
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 1-255, abr./jun. 2005

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzo
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros
CRB 1545/MG 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo Território Nacional

O Kit Regulatório das Telecomunicações

Paulo Roberto Ferreira Motta

Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Professor de Direito Administrativo

A nova regulação das telecomunicações possui certidão de nascimento. Trata-se da decisão do Tribunal de Justiça da então Comunidade Econômica Européia na famosa decisão *British Telecommunications* (República Italiana vs. Comissão), datada de 20 de março de 1985:¹

A decisão citada resolveu um recurso interposto contra uma decisão da Comissão, adotada no marco do artigo 86 do Tratado CEE (abuso de posição dominante), sobre dois regulamentos da *British Telecommunications* (BT). Era, a mesma, então, uma sociedade de Direito Público, detentora do monopólio legal da gestão dos sistemas de telecomunicações no Reino Unido. Aqueles regulamentos (que não chegaram a ser colocados em prática) tinham por objeto restringir a competição derivada de novas iniciativas no campo das emissões telefônicas. Aproveitando as novas tecnologias, a iniciativa privada havia começado a oferecer um novo serviço de recepção e transmissão, por conta de terceiros, de mensagens, a preços sensivelmente inferiores ao que se derivavam da aplicação das tarifas correspondentes ao uso tradicional das linhas de telecomunicações. De fato, os regulamentos tinham por objeto proibir a estes agentes privados a prática de preços tais que permitissem a transmissão das mensagens a preço menor que se praticava pelo telex. A Comissão da CE estudou os regulamentos e decidiu que os mesmos contrariavam o disposto no art. 86. Contra esta decisão foi interposto recurso perante o Tribunal de Justiça da Comunidade pela República Italiana. É curioso que o recorrente não foi a *British Telecommunications*, nem o Reino Unido, que aparece como litisconsorte da empresa, mas sim, a República Italiana. (...) Se entendeu, no julgamento, que o interesse da Itália estaria em impedir que fossem desviados, ao Reino Unido, um volume importante de mensagens internacionais e os ganhos correspondentes. (...) Em todo o caso, é evidente que o Governo italiano havia preferido manter uma política restritiva de competição no mercado dos serviços de mensagens telefônicas. (...) A República Italiana pretendeu, com efeito, que o art. 86 do Tratado fosse aplicado unicamente às atividades empresariais desenvolvidas sob formas jurídico-privadas, e não em relação à atividade normativa exercitada no marco de um serviço público prestado em condições prefixadas pelo legislador. A Comissão e o Reino Unido sustentaram, em sentido oposto, que a prestação dos serviços de telecomunicações é uma atividade empresarial. Sendo assim, se a lei britânica havia conferido à *British Telecom* a competência regulamentar, era somente para fixar preços e condições em que o serviço deveria ser oferecido. Os regulamentos questionados cumpriam, portanto, a mesma função, caso fossem cláusulas contratuais. Ao final, o Tribunal decidiu pela eliminação de toda restrição à livre competição.²

Dando prosseguimento, e com base no que restou assentado no

¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago, op. cit., t. II, p. 54-58.

² Id.

aresto citado, foi elaborado o *Livro verde sobre o desenvolvimento do mercado comum dos serviços e aparatos de telecomunicações*, cujos principais pontos, resumidamente, são os seguintes:

- 1) O desenvolvimento tecnológico, notadamente na informática, implica numa nova organização jurídica para regular as novas formas de telecomunicações (cabo, celular, satélite, internet, etc.). Classificam-se os serviços em duas espécies: os de base (tudo aquilo que é essencialmente transmissão de sons, ou de sons e imagens), e os de valor adicionado (tudo aquilo que não é essencialmente telecomunicação, mais sim instrumental ao mesmo, como por exemplo, um guia telefônico);³
- 2) O potencial econômico das novas espécies de telecomunicações deve ser desenvolvido para criar uma “rede européia de telecomunicações” barata e tecnicamente avançada; e
- 3) A criação de um poderoso setor europeu de telecomunicações depende do desenvolvimento das mesmas, para que o mercado possa oferecer serviços em maior variedade e mais baratos. Tal missão se faz urgente, para enfrentar, economicamente, os Estados Unidos e o Japão.⁴

Para alcançar o pretendido pelo *Livro verde*, a então Comunidade Econômica Européia inicia a edição de uma série de diretivas, cujos conteúdos podem ser resumidos nos seguintes pontos:

- 1) Liberalização, com a introdução de um regime de competição nos mercados de serviços;
- 2) Harmonização das diferentes regulações técnicas de cada país, visando uma unificação;
- 3) Liberalização para comercialização de equipamentos;
 - a. Liberalização das estruturas de telefonia fixa para os serviços de outras empresas de telefonia fixa, para serviços distintos da telefonia fixa, para comunicações por satélites, televisão a cabo, telefonia celular, etc.;
 - b. Eliminação de direitos especiais ou exclusivos para prestação dos serviços de telecomunicações; e
 - c. Regulações normativas específicas para cada setor.⁵

Como o *Livro verde*, e também as diretrizes posteriores, jamais

³ Cf. RAVENTÓS, Alberto. *Servicios de Valor Añadido: Conmutacion de Datos por Paquetes, por Circuitos...*, todo.

⁴ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Id., p. 58 et seq.

determinaram a privatização das empresas estatais, existentes em quase todos os países europeus, exigindo, isso sim, que os mercados de cada país integrante da então CEE fossem liberados para qualquer empresa, estatal ou não, foi necessário separar as funções de exploração dos serviços com as de regulação,⁶ nascendo assim as autoridades administrativas independentes, que são as agências reguladoras européias.

Este processo regulatório vai encontrar seu ápice no ano de 1994, quando são publicadas duas resoluções importantes, as de 7 de fevereiro e a de 22 de dezembro. Pela primeira, cria-se a figura do denominado *serviço universal*, ou seja, de telefonia fixa que deve ser prestado em todo o território, com amplo acesso por qualquer usuário e com qualidade. A qualidade é estabelecida através de *standards* legais (tais como, por exemplo, o tempo de espera para completar uma ligação). O regime tarifário deve ser fixado em função dos custos, admitindo-se, e determinando-se, conforme o caso, a flexibilização dos mesmos, para atender necessidades sociais específicas, o que demonstra a utilização de políticas de caráter keynesiano. Deve incluir, também, as seguintes prestações adicionais: guia telefônico, serviços de informação, serviços de assistência da operadora, telefones públicos pagos e serviços gratuitos de acesso a telefones de urgência.⁷

O serviço universal é direito do usuário e as normatizações (ou regulação, como queiram) obrigam cada país membro a constituir uma administração independente (agência reguladora) para solução de conflitos, através de processos baratos, rápidos e acessíveis por qualquer utente.⁸

Pela resolução de dezembro de 1994 foram estabelecidas as normas de interconexão, procedimento de obtenção de licenças, liberdade de acesso de qualquer empresa européia em qualquer país da então Comunidade e livre competição em qualquer modalidade de serviço, através de um processo temporal específico e determinado.⁹

Importa salientar, que dentro dos limites temporais estabelecidos pela então CEE, cada país teve prazos diversos para fazer evoluir o processo de implantação da livre competição, que comportou duas fases distintas. A primeira, da passagem do regime de monopólio para o de duopólio (com a liberalização do mercado para um segundo operador,¹⁰ que no Brasil

⁵ CREMADES GARCIA, Javier. *El Derecho de las Telecomunicaciones en Europa y en España*, p. 11-12. ESTÉVEZ RODRÍGUEZ, José Francisco. *El Derecho Europeo de las Telecomunicaciones: Introducción a los Organismos Internacionales*, p. 189 et seq.

⁶ Id., p. 12-13.

⁷ CREMADES, id., p. 19-20.

⁸ Ibid., p. 20.

⁹ Ibid.

é conhecido como empresa espelho). Num segundo momento, a abertura total, através de títulos habilitantes denominados de autorizações gerais¹¹ para todo aquele que tivesse interesse, e um mínimo de condições previamente estabelecidas.¹²

No tocante ao “novidadeiro” conceito de serviço universal, a doutrina não se furtou de realizar as devidas críticas e colocar o óbvio: Para Carmen Chinchilla, o conceito, *mutatis mutantis*, embute uma idéia de solidariedade social que resgata a velho conceito de serviço público elaborado por Duguit.¹³

Tomás De La Quadra-Salcedo¹⁴ aponta que é necessário, muitas vezes, abandonando as clássicas teorias liberais, realizar “intervenção na política de preços, sacrificando-se a dinâmica própria do mercado” para “satisfazer a técnica continental do serviço público”.¹⁵ Quanto à denominação de “serviço universal”, o consagrado autor entende que o mesmo não possui qualquer força simbólica maior do que uma simples troca de nomenclatura, até porque o objeto da regulação deve ser o de “assegurar a satisfação de determinadas necessidades indeclináveis que antes eram próprias do serviço público e que agora se chamam de serviço universal”.¹⁶

Assim, cada país da CEE, agora UE, com base nos marcos regulatórios sinteticamente expostos acima, passou a editar, sem modificações de monta, a sua LGT (Lei Geral de Telecomunicações).

Dentro deste processo de “*revolução das telecomunicações européias*” importa apresentar uma organização internacional que vem desempenhando ativo papel propagador do *kit regulatório*. É a UIT – União Internacional de Telecomunicações, fundada em 1865 e convertida, em 1947, em agência especializada da ONU. A UIT possui duas classes de membros: a dos países a ela filiados e das empresas de telecomunicações. Mas, atenção, somente as empresas que sejam *Operadoras Internacionais de Telecomunicações*, ou seja, que reconhecidamente operem em mais de um

¹⁰ RODRÍGUEZ, Maria Luisa. *Servicios Finales: Telefonía Básica y Definición de Servicio Universal, Liberalización y el Segundo Operador*, todo.

¹¹ Sobre a polêmica pelo uso da expressão, já que, também sem tradição doutrinária em alguns países, consulte-se VILLAR URIBARRI, José Manuel. *Pautas para una Nueva Regulación de las Telecomunicaciones en España*, p. 117-118.

¹² *Ibid.*, p. 28 et seq.

¹³ CHINCHILLA, Carmen. Comentario. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (Coord.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, p. 276-277.

¹⁴ *Telecomunicaciones y Derecho Público*, p. 134.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 134.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 135. Para uma conclusão diametralmente oposta a de DE LA QUADRA SALCEDO, consulte-se ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Servicio Público y Servicio Universal en las Telecomunicaciones*.

país, podem integrar a referida União.¹⁷

A principal função da UIT é a de “levar a cabo as políticas de cooperação internacional, assim como promover e proporcionar assistência técnica aos países em desenvolvimento, impulsionando a melhora, através da utilização de meios técnicos, e mais eficiente exploração”¹⁸ dos serviços de telecomunicações. A UIT ainda possui, entre outros, um órgão denominado CCITT (*International Telegraph and Telephone Consultative Committee*) que é o responsável pela “definição dos *standards* técnicos internacionais de caráter global”, estando entre suas atribuições as “definições técnicas e operativas sobre tarifas” que são elaboradas depois de “negociações internacionais”.¹⁹

Muito embora o *novo* sistema europeu possua muitas semelhanças com o norte-americano, há, na origem de ambos, uma acentuada diferença: na Europa se estabeleceu um regime de ampla competição com a empresa estatal de cada país. Nos EUA, a preocupação foi, com as reformas iniciadas em 1994, a de extinguir o monopólio de uma empresa privada, a AT&T, proibindo a mesma de atuar na telefonia fixa, partilhando o seu acervo em sete empresas regionais, denominadas de *Bells* (*Pacific Telesis, U. S. West, SBC, Ameritech, Bell South, Bell Atlantic, NYNEX*).²⁰ A reforma foi completada em 1996 com a edição de novo marco regulatório, o *Telecommunications Act*.²¹

A exemplo da técnica utilizada na Europa, o *Telecommunications Act* também classificou os serviços de telecomunicações em básicos e adicionados.²²

Este modelo foi *clonado* em quase toda a América hispânica, notadamente na Argentina, Bolívia, Chile, Peru, México e Venezuela,²³ através da difusão do *kit* empreendida pela AHCIET (Asociación Hispanoamericana de Centros de Investigación y Empresas de Telecomunicaciones) criada em 1982.²⁴

A exceção, no processo, ocorreu no Uruguai, onde a Lei de Empresas

¹⁷ ESTÉVEZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 200-201.

¹⁸ Id., p. 201.

¹⁹ Ibid., p. 202.

²⁰ KNAUER, Leon T. *El Entorno Mundial de las Telecomunicaciones*, p. 1147 et seq.

²¹ MEDINA ORS, Guillermo. *Regimen Jurídico de las Telecomunicaciones en los Estados Unidos*, p. 1169 et seq.

²² Op. cit., p. cit.

²³ PASTOR, Verónica. *Las Telecomunicaciones en Iberoamerica*, p. 1243 et seq.

²⁴ GÓMEZ ALAMILLO, Francisco et. al. *Hechos Relevantes y Tendencias de las Telecomunicaciones en Hispanoamérica*, p. 1255 et seq.

Públicas, de 1991, determinava a realização de plebiscito para autorização ou não da privatização da operadora estatal ANTEL. Por maioria, o povo uruguaio não aceitou a privatização e a empresa opera, até hoje, em regime de monopólio.²⁵ Também, em regime de monopólio, mas com participação acionária de capitais estrangeiros, opera a estatal ETECSA de Cuba.²⁶

O modelo segue, invariavelmente, sempre o mesmo padrão, o que não significa dizer que alguns não são mais protetivos que outros. Contudo, a telefonia fixa é prestada no regime de serviço público e as demais formas tecnológicas telefônicas sob o regime da livre competição. Outras características comuns são a liberalização do mercado de telefonia fixa em cada país, sofrendo a operadora dominante, num primeiro momento, a concorrência do segundo operador e, posteriormente, por quaisquer outros interessados.

No que se relaciona às agências reguladoras não há diferença de monta. Desde o número de dirigentes (sempre 5) até o rol de competências, o modelo é unificado, com uma ou outra diferença de caráter local. Assim, por exemplo, entre tantos, na LGT brasileira encontramos o art. 63, parágrafo único, que qualifica o serviço de telecomunicações em regime público como aquele que é prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e continuidade. O art. 37 da LGT espanhola, por sua vez, estabelece que o serviço universal é o conjunto definido de serviços de telecomunicações com uma qualidade determinada, acessível a todos os usuários com independência de sua localização geográfica e preço acessível.

O modelo transferido por infusão para o direito brasileiro apresenta, marcadamente, duas deficiências. Uma estrutural e outra conceitual.

A deficiência estrutural reside na importação de um modelo impróprio. Explico.

O fundamento ideológico da liberalização das telecomunicações, no Velho Continente, está assentado no fato de que na União Européia, face ao princípio da isonomia que deve reger a atividade econômica no seio de uma *federação de Estados soberanos*, havia a necessidade de regular a livre competição entre empresas prestadoras do serviço público de telecomunicações.

A abertura de cada um dos mercados nacionais era imposição

²⁵ Op. cit., p. 1267.

²⁶ Id., p. 1269.

natural, sob pena de implosão sistêmica de todo o processo de construção da União Européia. Contudo, esta abertura encontrava na origem dois sérios obstáculos. Primeiro: o de que a empresa dominante em cada país, de propriedade do Estado nacional, exercia a atividade em regime de monopólio. Segundo: a atividade desempenhada era serviço público.

No primeiro caso, para contornar o problema, estabeleceu-se o princípio da isonomia simétrica para cada uma das empresas nacionais. Assim, ao mesmo tempo em que seria obrigada a suportar concorrência em seu território, poderia concorrer no território dos outros. Para que a competição fosse juridicamente regrada, o Estado nacional teria, pelo menos diretamente, de deixar de regular, eis que não poderia ser o regulador e proprietário da empresa dominante ao mesmo tempo. Não haveria, por óbvio, livre concorrência. Assim, buscaram no direito americano a instituição da agência reguladora.

No segundo, a criação foi, mais uma vez, sob o ponto de vista sistêmico da União Européia, genial. Definiu-se um serviço universal (que é o velho e afrancesado serviço público com outra nomenclatura), ou seja, aquele a qual todo cidadão-usuário tem direito público subjetivo. Tudo o mais que fosse agregado, ou fruto de inovação tecnológica, a este mesmo serviço seria tido como atividade econômica privada. Tal método foi possível nos serviços de telecomunicações. Por elementar, seria impossível nos serviços de eletricidade ou de água e esgoto, por exemplo, porque nada de valor maior, ou novidade técnica, poderia ser adicionado aos mesmos. São serviços, que pela sua própria natureza, muito embora comportem fases distintas, perdem sua essência se não forem prestados globalmente.

Esta mesma genialidade, quando transferida por infusão, para países de realidade diversa, escancara toda a sua deficiência. No Brasil, especificamente, a privatização teve outros propósitos. Primordialmente o de fazer “caixa” com a venda de ativos estatais para aplacar os credores externos e, se alguma coisa sobrasse, aos internos.

Deste modo, a livre competição, pelo ângulo do modelo europeu, frise-se, não tem nenhum sentido para o Direito brasileiro. Jamais houve, em solo pátrio, qualquer necessidade de propiciar um sistema de livre competição entre, por exemplo, TELEPAR e TELESC, ou entre TELEPAR e TELESP.

Mesmo no campo da abertura do mercado brasileiro de telecomunicações ao capital estrangeiro, não havia a necessidade estrutural da União instituir uma agência reguladora, eis que, deixando de ser

proprietária da empresa estatal, pela privatização, poderia regular, com independência, através do Ministério das Telecomunicações, a livre concorrência entre a antiga estatal, agora privada e as novas empresas privadas (espelho, autorizadas, etc.) A instituição da ANATEL, assim, somente pode ser compreendida dentro de uma globalização jurídica de uniformização dos processos do Direito a serviço do neoliberalismo para: a) assegurar que no Brasil o modelo privatizado seria igual ao dos países europeus; b) evitar (ou tornar muito difícil) que os governantes do futuro viessem a modificar estruturalmente o modelo.

No novo modelo brasileiro não se poderia, jamais, ao menos em relação à empresa espelho, permitir que a mesma se submeta (exclusivamente) ao regime do Direito Privado, o que implica na não submissão a qualquer propósito universalizante. No mínimo alguma contribuição para tanto deveria ser exigida. A implantação do regime de prestação pelo regime privado, na telefonia fixa, é demonstração cabal de que o critério reitor do processo jamais foi o da universalização material do serviço de telefonia fixa, mas sim uma gorda arrecadação na outorga. Afinal, se a concorrência importa em eficiência, a mesma deveria ser direcionada à conquista da universalização material.

E nem se sustente que em virtude da assimetria regulatória há uma lógica no processo. No modelo vigente a regulação é assimétrica entre a operadora dominante e a espelho, pois se entende que a dominante foi adquirida com toda a estrutura antes existente, ao contrário da outra, onde na verdade nada material foi adquirido, apenas o direito de entrada no mercado. A espelho, assim, não possuindo qualquer obrigação de universalização material, disputará, como é óbvia a evidência, apenas a parcela mais rentável do mercado. Nesta lógica, há manifesto sinal de perversão social. Nos grandes centros urbanos, é, unicamente, nas regiões de maior poder aquisitivo que ocorrerá, por certo, a livre concorrência que tem como consequência natural à queda dos preços e o aumento de qualidade do serviço. Assim, os preços caem e o serviço melhora exclusivamente para aqueles que são economicamente abonados.

Mas a falta de sensibilidade social não para por aí. Existem dois outros elementos que devem ser desenvolvidos, mesmo que rapidamente.

Por primeiro o FUST – Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações, cuja criação foi prevista no arts. 80, parágrafo 2º e 81, II, da LGT e efetivada pela Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000,²⁷ e

regulamentado pelo Decreto nº 3.624, de 5 de outubro de 2000.²⁸

Note-se que a regulação “não tem como objetivo primário o reequilíbrio das relações entre concorrentes, ainda que, indiretamente, possa ter o efeito benéfico de compensar as vantagens concorrenciais existentes a favor dos detentores das redes”.²⁹

O objetivo primário da regulação, nos serviços públicos, é o da universalização material. Pois bem, o FUST inverte esta lógica. Segundo o teor do art. 1º, da Lei nº 9.998/2000, o FUST tem por finalidade proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço.³⁰

Ninguém discute, por elementar, que os propósitos descritos na nota de rodapé imediatamente anterior possuem extraordinário alcance social. Há, porém, um detalhe: Veja-se o teor do art. 6º, IV, e parágrafo único, da Lei nº 9.998/2000:

Art. 6º. Constituem receitas do Fundo:

(...)

IV – contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e

²⁷ BRASIL. Lei n. 9.998, de 17 de agosto de 2000 - Institui o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações.

²⁸ BRASIL. Decreto n. 3.624, de 5 outubro de 2000 – Dispõe sobre a regulamentação do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST, e dá outras providências.

²⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Desenvolvimento*, p. 43-44.

³⁰ Tais obrigações de universalização, segundo a própria lei, art. 5º, são: Art. 5º. Os recursos do Fust serão aplicados em programas, projetos e atividades que estejam em consonância com plano geral de metas para universalização de serviço de telecomunicações ou suas ampliações que contemplarão, entre outros, os seguintes objetivos: I – atendimento a localidades com menos de cem habitantes; II – (Vetado). III – complementação de metas estabelecidas no Plano Geral de Metas de Universalização para atendimento de comunidades de baixo poder aquisitivo; IV – implantação de acessos individuais para prestação do serviço telefônico, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde; V – implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive de internet, em condições favorecidas, a instituições de saúde; VI – implantação de acessos para utilização de serviços de rede digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive de internet, em condições favorecidas, a estabelecimento de ensino e bibliotecas, incluindo os equipamentos terminais para operação pelos usuários; VII – redução das contas de serviços de telecomunicações de estabelecimentos de ensino e bibliotecas referentes à utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive de internet, de forma a beneficiar em percentuais maiores os estabelecimentos freqüentados por população carente, de acordo com a regulamentação do Poder Executivo; VIII – instalação de redes de alta velocidade, destinadas ao intercâmbio de sinais e à implantação de serviços de telecomunicações entre estabelecimentos de ensino e bibliotecas; IX – atendimento a áreas remotas e de fronteira de interesse estratégico; X – implantação de acessos individuais para órgãos de segurança pública; XI – implantação de serviços de telecomunicações em unidades do serviço público, civis ou militares, situadas em pontos remotos do território nacional; XII – fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a instituições de assistência a deficientes; XIV – fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a deficientes carentes; XIV – implantação da telefonia rural.

de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins;

Parágrafo único. Não haverá a incidência do Fust sobre as transferências feitas de uma prestadora de serviços de telecomunicações para outra e sobre as quais já tenha havido o recolhimento por parte da prestadora que emitiu a conta ao usuário, na forma do disposto no art. 10 desta Lei.

Ou seja, parcela considerável dos recursos que formam o fundo (há outras, arroladas no art. 6º, da citada lei, como dotações orçamentárias da União, preços públicos cobrados pelas outorgas, etc.) têm como origem o valor das contas telefônicas, ou seja, são suportados pelos usuários.

Deste modo, se pode concluir, que as concessões, ao menos neste modelo, não são atividades exercidas por *conta e risco do concessionário*, uma vez que os *custos e os riscos* presentes no atendimento a localidades com menos de cem habitantes (de baixa rentabilidade, portanto) ou instituição de ensino, bibliotecas, instituições de saúde (também de baixa rentabilidade) são suportados parcialmente pelos usuários. Há evidente socialização do lado não-rentável do negócio que é, na sua origem e essência, serviço público. Contudo, no lado lucrativo da atividade, inexistente qualquer socialização. Explico:

As concessionárias, por serem as titulares das redes de telecomunicação, cobram, das empresas espelho e das autorizadas, custos pela *interconexão*,³¹ que como antes visto e conceituado pela legislação em vigor, é o processo técnico pelo qual o assinante de uma operadora consegue acessar o terminal telefônico de outro assinante, de outra operadora. Elementar que a concessionária, que herdou os assinantes das empresas estatais que prestavam a atividade em regime de monopólio, tem uma carteira de assinantes muito maior. Assim, nesta *compensação*, a concessionária adquire ainda mais receitas (muito embora tenha custos para atender a *interconexão*, reconheça-se).

Em virtude dos fatos acima vistos, temos que, quanto mais a concessionária titular das redes universalizar (formal ou materialmente) o serviço de telecomunicações, levando o mesmo ao maior número de pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, mais arrecadará, não só pelo maior número de assinantes que obterá, mas também pela maior incidência de *interconexão*, uma vez que, universalizando seus serviços propicia maior opção de ligações

³¹ Conforme exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, interconexão, segundo definição normativa da ANATEL, art. 3º, VI, da Resolução n. 040/1998, é a ligação entre redes de telecomunicações funcionamento 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.

para os assinantes das empresas concorrentes. Assim, maior será a sua arrecadação pelos dois lados do sistema: mais receita por ter aumentado o número dos seus assinantes e mais receita por ter aumentado o faturamento na *interconexão*.

Crescendo a arrecadação, pela universalização, seria natural que os ônus da universalização não-rentável também fossem suportadas integralmente pela concessionária (conta e risco da concessão). Mas não, os mesmos são suportados, em parte, pelos usuários e doutra parte pela União.

Como se isso ainda não bastasse, o FUST incide sobre os valores pagos pelos assinantes das operadoras espelho e autorizadas. Valores estes, que na forma do parágrafo único, do art. 6º, da citada lei, antes transcrito, não são cobrados novamente (quando do acerto de contas da *interconexão*), mas são cobrados nas contas pagas às empresas espelho e autorizadas. Ou seja: os usuários das concorrentes também pagam pelos custos de universalização cuja materialização incumbe, por lei, à empresa da qual não são assinantes. Como aponta o professor Calixto Salomão Filho³² há clara violação, neste sistema, do art. 173, parágrafo 4º, da CF/88, no tocante ao aumento arbitrário dos lucros, uma vez que a operadora, titular da rede, recebe recursos do Fundo público, cuja receita, em parte, vem do Erário e doutra, pelo pagamento do *plus* imposto aos assinantes da própria empresa beneficiada e aos assinantes das suas concorrentes.

A conclusão, tal e qual realizou o citado professor, é somente uma: “As empresas titulares das redes, além da enorme vantagem concorrencial que a pura e simples operação da rede lhe proporciona, se puderem, ainda, repassar às demais o custo da universalização terão obtido do Estado uma verdadeira tutela da obtenção da margem máxima do lucro”.³³

Na verdade, e a análise jurídica da questão não comporta outra, a universalização material não está sendo assegurada pela concessionária, mas sim pelo Erário e pelos usuários de todas as empresas.

Outra questão a dificultar ainda mais a universalização material dos serviços públicos de telecomunicações tem origem na denominada, de forma manifestamente equivocada, *internet grátis*. Algumas operadoras do serviço telefônico são, total ou parcialmente, proprietárias de alguns provedores de acesso à *internet* e, pelo serviço prestado, nada cobram dos seus assinantes. Resta, neste processo, uma evidência: se o serviço prestado não é cobrado dos assinantes dos provedores somente se pode concluir que o provedor tem seus custos suportados pela operadora do serviço

³² *Id.*, p. 44.

³³ *Ibid.*, p. 44. Há na doutrina nacional um excelente estudo sobre o FUST da lavra de BOTELHO, Fernando Neto. *As Telecomunicações e o FUST*.

de telefonia que é a proprietária do mesmo. Assim, utiliza-se de parte de suas receitas, advindas da telefonia, para suportar a totalidade dos custos de acesso a *internet*. Neste processo é evidente que há, como afirmou o superintendente de universalização da ANATEL, uma injustiça, uma vez que “os 42 milhões de usuários de telefonia não podem sustentar os 12 milhões de usuários de internet”.³⁴

De outra feita, estranhamente, não se adotou, para propiciar a livre, e efetiva, competição entre a operadora dominante, a espelho e as demais autorizadas, um critério presente no Direito europeu, ou seja, a conservação do número (art. 42, da LGT espanhola). Sendo o número do telefone uma extensão do direito; de marca (notadamente de empresas que atuam em todo o território nacional), da profissão (profissionais liberais) e até mesmo da dignidade da pessoa humana e da sua integridade corporal (socorro médico por ambulâncias, hospitais, farmácias); é incompreensível que tal instrumento, absolutamente possível em termos tecnológicos, não tenha sido implantado. Assim, a livre competição, num sistema de pluralidade de prestadores, fica brutalmente atingida, se, por exemplo, a empresa de *telemarketing* já editou milhões de folhetos ou intensa e pretérita publicidade do seu número telefônico. Por mais vantajosas que sejam as condições ofertadas pelo concorrente, a empresa utente não encontra meios de trocar de operadora, sob pena de brutal prejuízo.

Pelos aportes antes vistos, é possível concluir, que a *fuga do Direito Administrativo*, alcançada pela nova regulação do setor de telefonia fixa, implicou na *traição da universalização* e do arcabouço clássico da concessão de serviços públicos, já que as metas de universalização, que ampliam os usuários e tornam o mercado mais rentável e apetitoso, são suportadas pelo Erário e pelo próprio usuário, não havendo, por parte do prestador, qualquer risco pela atividade exercida no tocante as tais “metas de universalização”.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. O *Kit* Regulatório das Telecomunicações. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 195-206, abr./jun. 2005.

³⁴ *Mundo Digital*. Publicação *on line*. UOL. Endereço: URL: <<http://noticias.uol.com.br/mundodigital/ultimas/ult1345u19.jhtm>>. Acesso em 17.01.2003.