendida conforme nota anterior. Ato n. 675, de 03/08/1998 da ANATEL.

¹¹⁵Participação acionária estatal vendida conforme nota anterior. Ato n. 676, de 03/08/1998 da ANATEL.

¹¹⁶Participação acionária estatal vendida conforme nota anterior. Ato n. 677, de 03/08/1998 da ANATEL.

¹¹⁷Participação acionária estatal vendida conforme nota anterior. Ato n. 682, de 03/08/1998 da ANATEL.

¹¹⁸Participação acionária estatal vendida conforme nota anterior. Ato n. 679, de 03/08/1998 da ANATEL.

¹¹⁹Participação acionária estatal vendida conforme nota anterior. Ato n. 678, de 03/08/1998 da ANATEL.

¹²⁰Participação acionária estatal vendida conforme nota anterior. Ato n. 680, de 03/08/1998 da ANATEL.

¹²¹Participação acionária estatal vendida conforme nota anterior. Ato n. 681, de 03/08/1998 da ANATEL.

¹²²Participação acionária estatal vendida conforme nota anterior. Ato n. 683, de 03/08/1998 da ANATEL.

respectivas *áreas de concessão* definidas pelo Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto 2.534/98,¹²³ enquanto à EMBRATEL caberia a exploração dos serviços intraestaduais, interestaduais e internacionais em todo o território, gerando, assim, um potencial de competição com limites nos serviços intraestaduais e interestaduais. Sob o argumento de garantia do volume inicial de investimentos oriundos das aquisições de privatização, foi previsto, no *Plano Geral de Outorgas – PGO*, o limite de um novo entrante em cada região¹²⁴, inclusive na da EMBRATEL, licitados em 1999. Ao lado disso, para incremento do mecanismo competitivo, o mesmo PGO impôs a exigência de cumprimento das metas de expansão e atendimento contraídas pelas *novas operadoras* e pelas *concessionárias* para antecipação de sua liberalização quanto às limitações geográficas e de serviços de telefonia fixa.¹²⁵ O duopólio foi garantido pelo PGO até 31 de dezembro de 2001 no serviço local (concessionária regional e nova operadora regional), de longa distância nacional interregional (EMBRATEL e INTELIG) e de longa distância internacional (EMBRATEL e INTELIG). Já, nos serviços de longa distância intraestadual e interestadual intrarregional, o PGO garantiu, até 31 de dezembro de 2001, o limite de quatro competidores (concessionária regional, nova operadora regional, EMBRATEL e INTELIG).

Reservaram-se espaços geográficos mapeados segundo o percentual do Produto Interno Bruto – PIB de cada região e sua densidade para repartição entre as empresas regionais.¹²⁶ Daí ter-se entregue à TELE NORTE LESTE uma região que se estendia dos Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo e Minas Gerais, passando por todos os Estados do Nordeste brasileiro, chegando aos seguintes Estados do Norte do país: Pará, Amapá, Amazonas e Roraima. Essa região respondia, em 1997, por 39% do PIB nacional. A

¹²³O Plano Geral de Outorgas veiculado pelo Decreto 2.534, de 02/04/1998, previu, no art.4º e anexos, quatro regiões, das quais as três primeiras vieram subdivididas em setores.

¹²⁴Art. 9º do Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto 2.534, de 02/04/1998.

¹²⁵Para as autorizatárias de serviços de telefonia fixa, a antecipação de liberalização de 31 de dezembro de 2002 para 31 de dezembro de 2001. Para as concessionárias de serviços de telefonia fixa, a antecipação de liberalização de 31 de dezembro de 2003 para 31 de dezembro de 2001. Respectivamente §§1º e 2º do art.10 do Plano Geral de Outorgas aprovado pelo Decreto 2.534, de 02/04/1998.

¹²⁶Dados constantes da Proposta Básica de Implementação da Lei Geral de Telecomunicações do Ministério das Comunicações, de 23 de outubro de 1997.

TELE CENTRO SUL abarcou os Estados do Rio Grande do Sul¹²⁷, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Distrito Federal, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre, juntos com 25% do PIB nacional. A diferença do PIB seria compensada por sua posição estratégica fronteiriça com os países do MERCOSUL e sua alta taxa de crescimento do setor de telecomunicações. Finalmente, à TELESP coube o Estado de São Paulo, que, sozinho, detinha 36% do PIB brasileiro.

À operadora de serviços de longa distância nacional e internacional, de comunicação de dados e de serviços domésticos de telecomunicações via satélite do Sistema TELEBRÁS – EMBRATEL –, coube o dever de uniformização de interconexão nacional, que, juntamente com sua posição estratégica continental, afastavam intuítos de divisão.

Já, no âmbito da *telefonia móvel celular*, houve a divisão do Sistema TELEBRÁS em oito *holdings*, que seguiram as áreas predefinidas para a subfaixa “B” de telefonia móvel celular já instaladas ou em vias de instalação, cujos critérios de mapeamento foram escolhidos segundo a quantidade de usuários interessados em celulares de cada região (demanda reprimida) e no volume de investimentos esperados.

Os 10 primeiros anos do novo modelo regulatório (1998-2008)

As subdivisões do antes monolítico Sistema TELEBRÁS, fossem meras conformações acionárias, fossem especializações funcionais (telefonia fixa, móvel, dados), permitiram o surgimento de um novo cenário caracterizado pela complexidade das relações entre o ambiente normativo e a realidade de prestação dos serviços de telecomunicações.

Afora o referido sistema escalonado de abertura à competição decorrente da antecipação de metas de universalização e de abrangência, diversas manifestações regulatórias foram progressivamente esboçando o retrato do setor de telecomunicações brasileiro. Medidas administrativas e normativas de cunho regulatório foram abundantes no sentido de redesenhar as relações

¹²⁷Embora a antiga operadora do Sistema TELEBRÁS (CTMR – Companhia Telefônica Melhoramento e Resistência S.A.) somente atuasse efetivamente em Pelotas e adjacências, já que a CRT do Estado do Rio Grande do Sul operava nos demais municípios, a área de concessão foi definida como todo o Estado do Rio Grande do Sul.

de forças entre os atores setoriais, de remodelar a extensão e o significado dos serviços envolvidos, de redimensionar o teor das obrigações de universalização e de continuidade, de inaugurar o modelo de atuação concertada entre os órgãos de defesa da concorrência e o órgão regulador, de adequar o direito nacional a acordos internacionais, enfim, no sentido de *acompanhamento conjuntural da realidade setorial*.

Após a instalação da ANATEL, diversos documentos entraram em vigor e desenharam um plexo normativo intrincado e denso pertinente direta ou indiretamente ao setor de telecomunicações no Brasil, contemplando mais de trinta leis ordinárias, noventa decretos presidenciais, quarenta portarias ministeriais e interministeriais, e quinhentas resoluções da ANATEL, dentre inúmeros atos administrativos aplicadores da normatização setorial. Parcela das normas dos primeiros anos de funcionamento da ANATEL buscava atualizar a produção normativa ministerial, ou mesmo elevar o *status* da antiga documentação do Sistema TELEBRÁS, em especial as chamadas *práticas TELEBRÁS*, mas foi muito além disso ao se utilizar da produção normativa regulatória para consolidação de um verdadeiro *ordenamento jurídico setorial* partilhado entre o Congresso Nacional, a Presidência da República, as pastas ministeriais e o órgão regulador. Dito ordenamento jurídico setorial caracterizou-se pela disciplina: a) da política pública aplicável às telecomunicações; b) das diretrizes administrativas e tributárias do setor; c) dos princípios gerais e específicos de organização dos serviços de telecomunicações e de suas aplicações; d) da relação jurídica entre agência, prestador e usuário/consumidor; e) da natureza jurídica e das obrigações incidentes sobre a infraestrutura e os meios de telecomunicações. Os parágrafos seguintes pinçam exemplos do citado ordenamento jurídico setorial para que se possa ter presente o conjunto variado de disposições e de temas abarcados pela regulação das telecomunicações no Brasil.

No que se refere à política pública setorial, atos dos poderes Executivo e Legislativo definiram, dentre outros aspectos: o Plano Geral de Outorgas e o Plano Geral de Metas para Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado no Regime Público, ambos de 1998, 10 anos mais tarde substituídos por versões mais atualizadas; o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações; o Projeto Cidadão Conectado – Computador para Todos; o Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (Funttel); o padrão de TV digital terrestre adotado no

Brasil e a instituição do Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre (SBTVD-T); o Plano de Metas para Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado em Instituições de Assistência às Pessoas com Deficiência Auditiva; o Regulamento sobre as Condições de Acesso e Fruição dos Serviços de Utilidade Pública e de Apoio ao STFC; o Plano de Metas para Universalização dos Serviços de Telecomunicações em Escolas Públicas de Ensino Profissionalizante e Médio; a obrigatoriedade das concessionárias de telecomunicações em estabelecerem datas opcionais para vencimento de seus débitos; incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo do setor de informática e automação; incentivos à produção nacional de equipamentos para os sistemas de TV digital terrestre e celulares com recepção da TV digital aberta, inclusive na Zona Franca de Manaus; a prioridade de investimento estatal na universalização dos serviços e no incentivo à pesquisa, desenvolvimento e produção de equipamentos e softwares; a prioridade de atendimento a pessoas portadoras de deficiências, idosos, gestantes, lactantes e das pessoas acompanhadas por crianças de colo; a promoção da acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência sensorial mediante alternativas técnicas a sistemas de comunicação e sinalização; a exigência de tratamento diferenciado à educação a distância mediante redução dos custos de transmissão em canais comerciais de radiodifusão sonora e de sons e imagens; o programa de universalização das telecomunicações para as bibliotecas; a expansão ao acesso à internet por meio do programa Governo Eletrônico Serviço de Atendimento ao Cidadão; a inserção do Programa de Inclusão Digital em regime especial de tributação; a obrigatoriedade de inserção nos novos aparelhos de televisão de dispositivo que permita o bloqueio temporário de programação inadequada; a disciplina da participação de capital estrangeiro em empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens; o cadastramento de usuários de telefones celulares pré-pagos; os procedimentos a serem cumpridos pelas prestadoras de STFC para garantia da inviolabilidade do sigilo de comunicações telefônicas; o Sistema Nacional de Mobilização, dentre outros. Em acréscimo a esse conjunto de disposições pertinentes à política pública setorial, encontra-se a enumeração de objetivos e diretrizes vinculativos dos órgãos da Administração Pública Federal segundo: a) objetivos gerais de inclusão social, universalização, otimização e modernização de programas de Governo e da prestação de serviços públicos,

integração do setor de telecomunicações com outros setores para promoção do desenvolvimento econômico e social do país, estímulo ao desenvolvimento industrial do setor, fomento à pesquisa e desenvolvimento do setor, estímulo à geração de empregos e a capacitação de mão-de-obra, estímulo à competição ampla, livre e justa, promoção da diversidade dos serviços com qualidade e a preços acessíveis à população; b) objetivos específicos dirigidos aos serviços de telecomunicações e tendentes ao acesso individualizado de todos os cidadãos a pelo menos um serviço de telecomunicação, à modicidade tarifária, à garantia de acesso à internet, à garantia de atendimento às necessidades das populações rurais, ao desenvolvimento dos serviços para facilitar e ampliar o acesso, à implantação de formas de fixação, reajuste e revisão de tarifas dos serviços por intermédio de modelo de otimização de custos que assegure relação justa entre custo e valor do serviço, à garantia ao atendimento adequado às necessidades dos cidadãos, à organização do serviço visando à inclusão social; c) objetivos específicos de desenvolvimento tecnológico retratados no aproveitamento das transições tecnológicas e no processo de convergência para ampliação da tecnologia nacional no setor de telecomunicações, na garantia de que o desenvolvimento tecnológico esteja direcionado ao benefício social de seus resultados, na aplicação prioritária dos recursos do Funttel na pesquisa voltada às necessidades e condições socioeconômicas da população; d) e, finalmente, diretrizes específicas para a renovação dos contratos de concessão operada em 2006.

No que se refere às diretrizes administrativas e tributárias do setor, atos administrativos e normativos do Executivo dispuseram, de 1998 a 2008, sobre o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, o Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, o Regulamento sobre Procedimentos de Contratação de Serviços e Aquisição de Equipamentos ou Materiais pelas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, a Norma de Procedimentos Administrativos para Apuração e Repressão das Infrações da Ordem Econômica e para o Controle de Atos e Contratos no Setor de Telecomunicações, o Regulamento para Arrecadação de Receitas do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL), o Regulamento de Indicadores de Qualidade do Serviço Telefônico Fixo Comutado, o Regulamento de Operacionalização da

Aplicação de Recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações, a Norma de Uso de Bloqueador de Sinais de Radiocomunicação, o Regulamento de Separação e Alocação de Contas, o Regulamento Geral de Interconexão, o Regulamento de Arrecadação de Contribuição das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações para o FUST, bem como planos gerais de autorizações e de metas de qualidade, regulamentos de indicadores de qualidades, regulamentos técnicos, alterações tarifárias de planos de serviços, determinação de grupos detentores de Poder de Mercado Significativo (PMS). Além disso, promoveu-se à especificação das atividades de apoio à fiscalização, dos parâmetros para fiscalização dos deveres de promoção da acessibilidade para pessoas portadoras de deficiência, da obrigação de pagamento de taxas de fiscalização por rádios comunitárias, do recolhimento das receitas do FISTEL, de processos produtivos básicos para produtos de telecomunicações, dentre outros.

No que se refere à organização e à prestação de serviços de telecomunicações e suas aplicações, a agência reguladora substituiu grande parte da antiga regulamentação por normatização própria, adequando-a aos pressupostos da Lei Geral de Telecomunicações de 1997, na medida em que disciplinou: os regulamentos dos diversos serviços de telecomunicações, tais como STFC, SMP, SCM, Serviços de Televisão por Assinatura e Serviço de Radioamador; a classificação dos serviços quanto aos interesses que atendem; os modelos de contratos de concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) decorrentes das privatizações de 1998 e da renovação dos contratos de concessão de 2006; o Plano Geral de Metas de Qualidade para o STFC; as Diretrizes para Licitação de Autorizações para Exploração do STFC; o Regulamento de Remuneração de Uso das Redes de STFC; as Diretrizes para Uso de Radiofrequências pelas Concessionárias e Autorizadas de STFC para Sistemas de Acesso Fixo sem Fio; o Regulamento sobre Divulgação de Listas de Assinantes e de Edição e Distribuição de Lista Telefônica Obrigatória e Gratuita; o Regulamento de Numeração do Serviço Telefônico Fixo Comutado; disposições sobre serviços públicos de telefonia básica em zonas fronteiriças e sobre código unificado de serviços de emergência no âmbito do MERCOSUL; o Regulamento de Sinalização para Usuários do STFC, Serviço Móvel Celular e Serviço Móvel Pessoal; o Regulamento para Utilização do Cartão Indutivo

em Telefone de Uso Público do STFC (TUP); o Regulamento sobre Condições de Acesso e Fruição dos Serviços de Utilidade Pública e de Apoio ao STFC; o Regulamento sobre Áreas Locais do STFC; o Regulamento da Interface Usuário-Rede e de Terminais do STFC; os critérios de remuneração pelo uso de redes de prestadoras do Serviço Móvel Especializado (SME); o prazo para apresentação pelas concessionárias de STFC do Documento de Separação e Alocação de Contas (DSAC); a Norma para o Cálculo do Índice de Serviços de Telecomunicações (IST) Aplicado no Reajuste e Atualização de Valores Associados à Prestação dos Serviços de Telecomunicações; o Regulamento de Tarifação do STFC; o Regulamento do Acesso Individual Classe Especial (AICE); a Norma do Processo de Aferição do Grau de Satisfação da Sociedade com relação do STFC, ao SMP e aos serviços de televisão por assinatura; o Regulamento de Características de Funcionamento do Telefone de Uso Público; o Regulamento para Utilização do Terminal de Acesso Público (TAP); o Regulamento de Conselho de Usuários do STFC; as diretrizes para implementação do Serviço Móvel Pessoal (SMP); a Norma de Adaptação dos Instrumentos de Concessão e Autorização do Serviço Móvel Celular (SMC) para o Serviço Móvel Pessoal; o Regulamento de Numeração para a Identificação de Acessos, Interfaces e Elementos de Redes do Serviço Móvel Pessoal; a Norma do Uso de Bloqueador de Sinais de Radiocomunicações; a implementação do Código de Seleção de Prestadora (CSP) no SMP; os modelos de termo de autorização para exploração do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) de interesse coletivo; os procedimentos de expedição de autorização para realização de experiências com serviços de valor adicionado suportados por sistemas de distribuição de sinais de televisão por assinatura; a designação das localidades contidas nas áreas de prestação do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS); o Regulamento para Uso de Redes de Serviços de Comunicação de Massa por Assinatura para Provimento de Serviços de Valor Adicionado (SVA); a canalização e condições de uso de radiofrequência para diversos serviços (STFC, SMP, MMDS, DTH, TVA, Serviço de Rádio do Cidadão, Serviço de Radioamador, dentre outros); a designação de canal e destinação de faixa de radiofrequência para o Serviço de Radiodifusão Comunitária; o Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada; o Plano de Autorizações do Serviço Especial de

Radiochamada; o Plano Geral de Autorizações do Serviço Móvel Especializado (SME); o Termo de Exploração de Satélite Brasileiro; o Termo de Autorização para Exploração do Serviço Móvel Marítimo; o Termo de Autorização para Exploração do Serviço Telefônico Móvel Rodoviário; a Norma do Serviço Móvel Global por Satélite Não-Geoestacionário (SMGS), dentre outros serviços e aplicações educacionais, médicas, de segurança, de telecomando, de telemetria, de acessibilidade, de serviços de interesse público, de tráfego aéreo, de radiolocalização, de banda larga e de internet.

No que se refere à relação jurídica entre agência reguladora, prestadores e usuários/consumidores, a disciplina normativa da ANATEL, nos seus dez primeiros anos de funcionamento, pode ser retratada pelas seguintes manifestações, dentre outras: criação do Comitê de Defesa dos Usuários de Serviços de Telecomunicações; exigência de celebração de contrato específico para vinculação de assinante recebedor ao critério de tarifação de chamada com tarifa única nacional; garantia de disponibilidade ao assinante de STFC de interfaces padronizadas para uso em sistemas de acesso fixo sem fio (FWA); aprovação do Regulamento de Sinalização para Usuários; aprovação do Regulamento sobre Áreas de Tarifação para Serviços de Telecomunicações; aprovação do Regulamento de Cumprimento de Obrigações de Universalização por Concessionária do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral; aprovação das Condições de Aferição do Grau de Satisfação da Sociedade com Relação ao STFC, ao SMP e aos serviços de televisão por assinatura; aprovação do Regulamento sobre Limitação da Exposição a Campos Elétricos, Magnéticos e Eletromagnéticos na Faixa de Radiofrequências entre 9 kHz e 300 GHz; aprovação do Regulamento de Proteção e Defesa dos Direitos dos Assinantes dos Serviços de Televisão por Assinatura; aprovação da Norma sobre Condições de Prestação de Serviços de Telefonia para Chamadas Destinadas a “Assinante 0300”; aprovação do Plano Alternativo de Serviço de Oferta Obrigatória na modalidade local para implementação pelas concessionárias de STFC; aprovação do Regulamento Geral de Portabilidade (RGP); aprovação do Regulamento de Proteção e Defesa dos Direitos dos Assinantes dos Serviços de Televisão por Assinatura; aprovação do Regulamento do Conselho de Usuários do Serviço Telefônico Fixo Comutado; disciplina esparsa de deveres e direitos dos usuários e das

prestadoras inscritos em normas de metas de qualidade, em regulamentos de indicadores de qualidade, em planos de autorização e em regulamentos de serviços diversos.

Finalmente, no que se refere à natureza jurídica e às obrigações incidentes sobre a infraestrutura e meios de telecomunicações, assim entendidos, os meios confinados, o espectro e a órbita, a ANATEL detém vasta regulamentação entre 1998 e 2008, abordando, dentre outros: normas para certificação e homologação de equipamentos; resoluções de destinação, canalização e condições de uso de faixas de radiofrequências; regulamentos sobre equipamentos de radiocomunicação de radiação restrita; regulamento sobre autorização de uso temporário de radiofrequências; planos básicos de distribuição de canais de retransmissão de televisão em VHF e UHF (PBRTV), de canais de radiodifusão sonora em onda média (PBOM), em ondas curtas (PBOC), em frequência modulada (PBFM), e em onda tropical (PBOT).

A relação exemplificativa acima esmiuçada teve a finalidade de evidenciar, em poucas páginas, o rol diversificado de temas abordados durante os dez primeiros anos do novo modelo regulatório das telecomunicações no Brasil. Esgotado o esboço histórico-normativo do setor, promove-se, a seguir, ao levantamento das principais questões jurídicas suscitadas no ano de 2008.

Contexto jurídico do setor de telecomunicações no ano de 2008: planejamento e prognoses regulatórias

O ano de 2008, ao cancelar o décimo aniversário de pleno funcionamento da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), foi o ano de eclosão de um fenômeno novo para a regulação das telecomunicações brasileiras. Nele, as forças institucionais do modelo regulatório, nomeadamente a presidencial, a ministerial, a reguladora, a empresarial e a social (usuários, consumidores e interessados), tiveram suas diferenças salientadas por forças motrizes diversas, tais como: a) a fusão das concessionárias de STFC Brasil Telecom e Telemar/Oi e as discussões normativas motivadas por tal fusão; b) os programas governamentais de expansão da banda larga e as alterações normativas pertinentes das metas de

universalização do STFC¹²⁸, de um lado, e dos contratos de SCM das concessionárias de STFC, de outro; c) o soerguimento do Conselho Consultivo da ANATEL em espaço privilegiado de discussão pública como confirmação tardia de sua caracterização como “órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência” (art. 33, *caput*, da LGT); d) a tramitação do Projeto de Lei 29, no Congresso Nacional, em uma *Via Crúcis* reveladora das dificuldades de composição entre as posições dos radiodifusores, das operadoras de telecomunicações, e dos congressistas envolvidos;¹²⁹ e) a polarização do debate sobre o uso da faixa de radiofrequência de 2,5 GHz entre as operadoras de SMP e MMDS; f) a regulamentação do serviço de atendimento ao consumidor por telefone no âmbito dos fornecedores de serviços regulados pelo Poder Público federal (Decreto n. 6.523, de 31 de julho de 2008) acrescida de regulamentação específica da Central de Intermediação de Comunicação Telefônica para pessoas com deficiência auditiva ou da fala (Resolução n. 509, de 14 de agosto de 2008); g) a persistência da dificuldade na efetiva utilização dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), cuja primeira nota de empenho com a rubrica do fundo somente

¹²⁸O *backhaul* foi inscrito no Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado no Regime Público (PGMU), por intermédio do Decreto 6.424, de 4 de abril de 2008, tendo sido definido como “a infraestrutura de rede de suporte do STFC para conexão em banda larga, interligando as redes de acesso ao *backbone* das operadoras”. Com dito decreto, promoveu-se à troca de metas de universalização dos Postos de Serviços de Telecomunicações (PST) por metas de ampliação do *backhaul*, com datas limites de cumprimento projetadas para 31 de dezembro de 2008, 2009 e 2010. Em paralelo, o governo federal negociou com as concessionárias de STFC compromissos adicionais de implementação de banda larga nas escolas públicas urbanas do país, mediante termos aditivos aos termos de autorização de SCM firmados com as concessionárias de STFC. Fundada na argumentação de que a infraestrutura do *backhaul* não teria sido claramente definida como bem reversível, uma associação de defesa de consumidores (Pró-Teste) obteve liminar na justiça federal, em 14 de novembro de 2008, em que se suspendeu a troca de metas de instalação de PSTs por ampliação do *backhaul*. Até a edição deste número, a liminar não tinha sido derrubada, suscitando o aprofundamento da discussão sobre a indefinição da natureza jurídica da infraestrutura afeta ao *backhaul*.

¹²⁹Em março de 2008, o Laboratório de Políticas de Comunicação (LapCom), da Universidade de Brasília, divulgou análise do então substitutivo elaborado pelo deputado Jorge Bittar, em que podem ser vistos as inúmeras questões suscitadas na tentativa de composição dos interesses envolvidos.

fora emitida no final de 2007;¹³⁰ h) a reintegração dos mais de dezesseis mil quilômetros de fibras óticas e ativos de telecomunicações da Eletronet às empresas estatais Eletronorte, Chesf, Eletrosul e Furnas sob o fundamento de sua essencialidade aos serviços de geração e transporte de energia.

Dentre os temas que dominaram a agenda regulatória brasileira de telecomunicações, o cenário que precedeu a aquisição por parte da Telemar/Oi da Brasil Telecom certamente foi o que mais efeitos produziu em termos de revisão regulatória frente aos princípios norteadores do setor de telecomunicações. Em meio a investigações dos ajustes societários e a acusações de que os compromissos judiciais e extrajudiciais que precederam à fusão não se tivessem justificado por políticas públicas explícitas¹³¹, a intenção de fusão foi o maior acontecimento do ano no setor, movimentando o complexo mecanismo de alteração do Plano Geral de Outorgas, precedido de provocação à ANATEL por intermédio de consulta encaminhada pela *Abrafix*, de consulta formal da ANATEL ao Ministério das Comunicações, de recomendação oficial do Ministério das Comunicações em prol de sua revisão, de consulta pública no órgão regulador, de apreciação pelo Conselho Consultivo da ANATEL, de votação pelo Conselho Diretor da agência, de encaminhamento de minuta ao Ministério das Comunicações, de avaliação e encaminhamento de nova minuta à Presidência da República para, finalmente, resultar na edição do Decreto n. 6.654, de 20 de novembro de 2008, que, dentre outras coisas, autorizou a transferência de controle de concessionária do STFC, desde que o grupo resultante não detivesse concessionárias em mais de duas regiões (art. 6º, § 2º, do Plano Geral de Outorgas anexo ao Decreto n. 6.654/2008).

Esse complexo processo estatal de aprovação do novo Plano Geral de Outorgas não surgiu impune, pois também foi o incentivo que faltava para a eclosão do pensamento regulatório gestado no corpo técnico da ANATEL e sua tradução em um documento único e inovador para o setor, enquanto resolução voltada ao planejamento estratégico regulatório. Trata-se do Plano

¹³⁰Cf. VERSIANI, Enilce Nara. **Definição de políticas públicas para aplicação do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações**. Monografia final. VI Curso de Especialização em Regulação de Telecomunicações. Universidade de Brasília, 2008.

¹³¹Cf. GLASBERG, Rubens. *Editorial*. Revista Teletime, ano 11, n. 114, setembro de 2008.

Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR), aprovado pela Resolução n. 516, de 30 de outubro de 2008. A partir de análise das áreas técnicas da agência sobre os passos até então tomados no setor, bem como das *prognoses regulatórias* sobre o futuro do setor, o PGR enuncia o conjunto de ações estratégicas relevantes para regulação das telecomunicações. O documento aborda inúmeros tópicos distribuídos em metas de curto (até dois anos), médio (até cinco anos) e longo prazos (até dez anos), tais como regulamentação de modelo convergente de outorgas para exploração de serviços e redes de telecomunicações, revisão da regulamentação do FUST e do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL), adoção de medidas para proteção da infraestrutura nacional contra falhas e ataques de guerra cibernética, regulamentação da neutralidade de redes, revisão dos regulamentos de remuneração de redes, visando a criação de assimetrias regulatórias entre grupos com ou sem Poder de Mercado Significativo (PMS), realização de estudos para revisão da dimensão das áreas de registro do Serviço Móvel Pessoal (SMP), realização de estudos regulatórios, mercadológicos e econômicos para eventual implantação de separação funcional, estrutural e empresarial no setor, revisão do Plano Geral de Metas de Universalização para fixação de novas metas de ampliação das redes de STFC e de suporte à banda larga, e elaboração do Plano Geral de Metas de Competição (PGMC).

Os dois produtos normativos – PGO e PGR – nasceram interdependentes, tanto assim que *questões difíceis* surgidas na aprovação do novo PGO perante o Conselho Diretor da ANATEL diziam respeito à introdução de projeções regulatórias do PGR no corpo do PGO. Uma destas questões ocupou o foco das atenções ao ser inserida na Consulta Pública 23, de 16 de junho de 2008, que continha a redação proposta para a revisão do PGO e que, em seu art. 9º, previa que as concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado estariam proibidas de explorar qualquer outro serviço senão o objeto da concessão, contrariando a prática de prestação conjunta de STFC e SCM até então justificada pelo contido no art. 207, § 3º, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), segundo o qual os demais serviços então prestados pelas empresas estatais até 1998 seriam autorizados ou concedidos às pessoas jurídicas vencedoras das licitações de privatização do Sistema TELEBRÁS. Dentre tais serviços antes prestados pelas empresas estatais em paralelo à prestação de STFC, encontravam-se os Serviços de

Rede de Transporte de Telecomunicações (SRTT), mais tarde em parte absorvidos pelo atual Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). A previsão de prestação exclusiva de STFC contida na Consulta Pública 23, de 2008, conhecida como *separação empresarial*, atingia, portanto, todas as concessionárias de STFC e contrariava o interesse empresarial de prestação do STFC e SCM/SRTT pela mesma pessoa jurídica. A reação das empresas concretizou-se em pareceres jurídicos encomendados pelas concessionárias e por suas associações. Em face da precedência das questões jurídicas, em especial, a alegação de que as concessionárias oriundas da privatização teriam direito adquirido à prestação conjugada de STFC e SCM/SRTT, a ANATEL contratou consultoria independente¹³², que enfim opinou pela ausência de direito adquirido à prestação conjugada, mas foi além ao opinar pela exigência de fundamentação suficiente para alteração do modelo até então adotado pela ANATEL e apoiado em técnica de transparência intraempresarial e em incorporação da infraestrutura de SCM para modelagem de custos de controle tarifário. A posição final do Conselho Diretor da ANATEL foi a de excluir a separação empresarial da proposta de PGO, mantendo exclusivamente no PGR não só a meta de separação empresarial, quanto as de separação funcional e estrutural.

A esfera judicial seguiu sua tradição de esgotamento das questões jurídicas pelo embate de argumentos construídos nas instâncias processuais próprias, e, portanto, sua análise transporta o setor para um espaço e tempo de certa forma destacado, em grande parte, das angústias setoriais executivas e legislativas vivenciadas em 2008, à exceção de liminar concedida para suspensão da troca de metas referente ao *backhaul*. O detalhamento de tais decisões encontra-se na última seção deste número da Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, mas cabe aqui destacar sinteticamente as principais questões jurídicas solucionadas no Judiciário brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de última instância em 2008 de que: a) o juizado especial da justiça estadual é competente para julgamento de controvérsia entre consumidor e concessionária de STFC

¹³²Vide parecer técnico do Centro de Gestão de Estudos Estratégicos (CGEE), divulgado pela ANATEL em 14 de outubro de 2008. Parecer jurídico disponível em: www.getel.org.

sobre cobrança de pulsos telefônicos além da franquia mensal; b) o mérito de controvérsia entre consumidor e concessionária de STFC sobre cobrança de pulsos telefônicos além da franquia mensal é de natureza infraconstitucional sediada em normas legais de defesa do consumidor, à exceção da hipótese de serem essas normas impugnadas quanto a sua constitucionalidade; c) a Comissão Parlamentar de Inquérito investigadora de escutas telefônicas tem poder para requisitar diretamente de operadoras de telecomunicações dados consolidados de juízos, mandados, órgãos judiciais, localização e duração de interceptações telefônicas de determinado período para fins investigativos, desde que excluídas quaisquer informações específicas, tais como números de processos, nomes das partes, titulares dos terminais interceptados, números telefônicos interceptados, ou cópias dos mandados ou das decisões que os ensejaram.

O ano de 2008 foi profícuo em produção sumular do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nada menos que três súmulas destinadas ao setor foram emitidas: as de números 350, 356 e 357, todas de junho de 2008, referentes, respectivamente, à não-incidência do ICMS sobre o serviço de habilitação de telefonia celular, à legitimidade da cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa, e à obrigatoriedade, às expensas do assinante, de discriminação de pulsos excedentes e de ligações de telefones fixos para celulares a partir de 1º de janeiro de 2006. Outros temas foram decididos em julgados do STJ, tais como as decisões de que: a) é requisito de legalidade da renovação sucessiva de decretação judicial de quebra de interceptação telefônica por prazo distinto do previsto na Lei de Interceptação, que dita renovação seja exaustivamente fundamentada pelo juízo; b) liminarmente, é ilegal a instituição de taxa municipal pela instalação de fios e cabos utilizados por empresas de telecomunicações, por caracterizar-se em cobrança incompatível com os institutos de preço público e de taxa; c) é ilegal a repercussão do PIS e da COFINS na tarifa cobrada do usuário dos serviços de telefonia fixa prestados por concessionária, tanto de forma expressa, quanto de forma destacada na conta telefônica, tendo em vista a previsão de que a tarifa de telefonia é líquida de tributos; d) é reafirmada a ilegitimidade passiva *ad causam* da concessionária de telefonia fixa para figurar em ações de restituição de cobrança indevida do ICMS; e) não incide ICMS sobre a assinatura mensal de telefonia quando ela não embute em si mesma franquia de utilização.

No âmbito da jurisprudência trabalhista, firmou-se o entendimento, no Tribunal Superior do Trabalho, de licitude do acesso da caixa de e-mail corporativo de empregado por seu empregador, não se configurando violação de sigilo de comunicação de dados.

Na esfera administrativa, o Tribunal de Contas da União manifestou-se em diversas ocasiões em temas pertinentes ao setor de telecomunicações, afirmando: a) a existência de baixo grau de consistência na elaboração de políticas públicas para o setor de telecomunicações no que toca à aplicação dos recursos do Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (FUNTTEL), bem como a ausência de metas, a carência de controles de arrecadação e a ocorrência de irregularidades na elaboração e execução de convênios, contratos e outros instrumentos congêneres; b) a regularidade dos compromissos de abrangência estipulados no processo de outorga de autorização para exploração do Serviço Móvel Pessoal e de autorização de uso de radiofrequências nas subfaixas do IMT-2000, em municípios com população inferior a trinta mil habitantes; c) de inadequação de procedimento da ANATEL em promover o cancelamento dos créditos decorrentes do não pagamento da taxa de fiscalização do funcionamento (TFF); d) a irregularidade na seleção de prestador do serviço de radiodifusão comunitária por inobservância, pelo Ministério das Comunicações, do critério da representatividade, bem como por fragilidade na instrução e análise dos processos; e) a presença de inconsistências e circularidades no estudo realizado acerca da situação econômico-financeira dos contratos de concessão de telefonia fixa no período de 1999 a 2004; f) a improcedência de representação efetuada contra a aquisição do controle acionária da Brasil Telecom pela Telemar/Oi com recursos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; g) o desacerto da interpretação da consultoria jurídica do Ministério das Comunicações, que afirmava somente ser possível a anulação de concessão de radiodifusão por meio de ação judicial fundada no art. 223, § 4º, da Constituição Federal.

Embora os temas tratados em 2008 revelem um ambiente dominado pela discussão pública dos assuntos mais relevantes para o setor, o tema subjacente e, porque não, fundamental da reestruturação do alcance dos serviços submetidos a regime de direito público permanece em aberto e progressivamente absorvido pelo Judiciário na medida em que a política pública de expansão da banda larga, indissociável da percepção social de

sua essencialidade, se distanciou da política pública de readequação do campo de extensão do regime público. Não se pode deixar de notar que essas duas políticas públicas setoriais trilharam caminhos opostos. Enquanto a política de expansão da banda larga transpareceu o reconhecimento governamental da essencialidade da infraestrutura de redes de alta velocidade, a política pública revelada na reedição do Plano Geral de Outorgas demonstrou a manutenção dos estritos limites da conceituação do STFC, que a proposta original da ANATEL pretendia ampliar. Nesse particular, a autoridade reguladora adotou uma postura coerente, mas foi suplantada pela decisão final das demais instâncias do Poder Executivo. O ano de 2008 é, portanto, um ano com mensagens de sinais trocados pró e contra a reclassificação de regimes jurídicos no que toca à díade STFC-SCM. Afora a possibilidade de agravamento da questão judicial do *backhaul*, o ano de 2009 promete ser dominado por outra díade: a do MMDS-SMP. Em meio a todos esses dilemas, é de se esperar que o drama da dupla STFC-SMP continue com um papel coadjuvante na discussão regulatória nacional. Em fragmentos, o modelo regulatório adquire nova feição.

O Conselho Editorial