

## REGIME JURÍDICO DAS TELECOMUNICAÇÕES: autorização, permissão e concessão

DINORÁ MUSETTI GROTTI

### *Marcos legais da transformação*

As transformações do setor de telecomunicações em todo o mundo decorreram de três principais fatores indissociavelmente ligados: (i) globalização da economia, (ii) evolução tecnológica; e (iii) velocidade das mudanças no mercado e nas necessidades dos consumidores, aliadas à falta de recursos para novos investimentos.

Economicamente, constata-se a passagem do modelo de exploração monopolista (até a década de 80), seja estatal (como era no Brasil) ou privado (situação encontrada nos Estados Unidos, a AT&T, ainda, que submetida a uma intensa regulação) para um ambiente concorrencial.

O Desenvolvimento tecnológico derrubou a teoria do monopólio natural dos serviços de telecomunicações e, antigos limites naturais à ampla concorrência, derivados da escassez dos meios de transmissão foram sendo superados: agora pode-se, por exemplo, transmitir telefonia por radiofrequência, reduzindo sobremaneira os custos de instalação de uma rede; substituir antigas redes compostas de fios de cobre pelas de fibras ópticas; o uso de tecnologia digital em vez da analógica etc.

Dia-a-dia surgem novas técnicas, de modo a potencializar a exploração desses serviços, possibilitando a existência de competição efetiva para algumas modalidades. E, conseqüentemente, aos poucos foi surgindo uma complexa ordem regulatória completamente diferente da anterior.

Além disso, no âmbito europeu, a integração dos países no “mercado único”, projetado pela União Européia, levou os respectivos países a abrirem mão de antigos monopólios, inclusive o de telecomunicações.

Com a Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que alterou a redação do art. 21, incisos XI e XII, “a” da Constituição de 1988, deu-se o início da nova política do setor de telecomunicações.

Da simples leitura desses dispositivos evidenciam-se as alterações introduzidas no texto constitucional: 1º) supressão do monopólio estatal sobre os serviços de

telecomunicações; 2º) uniformização do regime de exploração dos serviços de telecomunicações, agora concentrados no inciso XI; 3º) a exigência de uma lei sobre “a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.”

Ainda em 1995, o Governo decidiu que a reforma estrutural do setor seria implantada em etapas. Antes dessa Emenda, foi editada a Lei do Serviço de TV a Cabo (Lei 8.977, de 06.01.95), que dispôs sobre a prestação do referido serviço em ambiente de competição. Depois surgiu a Lei Mínima (Lei nº 9.295, de 19.07.96, posteriormente alterada pela Lei nº 9.472/97), que viabilizou a exploração de alguns segmentos de mercado, altamente atrativos para os investimentos privados, mediante concessões a particulares, do serviço de telefonia móvel celular, além de definir outras modalidades de serviços de telecomunicações, como o de transporte de sinais de telecomunicações por satélites.

Na seqüência, foi editada a Lei nº 9.472, de 16.07.97, mais conhecida como Lei Geral de Telecomunicações — LGT, dispondo sobre a organização dos serviços, dando os contornos básicos para sua classificação e a criação do órgão regulador do setor — Agência Nacional de Telecomunicações<sup>1</sup>, submetida a regime autárquico especial<sup>2</sup>, a definição de sua estrutura e competências. Como regulamentação de seus dispositivos, foram expedidos dois atos normativos, o Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no Regime Público (Decreto 2.534, de 02.04.98, DOU de 03.04.98) e o Plano Geral de Metas para Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado no Regime Público (Decreto nº 2.592, de 15.05.98, DOU de 18.05.98); o primeiro estabelece quem, quando e como será prestado o serviço de telecomunicações; e o segundo fixa as metas que o Governo deseja ver atendidas com a prestação desse serviço.

A desestatização do Sistema TELEBRÁS deu-se apenas em julho de 1998, após a efetiva instalação da ANATEL e a edição da regulamentação da Lei Geral.

Mais recentemente foi editada a Lei nº 9.998, de 17.08.00, que instituiu o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações — FUST, o Decreto nº 3.624, de 05.10.00, que regulamenta esse Fundo (art. 81, II da LGT), e a Lei nº 10.052, de 28.11.00, que instituiu o Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Teleco-

1 A Lei nº 9.472/97 criou a ANATEL em moldes bastante semelhantes aos órgãos reguladores americano e colombiano, estando regulamentada pelo Decreto nº 2.338, de 07.10.97 (DOU de 08.10.97).

2 O § 2º do art. 8º da LGT preconiza que a natureza especial conferida à Agência é caracterizada por “independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”.

Analisando esses elementos, sustenta CELSO, Antônio Bandeira de Mello que o único ponto peculiar em relação à generalidade das autarquias refere-se à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes da agência reguladora, considerando que a extensão do prazo de duração do mandato além de um mesmo período governamental, em última instância configura uma fraude contra o próprio povo. Ao impedir que o novo Presidente imprima, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa sufragada nas urnas (*Curso de direito administrativo*, p. 136-137).

municações — Funttel (art. 77 da LGT). Este é o Direito básico de regência do novo setor de telecomunicações.

### *Classificação dos Serviços de Telecomunicações*

Mesmo antes da EC nº 8/95 nem todos os serviços de telecomunicações estavam reservados à exploração monopolista estatal, que se limitava aos enquadrados no conceito estrito de “serviços públicos”.

A terminologia adotada pela redação original da Constituição de 1988 observava a classificação dos serviços de telecomunicações formulada no antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27.08.62), onde os serviços de telecomunicações eram classificados nas categorias de serviço público, público restrito, limitado, de radiodifusão, de radioamador e especial (art. 6º da Lei nº 4.117/62). Os públicos eram “aqueles destinados ao uso do público em geral” (art. 6º, “a”), entre os quais incluíam-se os “*serviços telefônicos, telegráficos e de transmissão de dados*”, referidos na redação original da Constituição de 1988. A exclusividade de exploração pelas empresas estatais recaía apenas sobre esses serviços; os demais podiam ser explorados por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão. Reforça esse argumento referir-se a antiga redação do art. 21, XII, “a”, da CF/88 a “*serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações.*”

Diante desse quadro, a competição foi inicialmente implantada no campo periférico, em relação aos serviços cuja execução não era objeto de monopólio estatal. Com o avanço tecnológico, foram surgindo novas modalidades de serviços de telecomunicações, que passaram a ser exploradas por particulares, uma vez que não estavam abrangidas dentro da categoria dos serviços públicos de telecomunicações. Assim, por exemplo, o serviço de *trunking* — no Brasil, serviço móvel especializado —, classificado como serviço limitado, e o de bip, classificado como serviço especial).<sup>3</sup>

A Lei nº 9.472/97 adotou premissas distintas das contidas no Código Brasileiro de Telecomunicações.

O artigo 60 da L.G.T define serviço de telecomunicações, telecomunicação e estação de telecomunicações<sup>4</sup>. Exclui de sua regulação como tal serviços que não

3 SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma das telecomunicações: o problema da implantação das novas redes. Revista Interesse Público n. 2. São Paulo, Notadez, p. 33-34, abr./jun. 1999.

4 Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º. Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º. Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os obrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

estejam tipificados, como acontece com os serviços de valor adicionado (art. 61 § 1º).

Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito.

Serviço de interesse coletivo é aquele cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias, observados os requisitos da regulamentação. São serviços abertos a todos e, por isso mesmo, submetidos a maiores condicionamentos legais e administrativos, objetivando atender aos interesses da coletividade. Os serviços de interesse restrito, caracterizados como de livre exploração, submetem-se apenas “*aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo*”, devendo sempre ser prestados no regime privado. (art. 62, parágrafo único).

O serviço de interesse coletivo, que comporta prestação em regime público ou privado, tem algumas condicionantes (por exemplo, estar obrigado a dar interconexão a outro prestador) e vantagens (por exemplo, utilizar redes, infra-estrutura pública — art. 73 da L.G.T.). Já o serviço de interesse restrito (art. 62), caracterizado como de livre exploração, está condicionado a que sua exploração não prejudique o interesse coletivo. Vê-se, aqui, reflexo da assimetria regulatória no que tange à classificação por abrangência<sup>5</sup> para viabilizar as duas metas concomitantes adotadas pelo sistema jurídico: universalização e competição.

Quanto ao regime jurídico de sua prestação, a Lei Geral de Telecomunicações contemplou os regimes público e privado (art. 63 da L.G.T.), submetidos a níveis de regulação distintos.

Não se trata de reservar algumas atividades ao Estado. A lei prevê claramente que o serviço coletivo pode ser prestado exclusivamente no regime público, exclusivamente no regime privado ou concomitantemente nos regimes públicos e privado (art. 65), cabendo ao Presidente da República definir as modalidades de serviço que serão exploradas no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado (art. 18, I e II da L.G.T.), definindo de antemão que o serviço de telefonia fixa comutada (L.G.T., art. 64, parágrafo único) seria, desde logo, explorado por alguma prestadora em regime público, o que daria uma certa maleabilidade ao modelo.

No exercício dessa competência constante do “Plano Geral de Outorgas” (Decreto nº 2.534, de 02.04.98, D.O.U. de 03.04.98), o Poder Executivo foi ao ponto extremo em favor da privatização dos serviços. Ficou definido que somente o “serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral” será prestado no regime público, mesmo assim, admitindo-se sua exploração concomitantemente no regime privado, sendo os demais serviços e prestadores sujeitos a autorizações, em regime privado (arts. 1º, 3º e 9º). Eis os dispositivos que implementaram essa decisão:

5 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Direito das Telecomunicações e ANATEL*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Direito administrativo econômico*, p. 311.

“Art. 1º. O serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral será prestado nos regimes público e privado, nos termos dos arts. 18, inciso I, 64 e 65, inciso III, da Lei nº 9.472, de 16.07.97, e do disposto neste Plano Geral de Outorgas”.

“Art. 3º. Aos demais serviços de telecomunicações, não mencionados no art. 1º, aplica-se o regime jurídico previsto no Livro III, Título III, da Lei nº 9.472, de 1997” (regime privado).

Reza a Lei Geral de Telecomunicações em seu art. 63, parágrafo único, que o “serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição à sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade”.

A exploração do serviço de telecomunicações no regime privado é a prestada mediante prévia autorização da ANATEL (art. 131) e será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica (art. 126).

A Lei Geral de Telecomunicações dispõe ainda que serão tomadas medidas que assegurem a não inviabilidade econômica da prestação de serviço no regime público quando houver concomitantemente prestação no regime privado (LGT, art. 66). Este diploma legal prevê também a possibilidade de haver serviços de interesse restrito que não dependerão sequer de autorização para serem prestados pelos particulares (L.G.T. arts. 75 e 131, § 2º).

O que muda substancialmente nos serviços públicos em regime público e privado é a relação da prestadora com o Poder Público, principalmente nos seguintes aspectos: a) não há contrato com o poder público, mas sim o estabelecimento de uma relação jurídica não contratual, advinda de uma autorização; b) não há dever de continuidade na prestação dos serviços; c) não há dever de universalização de serviços; d) não há direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; e) o direito de exploração dos serviços é por prazo indeterminado; f) os preços são livres, inexistindo, portanto, controle estatal a respeito.

A exploração no regime público do serviço de telecomunicações dependerá de outorga prévia, pela ANATEL, consubstanciada em um *contrato de concessão*, implicando tal concessão o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação (artigo 83).

Na forma do parágrafo único do artigo 83, concessão “*de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar*”.

No início do processo de privatização falou-se muito no ressurgimento da concessão, lembrando-se certamente da experiência passada, que gerou uma vasta jurisprudência e construção doutrinária, naquele momento em que se implantavam os grandes serviços públicos, as grandes estruturas.

O instituto da concessão é velho, por ter sido o primeiro modo de descentralização de serviços públicos. Mas, a concessão com o objetivo de privatizar, é novo. A concessão nasceu com algumas modificações importantes, porque no passado, em

suas origens, a concessão de serviço público esteve fortemente ligada à outorga para certos empreendedores que queriam implantar o serviço monopólio. Afinal, o Estado estaria interferindo nesses setores exatamente para que pudesse transferir para o empreendedor alguns de seus privilégios, especialmente o de impedir a concorrência e garantir de que não haveria competição e, portanto, de que poderia recuperar o capital investido dentro de uma previsibilidade da exploração.

Nesse momento de retomada da concessão — e esse fenômeno não é brasileiro, é internacional —, ela surge com uma nova roupagem, para servir a um projeto, não de monopolização em favor de uma empresa particular, mas um projeto de exploração concorrencial desses serviços, que anteriormente foram monopolizados por empresas particulares na fase de sua implantação e depois por empresas estatais na fase de seu maior desenvolvimento.

Há, portanto, inovações importantes nessas concessões. A idéia, por exemplo, de que o concessionário tem que competir com outros concessionários, com outros prestadores que são incentivados pelo Estado, com direitos sobre a própria rede daquele que absorveu a estrutura da empresa estatal. Evidentemente, a garantia econômica que o Estado pode dar a cada um desses concessionários não é a mesma, aliás, é fundamental que não seja a mesma.

No século XIX uma das questões vitais da concessão era garantir para o empreendedor privado o compromisso estatal de rentabilidade. Hoje, a questão fundamental certamente não é essa. O principal é fazer com que o Estado trate de modo equânime os competidores. Portanto, não se trata de fazer da concessão um instrumento para comprometer o Estado com a rentabilidade do empreendimento, mas fazer da concessão um instrumento para o tratamento igualitário dos prestadores pelo próprio Estado.

Cuida-se de uma concessão de serviço em regime de competição. Não seria possível seguir o modelo de regime de equilíbrio econômico-financeiro clássico, pelo qual todos os prejuízos são do Estado e todos os proveitos são da concessionária. O pressuposto do modelo é a possibilidade de a concessionária perder dinheiro caso se mostre incompetente na disputa de um mercado altamente competitivo. Então, o regime de equilíbrio econômico-financeiro da concessão de telefonia é um pouco diferente, pois tem, por disposição legal e contratual, um equilíbrio econômico-financeiro residual, no qual a exceção é a incidência do equilíbrio econômico-financeiro, nas hipóteses expressamente listadas no contrato.

O regime de reversão dos bens no setor de telecomunicações é muito mais restrito do que o regime de reversão da concessão clássica, havendo apenas a vinculação da reversão para aqueles bens imprescindíveis à continuidade do serviço, evitando-se discussões entre o Poder Público e o concessionário ao final da concessão.

Na Lei Geral de Telecomunicações há previsão de que os ganhos econômicos da eficiência empresarial serão compartilhados entre concessionário e usuário, enquanto as vantagens que dela não provenham serão absorvidas integralmente pelos usuários (art. 108, §§ 2º e 3º).

A Lei nº 9.472/97 confere ao instituto da permissão os seus devidos contornos, prevista como *ato administrativo*, e não como contrato, para prestação de serviço

em regime público (portanto, serviço de interesse coletivo) e em caráter transitório, em face de situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço, e até sua normalização (artigo 118).

A revogação da permissão poderá ser feita a qualquer momento, não ensejando qualquer direito a indenização (artigo 123).

Preceitua o artigo 19, que a outorga de permissão será precedida de procedimento licitatório simplificado, nos termos regulados pela ANATEL, ressalvados os casos de inexigibilidade. Sua formalização será feita mediante assinatura de termo que cometerá, dentre outras especificações, o objeto e a área da permissão, bem como os prazos mínimo e máximo de vigência estimados, modo, forma e condições da prestação do serviço, direitos e deveres do permissionário, as tarifas, os direitos, garantias e obrigações dos usuários, as condições gerais de interconexão, os bens reversíveis, se houver, sanções e as hipóteses de extinção (artigo 120).

Porém, o Supremo Tribunal Federal considerou, em liminar concedida em sede de ação direta de inconstitucionalidade, que a permissão para a prestação de serviço de telecomunicação deveria seguir a Lei 8.666/93, suspendendo a eficácia da expressão “procedimento licitatório simplificado” (STF — ADIN Medida Liminar 1.668 — Pleno m. v., j. 20.8.98. Adveio, então, um regime em que a permissão não será muito utilizada, pois, tornou-se mais rápido licitar uma concessão do que expedir uma permissão.

O tratamento dado à autorização de serviço de telecomunicações pelo legislador (Lei nº 9.472/97) inovou na matéria e afastou as características gerais constantemente destacadas pela doutrina, a qual só pode ser negada em caso de impossibilidade técnica ou quando o excesso de concorrentes comprometer a prestação da modalidade de serviço de interesse coletivo.

Duas são as condições objetivas para obtenção de autorização de serviço, conforme prescreve o artigo 132: “a) *disponibilidade de radiofrequência necessária, no caso de serviços que a utilizem; e b) apresentação de projeto viável tecnicamente e compatível com as normas aplicáveis*”.

Ademais, na Lei nº 9.472/97, a autorização é tratada como ato vinculado e, em consequência, sem precariedade, já que esta é incompatível com aquele tipo de ato. Pelo artigo 131, § 1º, “*autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias*”.

Esse dispositivo foi alvo da censura de vários administrativistas. Assim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que assevera não haver qualquer fundamento constitucional para concluir-se que a Constituição quis mudar a natureza do ato, porque quando quis fazê-lo, o fez expressamente (como no caso da permissão, em que lhe imprimiu a natureza contratual). Na realidade, o vocábulo autorização, na Lei nº 9.472/97, foi indevidamente utilizado, no lugar de licença. E isso ocorreu porque o legislador precisava dar uma aparência de constitucionalidade ao tratamento imprimido à matéria de telecomunicações.

E tal impropriedade resulta de uma outra, para não falar em visível inconstitucionalidade<sup>6</sup>, pois a lei privatizou (não o exercício do serviço, como acontece na autorização, permissão ou concessão) mas a própria atividade ou, pelo menos, uma parte dela, o que não encontra respaldo na Lei Maior.

Sendo a atividade livre à iniciativa privada, sua execução constitui direito subjetivo do particular que preencha os requisitos legais; à Administração Pública incumbe apenas verificar se os requisitos estão presentes e, em caso afirmativo, conferir a licença, como ato vinculado, e não a autorização, que deve ser reservada aos atos discricionários<sup>7</sup>.

Na realidade, o novo modelo introduzido, se considerado melhor que o anterior, dependeria de alteração da Constituição para ter validade.

### *A Liberdade Tarifária*

Na Lei nº 9.472, de 16.07.97, o princípio aplicável aos serviços prestados em regime privado é o da liberdade tarifária (art. 129), não havendo controle de preços, e não podendo o órgão regulador impor unilateralmente uma política de contenção tarifária. Nas hipóteses, como a do Serviço Móvel Celular — SMC, em que haja restrição ao número de prestadores, em decorrência da necessidade de uso de radio-freqüência, que é recurso escasso, deverá ser estabelecido um regime especial, quando a outorga considerar o valor de tarifa como elemento de decisão na licitação.

Aliás, mesmo em relação aos serviços de telecomunicações em regime público, a política legal é a da tendência à liberalização de preços, e não de sua contenção. A Lei Geral de Telecomunicações, que disciplina as concessões dessa área, em seu art. 104, prevê que, transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato de concessão, a ANATEL poderá, ser existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária e que se ocorrer aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, a Agência restabelecerá o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis. A concessionária, nessa hipótese, poderá determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à Agência com antecedência de sete dias de sua vigência (§ 1º do art. 104). Referido diploma legal procura caminhar no sentido do modelo norte-americano, em que ao Estado cabe apenas uma forte regulamentação dos preços das chamadas *public utilities*, que são as atividades de grande interesse social<sup>8</sup>.

6 *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.* p. 126-127.

7 *Ibidem.* p. 128-129.

8 No regime norte-americano, “o Estado se reserva o poder unilateral de regular o funcionamento técnico e a remuneração das empresas de utilidade pública” (Tácito, Caio, *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 217). Segundo Caio Tácito: “fortaleceu-se o controle legislativo sobre as atividades *affected with a public interest*, admitindo-se ao Estado a prerrogativa de estipular as bases e os índices de retribuição dos serviços explorados sob *franchise*” (*Ibidem*, p. 219). Os serviços são explorados mediante cobrança de preço dos usuários, mas o preço praticado pela empresa exploradora da *public utility* é regulado pelo Estado.



Deu-se, portanto, na Lei Geral de Telecomunicações, a possibilidade de o regime público ter um grau de regulação variada. Possibilitou-se ao Estado adotar a regulação pelo mercado e, se esta não funcionar, ser restabelecido o regime tarifário anterior. Haverá, pois, uma desregulação vigiada. E aqui se coloca a questão: saber como garantir a realização das finalidades do serviço público num contexto de concorrência e saber se essa liberdade tarifária é compatível com a noção de serviço público. Este, contudo, não é o regime instituído pela Lei nº 8.987, que disciplina a concessão dos demais serviços públicos.

### *A concorrência no setor de telecomunicações*

A política nacional de telecomunicações caracteriza-se pela adoção de alguns princípios basilares: a) estimular por várias técnicas a competitividade como instrumento de regulação dos serviços; b) não discriminação de usuários; c) não discriminação de prestadores; d) repressão ao abuso do poder econômico e às infrações à ordem econômica; e) respeito à livre iniciativa; f) exigência de mínima intervenção na vida privada; g) o apoio à expansão das redes de telecomunicações, como forma de favorecer a democratização dos serviços, essencialmente por investimentos privados. Esses princípios estão consubstanciados em diversos dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações, merecendo destaque os artigos 2º, 5º e 6º. Existem normas específicas sobre redes de telecomunicações previstas, entre outras, nos artigos 146, 154 e 155 do referido diploma legal.

Os serviços de telecomunicações, foram divididos em diversas modalidades, (por exemplo, telefonia fixa, interurbana, celular, uso de *bips* e o acesso à *Internet*), contratadas separadamente pelos usuários. Outras atividades permanecem com a características de monopólio natural, sendo objeto de uma regulação destinada a garantir o acesso para uso em bases não discriminatórias ou abusivas. São estruturas, sistemas e equipamentos indispensáveis à prestação de serviços pelas várias prestadoras, mas que, pela antieconomicidade, não podem ser duplicados por cada uma delas, e também não podem ser objeto de discriminação pelas empresas com controle sobre os mesmos, sob pena de ser inviabilizado o acesso das concorrentes. Nesse sentido, é extremamente relevante a fiscalização, pelas agências reguladoras, das condições de acesso a esses mercados não-concorrenciais.

O Estado, na disciplina desse preço, deve respeitar o direito de propriedade e igualdade, garantindo ao prestador do *serviço remuneração justa e compatível com os encargos decorrentes da sua atividade*, com observância do princípio da razoabilidade. O Estado apenas controla o preço que o prestador cobra dos usuários dos serviços. Mas não existe contrato entre o Poder Público e o prestador dos serviços para definir a contraprestação deste. “A regulamentação (*regulation*), a princípio, legislativa, mais tarde judiciária e, agora, precisamente administrativo, dirige-se, portanto primariamente, a garantir a prestação do serviço adequado, mediante tarifas satisfatórias” (Ibidem, p. 225). Não há, “um princípio literalmente idêntico ao da equação financeira do contrato, ou às teorias do ‘fato do príncipe’ e da imprevisão” (Ibidem, p. 225). “Oriundos [...] de uma concepção privatista, os serviços de utilidade pública integraram-se na disciplina do poder público, como um remédio aos abusos da iniciativa privada” (Ibidem, p. 225).

Em outras palavras, a necessária e obrigatória interconexão dos serviços de telefonia utiliza-se de redes para atingir o consumidor final e ensejar a competição.

No setor de telecomunicações o estabelecimento da intensidade de concorrência baseia-se na distinção feita na Lei nº 9.472/97, entre os serviços de interesse coletivo e os serviços de interesse restrito, sendo os últimos prestados em liberdade quase plena de concorrência<sup>9</sup>, inexistindo controle de preços e sujeitando-se a um regime de autorizações. A agência reguladora pode suprimir a exigência de autorização de algumas modalidades de serviço.

Os serviços de interesse coletivo podem ser prestados em dois regimes diferentes: público e privado, de onde decorre a possibilidade de concorrência (arts. 62 a 64 da Lei nº 9.472/97).

Para evitar a concentração ou monopolização de mercados relevantes, objetivando impedir a substituição de um monopólio público por um privado, a legislação veda, “*A uma mesma pessoa jurídica, a exploração, de forma direta ou indireta, de uma mesma modalidade de serviços nos regimes público e privado, salvo em regiões, localidades ou áreas distintas.*” (art. 68), exigindo ainda que “*a outorga a empresa ou grupo empresarial que, na mesma região, localidade ou área, já preste a mesma modalidade de serviço, será condicionada à assunção do compromisso de, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de assinatura do contrato, transferir a outrem o serviço anteriormente explorado, sob pena de sua caducidade e de outras sanções previstas no processo de outorga*” (art. 87).<sup>10</sup>

### *Disciplina dos meios de suporte à prestação dos serviços. Nova concepção da função social da propriedade como instrumento de competição*

A rede é a chave do mercado, é a via física através da qual este se materializa, pois faz chegar o produto ao consumidor final. Por essa razão as condições de acesso à rede por parte das empresas devem ser objetivas, transparentes e não discriminatórias.

O direito à conexão à rede constitui um problema regulatório fulcral, e é através da chamada *essential facility doctrine*<sup>11</sup>, que são fornecidas as bases para o desenvolvimento da disciplina regulatória.

9 Vide os arts. 126 e ss. da Lei 9.472/97.

10 V. Plano Geral de Outorgas, art. 9º, §§ 2º e 3º; Resolução ANATEL 101, de 04.02.99.

11 A esse respeito vejam-se os casos “United States vs. Terminal Railroad Association” e “Otter Tail Power Co. vs. United States”. A propósito Calixto Salomão Filho esclarece que, diferentemente “do instituto concorrencial da recusa de contratar, a *essential facility doctrine* considera a recusa de contratar ilícita em todos os casos em que haja o controle pelo sujeito ativo de um meio de produção imprescindível e insubstituível para a produção de um determinado bem final e seja tecnicamente e economicamente possível colocá-lo à disposição do sujeito passivo” (*Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 53, nota n. 2).

É ela invocada em situações tais como as de monopólio natural “*em que há um bem (geralmente uma rede) de tal importância, que é impossível minimamente competir sem que exista acesso a esse bem*”<sup>12</sup>.

Sua aplicação fica condicionada à conjugação de quatro requisitos: a) a existência de controle de um bem fundamental para a concorrência; b) a impossibilidade prática e/ou econômica de duplicação do bem em questão; c) a negativa de uso desse bem fundamental; d) a possibilidade física e técnica de fornecer a interconexão.<sup>13</sup>

O princípio da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado pode ser aplicado a três vertentes: aos bens de consumo — significando restrição ao uso do bem (inclusive disposição coercitiva sobre ele) —; aos bens de produção — na medida em que são eles utilizados em benefício da coletividade —; e aos bens de acesso de compartilhamento obrigatório, isto é, de sua disponibilização a terceiros.

O Acordo sobre Telecomunicações firmado no âmbito da OMC, relevante para o arcabouço regulatório do setor no plano internacional, estabeleceu a obrigação de cada um dos Estados-Membros “*assegurar aos prestadores de qualquer outro Estado-Membro acesso às redes públicas de transporte de telecomunicações e serviços, permitindo sua utilização de modo não-discriminatório*”, devendo, inclusive, possibilitar “*a interconexão de circuitos privados, arrendados ou próprios, com redes públicas de transporte de telecomunicações ou serviços ou com circuitos arrendados ou de propriedade de outro prestador de serviço*”<sup>14</sup>.

Segundo Calixto Salomão Filho “*compartilhamento assim entendido em uma perspectiva institucional tem duas formas diversas de se expressar: ou pelo co-propriedade efetiva dos bens fundamentais ao acesso ou pela garantia de acesso através da restrição do direito de propriedade do titular (único) da rede.*”<sup>15</sup>

A primeira hipótese, paralelamente ao fato de diminuir os custos das transações, pode gerar perigosas situações de concentração vertical. Esse modelo, em função de todas as dificuldades estruturais que acarreta, não é muito utilizado, sendo viável apenas nos casos em que o mercado não seja oligopolizado e quando a estrutura societária seja eficaz para limitar “*o risco de utilização do bem fundamental como instrumento de cartelização e abuso do consumidor*”<sup>16</sup>.

A expressão compartilhamento engloba, não só o acesso às redes operadas por terceiros (interconexão), como também o uso de infra-estrutura de terceiros.<sup>17</sup> Na

12 SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 54.

13 Ibidem.

14 CELLI JÚNIOR, Umberto. *A nova organização dos serviços na Lei Geral de Telecomunicações*. RDA, Rio de Janeiro, n. 211, p. 151/161, jan./mar. 1998.

15 SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 61.

16 Ibidem, p. 62.

17 A Resolução Conjunta nº 001 de 24-11-99, que aprova o regulamento conjunto para compartilhamento de infra-estrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, em seu art. 3º, inc. V e VI firmas as seguintes definições:

“V — Infra-estrutura: são as servidões administrativas, dutos, condutos, postes e torres, de propriedade, utilizados ou controlados, direta ou indiretamente, pelos agentes que exploram os

*“hipótese de compartilhamento há propriedade da rede por um só agente, que, de diversas formas, deve permitir que algum ou alguns dos elementos do direito de propriedade (portanto, uso, gozo, e fruição) sejam detidos por terceiros (concorrentes). Há uma clara delimitação do direito de propriedade.”*<sup>18</sup>

Limitar a fruição significa estabelecer uma correlação direta entre o preço de acesso e a garantia de acesso, isto é, o preço da ligação não pode ser imposto pelo detentor da rede de forma que os altos custos exigidos inviabilizem o acesso e/ou eliminem a concorrência.

Exemplo de regulação nesse setor é o adotado no direito comunitário europeu, no qual a Comissão das Comunidades Europeias definiu, através de comunicado específico, critérios para o estabelecimento desse preço, determinando que deve ele refletir um preço competitivo.

No Brasil tal questão vem sendo tratada em regulamentação setorial.

O disciplinamento do uso das redes que servem de suporte ao desempenho de serviços de telecomunicações é extremamente relevante para viabilizar a competição. Sem uma regulação forte e competente, sem uma intervenção estatal, a concorrência torna-se praticamente insustentável, em razão dos custos excessivos para a construção e instalação de redes — o que acaba gerando a necessidade do aproveitamento máximo dos recursos existentes, incluindo terceiros que não os proprietários das redes — e dos obstáculos operacionais existentes na construção de uma rede física de suporte a esses serviços, em especial no que se refere ao direito de passagem.

É indispensável a existência de um regime disciplinador da interconexão entre redes de prestadores de serviços de Telecomunicações, entendendo-se por interconexão *“a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis”* (L.G.T., art. 146, parágrafo único).

O compartilhamento de uso das redes vem expresso na Lei Geral de Telecomunicações<sup>19</sup>, por regulamentação específica editada pela ANATEL<sup>20</sup> e pela Resolução Conjunta nº 001/99, que aprova o Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-estrutura entre os setores de telecomunicações, energia elétrica e petróleo<sup>21</sup>

*serviços públicos de energia elétrica, os serviços de telecomunicações de interesse coletivo e os serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, bem como cabos metálicos, coaxiais e fibras ópticas não ativados [...];*

VI — Compartilhamento: é o uso conjunto de uma infra-estrutura por agentes dos setores de energia elétrica, de telecomunicações ou de petróleo.”

18 SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 63.

19 Cf. L.G.T., arts. 146, 154 e 155 (sobre o uso das redes) e o art. 73 (sobre direito de passagem).

20 V. Regulamento Geral de Interconexão, aprovado pela Resolução nº 40, de 23.07.98, da ANATEL, cujo art. 12 estatui: *“As prestadoras de serviço de telecomunicações de interesse coletivo são obrigadas a tornar suas redes disponíveis para interconexão quando solicitado por qualquer outra prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo.”*

21 A Resolução Conjunta nº 001, ao estabelecer as diretrizes para o uso compartilhado da infra-es-

No art. 28 do Regulamento Geral de Interconexão, aprovado pela Resolução nº 40, da ANATEL, além da afirmação da obrigatoriedade da interconexão, determina que as redes “*devem ser organizadas como vias integradas de livre circulação*” e, no inciso III, que “*o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social*”. Para criar essa obrigatoriedade ativa de interconexão, o regulador, na declaração dos princípios regedores da interconexão, firmou o caráter-público das redes.

O art. 155 da Lei nº 9.472/97 completa o teor do princípio geral do compartilhamento de uso ao fixar que, para desenvolver a competição, “*as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar as suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.*”

Apresenta-se como um instrumento de intervenção do Estado na propriedade, visando assegurar o bem-comum, com base no princípio da função social da propriedade<sup>22</sup>

Tal princípio presente em várias leis setoriais é, na realidade, o princípio constitucional da livre concorrência, expresso nos arts. 170 e 173 da Carta Magna.

Uma última consideração deve ser feita a esse respeito: as prestadoras de serviço de interesse coletivo devem acordar as condições de uso de infra-estrutura necessária à prestação do serviço diretamente com os detentores dos bens públicos ou privados. O compartilhamento de uso é detectado não só na obrigação de contratar, como também nas cláusulas contratuais que devem assegurar, através de regulação, con-

trutura dos serviços de interesse público, norteia-se, dentre outros, pelos princípios da igualdade, da não-discriminação e da função social na utilização dos equipamentos. Assim é que, em seu art. 4º, determina que o agente que explora serviços públicos de interesse coletivo tem direito a “*compartilhar infra-estrutura de outro agente de qualquer destes setores de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis*”. Na mesma linha, o art. 21 da mesma norma legal determina que “*os preços a serem cobrados e demais condições comerciais [...] podem ser negociados livremente pelos agentes, observados os princípios da isonomia e da livre competição.*”

A definição de infra-estrutura trazida pelo novo regulamento abrange servidões administrativas, dutos (inclusive aqueles viários de petróleo, seus derivados e de gás natural), condutos, postes e torres, cabos metálicos, coaxiais e fibras ópticas não ativadas, encerrando uma antiga discussão entre a ANATEL e a ANEEL, confirmando-se posicionamento da ANATEL no sentido de não caracterizar fibra acesa ou iluminada como infra-estrutura. Nota-se que as prestadoras de serviços de telecomunicações não estão obrigadas a compartilhar cabos metálicos, coaxiais e fibras ópticas não ativadas com as empresas do setor energético e petrolífero, o que se justifica em função dos altos investimentos efetuados pelas empresas de telecomunicações. O Regulamento prevê a necessidade de celebração de contrato para o compartilhamento de infra-estrutura, bem como sua posterior homologação e publicidade perante as Agências envolvidas, dando mais transparência ao processo. Com o objetivo de proteger aquele que necessita da infra-estrutura, o Regulamento estabeleceu prazos para a celebração de contrato e início de sua execução, bem como um procedimento de arbitragem nos casos de divergências entre empresas, experiência essa já existente no âmbito da ANATEL.

22 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, p. 109, 121.

teúdos mínimos do contrato<sup>23</sup>, que venham “*compatibilizar a negociação privada contratual com seus efeitos públicos*”<sup>24</sup>, de proteção e defesa do consumidor.

As regras do compartilhamento também interferem no direito de disposição na medida em que, de um lado, tornam a rede incindível do exercício da empresa e, de outro, embora devendo ser autorizada, subtraem do arbítrio do proprietário o direito à sublocação de rede.

O binômio compartilhamento-uso pressupõe o compartilhamento do bem entre proprietário e possíveis concorrentes, o que necessariamente acarreta limitação ao seu uso pelo proprietário, tornando-se necessário firmar contratos que garantam o real acesso.

A Lei Geral de Telecomunicações definiu em relação às prestadoras de serviços de interesse público, uma política no sentido de instituir o dever de disponibilizar suas estruturas para a prestação de serviços de telecomunicações. No entanto, o grau de intervenção reguladora dos serviços de interesse coletivo difere do relativo aos serviços de interesse restrito (arts. 62 e 63 da Lei nº 9.472/97). Naquele “os órgãos reguladores podem intervir prévia e diretamente, determinando os termos da relação jurídica a ser configurada”; neste último “o assunto ficará sempre a cargo da livre negociação.”

Entretanto, afirma o Autor, a análise das normas aplicáveis ao setor de telecomunicações leva à conclusão de que “a livre negociação é o procedimento por excelência para implementar os direitos de passagem sobre bens pertencentes a terceiros, sejam quais forem as pessoas [...] e os serviços de telecomunicações [...] envolvidos”<sup>25</sup>.

No caso da livre negociação não ser instrumento suficiente para atender satisfatoriamente aos interesses envolvidos, caberá ao Poder Público dispor de meios de intervenção visando impedir um colapso no sistema, podendo instituir servidões administrativas ou mesmo desapropriar bens quando se tratar de serviços explorados em regime público<sup>26</sup>.

Revista Interesse Público, nº 2, abr./jun., 1999, p. 41.

23 Exemplo a ser citado é o art. 68 do Regulamento de Interconexão e o art. 9º da Lei nº 9.648, de 27-05-98.

24 SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 69.

25 SUNDFELD, Carlos Ari. *Reforma das telecomunicações: o problema da implantação das novas redes*. Revista Interesse Público, nº 2, abr./jun., 1999, p. 41.

26 Ibidem, p. 42.