

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

LUCIANA LAURINDO BERGO

**O SETOR DE TELEFONIA MÓVEL: ASPECTOS DA REGULAÇÃO E
DA CONCORRÊNCIA NA TUTELA E PARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO
DO SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL**

FRANCA

2015

LUCIANA LAURINDO BERGO

**O SETOR DE TELEFONIA MÓVEL: ASPECTOS DA REGULAÇÃO E
DA CONCORRÊNCIA NA TUTELA E PARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO
DO SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Ciência
Humanas e Sociais, Universidade Estadual
Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-
requisito para a obtenção do título de Mestre
em Direito. Área de concentração: Sistemas
Normativos e Fundamentos da Cidadania.**

Orientador: Prof. Dr. José Carlos de Oliveira

FRANCA

2015

Bergo, Luciana Laurindo

O setor de telefonia móvel: aspectos da regulação e da concorrência na tutela e participação do usuário do serviço de telefonia móvel / Luciana Laurindo Bergo.– Franca : [s.n.], 2015.

96 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: José Carlos de Oliveira

1. Sistemas de comunicação móvel. 2. Tutela. 3. Telefonia celular. 4. Telecomunicações – Legislação. I. Título.

CDD – 341.88

LUCIANA LAURINDO BERGO

**O SETOR DE TELEFONIA MÓVEL: ASPECTOS DA REGULAÇÃO E
DA CONCORRÊNCIA NA TUTELA E PARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO
DO SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciência Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. José Carlos de Oliveira

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, _____ de _____ de 2015.

Dedico este trabalho aos meus pais que, com paciência, sempre acreditaram em mim e à minha avó Ana que, no lugar onde estiver, tenho certeza que intercede por mim.

Meu Caro Amigo
(Francis Hime/Chico Buarque)

[...]

Meu caro amigo eu não pretendo provocar
Nem atiçar suas saudades
Mas acontece que não posso me furtar
A lhe contar as novidades

[...]

Meu caro amigo eu quis até telefonar
Mas a tarifa não tem graça
Eu ando aflito pra fazer você ficar
A par de tudo que se passa
Aqui na terra 'tão jogando futebol
Tem muito samba, muito choro e rock'n' roll
Uns dias chove, noutros dias bate sol
Mas o que eu quero é lhe dizer que a coisa aqui tá
preta
Muita careta pra engolir a transação
E a gente tá engolindo cada sapo no caminho
E a gente vai se amando que, também, sem um
carinho
Ninguém segura esse rojão
[...]

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. José Carlos de Oliveira, pela orientação e pelo incentivo ao desenvolvimento da pesquisa.

À minha família, que acreditou em mim, especialmente aos meus pais, que insistiram no poder do conhecimento.

À minha amiga Tônia, que gentilmente me ofereceu pouso e amizade para conseguir iniciar e terminar esta jornada.

A todos, que contribuíram para que eu chegasse até aqui, especialmente aos meus amigos de trabalho da Prefeitura de Jaboticabal e à Faculdade de Educação São Luís.

BERGO, Luciana Laurindo. **O setor de telefonia móvel:** aspectos da regulação e da concorrência na tutela e participação do usuário do serviço de telefonia móvel. 2015. 103f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciência Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

RESUMO

O presente estudo analisa a tutela e participação do usuário de telefonia móvel no processo regulatório. Sabe-se que a estrutura do mercado de telecomunicações no Brasil é resultado da conjunção de políticas governamentais pautadas na Constituição Federal e na Lei n. 9.472/97, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações - (LGT). A principal contribuição da LGT foi a inserção da competição entre as prestadoras dos serviços de telefonia e a criação do ente regulador, Agência Nacional de Telecomunicações. Esta tem a função de equilibrar os interesses dos usuários, prestadoras do serviço de telefonia móvel e do próprio Estado. Por isso, a participação do usuário dos serviços de telefonia móvel na formulação de políticas públicas para o setor de telefonia móvel é essencial no sentido de pressionar a agência reguladora a garantir a qualidade dos serviços prestados, o poder de escolha do usuário e a modicidade tarifária. Para tanto, estudaremos os institutos da regulação e da concorrência, considerando a tutela do usuário consumidor pelo Estado e a participação do usuário no processo regulatório. A metodologia utilizada para tanto foi a teórica combinada com análise de leis, decretos, resoluções, jurisprudência e dados empíricos.

Palavras-chave: telefonia móvel. usuário. regulação. concorrência.

BERGO, Luciana Laurindo. **The sector mobile:** aspects of regulation, competition in the protection and participation of the user's mobile phone service. 103f. 2015. Dissertation (Master of Law) – Faculty of Humanities and Social Science, Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho", Franca, 2015.

ABSTRACT

The current work analyses the mobile telephony user tutelage and participation in the regulatory process. It is known that the structure of the telecommunications market in Brazil is the result of combination of government policies guided by the Constitution and by the Law n. 9.472/97, known as the General Telecommunications Law - (LGT). The main contribution of LGT was the inclusion of competition among providers of telephone services and the creation of a regulatory agency, the National Telecommunications Agency. This serves to balance the interests of users, providers of mobile telephony services and the state itself. Therefore, users of mobile services participation in the formulation of public policies for the mobile sector is essential in order to pressure the regulatory agency to ensure quality of services, the user's choice of power and low tariff. To this end, we will study regulation and competition institutes, considering user consumer tutelage by the State and user participation in the regulatory process. The methodology used for this purpose was combined with theoretical analysis of laws, decrees, resolutions, court judgments and empirical data.

Keywords: mobile telephony. user. regulation. competition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL BRASILEIRO	13
1.1 Serviços Públicos	13
1.1.1 Serviços de telecomunicações no Brasil.....	17
1.1.2 Lei Geral de Telecomunicações	19
1.1.2.1 Serviço Móvel Pessoal.....	26
1.1.3 Agência Nacional de Telecomunicações	28
1.2 Requisitos para a efetividade da tutela do usuário.....	31
1.2.1 Qualidade dos serviços prestados	32
1.2.2 Modicidade tarifária	33
1.2.3 Liberdade de escolha do usuário	35
CAPÍTULO 2 REGULAÇÃO, POLÍTICA REGULATÓRIA E ANATEL.....	36
2.1 Intervenção do Estado na Economia	36
2.1.1 Instituto da Regulação	38
2.1.2 Estado Regulador Brasileiro e Políticas Públicas.....	42
2.2 Políticas Regulatórias da ANATEL	44
2.2.1 Interconexão	44
2.2.2 Análise do Impacto Regulatório	51
2.3 Estrutura Regulatória e o accountability	54
2.3.1 Captura das Agências Reguladoras	56
2.4 Mecanismos de controle democrático e a atuação da ANATEL.....	59
2.4.1 Questões atuais na proteção do usuário do serviço de telefonia móvel.....	63
CAPÍTULO 3 REGULAÇÃO, CONCORRÊNCIA E A LIBERDADE DE ESCOLHA DO USUÁRIO	71
3.1 Regulação e Concorrência	71
3.1.1 Relação entre os institutos da regulação e da concorrência.....	71
3.2 Livre Concorrência e a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).....	73
3.2.1 Regulação para a concorrência	76

3.2.2 Livre concorrência e a defesa do usuário	80
3.2 O cenário de telefonia móvel brasileiro e o instituto da concorrência.....	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
REFERÊNCIAS	90
ANEXO	
ANEXO A – AGENDA REGULATÓRIO DA ANATEL PARA O ANO DE 2015.....	99

INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa a importância da tutela do usuário consumidor pela Agência Nacional de Telecomunicações – (ANATEL) e a participação daquele no processo regulatório. Para tanto, analisar-se-ão os institutos da regulação e da concorrência como forma de tutela do usuário de telefonia móvel no Brasil, baseando-se nas premissas de modicidade tarifária, qualidade do serviço prestado e liberdade de escolha.

A estruturação do mercado de telecomunicações no Brasil foi a conjunção de decisões políticas governamentais e da necessidade de inserir o mercado brasileiro em um contexto de inovações tecnológicas que ocorriam no mundo.

A partir de 1988, com o fim do monopólio estatal no cenário brasileiro, tentou-se implantar no setor de telecomunicações brasileiro um ambiente de competitividade, inovações tecnológicas e liberalização comercial. Nesse novo ambiente, amparado pela Constituição Federal de 1988, o Estado assumiu um papel de regulador com a função de normatizar, fiscalizar e incentivar a reestruturação do setor.

Para consolidar a reestruturação do setor de telefonia foi publicada a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) – Lei n. 9.472/97 (BRASIL, 1997), que trouxe dois fundamentos essenciais para a nova configuração do setor: a inserção da competição na exploração dos serviços de telecomunicações e a universalização de acessos a esses serviços. A LGT trouxe importantes definições e classificações a respeito do setor de telefonia.

No entanto, a principal contribuição da LGT para o cenário brasileiro foi a criação da Agência Nacional de Telecomunicações - (ANATEL) que justifica o modelo de regulação baseado na criação de agências reguladoras autônomas adotado pelo Estado regulador brasileiro.

Após décadas de incapacidade estrutural e tecnológica, o Brasil assumiu um papel de destaque no mercado global de serviços de telecomunicações, especialmente na telefonia móvel, o que impulsionou o crescimento da demanda, atingindo hoje, segundo dados de maio de 2015 da Agência Nacional de Telecomunicações - (ANATEL),¹ o número de 284,15 milhões de linhas ativas na telefonia móvel e uma densidade de 139,16 acessos por habitante.

¹ A Agência Nacional de Telecomunicações – (ANATEL) é uma autarquia criada pela Lei Geral de Telecomunicações (BRASIL, 1997).

Embora tenha ocorrido um crescimento vertiginoso, o mesmo não ocorreu com a infraestrutura e a tecnologia aplicada ao setor de telecomunicações, o que provocou o elevado número de reclamações junto à ANATEL e a outros órgãos de proteção ao usuário, uma vez que este se encontra alheio ao processo regulatório.

Portanto, a função da agência reguladora é equilibrar os interesses dos usuários, dos agentes privados e do Estado, de modo a oferecer à sociedade melhores condições de desenvolvimento e bem-estar. O usuário, por ser beneficiário de diversos serviços regulados, deve estar no centro do processo regulatório e dele participar ativamente.

A participação do usuário no processo regulatório é essencial e necessária para garantir o equilíbrio das forças de mercado. No entanto, ainda estamos aquém dessa realidade em nosso País. Há necessidade de mudança através da adoção de políticas públicas e da criação de mecanismos para o fortalecimento da inserção do usuário no processo regulatório.

No mercado de telefonia móvel, o jogo de agentes participantes pode provocar a captura na atuação da agência, o que prejudica o desenvolvimento de políticas públicas instituídas pela agência em favor de um único grupo da sociedade.

Por isso, há necessidade de participação da sociedade no controle de decisões políticas das agências regulatórias, ou seja, através de mecanismos de *accountability*, a sociedade pode exercer o controle democrático das decisões regulatórias, não restringindo a participação popular ao processo eleitoral.

Além de estimular os mecanismos de *accountability*, o ente regulador, através de políticas regulatórias bem definidas, deve buscar o incentivo à competição entre os agentes privados no setor regulado. Isto é, desenhar uma política regulatória que permita segurança ao particular para investir no setor.

Há um caminho tortuoso a ser seguido para que se chegue a um equilíbrio entre as relações do usuário de telefonia móvel, regulação e competição, posto que o cenário atual do setor de telefonia móvel brasileira se configura na forma de oligopólio, onde quatro operadoras detêm o poder de mercado.

Sabendo-se que ainda há nichos de exploração da telefonia móvel de modo que favoreça a competição e o aumento da possibilidade de escolha do usuário, faz-se importante este estudo para compreender o impacto da regulação e concorrência na qualidade do serviço prestado, no poder de escolha do usuário e na modicidade tarifária.

Desta forma, o primeiro capítulo serve de substrato fático para o presente estudo. Neste é apresentada a estrutura do mercado de telecomunicações brasileiro, com ênfase ao mercado de telefonia móvel, são apontados os marcos legais e regulatórios, bem como as demandas para a telefonia móvel.

Para tanto, verificar-se-á a criação e atuação da agência reguladora- (ANATEL) e os aspectos que envolvem a tutela do usuário de telefonia móvel: liberdade de escolha, qualidade do serviço apresentado e modicidade tarifária.

No segundo capítulo, será analisado o instituto da regulação, evidenciando o papel regulador do Estado como norteador de políticas públicas, atentando-se às políticas regulatórias adotadas pela ANATEL, como o controle da taxa de interconexão e a implantação da análise do impacto regulatório, e a possibilidade de participação do usuário no processo regulatório.

No terceiro capítulo, será analisada a interface entre os institutos da regulação e da concorrência, delimitando-se a atuação dos órgãos de regulação e de concorrência em face do setor de telefonia móvel brasileiro. Neste capítulo, ainda serão analisados os aspectos da tutela do usuário de telefonia móvel frente à probabilidade de propor demandas que afetem seu poder de escolha e a modicidade tarifária.

Por fim, analisar-se-ão as possibilidades de investimentos pelas operadoras de telefonia móvel no Brasil, com fito de levar o serviço a todo o território nacional, incluindo a área rural, permitindo que os usuários de regiões menos desenvolvidas possam utilizar dos serviços, sem discriminação.

A metodologia utilizada foi a pesquisa dos dispositivos legais referente à temática, doutrinária e jurisprudencial, a fim de compreender a postura jurídica e econômica. Também foram coletados dados referentes ao setor de telefonia móvel junto à ANATEL e a outros órgãos de proteção ao usuário.

CAPÍTULO 1 SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL BRASILEIRO

1.1 Serviços Públicos

O conceito de serviço público é um tema que gera discussão na doutrina administrativista desde o século XIX. A França, considerada berço do Direito Administrativo, teve enorme importância na construção jurídica da noção de serviço público nos países latinos.

Segundo a “Escola do serviço público”¹ ou a “Escola de Bordeaux”, serviço público seria toda a atividade cujo cumprimento deve ser regulado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento econômico e social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção do Estado (ARAGÃO, 2013a, p. 80).

Desta forma, certas atividades, por seu relevo, influem diretamente na condição de vida de grande parcela da sociedade e, por isso, demandam proteção especial pelo Estado, frente à necessidade de mantê-lo dentro de certos padrões de qualidade e eficiência.

Por isso, o Estado reputou a necessidade de prestar determinados serviços para não deixá-los sob a égide de agentes econômicos privados, que poderiam colocar em xeque a acessibilidade, a continuidade e a boa qualidade do serviço prestado, com tarifas módicas. Tais atividades, sob a tutela do Estado, ficaram conhecidas como serviços públicos.

De outro lado, os Estados Unidos da América, sob influência da organização jurídica inglesa da *common law*, apresentaram ao mundo um novo conceito de serviço público com vertente fortemente liberal. As atividades econômicas sempre foram consideradas como sendo de exclusividade da iniciativa privada, onde a concorrência é que garante a qualidade e a eficiência dos serviços.

No entanto, com a revolução tecnológica e o surgimento de novas atividades prestacionais, como o transporte ferroviário e as telecomunicações, constatou-se nos EUA a impossibilidade de os interesses da coletividade de garantia de concorrência serem respeitados apenas pelos ditames de liberdade de empresa.

¹ A Escola do serviço público sustentou que o serviço público era o centro do Direito Administrativo, que é a atividade que não pode satisfazer as necessidades coletivas a que se propõe senão através da intervenção da força do governante (ARAGÃO, 2013a, p.94).

Desta forma, foram editadas leis disciplinadoras de atividades privadas a fim de atenderem ao interesse público. Surge o que a doutrina denomina de *public utilities*, isto é, “[...] atividades que se encontram com o interesse público e por isso sujeitam-se a um controle de preços [...], ao controle da qualidade dos serviços prestados e a outros controles, realizados, em regra, pelas agências reguladoras independentes” (ARAGÃO, 2013a, p.99).

Assim, há uma fundamental distinção entre os serviços públicos europeus e latino-americanos, de um lado, e as *public utilities*, norte-americanas de outro: aqueles são, em sua abordagem tradicional, atividades titularizadas pelo Estado, eventualmente delegadas a particulares, mantendo-se a titularidade e o controle/regulação estatal, enquanto essas são atividades de iniciativa privada, sobre as quais o Estado, exogeneamente, impõe normas de regulação, limitando-se a entrada no mercado, estabelecendo padrões para a competição entre os agentes nele atuantes e fixando requisitos mínimos de qualidade e preço dos serviços para os consumidores. (ARAGÃO, 2013a, p. 101-102)

No Brasil, seguindo a tradição francesa, adotou como serviço público “[...] a atividade de interesse coletivo, prestada pelo Poder Público ou por terceiros [...].” (OLIVEIRA, 1996, p. 42). Desta forma, a definição de serviço público, dentre muitas que se apresentam, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 697):

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob o regime de Direito Público [...] instituído a favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

No mesmo entendimento de Alexandre Santos de Aragão (2013a, p.151), serviços públicos são atividades prestadas pelo Estado, colocadas pela Constituição com ou sem reserva de titularidade, a fim de atender o bem-estar da coletividade.

A Constituição Federal de 1988 não conceituou o que é serviço público, mas o legislador elencou as atividades que, em razão do interesse da coletividade, o Estado deveria tomar para si seu exercício (direito ou indireto) e o poder de regulamentar e fiscalizar. Vejamos.

O artigo 21 da Constituição Federal enumera os bens e as competências da União, como: os serviços postais (inciso X), serviços de telecomunicações (inciso XI), serviços e

instalações de energia elétrica (inciso XII), serviços de navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária, dentre outros (BRASIL, 2013).

O artigo 22 da Constituição Federal traz em seu bojo as matérias que a União tem competência privativa para legislar, tais como: água, energia, informática, telecomunicações e radiofusão (inciso IV); serviço postal (inciso V); serviço monetário (inciso VI); regime de portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial (Inciso X) entre outras (BRASIL, 2013).²

A noção de serviço público é informada por princípios que auxiliam em sua prestação pelo ente estatal e no atendimento do direito dos usuários. São eles: continuidade, regularidade, uniformidade, obrigatoriedade, generalidade, eficiência e modicidade tarifária.

O princípio da continuidade significa que o serviço deve ser prestado de forma ininterrupta, isto é, os serviços, como água, energia elétrica, entre outros, que satisfazem a necessidade coletiva devem ser prestados sem interrupção ou suspensão.

A regularidade do serviço público significa que este deve ser prestado conforme regras preestabelecidas. O Estado define regras e parâmetros para a prestação de um serviço adequado e eficiente. Segundo José Carlos de Oliveira (1996, p. 43), “[...] a lei deve impor o dever de prover o controle da qualidade e eficiência dos serviços públicos, reconhecendo o direito dos usuários a um nível de prestação adequado ao melhoramento das condições de vida.”

Já o princípio da uniformidade significa que o serviço prestado pelo Estado deve ser orientado pela igualdade das prestações, ou seja, os usuários devem ser tratados com igualdade, sem qualquer exceção.

Em razão da natureza e do interesse da coletividade, o serviço público deve ser prestado de forma obrigatória. O usuário não está, a princípio, obrigado a utilizar. No entanto, o Estado tem o dever de prestá-lo, como a provisão de água potável e rede de esgoto.

O princípio da generalidade significa que o serviço deve ser exigido por todos para que haja uma satisfação geral ou coletiva. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 471), a manutenção e a disposição dos serviços públicos para todos os usuários constituem um dever legal, e a violação deste princípio caracterizará abusos intoleráveis e discriminações que devem ser prontamente corrigidos.

² Importante salientar que a Constituição Federal de 1988 traz expressamente em outros dispositivos a descrição de atividades que são consideradas como serviços públicos, como, por exemplo, o artigo 34, que trata dos serviços públicos de saúde. No entanto, não cabe a este trabalho especificar cada um dos serviços considerados públicos trazidos à baila pelo Constituinte.

O princípio da eficiência está previsto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 e traduz-se no melhor atendimento possível às finalidades estabelecidas em lei, devendo a atividade administrativa ser praticada com padrões mínimos de qualidade.

Para o atendimento dos padrões mínimos de qualidade, estes devem estar definidos através de parâmetros legais, de forma que o usuário possa aferir objetivamente a qualidade do serviço prestado pelo ente estatal ou para quem lhe faça as vezes.

No entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 472), a eficiência deve ser analisada como:

A melhor satisfação possível da prestação de serviços públicos em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para o usuário, ela se apresenta, simultaneamente, tanto como um atributo técnico de gestão de interesses, como uma exigência ética a ser respeitada.

Desta forma, o princípio da eficiência está estritamente ligado ao princípio da modicidade tarifária, uma vez que os serviços públicos devem ser prestados com qualidade e com preços módicos.

Pelo princípio da modicidade tarifária, entende-se que os preços dos serviços públicos devem atender à exigência do mercado e à capacidade econômica dos usuários, devendo, portanto, ser módicos. Ou seja, o usuário retribuirá pelo serviço prestado um valor razoável, suficiente para a amortização e a remuneração do investimento realizado (OLIVEIRA, 1996, p. 66).

Não obstante, para manter o equilíbrio econômico-financeiro, de um lado, a modicidade deve beneficiar os usuários e, de outro, o custeio deve ser por eles suportado, sob formas de taxas ou de tarifas.

Norteados pelos princípios que rege o serviço público, o Estado deve prosseguir na prestação dos serviços públicos ou atuar, de forma subsidiária, naqueles serviços em que o texto constitucional permite sua gestão por terceiro, mediante concessão ou permissão, conforme artigos 173 e 174.³ O que não significa que o Estado esteja privado de seu poder regulador e fiscalizador.

³ CF, art. 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei [...]” (BRASIL, 2013)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 21, estabelece quais os serviços que serão prestados pelo Estado, dentre os quais estão dos serviços de telecomunicações (CF, art. 21, inciso, XI).⁴

Os serviços de telecomunicações são de destacada relevância em que o Estado pretendeu responsabilizar-se pela prestação e atribuir-lhe a disciplina protetora dos interesses dos usuários de tais serviços (MELLO, 2008, p. 6).

Este estudo fará um corte horizontal na matéria de prestação de serviços públicos, isto é, o objeto de análise não será cada um dos serviços públicos em espécie diante dos institutos da regulação e concorrência. Ou seja, priorizaremos o estudo dos serviços de telecomunicações, em especial o serviço de telefonia móvel.

1.1.1 Serviços de telecomunicações no Brasil

Os serviços de telecomunicações, especificadamente os serviços de telefonia, correspondem a um exemplo do gênero de serviços públicos, uma vez que representam serviços de relevância social, o que implica a necessidade de atuação do Poder Público no sentido de garantir qualidade, modicidade e eficiência na prestação do serviço.

Fazendo um corte temporal, a promulgação da Constituição de 1988, mais especificamente, da Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995 (BRASIL, 1995d), trouxe importantes modificações no arcabouço jurídico, determinando o fim ao monopólio estatal;⁵ a necessidade de elaboração de uma nova lei estruturante;⁶ a criação de uma agência reguladora independente; a introdução de mecanismos que estimulassem a competição; a redefinição de tarifas, etc.

Art. 174: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (BRASIL, 2013)

⁴ CF, 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 8, de 15/08/95)(BRASIL, 1995d).

⁵ A Emenda Constitucional n. 8/95 eliminou a exclusividade de concessão para a exploração de telecomunicações das empresas sobre controle acionário estatal, sob a égide da Telebrás, sociedade de economia mista, vinculada ao Ministério das Comunicações, criada para planejar e promover os serviços de telecomunicações no Brasil.

⁶ A Lei n. 4.117/62, conhecida como Código Brasileiro de Telecomunicações, a Lei em vigor. Esta foi base da criação da Empresa Brasileira de Telecomunicações – Embratel, empresa pública que explorava os troncos do Sistema Nacional de Telecomunicações (MARQUES NETO, 2011b, p. 23).

Salienta-se que com a Emenda Constitucional n.8 houve a possibilidade de quebra do monopólio estatal no setor de telecomunicações, passo que foi necessário delegar a execução dos serviços de telefonia, através de concessões ou permissões, ou até mesmo privatizar, para a implantação de um modelo de mercado concorrencial no setor.

O antigo Sistema Telebrás, empresa holding constituída de 27 operadoras estaduais e de 1 operadora de longa distância (a Embratel), bem como dois centros de treinamento (em Recife e em Brasília) e de 1 Centro de Pesquisa e Desenvolvimento, sendo responsável por mais de 95% dos serviços públicos de telecomunicações no Brasil.

Em 1973, a exploração dos serviços públicos de telecomunicações foi unificada sob o controle de uma única empresa concessionária em cada estado, que adquiriram as demais empresas. Em 1974, a Telebrás foi designada “concessionária geral” para todo o território nacional. Na primeira década de operação, a Telebrás⁷ saiu do patamar de 1,4 milhões de telefones, em 2,2 mil localidades, para 5,8 milhões de telefones, em 6,1 mil localidades. (SENADO, 2015)

A Emenda Constitucional n. 8/95 alterou o artigo 21, inciso XI da Constituição de 1988 que reservava à empresa estatal federal, a Telebrás, o monopólio da exploração dos serviços de telecomunicações no Brasil. Isto é, eliminou a restrição constante no texto constitucional que limitava a exploração dos serviços de telecomunicações diretamente pelo Estado ou às concessionárias sob o controle acionário estatal.

Paralelamente, no âmbito do Poder Legislativo, desenvolveu-se um processo legislativo para a expedição de uma lei que regulamentasse o setor de telecomunicações brasileiro. Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto (2011, p.26, grifo nosso),já a Exposição de Motivos da Lei Geral de Telecomunicações (Exposição de Motivos n. 231/MC, 1996) fixava as premissas da reestruturação do modelo setorial sob dois pilares, em consonância com o Plano de Reforma Estrutural do Setor de Telecomunicações:

[...] a universalização dos serviços (expansão do conjunto de indivíduos com acesso a fruição dos serviços de telecomunicações) e plena competição na exploração dos serviços de telecomunicações (rompimento com o padrão

⁷ Em 1996, o Sistema Telebrás figurava entre os 20 maiores operadores mundiais de telecomunicações, com uma receita operacional de US\$ 12,7 bilhões, lucro líquido de US\$ 2,73 bilhões, 98 mil funcionários e 15,9 milhões de clientes. Em julho de 1998, o Sistema Telebrás havia alcançado a marca de 18,2 milhões de telefones fixos instalados e 4,6 milhões de celulares, em 22,9 mil localidades (SENADO, 2015).

monopolista e busca da diversificação da oferta de serviços e de prestadores num quadro de disputa tendente a elevar a qualidade e a reduzir os preços).

A melhoria da infraestrutura, o aumento da demanda do serviço de telefonia pela população e a necessidade de implantação de novas tecnologias, tudo isso aduzido com a exaustão da capacidade de financiamento do Estado, tornaram-se motivos para a possibilidade de prestação dos serviços de telecomunicações pela iniciativa privada, através de concessões, permissões ou autorizações⁸ (OLIVEIRA, 1996, p.55).

Desta feita, pautado na possibilidade da prestação do serviço pela iniciativa privada,⁹ através de concessão, permissão ou autorização, permanecendo o Estado como agente normativo, regulador e fiscalizador e na concorrência; na tutela do usuário e na introdução da competição, em 1997, editou-se a Lei n. 9.472, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações. Assim, foi inaugurado novo modelo para a prestação dos serviços de telecomunicações.

1.1.2 Lei Geral de Telecomunicações

Para compreender a atual estrutura do mercado de telecomunicações no Brasil, faz-se necessário analisar alguns aspectos da Lei Geral de Telecomunicações.

Primeiramente, é de suma importância definir o que são serviços de telecomunicações. O artigo 60 da Lei Geral de Telecomunicações define-os como um “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações”, sendo a telecomunicação 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 (parágrafo 1º, art.60, LGT).

⁸ A concessão do serviço de interesse público é ato pelo qual o Estado outorga a alguém a prestação de um serviço público e este se submete às condições fixadas unilateralmente pelo Poder Concedente. Já a permissão do serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, de acordo com a Lei de Concessões (OLIVEIRA, 1996, p.62). Por fim, a autorização é ato administrativo vinculado que faculta a exploração, em regime privado, quando preenchidas determinadas condições objetivas e subjetivas (BRASIL, 1997).

⁹ Os serviços públicos, baseados no modelo afrancesado, explorados de maneira direta pelo Estado, foram desaparecendo, com o que Carlos Ari Sundfeld (2001a, p.04) denominou de “sucessivos choques de alta tensão”, isto é, em alguns setores, como de telecomunicações, energia elétrica e portos, passou a admitir a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais somente pelas concessões e permissões, introduzindo-se a competição entre os prestadores, suscitando a aplicação da regulação setorial e do direito da concorrência.

A LGT classificou os serviços de telecomunicações descritos acima quanto ao regime de prestação: podendo ser prestado no regime público ou no regime privado. A Resolução n. 73/98 da ANATEL, que aprovou o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, apresenta, detalhadamente, os regimes jurídicos a serem aplicados aos serviços de telecomunicações.

Embora a Lei Geral de Telecomunicações estabeleça a diferença na prestação do serviço de telefonia em regime privado e em regime público, a competência para definir quais são serviços que se enquadrarão nos regimes previstos é da União. Cabe a União definir se ela própria vai comprometer-se, junto aos usuários, a assegurar a universalização e a continuidade. Desta forma, segundo Carlos Ari Sundfeld (2007, p.7), o regime público impor-se-á quando:

- i) a União considere o serviço como essencial [...];
- ii) o jogo normal do mercado não assegure, por si, o permanente oferecimento do serviço [...];
- iii) o Poder Público pretenda encarregar alguém de, como delegado seu, oferecer permanentemente o serviço;
- iv) e, em consequência, precise impor, a esse delegado, obrigações coerentes com a decisão tomada.

Desta forma, a definição do regime ao qual será submetida a prestação de determinado serviço de telefonia depende de opções políticas, sujeitas a mudanças em razão de inovações tecnológicas e configuração econômico-social que implica a escolha por determinados serviços de telecomunicações em detrimento de outros.¹⁰

O regime público de prestação de serviços de telecomunicações está previsto no artigo 13 da Resolução n. 73/98 da ANATEL, como “[...] aqueles cuja existência, universalização e continuidade a própria União compromete-se a assegurar, incluindo-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.”

Conforme a definição expressa na Resolução n. 73/98 da ANATEL, o regime público de prestação dos serviços de telecomunicação assemelha-se com a definição de serviços públicos (já estudado no item 1.1). Isto é, os serviços de telecomunicações prestados pelo Poder Público estão submetidos aos princípios determinantes dos serviços públicos, mais especificamente da universalização e da continuidade.

¹⁰ Apesar do sucesso da arrecadação de recursos por parte da União com o modelo regulatório vigente e o aumento da penetração das telecomunicações no Brasil, o ciclo virtuoso de investimentos realizados até o momento poderá não se repetir nos próximos 15 anos de forma eficiente e suficiente para gerar aumento de bem-estar em toda a sociedade (MATTOS, 2013, p. 265).

Nesse sentido, em conformidade com o artigo 21, inciso XI da Constituição Federal, os serviços de telecomunicações, prestados em regime público, embora a titularidade seja do Estado, podem ser executados através de concessões ou permissões (BRASIL, 2013).¹¹

Concessão, segundo o artigo 83 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), é a delegação da prestação de um serviço público a um agente privado, denominada concessionária, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público.

A outorga da concessão dá-se através de procedimento licitatório previsto no art. 88 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), uma vez que as premissas estabelecidas pela Lei das Concessões (Lei n. 8.987/95) e pela Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), não se aplicam ao setor de telecomunicações (BRASIL, 1993, 1995a).¹²

A concessão formaliza-se através de um contrato por prazo determinado, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas, respondendo diretamente pelas obrigações e pelos prejuízos que causar (LGT, art. 83, parágrafo único).

Salienta-se que o contrato de concessão de serviços de telefonia fixo comutado tem, em sua maioria, o seu termo final em 31 de dezembro de 2025, estando previstas etapas quinquenais de alterações contratuais em 31 de dezembro de 2010, 31 de dezembro de 2015 e 31 de dezembro de 2020 (ANATEL, 2015). Estas revisões¹³ programadas têm a finalidade de adequação dos contratos aos novos condicionamentos, metas de universalização e qualidade de serviços, tudo mediante consulta pública.

As concessionárias de Serviços de Telefonia Fixo Comutado - (STFC) estão obrigadas a manter, no mínimo, durante o prazo de concessão, todas as condições de prestação existentes na época da entrada em vigor dos contratos de concessão, principalmente no que se

¹¹ LGT, art. 83, parágrafo único: “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. [...]” (BRASIL, 1997)

Art. 118, parágrafo único. “Permissão de serviço de telecomunicações é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado [...]” (BRASIL, 1997)

¹² LGT, art. 210: “As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis n. 8.666, de 21 de junho de 1993, n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, n.9.074, de 7 de julho de 1995 e suas alterações.” (BRASIL, 1997)

¹³ As principais alterações realizadas no ano de 2010 foram: no que tange a área de prestação de serviço, a consolidação de um único contrato de concessão por operadora; no que se refere ao reajustamento de tarifas, a inclusão de classe especial nos cálculos; a concessionária deve disponibilizar trimestralmente a relação de bens e serviços adquiridos; entre outros.

refere a direitos, garantias e obrigações dos usuários, do poder concedente e da concessionária.

De outro lado, os serviços de telefonia explorados¹⁴ em regime privado são aqueles que se fundamentam nos princípios constitucionais da ordem econômica, isto é, são aqueles que são explorados por agentes privados, salvo em caso de imperativos de segurança nacional ou de interesse coletivo (CF, art. 173).

A Resolução n.73/98 não traz em seu texto a definição de regime privado de prestação de serviço de telecomunicações, apenas traz expresso que a exploração em regime privado não está sujeita aos princípios da universalização e da continuidade e, também, não obriga a prestação pela União (BRASIL, 2015).

Os serviços prestados sob o regime privado estão sujeitos a regras mais flexíveis e com menor interferência do Poder Público, baseando sua execução nos princípios constitucionais da atividade econômica (CF, art. 170).¹⁵

A regra, portanto, é a liberdade de ação dos agentes privados e a mínima intervenção do Estado. Entretanto, a Lei Geral de Telecomunicações permite o estabelecimento de limitações a fim de reprimir toda prática prejudicial à competição, ao abuso do poder econômico e que prejudique o poder de escolha do usuário (LGT, art. 130).

Em 1998, a ANATEL publicou a Súmula n. 02, estabelecendo que os serviços de telecomunicações prestados em regime privado ocorreriam tão somente por meio de autorizações.

A Lei Geral de Telecomunicações, em seu artigo 131, parágrafo 1º da Lei Geral de Telecomunicações, traz a autorização de serviços de telecomunicações como “ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”.

¹⁴ O modelo delineado pela LGT e pelo Plano Geral de Outorgas (Decreto n. 2.534/98) estabelecem que o serviço de telefonia fixa comutado seria prestado tanto no regime público como no regime privado, sendo que todos os demais serviços de telecomunicações seriam prestados em regime privado.

¹⁵ CF, art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 6, de 1995). (BRASIL, 1995c)

Assim, o agente privado que pretende prestar um serviço de telefonia em regime privado deverá obedecer às condições objetivas e subjetivas estabelecidas em lei.

São condições objetivas para a obtenção da autorização para prestação de serviços de telefonia previstas no artigo 132, da LGT: 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. O artigo 133 da LGT estabelece as condições subjetivas para a obtenção de autorização de serviço pela empresa:

- I - estar constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País;
- II - não estar proibida de licitar ou contratar com o Poder Público, não ter sido declarada inidônea ou não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação da caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência;
- III - dispor de qualificação técnica para bem prestar o serviço, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e estar em situação regular com a Seguridade Social;
- IV - não ser, na mesma região, localidade ou área, encarregada de prestar a mesma modalidade de serviço.

Importante salientar que a autorização de serviço de telecomunicações não terá sua vigência sujeita a termo final, extingue-se somente por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação (LGT, art. 138).

Não há restrição ao número de empresas que podem obter autorizações para operar no mercado de telecomunicações prestado em regime privado e organizado em um ambiente de concorrência.

Importante destacar que a expressão autorização de serviço público, prevista também na Constituição Federal, no artigo 21, inciso XI, causa dubiedade em seu entendimento. Segundo Alexandre Santos de Aragão (2013a, p.692), a autorização, como condição para a prestação de um serviço, deve ser vista com cautela.

O autor alerta que, quando as leis setoriais se referem à autorização administrativa para a prestação de um serviço, pode haver duas circunstâncias:

Ou a atividade em questão integra o setor, mas não é serviço público (ex.: serviços de telefonia móvel, autogeração de energia), e a autorização será

então um ato de poder de polícia¹⁶; ou, caso verse realmente sobre serviço público, recebendo inclusive uma estrutura contratual [...], estaremos materialmente diante não de uma autorização, mas sim de uma delegação de serviço público. [...] Teremos, portanto, uma autorização em sentido apenas nominal [...]. (ARAGÃO, 2013a, p. 692-693)

Aqui, portanto, é importante identificar se a atividade regulada é serviço público, que será executada mediante concessão ou permissão, ou se é atividade privada, que ocorrerá mediante autorização.

De acordo com esse entendimento, o serviço de telefonia, prestado em regime privado, não é serviço público, e sua prestação depende de autorização de polícia, ou seja, estes serviços não se submetem aos princípios que delinham os serviços públicos.

No entanto, no dia 14 de abril de 2015, foi apresentado, junto ao Senado Federal, o requerimento n. 09/2015 da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA), convidando os presidentes das operadoras de telefonia móvel do Brasil¹⁷ a informarem quais medidas estão sendo desenvolvidas para aprimorar os serviços prestados, assim como para reduzir os valores praticados.

Segundo a Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA), “[...] a obrigação de massificação do acesso com qualidade e modicidade tarifária aplica-se também aos serviços prestados em regime privado, como é o caso do Serviço Móvel Pessoal.”¹⁸ (SENADO FEDERAL, 2015)

Entende a Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA) que o debate dentro do Senado Federal é necessário em razão de garantir o acesso ao serviço móvel a preços razoáveis, com padrões de qualidade compatíveis com as exigências dos usuários.

Sabe-se que, segundo a Constituição Federal de 1988, o Poder Legislativo tem como funções típicas: a legislação, fiscalização e controle dos outros poderes. O órgão do Poder

¹⁶ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p.838), poder de polícia pode ser entendido em sentido amplo, como a atividade estatal que condiciona a liberdade e a propriedade ajustando-os aos interesses coletivos; ou em sentido estrito, como intervenções gerais e abstratas destinadas a prevenir o desenvolvimento de atividade pelos particulares.

¹⁷ Conforme o artigo 5º da Resolução n. 477 da Agência Nacional de Telecomunicações, o serviço móvel pessoal é um exemplo de serviço de telecomunicação prestado em regime privado, e o direito ao uso de radiofrequências necessárias depende de prévia autorização da ANATEL (BRASIL, 2007).

¹⁸ A Comissão explicitou que os problemas causados aos usuários de telefonia móvel, como a falta de sinal para realizar ligação, estão relacionados com a falta de investimentos em infraestrutura, e, por isso, não acompanharam o crescimento da base de usuários (SENADO FEDERAL, 2015).

Legislativo da União é o Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

A Câmara dos Deputados é a casa legislativa do Congresso Nacional que representa o povo. Já o Senado Federal é a casa legislativa do Congresso Nacional que representa os Estados e o Distrito Federal.

Inobstante se constitua em órgão legislativo, a competência do Congresso Nacional não está limitada à elaboração de leis. Dentre as atribuições típicas do órgão legislativo federal estão as de fiscalização e controle, que podem ser exercidas através de vários procedimentos, dentre eles pedidos de informação por escrito, encaminhado pelas Mesas aos Ministros ou a quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, entre outros.

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal possuem órgãos internos destinados a organizar os trabalhos. Dentre estes órgãos, há as comissões parlamentares, que são organismos constituídos em cada Casa, composto por um número restrito de membros, encarregados de estudar e examinar as proposições legislativas e apresentar pareceres (SILVA, 2013, p.516).

As comissões podem ser permanentes ou temporárias. Estas se extinguem com a terminação da legislatura ou quando tenham preenchido os fins a que se destinam. Aquelas subsistem através das legislaturas, geralmente organizadas em função da matéria. Dentre as funções das comissões permanentes, solicitar o depoimento de qualquer autoridade ou cidadão, conforme artigo 58 do Regimento Interno do Congresso Nacional.

A Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor, Fiscalização e Controle (CMA) é uma das comissões do Senado Federal e que, recentemente, ao cumprir sua função, solicitou informações aos presidentes das operadoras de telefonia móvel a respeito da qualidade dos serviços prestados representa uma tentativa tímida de tutela do usuário e, logo, da sociedade.

Nesse sentido, o presente estudo cuida-se da tutela do usuário do serviço de telefonia pelo Poder Público, seja agência reguladora seja o Congresso Nacional. Portanto, adotar-se-á como requisitos para a proteção ao usuário o que foi apontado pela Comissão. Para este estudo, este é o posicionamento mais favorável ao usuário, e, portanto, pautará a discussão.

1.1.2.1 Serviço de Móvel Pessoal

O serviço de telefonia móvel foi introduzido no Brasil ao final da década de oitenta, no Governo Sarney.¹⁹ No entanto, sua operacionalização ocorreu nos anos 90. A cidade do Rio de Janeiro foi a primeira a experimentar a tecnologia celular e, somente, em 1993 houve a inauguração da telefonia celular em São Paulo.

Ao longo da década de 90, a rede celular brasileira demonstrou um expressivo aumento no número de aparelhos celular e de assinantes. Em 1991, foram implantados, no Brasil, os serviços de telefonia móvel, sob o Serviço Móvel Celular – (SMC), com a adoção do Advanced Mobile Phone System – (AMPS), formada por sistemas analógicos que só permitiam a transmissão por voz, utilizando a Banda A (com exceção do Rio de Janeiro que utilizava a Banda B).²⁰

O avanço tecnológico que permitiu a migração do sistema analógico AMPS para o sistema digital *Time Division Multiple Access*(TDMA),²¹ e a necessidade de reorganizar o setor de telefonia móvel, com a finalidade de consolidar o proposto na Lei Geral de Telecomunicações, fizeram com que a ANATEL, em 2001, impulsionasse a reformulação do modelo de prestação de serviço de telefonia celular, criando um novo serviço com a denominação de Serviço Móvel Pessoal (SMP).

A passagem do ano de 2000 para o ano de 2001 foi um período de reformulação de regras quanto ao Serviço Móvel Celular, que muda o nome (passando a chamar-se Serviço Móvel Pessoal) e de orientação. O pretexto é a necessidade de criar regras para permitir a absorção de novos prestadores, a serem admitidos por licitação, de modo a acirrar a competição. (SUNDFELD, 2006/2007, [p. 9])

¹⁹ O Decreto n. 96.618, de 31 de agosto, definiu a telefonia móvel como serviço público restrito, abrindo precedentes para exploração privada desse serviço.

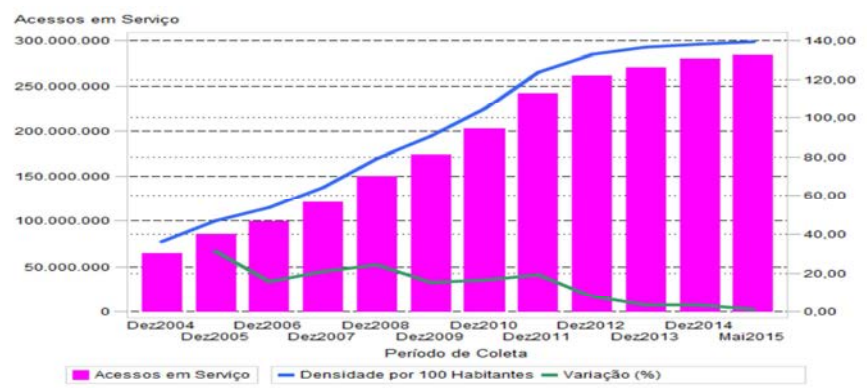
²⁰ As operadoras de SMC da Banda A foram separadas das operadoras de telefonia fixa e posteriormente privatizadas e houve a passagem da operadora do Rio de Janeiro – Telerj Celular - para a Banda A. Os contratos de concessão com prazo de 15 anos foram assinados com as operadoras das Bandas A e B no segundo semestre de 97 e início de 98 (TELECO, [2014]).

²¹ TDMA, do inglês *Time Division Multiple Access*, ou melhor, Divisão de Tempo com Acesso Múltiplo, é uma das tecnologias digitais mais usadas pelo mercado norte-americano, que transforma sinais analógicos de voz em dados digitais e aumenta em três vezes a capacidade de atendimento a usuários em relação ao da tecnologia analógica. (TELECO, [2014])

Assim, o Serviço Móvel Pessoal – (SMP), constitui um arcabouço regulatório implementado pela ANATEL em 2001, em substituição ao Serviço Móvel Celular – (SMC), conjunto de normas que regulavam o setor de telefonia móvel desde a privatização.

A demanda pelo Serviço de Telefonia Móvel Pessoal – (SMP),²² desde 2001, cresce em um ritmo acelerado. O Brasil fechou o mês de maio de 2015 com 284,16 milhões de linhas ativas na telefonia móvel, com a teledensidade de 139,16 acessos por 100 habitantes (ANATEL, [2015]). O gráfico a seguir mostra a evolução dos acessos em operação na telefonia móvel de 2004 a 2015.

Gráfico 1: Acessos ao serviço de telefonia móvel



Fonte: ANATEL (www.anatel.gov.br).

Verifica-se que, do ano de 2004 para o ano de 2015, houve um acentuado na utilização do uso de telefonia móvel, de um pouco mais de 50 milhões de acessos em dezembro de 2004, para quase 300 milhões de acesso em maio de 2015.

Considerando que a população brasileira, em julho de 2015, é 204.535.116 milhões de pessoas (IBGE, [2015]) e o número de acessos à telefonia móvel é de quase 100 milhões a mais que o número populacional, significa que o serviço de telefonia móvel tornou-se de suma importância para o mercado de telecomunicações no Brasil.

O que faz-nos questionar: há a necessidade de revisão do processo regulatório com o intuito de expandir a telefonia móvel e submeter às operadoras de telefonia móvel aos princípios do regime público de prestação?

²² Em 21 de setembro de 2000, as primeiras diretrizes sobre o SMP foram aprovadas pela Anatel, e seguidas pelo Edital de Licitação do SMP, aprovado pelo Ato n. 13.140, de 24 de novembro de 2000. Esse edital previa a licitação de três regiões geográficas - I, II e III - equivalentes às regiões de exploração da telefonia fixa, contendo três faixas de frequências de operação denominadas bandas C, D e E, totalizando nove licenças de exploração do serviço móvel no País. A licitação decorrente do SMP teve início no mês de janeiro de 2001, porém as primeiras licenças só foram efetivamente vendidas no mês subsequente, estendendo-se até novembro de 2002, quando foram vendidas as últimas licenças das bandas D e E. Importante ressaltar que não houve interessados na aquisição das licenças da banda C. (QUINTELA; COSTA, 2009)

A decisão do governo brasileiro de universalizar a telefonia fixa comutada nos anos 90 foi a mais acertada para aquele momento histórico. A infraestrutura do serviço de telefonia estava defasada e não atendia à demanda do setor, por isso, o incentivo à entrada de capital privado para a melhoria na prestação dos serviços de telecomunicações.

Com o crescimento do uso da telefonia móvel pessoal, conforme a gráfico¹, a demanda pelo serviço móvel pessoal supera a demanda pela telefonia fixa, o que justificaria a mudança na política adotada pela agência reguladora.

Além de possibilitar a comunicação por mensagem de voz e ou de texto e o acesso a rede mundial de computadores, a telefonia móvel está se consolidando como uma alternativa de universalização dos serviços de telefonia mediante o acesso à parcela de população de baixa renda.

1.1.3 Agência Nacional de Telecomunicações

O Brasil adotou o modelo das agências reguladoras, no contexto da reforma do Estado, na década de 1990, impulsionando a formulação de políticas setoriais, concretizadas por técnicos especializados, porém abertas ao público afetado pelas normas editadas (MATTOS, 2006b, p. 25).

Dessa forma, as agências reguladoras se transformaram em um novo lócus de circulação de poder político, redefinindo as relações internas ao Poder Executivo na regulação de setores da economia brasileira e as condições de barganha política entre este Poder e o Legislativo. Ao mesmo tempo, as agências se transformaram em uma nova arena política de participação de atores da sociedade civil na elaboração de políticas públicas (MATTOS, 2006b, p. 25).

O novo cenário pautado na ação regulatória estatal moldou o Estado Brasileiro Regulador, surgindo as agências reguladoras como novo ator. A descentralização administrativa prevista na Constituição da República Federativa do Brasil qualifica como princípios técnico-administrativos de maior relevância na reforma administrativa: o da autonomia e o da profissionalização referente à especialização dos setores regulados.

Etimologicamente, a autonomia significa a possibilidade de um ente jurídico estabelecer as normas da sua própria conduta, ou seja, a capacidade de governar a si próprio.

No Direito Administrativo, entende-se por autonomia o espaço de liberdade de conduta em face ao outro.

No âmbito das agências reguladoras, podem-se analisar a autonomia como a liberdade de atuação em face do poder central. Assim se pode falar em autonomia para regulamentar, autonomia financeira, etc.

O modelo de regulação no Brasil permitiu um novo olhar dos operadores do direito sobre o ordenamento jurídico. A setorização das normas implicou um sistema jurídico como uma rede complexa e com necessidade de aumentar o “[...] conhecimento sobre processos, funções e estruturas reais do subsistema social regulado, com a finalidade de moldar as normas com o modelo jurídico existente.” (ARAGÃO, 2013b, p. 184).

O Estado, ao verificar a impossibilidade de atuar eficazmente em todos os setores sociais e objetivando uma forma aperfeiçoada de democracia, abre espaços para entidades coletivas dotadas de efetiva autonomia, entre as quais, os ordenamentos setoriais constituem um exemplo privilegiado.

Por força do impacto tecnológico e do desenvolvimento de setores da economia, é importante que os operadores do Direito, comecem a entender a necessidade de trabalhar com a existência de subsistemas dentro do ordenamento jurídico [...]. Sendo assim, não há como tratar o setor de telecomunicações com a concepção de concessão e da permissão que temos da época das estradas de ferro (ARAGÃO, 2013b, p. 182).

O avanço da regulação chegou a um ponto ótimo de pluralidade de complexidade que impulsionou o surgimento de órgãos e de entidades independentes, dotados de autonomia, destinados a atender a diversos interesses sociais, principalmente dos usuários consumidores.

As primeiras agências reguladoras criadas no Brasil²³ guardaram pertinência com retração da intervenção estatal em vastos setores da vida econômica que teve como reverso a consciência de que o Estado não poderia deixar apenas ao alvedrio empresarial a gestão de atividades de indubitável interesse público, que devem, portanto, ficar sob seu poder regulatório. (ARAGÃO, 2013b, p. 219)

²³ A criação das agências reguladoras no Brasil sofreu influência do *new public management* (preconiza a adaptação e a transferência dos conhecimentos gerenciais desenvolvidos no setor privado para o setor público). A pedra angular para a adoção do modelo das agências reguladoras estava vinculada à necessidade de atrair novos investimentos privados, considerando o compromisso de manutenção de regras e contratos em longo prazo (GUERRA, 2014, p.375).

É possível, portanto, conectar a estrutura da agência reguladora com a definição de políticas públicas adotadas pelo governo. Conforme o artigo 8º da Lei Geral de Telecomunicações, a ANATEL é uma autarquia dotada de autonomia frente à Administração Pública Federal indireta, submetida a um regime especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, incumbida do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado, cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*.

A estrutura da agência reguladora foi pensada para garantir a neutralidade e a imparcialidade de modo que sejam autônomas em relação à política e ao setor regulado. Portanto, é dotada de autonomia reforçada, de modo que não esteja comprometida com nenhum dos grupos sujeitos à regulação nem com o poder político.

Por isso, aos dirigentes são outorgados mandatos fixos, irrevogáveis e não coincidem com o prazo da legislatura e do próprio período de mandato executivo, a fim de evitar que as regulamentações do órgão regulador se alterem com a mudança de governo, trazendo insegurança regulatória aos agentes privados.

Ao estabelecer garantia de manutenção dos dirigentes nos respectivos cargos e a impossibilidade de que sejam removidos imotivadamente, estabelece-se independência no exercício das funções e das competências que lhes são outorgadas na respectiva agência.

Ao lado da independência da agência reguladora, a estrutura tem que garantir a neutralidade e a imparcialidade dessas agências. [...] revela-se de modo mais adequado para manter a atividade e respectiva higidez e disponibilização à generalidade dos indivíduos) e atuando de modo a ponderar todos os interesses em jogo, sem discriminar nenhum deles (BAGATIN, 2013, p.42-43).

Nesse sentido, conforme Paulo Todescan Lessa Mattos (2006b, p.144), o novo modelo de agência reguladora adotado pelo Brasil determina que a única revisão possível de uma decisão do órgão regulador é via judicial,

O processo decisório sobre o conteúdo da regulação setorial formulado pelas agências autônomas passou a ter como garantia de seu controle democrático, para além da revisão judicial, essencialmente os mecanismos de consultas públicas e audiências públicas introduzidas no novo modelo.

As competências setoriais, salvo aquelas atribuídas ao Poder Executivo, foram reservadas à ANATEL, que tem como objetivo adotar medidas necessárias para o

atendimento do interesse público²⁴ e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Anualmente, a ANATEL estabelece metas de atuação no setor de telecomunicações que estão previstas na agenda regulatória. Esta é um documento que apresenta normatizações, implantação de processos ou estudos que terão sua execução priorizada pela política regulatória da agência.

A agenda regulatória é um instrumento de gestão que confere maior publicidade, transparência, previsibilidade e eficiência às ações realizadas pela ANATEL, pois disponibiliza à sociedade os pontos para os quais se verterão os esforços regulatórios. Tal instrumento configura um otimizador dos processos internos da ANATEL e contribui para a melhoria da qualidade da regulação feita pela agência e o seu fortalecimento.

A agenda regulatória da ANATEL, feita para 2015, prevê: melhoria na competição, elaborando regulamento para o compartilhamento de infraestrutura nos serviços de telefonia, bem como regulamento a respeito das tarifas de interconexão; no que tange ao usuário, elaboração de regulamento sobre procedimento de tratamento e acompanhamento de solicitações dos consumidores, bem como das demandas de outros órgãos ou entidades no âmbito da ANATEL (concluído com a aprovação do Regulamento das Condições de Aferição do Grau de Satisfação e da Qualidade Percebida Junto aos Usuários de Serviços de Telecomunicações – Resolução n. 654, de 13 de julho de 2015); quanto ao modelo de prestação, elaborar uma metodologia para análise do impacto regulatório (Anexo I).

A ANATEL acompanha permanentemente a qualidade operacional do Serviço de Comunicação Multimídia - (SCM), do Serviço Móvel Pessoal - (SMP), do Serviço Telefônico Fixo Comutado - (STFC) e dos serviços de televisão por assinatura, por meio de monitoramento de disponibilidade, da avaliação de indicadores de desempenho e de procedimentos fiscalizatórios das empresas outorgadas (LGT).

1.2 Requisitos para a efetividade da tutela do usuário

Para a efetivação da tutela do usuário do serviço de telefonia móvel pela ANATEL adotarem-se três requisitos: a qualidade dos serviços prestados, o poder de escolha do usuário e a modicidade tarifária.

²⁴ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2013a, p. 62), o “[...] interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membro da sociedade e pelo simples fato de o serem.”

1.2.1 Qualidade dos serviços prestados

A premissa da proteção do usuário consumidor está na Constituição Federal de 1988. O legislador elevou a nível constitucional a proteção dos usuários/consumidores, tornando-o cláusula pétrea, conforme artigo 5º, XXXII da Constituição Federal,²⁵ com a finalidade de garantir a satisfação da coletividade.

A fim de cumprir a norma constitucional, o artigo 2º, inciso I da Lei Geral de Telecomunicações dispõe que “[...] o Poder Público tem o dever de garantir, a toda a população, acesso às telecomunicações, a tarifas e a preços razoáveis, em condições adequadas.”

A Resolução n. 477/07 da ANATEL acerca do serviço de telefonia móvel pessoal impõe o dever da prestação de serviço adequado às operadoras de telefonia móvel, mas não define o que é serviço adequado.

Desta forma, conforme já visto no item 1.1 deste estudo, para aferição de um serviço prestado de forma adequada, este deve “[...] satisfazer às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia em sua prestação e modicidade de tarifas [...]”, isto de acordo com o artigo 6º, parágrafo 1º da Lei de Concessões (OLIVEIRA, 1996, p.63).

A ANATEL, em 07 de março de 2014, publicou a Resolução n. 632, que aprovou o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telefonia Móvel,²⁶ reafirmando como direito do consumidor o “[...] acesso e fruição dos serviços dentro dos padrões de qualidade e regularidade [...]” (artigo 3º).

Conforme pesquisa realizada pela Consultoria CVA Solution, publicada no jornal O Valor Econômico em 05 de junho de 2015, a avaliação do brasileiro sobre o serviço de telefonia móvel apresentou ligeira melhora no ano de 2015, embora as queixas de ausência de

²⁵ Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXII: “[...] o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor [...]” (BRASIL, 2013)

²⁶ A aplicação subsidiária das regras constantes no Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telefonia Móvel não afasta a incidência da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1998 – Código de Defesa do Consumidor, do Decreto n. 6.523, de 31 de julho de 2008, e as regras complementares dos direitos previstos na legislação e outros regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes.

sinal, mau atendimento, cobrança indevida e dificuldade de portabilidade da linha continuam sendo objeto de intensa reclamação (BORTOLOZI, 2015).²⁷

Destaca a pesquisa que o brasileiro pagou menos pelos serviços de telefonia móvel em 2014. No ano de 2015, o valor cobrado pelas operadoras supera a inflação: “[...] os gastos mensais no pós-pago subiram de R\$ 85,00 para R\$96,00; no pré-pago, de R\$ 36,00 para R\$41,00, segundo a consultoria CVA Solution.” (BORTOLOZI, 2015).

Entre os motivos de maior insatisfação dos usuários, estão a ausência de sinal, a dificuldade de encontrar informações nos sites, a falta de clareza na conta ou no saldo de crédito, a cobrança indevida, o serviço não recebido e a dificuldade no cancelamento ou portabilidade.

A pesquisa ainda traz uma relação entre a nota dada a cada operadora e a média no setor. Os resultados menores que 0,98 indicam que os produtos e serviços oferecidos ficam aquém da concorrência. Entre 0,98 e 1,02 estão em linha com os pares e acima de 1,02, a qualidade é superior à do mercado.

Sob este critério, a Vivo foi a única a ficar acima da média em telefonia pós e pré-paga, com nota 1,03. Tim, Oi e Claro ficaram em paridade com a concorrência em pré-pago. No pós-pago, a Nextel alcançou a primeira colocação em valor percebido, Claro e Oi ficaram em linha, e TIM teve desempenho pior que a média, com nota 0,95. (BORTOLOZI, 2015)

Ao serem questionadas, as operadoras de telefonia móvel informaram que estão trabalhando para melhorar a infraestrutura, a qualidade dos serviços prestados e a comunicação com o consumidor.

Verifica-se que, embora tenha ocorrido pequena melhora na avaliação do usuário a respeito do serviço de telefonia móvel, há, ainda, questões que precisam ser ajustadas.

1.2.2 Modicidade tarifária

Nos serviços públicos, os preços devem ser administrados de modo a atender à exigência do mercado e à capacidade econômica de seus usuários, e, por isso, devem ser módicos.

²⁷ Para a pesquisa desenvolvida foram ouvidos 7 mil usuários de telefones celulares – 4,2 mil de planos pré-pagos e 2,8 mil de pós pagos e controle – das operadoras Claro, Tim, OI, Vivo, Nextel e CTBC.

Há necessidade de preservação de um equilíbrio financeiro que equalize a modicidade e o custeio dos serviços. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 474), a “[...] modicidade deve beneficiar os usuários, em contrapartida, o custeio dos serviços deve ser por eles suportado, mas somente por aqueles usuários que usufruíram do serviço de forma efetiva, portanto, sob forma de taxas ou tarifas.”

Conforme a LGT, os serviços de telefonia prestados em regime público, como a telefonia fixa comutada, estão sujeitos à estrutura tarifária estabelecida pela ANATEL (LGT, art.103).

O princípio da modicidade tarifária previsto na Lei n. 8.987/95 – Lei de Concessões e Permissões não se aplica aos serviços prestados em regime privado, como a telefonia móvel pessoal (BRASIL, 1995a). Reflexo desta afirmação é a Resolução n. 477/07 – Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, que não traz em seu texto a questão da modicidade tarifária a favor do usuário.

Cumprido salientar que tramita na Câmara dos Deputados uma Proposta de Fiscalização e Controle, PFC n. 24/2011²⁸, que propõe que a Comissão de Defesa do Consumidor fiscalize o desempenho da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL no exercício de sua competência para fiscalizar a prestação dos serviços de telecomunicações, em especial, quanto à qualidade e à modicidade tarifária dos serviços de telefonia móvel.

Destaca-se, aqui, a Câmara dos Deputados cumprindo o dever expresso na Constituição Federal no artigo 1º, parágrafo único: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Nesse sentido, a Câmara dos Deputados, por meio da Comissão de Defesa do Consumidor, torna-se órgão essencial na tutela do usuário, mostrando-se como um possível instrumento de fiscalização da qualidade do serviço de telefonia móvel e das tarifas praticadas pelas operadoras.

Para que a tutela ao usuário pela Câmara dos Deputados seja efetiva é necessário que a fiscalização ocorra de forma eficiente, isto é, que os deputados federais atuem no controle externo das decisões tomadas pela ANATEL, evitando-se a captura da agência.

²⁸ O prosseguimento da PFC n. 24/2011 depende de parecer do Relator da Comissão de Defesa do Consumidor, por isso, ainda encontra-se tramitando.

Desta forma, o usuário fica refém da tarifa estipulada pela operadora do serviço de telefonia móvel, o que frustra o tripé proposto neste trabalho: qualidade do serviço prestado, poder de escolha do usuário e modicidade tarifária.

1.2.3 Liberdade de escolha do usuário

A liberdade de escolha do consumidor aqui tratada “é aquela que conjuga dois fatores: querer o serviço e poder arcar com as consequências financeiras advindas de sua opção” (GASPARINI, 2005, p.83). Isto é, o usuário/consumidor poderá escolher o serviço que entender ser a melhor opção dentro de suas condições econômicas.

Para assegurar que o usuário consumidor possa exercê-lo efetivamente, impõe-se ao Estado o dever de intervir, quer na produção quer na distribuição dos bens, através do órgão regulador, exercendo sua função reguladora.

Na tutela do usuário, as concessionárias, permissionárias ou autorizadas devem, conforme as regras expostas acima, fornecer um serviço adequado, eficiente, seguro, com qualidade.²⁹

Conforme o artigo 3º da Resolução n. 632/2014 da ANATEL, que aprovou o Regulamento Geral de Direitos dos Consumidores dos Serviços de Telecomunicações, o consumidor tem direito “à liberdade de escolha da prestadora e do plano de serviço”.

A falta de informação cerceia a liberdade de escolha do consumidor, o que reflete na qualidade do serviço recebido e no baixo aproveitamento dos benefícios oriundos de um mercado competitivo.

²⁹ Importante destacar que nos serviços prestados em regime público, como o serviço de telefonia fixo comutado, deve ser observada a continuidade na prestação do serviço.

CAPÍTULO 2 REGULACÃO, POLÍTICA REGULATÓRIA E ANATEL

2.1 Intervenção do Estado na economia

A Constituição da República em 1988, seguindo o modelo das Cartas Republicanas assegurou, de um lado, aos agentes econômicos privados o direito de livre iniciativa e a garantia da concorrência nos mercados e, de outro, reservou ao Estado a competência de intervir direta ou indiretamente na Ordem Econômica.³⁰ Nas palavras do Ministro Relator Ministro Relator Aires Brito na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). [...]3. A atuação do Poder Público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando de utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com a coercitividade, ou através de fomento, pelo uso de incentivo e estímulos a comportamentos voluntários [...]. (BRASIL, STF, ADI 1923/DF, Min. Rel. Aires Brito, 4 do maio de 2015)(**grifo nosso**).

Desta forma, a atuação estatal pode ocorrer da seguinte forma: a) intervenção *stricto sensu*, quando a intervenção produz efeitos concretos em determinado fato econômico alheio à esfera empresarial interna dos particulares e faz com que eles alterem sua conduta; e b) a regulação, isto é, a atuação estatal concretiza-se através da posituação jurídica que condiciona comportamentos permitidos, proibidos ou ordenados dos agentes privados (MOREIRA, 2005, p.5).³¹

³⁰ Segundo Eros Roberto GRAU (2014, p.15), “A contemplação, nas nossas Constituições, de um conjunto de normas compreensivo de uma ordem econômica, ainda que como tal não formalmente referido, é expressiva de marcante transformação afeta o Direito, operada em um momento em que deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas [...]”

³¹ Nesse sentido, verifica-se que os mecanismos de intervenção distinguem-se conforme o plano em que ela se exterioriza: i) na intervenção em sentido estrito, há uma ação concreta do Estado que gera efeitos econômicos

Em suma, a intervenção em sentido estrito implica uma conduta positiva do Estado, atuando diretamente no mercado com a finalidade de alterar o comportamento dos agentes econômicos. De outro lado, a intervenção regulatória dá-se através da positivação de normas que se lançam num plano cognitivo extramercado, puramente jurídico. Assim, os agentes econômicos têm a opção de cumprir ou não os preceitos normativos. Caso ajam dentro da legalidade, não sofrerão as consequências jurídicas de sua conduta.³² A tendência atual é da prevalência da intervenção regulatória em detrimento da intervenção direta.

A redução da intervenção direta do Estado na ordem econômica ocorre através de processo de outorga da exploração de serviços e utilidades públicas à iniciativa privada (concessão e permissão), venda de empresas estatais (privatização), supressão de monopólios ou exclusividade na exploração de atividades econômicas e extinção do regime público de exploração de algumas atividades.

Assim, a privatização e a liberalização dos setores econômicos, antes reservados ao Estado brasileiro, foram acompanhadas de uma forte regulação pública das atividades, especialmente verificável nos setores de prestação de serviços públicos. Desta forma, verifica-se o engrandecimento e a reestruturação da regulação estatal sobre alguns setores como: saúde suplementar, telecomunicações, transportes, energia, etc.

[...] verifica-se o surgimento de um novo padrão de atuação regulatória onde a imposição unilateral e autoritária de pautas, de condutas e de comportamentos dá lugar à articulação de interesses e ao estabelecimento de pautas regulatórias negociadas com os diversos interesses envolvidos numa dada atividade (operadores, usuários efetivos e usuários potenciais). Ganha lugar aquilo que se convencionou chamar de regulação reflexiva, no que o Estado deixa de ser um adjudicador de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais. (MARQUES NETO, 2005, p. 4)

O Estado, portanto, assumiu o compromisso de regular e gerir as consequências das medidas de privatização e, numa lógica de perpetuação de tarefas públicas que se estende nos

primários ou secundários (efeitos não derivados diretamente da alteração do comportamento dos agentes em cumprimento a uma revisão normativa): ii) na regulação, dá-se a emanção de normas gerais e abstratas relativas ao regramento do comportamento econômico dos agentes (aquí a conduta dos agentes privados subsuma-se à hipótese da norma econômica e desencadeia os efeitos jurídicos correspondentes, sejam elas setoriais ou globais) (MOREIRA, 2005, p.6)

³² A diferença entre a intervenção *stricto sensu* e a intervenção regulatória está na “essência da concepção do relacionamento entre o Poder Público e a economia. No primeiro caso, o Estado força as pessoas privadas à assunção de determinados comportamentos através da prestação de uma atividade concreta (o Estado intervém, participando e reflexamente coagindo os agentes a mudar suas diretrizes; no segundo, através da disciplina normativa (geral e abstrata ou mesmo preceitos concretos, podendo fixar benefícios para aqueles que se adaptem) da atividade dos particulares (o Estado intervém regulando) (MOREIRA, 2005, p 7).

setores privatizados, incumbiu-se de assegurar a função de direção, condução e pilotagem, mesmo que não se empenhe na produção de bens e na prestação direta de serviços aos cidadãos. Cabe-lhe, portanto, a responsabilidade de regular o funcionamento do mercado, e, conseqüentemente, tutelar a figura do cidadão usuário dos serviços prestados pela iniciativa privada (GONÇALVES, 2013a, p.12-13).

Posto isso, faz-se necessário estudar os aspectos do instituto da regulação e a relação entre Estado, através de seu órgão regulador, e o usuário de telefonia móvel.

2.1.1 Instituto da Regulação

A discussão sobre o instituto da regulação acompanha a mudança estrutural advinda das reformas de desestatização, privatização e liberalização, que modificaram o papel historicamente desempenhado pelo Estado brasileiro.³³

Embora o instituto da regulação seja multifacetário,³⁴ complexo e dotado de heterogeneidade, trata-se, segundo Pedro Gonçalves (2013a, p.12), de uma ação estatal traduzida em “[...]disciplinar juridicamente o funcionamento da economia e do mercado (regulação econômica), e proteger determinados bens públicos, como o ambiente [...], direitos dos cidadãos, enquanto consumidores de serviços de interesse econômico geral (regulação social),” e fomentar a competição (regulação da concorrência) de forma a garantir o poder de escolha do usuário consumidor.

Segundo Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho (2014, p.99), a expressão regulação pública, no âmbito jurídico, “[...]tem servido para designar o conjunto de intervenções estatais, principalmente sobre agentes econômicos, e, portanto, o conjunto de condicionamentos jurídicos que essas intervenções geram.”

³³ “A presença generalizada do termo regulação no debate jurídico brasileiro é relativamente recente. Embora o uso normativo da palavra existisse – bastando mencionar que a Constituição de 1988, em seu artigo 174, *caput*, havia reconhecido ao Estado o papel de ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’ – ela não designava uma imagem forte das mentes dos aplicadores e autores jurídicos. Isso começou a mudar a partir de 1995, quando as emendas constitucionais n. 8 e 9 mandaram instituir órgãos reguladores dos setores de telecomunicações e petróleo [...] e, rapidamente, transformou a ideia de regulação em lugar-comum jurídico.” (SUNDFELD; ROSILHO, 2014, p. 98)

³⁴ A regulação é um conceito multifacetário e complexo, dotado de heterogeneidade, uma vez que perpassa por diferentes ramos, não só da ciência jurídica, como também da economia e da sociologia. Portanto, não há um conceito exato do termo regulação, mas, sim, a contornos incertos que permitem delinear o estudo jurídico da regulação (ARAGÃO, 2013a, p.25).

A responsabilidade de regular, de definir regras de conduta e de impor a respectiva aplicação aos operadores de serviços, designadamente serviços de interesse geral, eleva a regulação pública à condição de principal instrumento de ação do Estado Administrativo de Garantia. [...]. (GONÇALVES, 2013a, p.13)

Nesse sentido, a regulação estatal não se resume, portanto, em criar normas que facilitam o funcionamento do mercado, mas tem o objetivo de restringir e condicionar os efeitos do mercado, limitando a livre iniciativa dos agentes do mercado, com a finalidade de evitar perdas de bem-estar social.

Conforme Sampaio (2013, p. 34), a regulação implica na interação de diversas funções que pressupõem a manutenção do equilíbrio entre as diferentes forças sociais. Nesse sentido, compete ao Direito definir quais mercados serão excluídos do regime de liberdade de empresa.³⁵

A exclusão de alguns mercados do regime de liberdade de empresas justifica-se pela questão econômica pela presença de falhas de mercado e também em razão do fato desses mercados produzirem bens e serviços necessários à concretização de valores sociais previstos no texto constitucional brasileiro, como segurança, saúde, saneamento, telecomunicações, energia etc.

Este encontro de falhas do mercado com a necessidade de promoção de valores socialmente compartilhados faz com que o Estado, por meio do direito, utilize de seu poder de império³⁶ para garantir e condicionar a oferta de bens e serviços, na forma de princípios constitucionais e outras normas jurídicas cogentes que criam um marco regulatório visando à sua melhor tutela. (SAMPAIO, 2013, p. 34)

Com efeito, considerando a complexidade de matérias e situações a serem reguladas (energia, telecomunicações, saneamento básico, transportes, etc) decorrentes da mudança do papel do Estado, houve a necessidade de especialização e da ampliação do número de órgãos dotados de poder normativo. Desta forma, a delegação legislativa, por parte do Poder

³⁵A regulação é realizada tanto pelas autoridades cuja missão é cuidar de setores específicos (saúde, telecomunicações, energia, etc) como por agentes com poderes sobre todos os agentes da economia, como os agentes de defesa da concorrência. Portanto, a regulação implica a integração de diversas funções que pressupõem a manutenção do equilíbrio entre os interesses das diversas forças sociais presentes (SAMPAIO, 2013, p. 34).

³⁶ Conforme Aragão (2013b, p. 27), “[...] há três poderes inerentes à regulação: aquele de editar regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir infrações, mesmo que essas infrações sejam dirigidas, inclusive, a empresas públicas ou ao próprio Estado, agindo economicamente de forma direta em atividades do setor privado.”

Legislativo, a órgãos administrativos do Poder Executivo, é uma resposta à necessidade de especialização técnica da burocracia estatal para adoção de técnicas administrativas necessárias a regulação do sistema econômico (MATTOS, 2006b, p.38-39).

Nesse sentido, a regulação setorial apresenta-se como um conjunto de normas decorrentes de normas secundárias e de normas terciárias. As primeiras seriam todas aquelas que, com fundamento legal em normas primárias “[...], preveem direitos e deveres, mas, especialmente, alterando e especificando condicionamentos e restrições já previstos em normas primárias editadas pelo Poder Legislativo. Já as normas terciárias seriam normas que não definem direitos e deveres, mas estabelece procedimentos [...]” São normas próprias do exercício de função normativa por órgãos especializados externos ao Poder Legislativo (MATTOS, 2006b, p.37).

Com base em normas terciárias, os órgãos reguladores definem critérios cada vez mais específicos para *balizar a aplicação* ou o *reconhecimento* de normas *primárias* e *secundárias*. Importa lembrar que este tipo de norma pelo seu baixo grau de coercibilidade não é capaz de atuar como um comando, por meio de ameaça de sanções punitivo-repressivas com o objetivo de prescrever comportamentos obrigatórios e/ou proibidos. Como se limita a estabelecer premissas para decisões, a facilitar entendimentos, a estimular negociações e a viabilizar soluções adaptáveis para cada situação específica, esta norma não estabelece as regras do jogo nem impõe a consecução de resultados com base numa racionalidade substantiva ou material. (MATTOS, 2006b, p. 37, grifo do autor)

A justificativa para o aumento do uso de normas secundárias e terciárias está relacionada com o aumento de subsistemas, eficiência e correção de problemas de legitimidade, já que o Poder Legislativo não tem conhecimento de detalhes do funcionamento de todos os sistemas que precisam ser regulados.³⁷

Essas normas especializadas referentes a cada setor regulado acabaram gerando inúmeros microssistemas e diversas cadeias normativas no âmbito do ordenamento jurídico. Por causa disso, a ideia do direito de ser um sistema unitário e fechado foi progressivamente substituída por um direito organizado em microssistemas, inter-relacionados entre si e pautado na realidade socioeconômica do Brasil.

³⁷ O sistema jurídico moderno não tem como ser concebido apenas como um sistema estático fundado em normas primárias estabelecidas por um Poder Legislativo soberano, gerando exigência de delegação de poder normativo (*problema de legitimidade*).

O próprio aumento da complexidade do sistema normativo implica maior complexidade no controle das normas editadas no contexto da ação regulatória do Estado. Assim, algumas questões precisam ser levantadas: qual racionalidade legal pode dar conta da legitimação de políticas públicas definidas no contexto da ação regulatória do Estado e como tal racionalidade pode ser institucionalizada a ponto de atender ao interesse dos usuários/consumidores no setor de telefonia móvel?

Nesse ponto, enfrenta-se a questão da dimensão do poder normativo das agências reguladoras. A aceitação da tese da regulamentação autônoma permitiria que as agências agissem independentemente da permissão legislativa, com base no argumento da especificidade e técnica e a necessidade de celeridade e eficiência no cumprimento das atribuições regulatórias.

Essa tese não é inteiramente aceita, seja pelo argumento da quebra do princípio da legalidade ou pela falta de limites que especifiquem e distingam os regulamentos que possibilitam sua fiel execução de normas que extrapolam o propósito do Poder regulamentador do poder executivo.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo³⁸ no sentido de que os regulamentos são reconhecidos quando servem para complementar ou explicitar as normas legais, exercendo seu papel constitucional de permitir a fiel execução das leis e decretos.

Ao mesmo tempo, o tribunal vem reiteradamente desconsiderando os regulamentos que inovam a ordem jurídica e contrariam as normas que devem regulamentar, seja ultrapassando os limites legais ou criando regras que limitem a aplicação dos dispositivos legal. A criação de restrições regulamentares à aplicação da lei é vista pelo Superior Tribunal de Justiça como extrapolação da função regulamentar.

Importante salientar que a produção normativa das agências reguladoras não possui controle eficaz de legalidade. O controle realizado pelo Poder Judiciário, a respeito das normas editadas pela ANATEL, é exclusivamente difuso, ou seja, a demanda judicial se instaura, apenas, a partir de uma lesão; falta de conhecimento técnico do setor regulado pelo juiz, análise meramente pontual e não global da normatização setorial etc.

³⁸ Conforme os acórdãos: Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1526946/ RN Agravo Regimental e no Agravo Regimental Especial n.1956/ES 2015/0082939-1 e na suspensão de liminar e de sentença 2014/0308140-6.

Nesse sentido, verifica-se que a coletividade não dispõe de meios eficazes para insurgir contra a produção normativa das agências, o que pode favorecer a captura do ente regulador.

Quando a sociedade civil não está estruturada a ponto de participar, tecnicamente, do debate, haverá um confronto desigual com os agentes do mercado, os quais, certamente disporão de argumentos técnicos a favor de suas posições.

2.1.2 Estado Regulador Brasileiro e Políticas Públicas

A política regulatória está diretamente relacionada ao plano escolhido pelo governo e define-se como um processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos de governo com a participação dos agentes públicos e privados. Em termos concretos, a empreitada regulatória traduz-se em esforços de construção e aperfeiçoamento jurídico-institucional das agências e órgãos reguladores, mas também de suas relações com outros órgãos e instâncias direta e indiretamente ligados à regulação (BUCCI, 1997, p.95).

Nesse sentido, as políticas públicas que, segundo Maria Paula Dallari Bucci (1997, p.95), “são programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo, no setor de telecomunicações brasileiro”, em especial no setor de telefonia móvel, pelo Estado, através da ANATEL, devem ser no sentido de efetivar o diálogo entre os atores: reguladores, regulados e usuários/consumidores. Torna-se suscetível o controle dos atos não só por organismos institucionais, mas também pela sociedade.

A noção de atividade regulatória numa perspectiva de mediação ativa de interesses envolve uma dupla atividade estatal. De modo que o regulador tem que arbitrar interesses de atores sociais e econômicos fortes, como ocorre no equacionamento de conflitos envolvendo compartilhamento de infraestruturas ou interconexão de redes de suporte a serviços essenciais. Doutro bordo, cumpre ao regulador induzir ou coordenar as atividades em cada segmento específico com vista a proteger e implementar interesses de atores hipossuficientes. É o que tem lugar na defesa dos consumidores ou no atendimento de políticas públicas (universalização de serviços, redução de desigualdades sociais e regionais entre outros). (MARQUES NETO, 2005, p. 5, grifo nosso)

A consagração de metas de interesse social, expressas nas políticas públicas adotadas e na defesa dos hipossuficientes, deve aproximar os espaços de decisão estatal como a

economia, evitando o privilégio de atores determinados, sejam eles usuários, regulados ou poder público.

Em termos concretos, a empreitada regulatória traduz-se em esforço, construção e aperfeiçoamento jurídico-institucional (medidas de *policy*)³⁹ do Estado, através dos órgãos reguladores, na busca do equilíbrio de tensões entre os agentes econômicos e os usuários consumidores.

É fato que a regulação modifica a relação do Estado com o setor privado e com a própria sociedade civil organizada e, por isso, há a necessidade de uma gestão pública eficaz para que haja o que se denomina de governança.⁴⁰

Segundo Peci (2014, p.58), governança é um conceito essencialmente democrático, embora com as reformas neoliberais o papel do Estado tenha-se transformado; de outro lado, ocorreu um aumento das parcerias com o setor privado. Essa aproximação com o setor privado denominou-se *New Public Management* (NPM) que é “[...] ideologicamente marcada pelo neoliberalismo e busca tornar as organizações públicas similares às privadas.”

Diferentemente da governança que visa a buscar alternativas para atender de forma efetiva ao interesse público, a *New Public Management* busca mudar o setor público, tornando-o próximo ao privado.

De forma mais ampla, segundo Peci (2014, p.60), “[...]o conceito de governança pode ser utilizado pela teoria da administração pública para qualificar as relações que o Estado [...] desenvolve com o setor privado (empresas e consumidores)” através das agências reguladoras.

Desta forma, a governança eficiente, em nosso entendimento, perpassa pela condução de uma política regulatória executável de modo que atenda ao tripé para a tutela do usuário: qualidade do serviço prestado, poder de escolha do usuário e modicidade tarifária.

No entanto, é insuficiente sugerir que as agências reguladoras, como a ANATEL, sejam a única maneira de obter a credibilidade regulatória. Pensando do ponto de vista do agente regulado, no caso as operadoras de telefonia móvel, a agência reguladora não é uma boa receita para garantir ao investidor privado, em jurisdições nas quais as legislações que as

³⁹ Medidas de *policy* referem-se à concepção, edição e aplicação de normas destinadas a fornecer diretrizes e objetivos setoriais ou a criar obrigações de diferentes naturezas para a pluralidade de atores, incluindo os agentes regulados e o próprio regulador.

⁴⁰ Governança é um movimento que se faz presente nos anos 90 e refere-se ao reconhecimento da importância da boa interação entre governo, sociedade civil e setor privado.

estabelecem podem mudar a qualquer momento, a contratação e demissão dos seus quadros estão nas mãos de políticos, e o provimento de recursos, inseguros.

2.2 Políticas regulatórias da ANATEL

No Brasil, após a Emenda n. 8, que possibilitou a prestação dos serviços de telefonia pelos agentes privados e a privatização da telefonia móvel, ocorreu a montagem de um aparato institucional-regulatório a fim de dar maior transparência e segurança ao processo regulatório e, desta forma, atrair capital privado ao setor.

A criação da Agência Nacional de Telecomunicações - (ANATEL) foi fundamental para a estruturação do setor de telecomunicações porque lhe foi atribuída a organização da Política Nacional de Telecomunicações e, portanto, a condição da política regulatória referente ao setor de telecomunicações.

No entanto, embora a regulação seja um importante instrumento de política pública de tutela do usuário do serviço de telefonia móvel, dilemas regulatórios ainda persistem. A “[...] heterogeneidade de modelos institucionais, organizacionais e a complexidade de instrumentos regulatórios⁴¹ tornam mais evidente a necessidade de coordenação intragovernamental e de melhoria na qualidade regulatória.” (PECI, 2014, p.337)

Como já abordado no primeiro capítulo (item 1.1.3), a ANATEL estabelece a gestão de suas ações através da agenda regulatória. Para o ano de 2015, com o objetivo de melhoria na qualidade do processo regulatório, estabeleceu, dentre outras medidas (anexo I), a regulamentação da interconexão e criou uma metodologia para a análise do impacto regulatório.

2.2.1 Interconexão

Dentre as políticas regulatórias adotadas pela ANATEL, destaca-se a questão das tarifas de interconexão. A adoção de política de interconexão é importante ao processo regulatório,

⁴¹ Segundo dados da ANATEL (2015), além da Lei Geral de Telecomunicações, as operadoras de telefonia móvel estão submetidas a seiscentos e cinquenta e cinco Resoluções, quatro Resoluções conjuntas (Resoluções feitas em conjunto com ANATEL e ANEEL), além de diversas súmulas e portarias do ente regulador.

pois permite a ligação entre redes compatíveis e evita práticas anticompetitivas entre as empresas. Por exemplo.

A interconexão é a ligação entre as redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com os usuários de serviços de outra operadora ou acessar os serviços nela disponíveis (LGT, art. 176). Aplica-se, também em relação as redes relativas ao mesmo serviço ou àquelas destinadas a serviços com características diversas, como, por exemplo, a interconexão entre a telefonia fixa e a telefonia móvel.

No setor de telefonia, sejam elas fixas ou móveis, as diversas operadoras estão interconectadas. Assim, os clientes de uma determinada operadora podem fazer dois tipos de ligações: *on-net*, quando a ligação é originada e terminada na mesma rede; e *off-net*, quando a ligação é terminada em uma rede diferente da originada (LIMA; AZEVEDO, 2014, p.3).

Segundo Rached (2009, p.134), a interconexão destina-se a concretizar o principal objetivo das telecomunicações, que é o de fornecer canais que viabilizem a comunicação adistância. A livre iniciativa, aqui, é limitada pela imposição de que as operadoras estejam integradas, interconectadas.

Como a interconexão envolve um caráter de reciprocidade, adquire fundamental importância na viabilização da organização do setor de telefonia sob um regime concorrencial, uma vez que é inconcebível a utilização de redes concorrentes completamente distintas, incompatíveis e sem qualquer ligação (FARACO, 2005, p. 5).

Nesse sentido, os concorrentes no setor de telecomunicações precisam, de modo recíproco, conceder-se o acesso aos seus sistemas de distribuição e prestação de serviços, de modo que os usuários tenham acesso às redes concorrentes.

No entanto, há casos em que as operadoras terão pouco incentivo para garantir o acesso a suas redes ou mesmo acesso em condições razoáveis. “Esse último caso ocorre quando a operadora que busca a interconexão é uma potencial competidora, e a incumbente irá procurar limitar a competição [...] “através de: i) negar-se a interconectar; ii) oferecer a interconexão por um preço elevado; iii) oferecer um serviço de interconexão de baixa qualidade. Nestes casos, justifica-se uma regulação na interconexão porque está inviabilizando a competição (LIMA, 2014, p.11).

A Lei Geral de Telecomunicações, em seu artigo 146, inciso I, dispõe expressamente que a interconexão é obrigatória, na forma da regulamentação específica. Conforme a

Resolução n. 477 da ANATEL, o serviço de telefonia móvel pessoal – (SMP), é regido pela Lei Geral de Telecomunicações, como também pelos demais regulamentos e resoluções da ANATEL.⁴² Portanto, o serviço móvel pessoal é submetido ao Regulamento Geral de Interconexão – Resolução n. 410 da ANATEL.

A LGT tratou expressamente da interconexão e conferiu poderes à ANATEL para especificar as condições e os termos sob os quais devem concorrer. O artigo 158 da LGT outorga a competência para o órgão regulador editar normas voltadas à implantação, ao funcionamento e à interconexão das redes.

A interconexão⁴³ manifesta-se, juridicamente, através de um contrato entre as partes que controlam as respectivas redes e as operadoras entrantes. A liberdade dos agentes econômicos limita-se à atuação do poder público através de seu órgão regulador. A recusa da interconexão não significa que esteja completamente afastada a possibilidade de um contrato não vir a ser celebrado, isto é, quando há a possibilidade de efetivo comprometimento da rede ou quando há a possibilidade de insegurança, o órgão regulador deve atuar no sentido de limitar a interconexão.

No Brasil, o preço cobrado pelas operadoras que interconectam é conhecido como tarifa de interconexão e é justamente a forma como é regulada que vem gerando discussões entre os agentes atuantes no setor de telefonia móvel.

O regime de tarifação da interconexão no Brasil é baseado no princípio de que, quem paga a ligação, é o usuário que fez a chamada “-a parte que chama, paga” (*calling party pay – CPP*). E, além disso, a operadora móvel que receber a chamada tem o direito de cobrar pelo uso de sua rede. Esta é a chamada tarifa de interconexão para a terminação de chamadas de telefonia móvel, o Valor de Uso da Rede Móvel –VU-M, que serve tanto para chamadas originadas em telefones fixos como para celulares (MATTOS, 2014, p.1).

Por exemplo, suponha que A, usuário da operadora (fixa ou móvel) X, faça uma ligação para o usuário B, que tem uma linha da operadora Y. No preço cobrado do usuário A estará embutida a “tarifa de interconexão”, que irá aos cofres da operadora Y.

⁴² Art. 1º A prestação do Serviço Móvel Pessoal –(SMP) é regida pela Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, Lei Geral de Telecomunicações - LGT, por este Regulamento, por outros Regulamentos e Normas aplicáveis ao serviço, pelos Termos de Autorização expedidos pela Anatel às prestadoras e, particularmente, pelos seguintes instrumentos: [...] V - Regulamento Geral de Interconexão, aprovado pela Resolução n. 410 da Anatel, de 11 de julho de 2005; [...].

⁴³ A interconexão não envolve apenas o pagamento pelo uso da rede pelas partes, mas torna-se necessário acordar como serão distribuídos os custos relativos à sua implantação e manutenção.

Esse sistema de cobrança, utilizado em diversos países, gera incentivos para que a operadora Y fixe uma elevada tarifa de interconexão, encarecendo as ligações feitas para seus usuários a partir de linhas de outras operadoras, o que aumentará sua receita. Parte dessa receita poderá ser repassada aos seus usuários, sob forma de descontos na compra de aparelhos, ligações a baixo custo entre linhas da própria operadora Y ou créditos para as ligações futuras.

Os usuários de telefonia móvel são insensíveis à tarifa de interconexão, muitas vezes, por falta de conhecimento técnico tampouco sabem que existe. No momento de escolher a operadora, desconsidera a tarifa de interconexão, dando preferência ao preço do aparelho e aos custos das ligações que irá fazer, de modo que a operadora tem receita para atrair o cliente. (MATTOS, 2014, p. 3)

Ao usar a estratégia, a operadora Y atrairá muitos usuários. Por outro lado, uma vez que a operadora Y cobra barato por ligações entre linhas de sua própria rede, o usuário vai filiar-se a essa operadora sempre que as pessoas com que conversa frequentemente também tiverem linhas da operadora Y. Ou se essa operadora teve maior fatia do mercado, pois nesse caso será mais amplo o leque de ligações que o consumidor poderá fazer sem sair da própria rede e, portanto, sem pagar a tarifa de interconexão.

Conforme Lucas Ferreira Matos Lima (2014, p.12), como a ANATEL optou por uma política de controle dos custos da interconexão, a regulação deve equilibrar tais custos para que não sejam tão baixos a ponto de as operadoras entrantes deixarem de investir na rede, diminuindo, ainda mais, a qualidade do serviço oferecido ao usuário de telefonia móvel, ou tão altos ao ponto de ser uma barreira para a entrada de novos competidores.

A cobrança de tarifa de interconexão também pode ser o indutor de um comportamento cartelizado das operadoras de telefonia móvel. Elas podem combinar que todas as operadoras irão cobrar uma tarifa de alto valor, de modo que uma não interferirá no mercado da outra, elevando, assim, a receita de todos os membros do cartel (MATTOS, 2014, p. 5).

No cenário brasileiro, existe também uma desigualdade na concorrência em razão dos serviços prestados. Isso porque, havendo grupos econômicos que possuem operadoras fixas e operadoras móveis, a estratégia pode ser entendida para induzir a conexão entre o fixo e o móvel do mesmo grupo. Assim, as ligações de móvel para fixo do mesmo grupo econômico tendem a ser mais baratas (com descontos que compensem a tarifa de interconexão).

As duas principais operadoras de telefonia fixa, OI e Telefónica no Brasil, têm seus próprios braços móveis, OI e VIVO/TIM, respectivamente. A GVT, por outro lado, não tem um braço móvel. Por isso, tornou-se a grande prejudicada nesse sistema de tarifação, pois seus usuários pagam altas taxas por interconexão.

A GVT reclamou o desequilíbrio à ANATEL e ao CADE. Apesar de a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ter concluído que o valor elevado do VU-M constituía ação anticompetitiva de três operadoras de telefonia celular (Vivo, Claro e TIM), o Tribunal de Concorrência entendeu não caber intervenção do órgão. Isso porque as tarifas de interconexão são reguladas pela ANATEL, e as operadoras estão desrespeitando os limites de valor impostos pela agência reguladora. Estavam apenas fixando a tarifa no valor máximo adotado pela ANATEL. Em contrapartida, a ANATEL anunciou maior controle à tarifa de interconexão para a terminação de chamadas de telefonia móvel (MATTOS, 2014, p.5).

Desta forma, a ANATEL resolveu definir um cronograma mais significativo de queda da VU-M. Entre 2012 e 2015, prevê-se a redução de cerca de 62% da VU-M.. A tarifação de terminação de chamadas constitui um monopólio da operadora à qual o usuário chamado está conectado.

A elevada tarifa de terminação de chamadas no Brasil, a VU-M, gerou distorções, entre elas um significativo diferencial de custo das chamadas realizadas dentro e fora de uma mesma rede. Isto distorce a concorrência em favor das operadoras grandes ou induz a escolha dos consumidores, forçando-os a aderir à operadora usada por seus interlocutores frequentes.

A ANATEL optou por uma combinação de Bill and keep parcial temporário na relação de interconexão entre operadoras móveis com (OI, VIVO, TIM e CLARO) e sem (todas as outras operadoras) Poder de Mercado Significativo, inicialmente na proporção de tráfego de 80/20% e depois para uma proporção de 60/40% (ANATEL, [2015]).

No setor de telefonia brasileiro, verifica-se uma assimetria quanto à interconexão caracterizada pela disparidade entre as vantagens que essa representa para cada uma das partes envolvidas, o que torna inevitável a existência de regulação específica, impondo-a e disciplinando seus termos.⁴⁴

⁴⁴ Segundo Faraco (2005, p. 6), “[...] quem até então detinha o monopólio tem todos os estímulos possíveis para opor-se às pretensões de interconexão de seus concorrentes. Estes apresentarão rede ainda incipientes e só poderão prestar o serviço e ingressar no mercado se tiverem como ligar-se à rede já existente. Já ao primeiro, a

O elevado valor da VU-M distorce os planos tarifários e o investimento das operadoras de telefonia móvel em favor de mais recepção de chamadas (receita mais elevada) em detrimento da originação (custo mais elevado).

Vejamos a decisão do Recurso Especial n. 1.171.688 – DF,⁴⁵ o relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgamento em 1-06-2010, no Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 5 DO CPC. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 267, § 3º, DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TELECOMUNICAÇÕES. INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M). DIVERSAS ARBITRAGENS ADMINISTRATIVAS LEVADAS A CABO PELA ANATEL. DECISÃO ARBITRAL PROFERIDA EM CONFLITO ENTRE PARTES DIFERENTES, MAS COM O MESMO OBJETO. MATÉRIA DE ALTO GRAU DE DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA. EXTENSÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA ÀS HIPÓTESES QUE ENVOLVEM OUTRAS OPERADORAS DE TELEFONIA. DEVER DO JUDICIÁRIO. PRINCÍPIOS DA DEFERÊNCIA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA, DA EFICIÊNCIA E DA ISONOMIA. EVITAÇÃO DE DISTORÇÕES CONCORRENCIAIS. REVISÃO DA EXTENSÃO DA LIMINAR DEFERIDA NO PRESENTE CASO. [...]Arecorrente e a recorrida são operadoras de telefonia e contendem a respeito do valor de uso de rede móvel (VU-M), que é devido quando realizada ligação entre usuários de diferentes operadoras (interconexão) e de livre negociação entre os interessados (arts. 152 e 153 da Lei n. 9.472/1997). Consta dos autos que a recorrida instaurou diversos processos de arbitragem e outros judiciais contra várias operadoras e, por sua vez, a ANATEL, provocada, entendeu constituir comissão de arbitragem de interconexão (CAI) para, juntamente com as operadoras, discutir a questão. Contudo, diante da celeuma acerca dessas arbitragens, a ANATEL, em resolução, adiou o marco regulatório referente à fixação do VU-M. Sucede que, mesmo assim, aquela agência, mediante a CAI, em uma dessas arbitragens, exarou o despacho n. 3/2007, que fixa o VU-M entre a recorrida e outra operadora de telefonia. Nesse contexto, constata-se que, sem sombra de dúvida, a ANATEL é responsável por resolver as condições de interconexão quando se mostrar impossível a solução entre as operadoras interessadas (art. 153, § 2º, da Lei n. 9.472/1997 e Res. n. 410/2005 da ANATEL). Assim, frente ao alto grau de discricionariedade técnica imanente ao tema e em consideração aos princípios da deferência técnico administrativa, da isonomia e da eficiência, a lógica do sistema de telecomunicações impõe a prudência de estender o VU-M fixado no despacho n. 3/2007 a todos os demais participantes de arbitragens similares, o que abrange a contenda entre a recorrida e a

possibilidade de interconexão não traz qualquer benefício adicional imediato. É certo que poderá alcançar os novos usuários que passam a utilizar-se do serviço através do concorrente.”

⁴⁵ “Trata-se de recurso especial interposto por TIM Celular S/A contra acórdão em que, ao confirmar liminar deferida na primeira instância, entendeu-se pela fixação de um Valor de Uso de Rede Móvel (VU-M) diferente do originalmente pactuado entre as partes em razão da implementação de um sistema de interconexão fundado exclusivamente na cobertura de custos, que não possibilita excesso de vantagens econômicas para as operadoras que permitem o uso de suas redes por terceiros.” (BRASIL, STJ, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, 23 jun.2010)

recorrente. Daí que não há como manter a liminar deferida nas instâncias ordinárias com VU-M diferente do fixado por aquela agência reguladora. Há que adequá-la ao despacho n. 3/2007. Anote-se que o *periculum in mora* foi reconhecido nas instâncias ordinárias com lastro em nota técnica da própria ANATEL, que reconhece o fato de as operadoras de telefonia fixa hoje operarem com prejuízo nas ligações que exigem a interconexão. Rever esse fundamento esbarraria no empecilho da Súmula. n. 7-STJ. Já quanto ao *fumus boni iuris*, o próprio despacho n. 3/2007 do CAI reitera a necessidade de revisão do VU-M. (BRASIL, STJ, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, 23 jun.2010, grifo nosso)

O julgado acima aponta dois pontos importantes que refletem na qualidade do serviço prestado ao usuário de telefonia móvel, no valor do serviço e na tutela do mesmo. Primeiro, o Ministro Relator Mauro Campbell Marques destaca a necessidade de a ANATEL constituir um marco regulatório referente ao valor de uso da rede móvel – VU-M.

Desde 2013, a ANATEL trabalha no sentido de controlar, com maior rigor, as tarifas de interconexão para a terminação de chamadas na telefonia móvel, o VU-M (Valor de Uso da Rede Móvel) (ANATEL, [2015]).

O ato 7.272, de 02 de dezembro de 2013 da ANATEL, fixou os valores de referência da VU-M para as operadoras de telefonia móvel Vivo, Tim, Claro e Oi, conforme o quadro a seguir:

Quadro 1 – Valor da VU-M por operadora

Região	Prestadora	VU-M (R\$) válido a partir de:	
		24-02-2014	24-02-2015
I	Claro	0,23676	0,15784
	Oi	0,23275	0,15517
	TIM	0,24467	0,16311
	VIVO	0,25126	0,16751
II	Claro	0,23759	0,15839
	Oi	0,23961	0,15974
	TIM	0,23657	0,15771
	Vivo	0,23987	0,15991
III	Claro	0,24071	0,16047
	Oi	0,23227	0,15485

	TIM	0,24105	0,1607
	VIVO	0,22164	0,14776

Fonte: TELECO, [2014].

Conforme a tabela, o valor médio do valor de uso da rede móvel - VU-M a partir de 24-02-2014 seria de R\$0,2379 e, em 2015, o valor sofreria uma redução de 33,3%, passando a R\$0,1586, ou seja, cada operadora tem de reajustar sua tarifa de interconexão de modo que se enquadre nos parâmetros estabelecidos pela agência reguladora.

Aqui, verificamos, com base na decisão do Superior Tribunal de Justiça acima citado, que a atuação da ANATEL reflete na tutela do usuário do serviço de telefonia móvel no que tange à modicidade tarifária, pois uma vez controlando a tarifa de interconexão utilizada pelas operadoras de telefonia móvel, a ANATEL favorece o usuário quanto ao valor por ele pago pelo serviço móvel.

Mesmo com uma postura tardia da ANATEL em relação à regulação da tarifa de interconexão, ainda há muito que ser feito, especialmente no que tange à tutela do usuário, uma vez que, em sua grande maioria, os usuários consumidores, por falta de conhecimento técnico, não tem conhecimento do que é uma tarifa de interconexão.

A adoção de uma política de conscientização do usuário consumidor seria de grande valia, mas, da mesma forma que a ANATEL regula questões técnicas relativas à telefonia móvel, deveria ter uma conduta positiva na tutela do mesmo usuário desprovido de conhecimento técnico.

2.2.2 Análise do Impacto Regulatório

Outra medida de política regulatória adotada pela ANATEL é a tentativa de adoção de uma metodologia para a implantação da análise do impacto regulatório, como definida pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico –(OCDE),⁴⁶ como uma

⁴⁶ Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – (OCDE), é uma organização internacional de trinta e quatro países que aceitam os princípios da democracia representativa e da economia de livre mercado. A missão da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE) é promover políticas que melhorem o bem-estar econômico e social de pessoas em todo o mundo (OCDE, [2015]).

ferramenta que examina e avalia prováveis benefícios, custos e efeitos no contexto do desenvolvimento e da implantação de políticas públicas ou no contexto da atuação regulatória.

Podemos dizer que é um conjunto de procedimentos que antecede e subsidia o processo de tomada de decisão, disponibilizando dados empíricos, a partir dos quais os dirigentes dos entes reguladores podem avaliar as opções existentes as possíveis consequências de suas decisões. Segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2008), em termos práticos,

[...] a análise do impacto regulatório começa com a identificação do problema e dos objetivos que se buscam alcançar por meio de determinada política regulatória e continua com a avaliação dos custos e benefícios dos possíveis processos para a sua implantação, optando pela alternativa que oferece o maior benefício público.

Desta forma, para que a análise do impacto regulatório seja coerente precisa atender aspectos centrais como: a definição adequada do problema e a identificação dos objetivos da política regulatória a ser adotada; coleta de informações, via consultas públicas, avaliação dos impactos da política adotada *ex ante* e a publicidade dos resultados da análise.

Portanto, a Análise do Impacto Regulatório é um instrumento de aperfeiçoamento da eficácia e da eficiência da atividade regulatória, que auxilia o regulado a fixar os ditames desta. Isto é parte de um processo de fortalecimento da governança regulatória, que visa a informar o processo de tomada de decisão em regulação.

Nesse sentido, a AIR deve balizar a ação do regulador de forma a dar credibilidade às decisões regulatórias, fortalecendo, dessa forma, o papel da agência reguladora perante a sociedade na gestão de riscos regulatórios⁴⁷ com foco e resultados, baseado em princípios, ferramentas e mecanismos de transparência, participação e *accountability*.

Conforme Lúcia Salgado e Eduardo Bizzo de Pinho Borges (2010, p.7), em um estudo para o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, a análise do impacto regulatório - (AIR) apresenta-se como um importante “instrumento de governança das próprias agências reguladoras para fortalecer seus laços com a sociedade e a sua legitimidade como entes autônomos e técnicos”.

⁴⁷ Risco regulatório vem determinado por uma situação de instabilidade ou inexistência em um setor econômico regulado. Essa instabilidade pode ser, por exemplo, em razão de uma situação de monopólio (RODRIGUEZ BAJÓN, 2012, p.195).

Portanto, se a decisão da agência reguladora é construída em um processo com etapas transparentes, de conhecimento político, com estímulo à participação da sociedade, torna-se um importante instrumento de governança regulatória.

A análise do impacto regulatório –(AIR), ao mesmo tempo em que surge como um avanço da leitura normativa da regulação, surge também como melhor instrumento possível de política, renovando a abordagem decisória do processo regulatório. A AIR aparece como uma releitura contemporânea da regulação, um “dever-ser” em termos de boa prática regulatória.

No contexto regulatório brasileiro predomina a concepção econômica da regulação, diretamente relacionada com a mudança do papel do Estado decorrente dos processos de liberalização e privatização nos anos 90. Diante das reformas políticas, econômicas e institucionais, a regulação foi definida em termos de instrumentos econômicos que coíbem comportamentos anticompetitivos dos agentes privados.

No caso brasileiro, a adoção da análise do impacto regulatório –(AIR) revela-se através de um processo de difusão de políticas públicas; ainda não consolidado, uma vez que está em fase de criação de metodologia de trabalho pela ANATEL.

A instabilidade regulatória em razão da multiplicidade de instrumentos regulatórios e a baixa cultura de *accountability*, que aumenta a transparência no processo regulatório, são apontados pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - (OCDE) desde 2008 no Relatório Brasil: fortalecendo a governança pelo crescimento, como problemas para a adoção de políticas regulatórias concisas e para a implantação da cultura da análise do impacto regulatório.

A implantação de uma metodologia de trabalho pela ANATEL, voltada para a criação da análise do impacto regulatório–(AIR) é instrumento de política pública que corrobora a tutela do usuário quanto à qualidade do serviço prestado, a liberdade de escolha do usuário e a modicidade tarifária.

Isto é, a previsão de riscos regulatórios identificados pela análise do impacto regulatório - (AIR) implicam maior segurança para o agente privado que pretende investir em determinado sujeito à regulação no Brasil. Ciente dos riscos da política regulatória adotada pelo ente regulador, a quantidade de agentes privados dispostos a investir em um mercado específico, como de telefonia móvel, pode aumentar, permitindo maior liberdade de escolha ao usuário.

2.3 Estrutura Regulatória e *accountability*

As agências reguladoras, como a ANATEL, surgem num contexto de descentralização administrativa e de busca de maior eficiência institucional do aparato estatal, que ficou conhecido como Estado Regulador.

Um dos vetores é a democracia e seu corolário inarredável de *accountability* traduzida na noção de que os agentes públicos devem ser responsabilizados pela atuação perante a população (BINENBOJM; CYRINO, 2009, p.5). Trata-se, em outras palavras, da responsabilidade pelas decisões políticas adotadas pelos agentes reguladores.

No Brasil, os dirigentes das agências reguladoras são nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal. Para que as agências reguladoras possam realizar suas competências com independência funcional e autonomia administrativa, os dirigentes indicados gozam de mandato por prazo determinado, não podendo ser afastados por atos decisórios *ad nutum*.

Conforme salienta Paulo Roberto Ferreira Motta (2014, p. 237), a nomeação dos dirigentes deve ser feita com prudência e com observância das qualificações técnicas dos indicados, uma vez que a agência reguladora “[...] é um ente responsável pela tomada de decisões técnicas que vão interferir na vida de milhões de pessoas e nos investimentos bilionários de inúmeras empresas.”

Na realidade, o fator fundamental para garantir a autonomia das agências parece estar na autonomia de seus dirigentes e, para tanto, há dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro que favorecem a autonomia na decisão dos dirigentes.

Dentre eles, a quarentena que é entendida como um período em que o ex-dirigente de uma agência fica impedido de prestar qualquer tipo de serviço no setor público ou empresa integrante do setor regulado pela agência.

De outro lado, a exigência da quarentena não é imposta ao dirigente que irá assumir o cargo de direção da agência, o que na maioria das vezes, implica em nomeação política, sem a observância dos elementos técnicos a serem considerados quando da nomeação do diretor. Aqui, portanto, pode ser o início da captura de uma agência reguladora.

Há também um choque com o regime democrático, pois os administradores não estão sujeitos ao *accountability* eleitoral e seu mandato não é fixado em lei, muitas vezes, até propositalmente ultrapassando os limites dos mandatos dos agentes políticos eleitos. Um fato que tende a aumentar ainda mais essas tensões é a questão da sucessão democrática por partidos de oposição, o que torna mais difícil ainda a relação entre as agências e o governo.

A constitucionalização do modelo das agências reguladoras independentes, com dispositivos precisos a respeito dos mandatos e estabilidade dos presidentes dos entes regulatórios seria uma possível solução para efetivar o controle e a fiscalização das agências pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo e pelo povo.

Dada a importância das decisões dos entes reguladores, a lei criadora das agências deveria estabelecer com rigor os qualitativos técnicos para que o indivíduo possa ser nomeado para o cargo diretivo dentro da agência reguladora. Principalmente, é importante analisar se o dirigente não tem nenhuma ligação com as empresas a serem reguladas, bem como contato com eventuais associações de usuários do serviço regulado (MOTTA, 2014, p. 237).⁴⁸

Verifica-se que a escolha do dirigente é difícil e complexa. No entanto, no Brasil, os cargos de direção nas agências reguladoras, infelizmente, tornaram-se um balcão de negócios políticos, de forma que as nomeações de dirigentes para os entes reguladores passaram a fazer parte de arranjos político-governamentais, o que mitiga a independência técnica da agência e submete a política regulatória aos interesses do governo (MOREIRA, 2014, p. 132).

Aqui entendemos que os mecanismos de *accountability* precisam ser efetivados, ou seja, não só o Congresso Nacional deveria acompanhar o desempenho dos dirigentes indicados a cargos de direção às agências reguladoras, como também a própria população, pois buscando a melhoria dos serviços prestados poderia estar atenta a esses mecanismos, a fim de evitar o que se chama de fenômeno da captura.

Além da questão das indicações dos dirigentes das agências reguladoras sem a devida precisão técnica e qualificada, o Brasil enfrenta novo desafio em relação à nomeação dos

⁴⁸ O atual diretor da ANATEL, João Batista de Rezende, apresenta qualificação profissional, no entanto, na contramão do que Paulo Roberto Ferreira Motta defende, o mesmo foi Vice-Presidente da Associação Brasileira de Concessionária de Serviço Telefônico Fixo Comutado (ABRAFIX) (ANATEL, [2015]).

A ABRAFIX é uma Associação Civil, sem fins lucrativos, fundada em 07 de maio de 1999. Tem como principal missão zelar pelos interesses comuns de suas associadas perante as demais entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, além de promover a defesa da livre concorrência e dos princípios da ordem econômica no setor de telecomunicações. Tem como principais associados: Sercomtel; OI, CTBC, Telefônica e Brasil Telecom (ABRAFIX, [2015]).

Importante destacar que João Batista Rezende também foi presidente da Sercomtel, empresa paranaense de telecomunicações.

dirigentes dos órgãos reguladores. Segundo o relatório sobre governança do Tribunal de Contas da União, feito em fevereiro de 2015, o cenário regulatório sofre com a demora na substituição de diretores nas agências, levando a permanência por prazo indeterminado de interinos, o que prejudica a tomada de decisão coerente para os setores regulados. Conforme o relatório dos técnicos do Tribunal de Conta de União ([2015]):

O Poder Executivo não indica os titulares às Diretorias e Conselhos, que passariam pelo crivo do Senado Federal, e nomeia individualmente os interinos que ocupam esses cargos por tempo indeterminado (único servidor ou por rodízio). Deste modo, há sim burla ao sistema de indicação e nomeação dos dirigentes das agências reguladoras. O Senado é impedido de participar do processo de escolha dos dirigentes e a autonomia decisória das agências é fragilizada.⁴⁹

A demora na nomeação dos dirigentes dos entes reguladores é reflexo da politização no processo de escolha e a não nomeação permite maior ingerência do governo sobre as agências, abrindo brechas à captura das agências reguladoras.

Verifica-se, novamente, que os mecanismos de *accountability* precisam ser utilizados, principalmente em relação a tomadas de decisão por diretores ou dirigentes interinos, no intuito de evitar a captura da agência pelo Poder Executivo.

Tratando da ANATEL, objeto deste estudo, o Tribunal de Contas da União colocou-a, junto com a Agência Nacional de Energia Elétrica(ANEEL), como uma das agências mais transparentes. O Tribunal de Contas da União salientou que a ANATEL cumpre um dos requisitos da transparência ao transmitir as sessões deliberativas de diretorias e conselhos, divulga o calendário anual de reuniões e o cumprimento de prazos razoáveis para documentos de audiências públicas.

2.3.1 Captura das Agências Reguladoras

As agências desempenham papel relevante na sociedade, de maneira que sua independência reflete na prestação do serviço ao usuário. Em razão dessa importância, é

⁴⁹ Segundo o Ministro Rainundo Carneiro, “[...]na Agência Nacional de Transportes Terrestres - (ANTT), três das cinco vagas da diretoria são ocupadas ininterruptamente por servidores indicados pelo Executivo e não sabatinados pelo Senado Federal desde 20-03-2012, data do estabelecimento das regras de indicação de diretores interinos na ANTT. Por meio de sua assessoria de imprensa, a agência reconheceu a vacância na diretoria.” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, [2015]).

natural que exista intensa pressão dos grupos de interesse para que sejam atingidos seus pleitos.

Por essa razão, a partir da década de 60, surgiu a expressão “captura”, quando relacionada à influência desmedida dos grupos interessados no processo regulatório. Assim, a “[...] captura de uma agência ocorre quando, por desvio de finalidade, os responsáveis pelas agências tornam-se verdadeiros representantes dos interesses do setor regulado em detrimento do interesse público, consistente no controle de qualidade da atuação dessas empresas.” (OLIVEIRA; PEREZ FILHO; WOOD, 2012, p. 200).

Há duas teorias que explicam o fenômeno da captura. A teoria econômica desenvolvida por George Stigler (1911-1991) e a teoria do ciclo das agências reguladoras desenvolvida por Marver B. Bernstein.

A teoria econômica de George Stigler contempla que o processo regulatório seria controlado por grupos de interesse que, através de restrições à concorrência, subsídios e fixação de preços, obteriam benefícios para si em detrimento de usuários/consumidores.

De acordo com a tese de Stigler, o Estado é o único ente com poder coercitivo, como tal, é capaz de determinar a movimentação de recursos e a adoção de decisões econômicas sem o consentimento das pessoas. Como consequência, esses poderes podem ser usados para ampliar a lucratividade de alguns setores econômicos. (BAGATIN, 2013, p. 53)

Desta forma, a partir do momento em que os interesses de alguns setores econômicos começam a prevalecer, cria-se uma espécie de mercado político, no qual as empresas “[...] poderiam adquirir determinados benefícios advindos da regulação.” (BAGATIN, 2013, p. 53)

Como a agência reguladora visa a acompanhar e a fiscalizar a execução dos serviços que constituem objeto de delegação (concessão, permissão) ou autorização, é evidente que exista intensa pressão por parte dos setores regulados para que sejam atendidos seus interesses.

A teoria do ciclo de existência das agências reguladoras, desenvolvida por Marver B. Bernstein, descreve a vida útil da agência, fazendo, o autor, uma analogia entre a evolução do comportamento da agência reguladora e o ciclo de vida humano. Segundo o autor, as agências teriam fases equivalentes ao ciclo de vida humano: crescimento, maturidade e declínio.

Os primeiros tempos de vida de uma agência caracterizam-se por grande energia para cumprir os fins do interesse coletivo. Na segunda fase, a agência detém características similares à da juventude. A agência age com firmeza em busca do interesse público, inclusive em oposição aos interesses dos grupos regulados. “[...] Haveria uma evidente desproporção entre a coesão dos grupos regulados e o interesse público a ser tutelado pelas agências.” (BAGATIN, 2013, p.46)

Nesta fase, a agência começa a depender de informações dos controlados, os quais adquirem um papel cada vez mais relevante na determinação das políticas desenvolvidas. A consequência disso é o declínio do apoio e a tendência de isolamento das agências. Na terceira fase, a fase da velhice, as agências dependem diretamente dos controlados.

O traço comum a ambas as teorias é que a prevalência dos interesses de setores regulados sobre as políticas das agências reguladoras reflete-se na prestação dos serviços que são oferecidos com baixa qualidade, a preços altos e com baixa taxa de universalização e eficiência pelos agentes regulados. O problema é que a captura implica benefício ao próprio regulado em detrimento dos consumidores e usuários.

As agências reguladoras, com sua autonomia reforçada, representam uma estrutura institucional pensada para reduzir o risco de captura, buscando blindar instâncias máximas decisórias, em matéria de política e economicamente sensíveis, de ingerências político-partidárias de cunho mais imediatista e, ainda, do risco de captura pelo poder econômico.

No Brasil, ao se tratar da captura das agências reguladoras, não se pode associar somente à corrupção ou à improbidade. A ideia de captura implica “[...] não constatar nem se dar conta da efetiva subordinação das agências aos interesses alheios àqueles do interesse público primário que lhe é cometido por lei.” (MOREIRA, 2014, p. 134).

O ente regulador capturado imagina que está regulando determinado mercado em favor da concorrência, dos usuários, quando, na realidade, o principal beneficiário por ele próprio regulado, é principalmente o governante à procura de votos e recursos para a campanha eleitoral.

A norma regulatória, então, passa a tornar-se um produto a favor de determinados grupos de interesse: seja governante, agentes privados, seja até mesmo usuários ou consumidores.

Não se pode desconsiderar que os reguladores têm uma reputação a zelar e que as agências reguladoras competem por orçamentos públicos, de modo que algum grau de

proteção ao interesse público e à prestação de contas de suas atividades pela sociedade deve ser esperado (SAMPAIO, 2013, p. 73).

Tratando-se de serviços públicos, cuja finalidade básica é a realização de direitos fundamentais e a promoção do bem-estar dos cidadãos, cabe à lei traçar fronteiras entre diretrizes a serem definidas pelo governo (políticas públicas) e as decisões a cargo das agências (regulação), de modo a sustentar a qualidade do serviço prestado, a liberdade de escolha do usuário e a modicidade tarifária (BINENBOJM; CYRINO, 2009, p.8).

2.4 Mecanismos de *accountability* e a atuação do usuário

O modelo das agências reguladoras introduziu novos mecanismos de controle democrático (*accountability*) da atuação do Estado na regulação de setores da economia brasileira. Cuida-se aqui de associar a sociedade civil à gestão administrativa, com repercussão direta no conteúdo das decisões e na adoção de políticas públicas.

A empreitada regulatória traduz-se em esforços de construção e aperfeiçoamento jurídico-institucional das agências e órgãos reguladores e também na relação com a sociedade.

A questão da participação popular no âmbito da Administração Pública refere-se à “[...] interferência no processo de realização da função administrativa do Estado, implementada a favor dos interesses da coletividade” (MODESTO, 2005, p. 2), por cidadão ou associações de proteção ao usuário.

Com efeito, tanto mais satisfatório será o resultado da atuação do Estado, como agente regulador, quanto maior for a institucionalização dos representantes da sociedade civil. Desta forma, se a legitimidade da atividade regulatória resulta da ponderação entre os diferentes interesses em tensão, conclui-se obrigatória a manifestação do controle social das decisões das agências reguladoras.

Dentre tantos instrumentos que mobilizam a participação popular, destacam-se as consultas públicas e as audiências públicas, cumprindo, talvez de uma maneira tupiniquim, o princípio participativo.

No âmbito da ANATEL, a consulta pública é a consulta prévia aos usuários/consumidores a atos relevantes, especialmente os de natureza normativa. Já a audiência pública destina-se a debater, oralmente, matéria de interesse geral para coletar

informações objetivando subsidiar as decisões do Conselho Diretor (Regimento Interno da ANATEL, art. 56).⁵⁰

No entanto, existe uma série de limitações procedimentais e institucionais que pode ser identificada e avaliada na caracterização e na análise das consultas e audiências públicas.

Num Estado Regulador, como do brasileiro, o uso desses mecanismos dentro das agências autônomas teria por justificativa tornar a atuação desses órgãos mais controlada (*accountability*) pelo público, agentes diretamente afetados pelas políticas setoriais.

Nesse sentido, os mecanismos de consultas públicas e audiências públicas adotados no interior das novas agências reguladoras podem ser tomados como garantia de legitimidade do conteúdo da regulação, pois por meio destes estariam sendo supostamente atendidos os interesses do público afetado pelas políticas definidas pela agência. (MATTOS, 2006b, p. 237-238)

No ano de 2015, a ANATEL realizou 22 (vinte e duas) consultas públicas, possibilitando a participação popular na tomada de decisão acerca de diversos assuntos.⁵¹

Um dos grandes desafios enfrentados com a estruturação dos órgãos reguladores é o distanciamento das instituições de proteção e de defesa do consumidor. Consequência disso é a quase total ausência de mecanismos de coordenação entre as agências e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cuja existência é prevista pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 105 e 106).⁵²

Além das consultas e audiências públicas, cabe considerar outros institutos que tem como escopo otimizar o controle social, como as ouvidorias e os órgãos institucionais de defesa dos consumidores.

A Ouvidoria Pública é um instrumento de gestão ética, democrática e transparente. “É instrumento necessário de participação cidadão e, conseqüentemente, de inclusão social que

⁵⁰ Regulamento Interno da Anatel, Art. 56: “A Audiência Pública destina-se a debater ou apresentar, oralmente, matéria de interesse relevante, definida pelo Conselho Diretor.” (ANATEL, 2013)

⁵¹ Dentre as matérias discutidas estão: a atribuição e destinação de faixas de radiofrequências (Consulta Pública n. 22; proposta de alteração do Regulamento sobre condições de uso da radiofrequência (Consulta Pública n. 21); proposta de manual de aplicação para aferição de grau de satisfação e da qualidade percebida junto aos usuários de serviços de telecomunicações (Consulta Pública n. 14), dentre outras.

⁵² Código de Defesa do Consumidor, art. 105: “Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.

Art. 106. O Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional de Direito Econômico (MJ), ou órgão federal que venha substituí-lo, é organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor [...]” (BRASIL, 1998)

viabiliza as condições institucionais para o amplo exercício dos direitos do administrado” (ANATEL, 2015)

Dentre as atribuições da Ouvidoria está a elaboração de análise crítica dos avanços, desafios e das limitações ainda existentes na atuação regulatória da ANATEL, pautada na tríade usuário, mercado regulado e nas políticas públicas formuladas pelo Estado.

O parágrafo primeiro, do artigo 8º da Lei n. 9.472/97 prevê a instituição de Ouvidoria, cujo titular será nomeado pelo Presidente da República para o mandato de dois anos, permitida uma recondução.

Inobstante a Ouvidoria fazer parte da agência reguladora, no caso a ANATEL, o atual ouvidor⁵³ trabalhou em várias prestadoras de serviço de telefonia, além de ter sido Diretor da Central Única dos Trabalhadores – CUT, o que pode ser indício de captura da agência pelo Poder Executivo. Isto é, como já visto no item 2.3.1, as agências reguladoras se transformaram em um novo ambiente de ambiente de circulação do poder político, no qual indivíduos são nomeados numa relação de troca de favores.

Para a viabilização da participação social, os órgãos reguladores deveriam trabalhar no sentido de satisfazer e criar canais institucionalizados e condição de participação dos consumidores, buscar transparência de atos, procedimentos e processos decisórios; proporcionar o acesso à informação, especialmente no que tange aos contratos entre agentes regulados e consumidores e usuários.

Desta forma, o Direito ganha nova dimensão no debate sobre a legitimidade da ação regulatória do Estado. Ao avaliar a formulação de políticas públicas, faz-se necessária a participação pública, que é um mecanismo de controle do processo decisório das agências reguladoras dotadas de autonomia decisória.

Para Paulo Todescan de Mattos (2006b, p.24-25), o Estado Regulador brasileiro constituiu-se com déficits de legitimidade democrática, tanto no plano da separação dos poderes, como no plano da relação entre o Estado e a sociedade civil. “São poucos os grupos de interesse que têm acesso aos processos decisórios em matéria de políticas públicas e são poucos os mecanismos institucionalizados de controle democrático das decisões.”

⁵³ Cabe destacar que o atual ouvidor da ANATEL chama-se Aristóteles dos Santos. Destaca-se que o mesmo trabalhou na Telemig, hoje Oi -Telemar. Participou de diversas diretorias do Sindicato dos Trabalhadores em Telecomunicações de Minas Gerais - Sinttel/MG e foi um dos fundadores e Presidente da FITTEL - Federação Interestadual dos Trabalhadores em Telecomunicações. Também foi Diretor da CUT - Central única dos Trabalhadores e um dos fundadores da Associação Nacional dos Ouvidores Públicos - ANOP, instituição da qual foi Presidente entre 2007 e 2011.

A participação pública direta dos cidadãos no controle do processo decisório das agências reguladoras deve ser além do processo eleitoral. Infelizmente, o controle direto dos cidadãos, na forma de participação pública direta do controle do processo decisório das agências reguladoras, não é efetivamente assumido.

Conforme pesquisa de Faraco, Pereira Neto e Coutinho (2014, p. 15), o perfil das ações judiciais promovidas pelos usuários/consumidores⁵⁴ de telefonia móvel está distante de discussões centrais à regulação do setor, que são diretamente perceptíveis pelos mesmos, dado seu elevado grau de complexidade técnica, principalmente em relação à assimetria de informação entre o regulador e o usuário/consumidor.

As ações judiciais propostas pelos usuários/consumidores envolvem questões pontuais, perceptíveis diretamente por eles em suas contas telefônicas, o que não envolve uma avaliação mais complexa sobre a organização do setor das políticas regulatórias (FARACO; PEREIRA NETO; COUTINHO, 2014, p. 15).

Há uma tendência às demandas judiciais de autoria coletiva em detrimento das ações individuais. Isso se deve à atuação das associações organizadas que costumam discutir questões de interesse geral do setor regulado. Tal fato é de grande valia na defesa dos interesses dos usuários dos serviços de telefonia móvel em relação às operadoras: as associações assumem um papel central na discussão dos interesses transindividuais.

Por isso, o modelo regulatório precisa incentivar melhores condições de participação na esfera pública. Para isso, há a necessidade de verificar os grupos de interesse que estão atuando junto às agências reguladoras, influenciando diretamente no conteúdo da regulação e como se está dando o processo decisório no interior das agências, passando a ser importante para uma análise das condições de legitimidade democrática da formulação de políticas setoriais no Brasil pós-reforma do Estado.

A legislação infraconstitucional, mais especificamente a Lei Geral de Telecomunicações, aponta mecanismos de controle pelo usuário da atuação da ANATEL, e ocorre que não há entre os cidadãos uma cultura de participação junto ao órgão regulador, acionando canais de contato, a fim da melhoria nos serviços prestados.

Os mecanismos por meio dos quais os consumidores podem participar institucionalmente do processo regulatório – instâncias que se destinam à participação formal

⁵⁴ As maiores reclamações dos consumidores giram em torno da falta de informação, má qualidade dos serviços e cobranças indevidas, segundo representante da SINDITELEBRASIL [2015].

de representantes do consumidor – devem ser pautados por condições que permitam ampliar a participação objetiva da população na condução da função administrativa do Estado.

E mais, os órgãos públicos, cuja atuação provoque impactos aos consumidores, devem pautar sua atuação na transparência em sua configuração institucional, possibilitando o acesso às informações sobre a atuação do órgão, indicando os mecanismos que permitam ao usuário conhecer e participar do processo decisório da regulamentação do setor, bem como da atuação efetiva dos órgãos reguladores de forma que atuem em prol do usuário por meio da emissão de regulamentação, pela fiscalização e pela repressão aos abusos e infrações cometidos.

A situação brasileira é paradoxal porque é rica no plano normativo, inclusive na criação de mecanismo de participação popular no processo regulatório, mas padece de efetiva participação, seja por apatia política (falta de estímulo para a ação cidadã), por abulia política (não querer participar da ação cidadã) ou por acracia política (não poder participar da ação cidadã).

A participação popular é uma questão política, relacionada ao grau de desenvolvimento e efetivação da democracia. A falta de informação, em razão do baixo grau de escolarização dos indivíduos, a complexidade de normas administrativas, o ceticismo quando a dúvida de um resultado positivo implica baixa participação popular no processo regulatório.

2.4.1 Questões atuais na proteção do usuário do serviço de telefonia móvel

A Lei Geral de Telecomunicações (LGT) dispõe, no inciso II, artigo 2º sobre o dever do Poder Público de “[...] estimular a expansão de uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefícios da população brasileira.”

O artigo 3º da LGT também se encontra de acordo com os princípios previstos nos artigos 4º e 6º do CDC⁵⁵, na medida em que estabelecem os direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações, quais sejam:

⁵⁵ CDC, Art. 4º: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, [...], a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II -

Art. 3º: O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional; II - à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço; III - de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço; IV - à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços; V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas; VI - à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso; VII - à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais; VIII - ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço; IX - ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço; X - de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço; XI - de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor; XII - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos. (BRASIL, 1997).

O inciso XVIII do artigo 19 da LGT, por sua vez, trata do dever da ANATEL de reprimir as infrações ao direito dos usuários consumidores.

Ademais, a LGT, em seu artigo 5º, faz expressa referência ao artigo 170 da Constituição Federal de 1988, impondo ao Poder Público o dever de observar, na disciplina

ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo”.

CDC, art. 6º “São direitos básicos do consumidor: [...] II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; [...] X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.” (BRASIL, 1998)

das relações econômicas no setor de telecomunicações, o princípio da defesa do consumidor e o da continuidade do serviço prestado em regime público.

Mais específico ainda é o Regulamento da ANATEL – Decreto n. 2.338/97, que evidencia:

Art. 16. “À agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações [...]”

Art. 19. “A agência articulará sua atuação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações [...]”

A articulação mencionada tem claros limites estabelecidos no parágrafo único do artigo 19 do Regulamento da ANATEL, *in verbis*:

Parágrafo único. A competência da Agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuarão de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI da Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1.990.

A ANATEL foi bem-sucedida ao aplicar sanção de suspensão temporária de comercialização de serviços às operadoras de telefonia móvel que não estavam respeitando os padrões de qualidade impostos pelo órgão regulador.

Exemplo disso foi em julho de 2012, quando a ANATEL, através de uma medida cautelar, suspendeu a venda de novas linhas de celulares com o intuito de melhorar o nível de qualidade dos serviços prestados pelas operadoras. As prestadoras que apresentassem, segundo o critério de avaliação da ANATEL, um desempenho abaixo de esperado, estariam proibidas de comercializar novas linhas (BRASIL, TRF 1ª Região, 2012).

A ANATEL suspendeu, temporariamente, a venda de novas linhas pela prestadora de serviço de telefonia móvel TIM. A operadora ficou proibida de oferecer seus produtos em determinados Estados da federação. A mesma medida também foi imposta a outras duas operadoras: à OI e à Claro.

As prestadoras tiveram de apresentar um Plano Nacional de Ação de Melhoria da Prestação de Serviço Móvel Pessoal - (SMP), detalhado pelo Estado, no prazo de trinta dias,

contendo medidas capazes de garantir a qualidade do serviço e das redes de telecomunicações, em especial quanto ao complemento e à interrupção de chamadas e ao atendimento aos usuários, pois novas vendas somente foram permitidas após análise e aprovação, pela ANATEL, do Plano apresentado. Além da suspensão temporária de venda de serviços, caso alguma operadora descumpra a determinação da ANATEL, estará sujeita ao pagamento de multa no montante de R\$ 200.000,00 por dia e por Unidade da Federação em que se constatar o descumprimento.

A decisão da ANATEL no âmbito administrativo, o juiz de direito Tales Krauss Queiroz do Tribunal Regional da Primeira Região (processo n. 0036321-34.2012.4.01.3400), ao decidir a demanda entre a prestadora de serviços de telefonia móvel TIM e a ANATEL, salientou que é

[...] pública e notória a piora na qualidade dos serviços de telefonia celular do país. Há uma sensação por parte dos usuários de que a qualidade caiu: são interrupções do serviço, chamadas não completadas, queda das ligações, falhas na qualidade dos sinais e, na internet móvel, deficiências de conexão e velocidade. (BRASIL, TRF, 2012)

Afirma o magistrado que a decisão da ANATEL foi regular, baseada na Constituição Federal e nas Leis n. 9.472/97 e 9.784/99, também nos regulamentos do setor de telecomunicações (Resoluções 477/07, 575/11 e 589/12).

A tutela do usuário do serviço de telefonia móvel pelo Poder Judiciário também pode ser vista na decisão da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (BRASIL, TRF 1ª, 2005) proibiu que as operadoras de telefonia móvel estabeleçam prazo de validade para créditos pré-pagos, em todo o território nacional. A decisão unânime resulta da apreciação de recurso interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) contra a sentença da 5ª Vara Federal do Pará que, em ação civil pública movida pelo próprio MPF contra a ANATEL e as operadoras VIVO, OI, AMAZÔNIA CELULAR e TIM, entendeu que a restrição temporal de validade dos créditos de celulares pré-pagos não apresenta qualquer irregularidade.

O Ministério Público busca a nulidade, nos contratos firmados entre os usuários do serviço e as operadoras, das cláusulas que preveem a perda dos créditos adquiridos após a expiração de um decurso temporal ou condicionem a continuidade do serviço à aquisição de novos créditos. No entanto, o juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido.

Em recurso, o Ministério Público sustentou que, além de manifesta afronta ao direito de propriedade e caracterização de enriquecimento ilícito por parte das operadoras, as

referidas cláusulas contratuais são abusivas, pois implicam indevido desequilíbrio na relação entre consumidor/usuário e as operadoras que fornecem os serviços.

A Resolução da ANATEL n. 316/02 estabelece que, esgotado o prazo de validade, o serviço pode ser suspenso parcialmente, como bloqueio para as chamadas originadas bem como para o recebimento de chamadas a cobrar, permitido o recebimento de chamadas que não importem em débitos para o usuário pelo prazo de, no mínimo, trinta dias. Vencido esse prazo, o serviço poderá ser suspenso totalmente. No entanto, esta resolução foi, posteriormente, revogada pela Resolução Anatel n. 477, de 07 de agosto de 2007, que estabelece que os créditos podem estar sujeitos a prazo de validade, devendo a prestadora oferecer, no mínimo, em suas lojas próprias, créditos com validade de 90 a 180 dias e, no caso de inserção de novos créditos antes do prazo previsto para a rescisão do contrato, os créditos não utilizados e com prazo de validade expirado serão revalidados pelo mesmo prazo dos novos créditos adquiridos.

Na tutela do usuário, o Ministério Público, ao propor a ação civil pública, que gerou o processo n. 0004354-67.2005.4.01.3900 junto ao Tribunal Regional Federal – 1ª Região, buscou provimento judicial que declarasse a nulidade, nos contratos firmados entre usuários de serviço de telefonia móvel celular na modalidade pré-pago devido à perda dos créditos adquiridos após a expiração de um lapso temporal ou que condicionassem a continuidade do serviço à aquisição de novos créditos. Vejamos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. PLANOS PRÉ-PAGOS. CRÉDITOS ADQUIRIDOS PELO USUÁRIO. FIXAÇÃO DE PRAZO DE VALIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA, DA NÃO DISCRIMINAÇÃO E DA PROIBIÇÃO DO CONFISCO E DO RETROCESSO (LEI Nº. 9.472/97, ART. 3º, INCISO III), VIOLAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMAÇÃO ATIVA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. DIMENSÃO TERRITORIAL DA EFICÁCIA DO JULGADO COLETIVO. I – Versando a controvérsia instaurada nestes autos, unicamente, sobre matéria de direito, envolvendo a suposta abusividade do prazo de validade dos créditos adquiridos por usuários dos serviços de telefonia móvel (modalidade pré-pago), afigura-se desnecessária a realização de prova pericial, para fins de aferição de eventual desequilíbrio econômico- financeiro dos respectivos contratos de concessão, eis que irrelevante para o deslinde da questão. II – A defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor, vale dizer, interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (Lei nº 8.078/90, art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III), como na espécie em comento, em que se busca a proteção de direitos coletivos de que é titular o universo dos usuários dos serviços de telefonia móvel celular [...] (BRASIL, TRF 1ª Região, online).

Já no processo n. 00476-90.2014.4.01.3400, no voto do relator o desembargador federal Souza Prudente, destaca-se:

[...] o estabelecimento de prazos de validade para os créditos pré-pagos de celular configuram-se um manifesto confisco antecipado dos valores pagos pelo serviço público de telefonia, que é devido aos consumidores. Afigura-se manifesta abusividade da limitação temporal em destaque, posto que, além de afrontar os princípios da isonomia e da não discriminação entre os usuários de serviço público de telefonia, inserido no artigo 3º, inciso III, da Lei nº 9.472/97, na medida em que impõe ao usuário de menor poder aquisitivo discriminação injustificada e tratamento não isonômico em relação aos demais usuários desses serviços (BRASIL, TRF 1ª região, online).

Ressalta-se que as cláusulas limitantes esbarram no Código de Defesa do Consumidor, cujo artigo 39 veda ao fornecedor condicionar o fornecimento de produtos ou de serviços ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, limites quantitativos.

A ANATEL não pode nem deve extrapolar os limites da legislação de regência, como no caso, a possibilitar o enriquecimento ilícito das concessionárias de telefonia móvel. Também não me convencem os argumentos no sentido de que a relação contratual estabelecida entre a concessionária e os usuários teria natureza eminentemente privada e, por isso, a fixação de determinado prazo de validade para os créditos por eles adquiridos não estaria sujeita a expressa previsão legal.

Ainda na decisão, o juiz destaca que o serviço de telefonia é serviço público essencial, outorgado às concessionárias, para disponibilizá-los aos usuários, com eficiência, qualidade e sem qualquer discriminação.

Por fim, o desembargador deu provimento ao recurso do Ministério Público Federal para reformar a sentença, declarando nulas as cláusulas e as normas da ANATEL que estipulem a perda dos créditos adquiridos após a expiração de determinado decurso de tempo que condicionem a continuidade do serviço à aquisição de novos créditos. Proibiu, ainda, que as operadoras VIVO, OI AMAZÔNIA CELULAR e TIM subtraíam os créditos ou imponham prazos de validade para sua utilização, devendo as empresas reativar, no prazo de trinta dias, o serviço de todos os usuários que o tiveram interrompido, restituindo a eles a exata quantia em saldo existente à época da suspensão dos créditos. A decisão deve ser cumprida em todo o território nacional, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50 mil reais.

O Supremo Tribunal Federal⁵⁶ se posicionou confirmando a tese de que as cláusulas contratuais alusivas à perda de créditos adquiridos por usuários da telefonia móvel, na modalidade pré-pago, em razão do decurso do tempo, são abusivas.

⁵⁶ VERBETE VINCULANTE Nº 10 DA SÚMULA DO SUPREMO – DESRESPEITO – INEXISTÊNCIA – RECLAMAÇÃO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. A Agência Nacional de Telecomunicações ANATEL afirma haver a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento da Apelação Cível nº 2005.39.00.004354-0, inobservado o Verbete Vinculante nº 10 da Súmula do Supremo. Segundo alega, o Ministério Público Federal ajuizou ação coletiva contra a autarquia e as prestadoras Norte Brasil Telecom S/A VIVO, TNLS PCS S/A OI, Amazônia Celular S/A e Tim Celular S/A visando a declaração de nulidade das cláusulas contratuais alusivas à perda de créditos adquiridos por usuários da telefonia móvel celular, na modalidade pré-pago, em razão do decurso de certo lapso temporal, ou daquelas que condicionem a continuidade do serviço à aquisição de novos créditos. Julgado improcedente o pedido em primeira instância [...] informa haver a reclamada provido apelação interposta pelo Ministério Público nos termos da seguinte CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. PLANOS PRÉ-PAGOS. CRÉDITOS ADQUIRIDOS PELO USUÁRIO. FIXAÇÃO DE PRAZO DE VALIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA, DA NÃO DISCRIMINAÇÃO E DA PROIBIÇÃO DO CONFISCO E DO RETROCESSO (LEI Nº. 9.472/97, ART. 3º, INCISO III), VIOLAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMAÇÃO ATIVA. [...] I - Versando a controvérsia instaurada nestes autos, unicamente, sobre matéria de direito, envolvendo a suposta abusividade do prazo de validade dos créditos adquiridos por usuários dos serviços de telefonia móvel (modalidade pré-pago), afigura-se desnecessária a realização de prova pericial, para fins de aferição de eventual desequilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos de concessão, eis que irrelevante para o deslinde da questão. II - A defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor, vale dizer, interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (Lei nº 8.078/90, art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III), como na espécie em comento, em que se busca a proteção de direitos coletivos de que é titular o universo dos usuários dos serviços de telefonia móvel celular, na modalidade pré-pago, poderá ser exercida, individual ou coletivamente, afigurando-se o Ministério Público Federal legitimado a propor competente ação civil pública, com essa finalidade, nos termos do art. 82, I, do referido Código Consumerista, c/c a tutela normativa do artigo 5º, incisos XXII, XXXV, LV e LXXVIII, da Carta Política Federal. Preliminares de ilegitimidade ativa e de inadequação da via eleita rejeitadas. III - A estipulação de prazos de validade dos créditos adquiridos pelos usuários dos serviços de telefonia móvel, na modalidade pré-pago, a que aludia a Resolução ANATEL nº. 03/98, posteriormente, alterada pelas Resoluções ANATEL n. 316/2002 e 477/2007, caracteriza violação aos princípios da isonomia, da não discriminação e da proibição do confisco e do retrocesso, insculpidos no art. 3º, inciso III, da Lei nº. 9.472/97, na medida em que impõe tratamento diferenciado ao mesmo universo de consumidores, com manifesto enriquecimento ilícito das concessionárias de telefonia móvel, nesse contexto específico. IV - A ordem econômica e financeira, neste país, que visa a construção de um Estado Democrático de Direito, através da ação de governo republicano, em dimensão federativa, voltada para a realização de uma sociedade solidária, justa e livre, não deve desgarrar-se do princípio fundamental da tutela do consumidor (CF, arts. 3º, I, e 5º, XXXII, e 170, V, c/c o art. 2º, I, da Lei nº 9.472, de 16/07/1997), afigurando-se nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas e abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (Lei nº 8.078, de 11/09/1990, art. 51, inciso IV). V - Afigura-se ilegal e abusiva a imposição de prazos para consumo dos créditos adquiridos pelos usuários do serviço público de telefonia móvel, no sistema pré-pago, em face do comando cogente do art. 39, I, da Lei nº. 8.078/90 (CDC), que veda o condicionamento, sem justa causa, do fornecimento de serviço a limites quantitativos. VI - A prescrição dos créditos em referência leva à configuração de uma apropriação indébita e de um enriquecimento ilícito por parte das concessionárias, que, cancelando a linha se os créditos não forem consumidos, no prazo estabelecido, estarão se apropriando de todo o valor pago, embora não tenham prestado o serviço correspondente ao quantum que lhes foi repassado pelo usuário, recebendo, assim, antecipadamente por um serviço público essencial, que, abusivamente submetido a prazo prescricional, não será mais prestado, como devido, ao usuário consumidor desse serviço. [...] Apelação provida, para reformar a sentença monocrática, julgando-se procedente o pedido inicial, declarando-se a nulidade das cláusulas contratuais e das respectivas normas da ANATEL, que estipulem a perda dos créditos adquiridos após a expiração de determinado lapso temporal ou condicionem a continuidade do serviço à aquisição de novos créditos, constantes dos contratos celebrados entre os usuários do serviço de telefonia móvel celular, na modalidade

Destaca, ainda, a atuação do Ministério Público Federal na tutela dos usuários de telefonia móvel ao propor ação civil pública, cumprindo a normativa constitucional prevista no artigo 5º, incisos XXII, que diz “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Desta forma, embora a ANATEL tenha cumprido seu papel fiscalizador, sancionado as operadoras de telefonia móvel, a agência reguladora não se preocupa se a sanção por ela imposta se reverte em melhoria para os serviços de telefonia móvel. Neste ponto, o Estado, através do órgão regulador precisaria reverter essas sanções em políticas públicas mais eficientes, colocando o usuário como o destinatário final da regulação, intensificando a participação do Poder Judiciário na tutela do usuário do serviço de telefonia móvel.

pré-pago, e as promovidas Norte Brasil Telecom S/A (VIVO), TNL S PCS S/A - OI, Amazônia Celular S/A e Tim Celular S/A, proibindo-as de subtrair, sob qualquer pretexto, créditos adquiridos pelos consumidores para ligações em suas respectivas linhas ou impor, direta ou indiretamente, prazos de validade para utilização dos créditos comprados pelos usuários, bem como condicionar, sob qualquer forma, a validade destes ou a continuidade do serviço à aquisição de novos créditos, abstendo-se de inserir em contratos futuros cláusulas que ostentem tal restrição aos créditos dos usuários do sistema pré-pago de telefonia, ficando impedidas de suspender ou cancelar o serviço em virtude da aplicação da sistemática de prescrição desses créditos, aqui afastada, por abusiva, devendo reativar, no prazo de 30 (trinta) dias, o serviço de telefonia móvel em prol de todos os usuários que o tiveram interrompido, em tais circunstâncias, na data deste julgamento, quando ainda possuíam créditos remanescentes, concedendo-lhes a exata medida dos saldos existentes à época da suspensão desses créditos. [...] "Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição." (BRASIL, STF, 2015) (grifo nosso).

CAPÍTULO 3 REGULAÇÃO, CONCORRÊNCIA E ALIBERDADE DE ESCOLHA DO USUÁRIO

3.1 Regulação e concorrência

Nos capítulos anteriores, afirmou-se a necessidade da ingerência estatal na economia, através da agência reguladora, enquanto garantidora do adequado funcionamento do mercado, ou seja, a regulação enquanto supressora das deficiências e insuficiências do mercado. Neste capítulo, verificaremos a interligação entre os institutos da regulação e da concorrência com foco na tutela e participação do usuário dos serviços de telefonia móvel.

3.1.1 Relação entre os institutos da regulação e da concorrência

A interação entre a regulação e a concorrência constitui um dos temas mais abordados pelos estudiosos do Direito Econômico⁵⁷ e por aqueles que se dedicaram à análise econômica do Direito.

De tradição neoclássica, os estudiosos da Universidade de Chicago entendiam que a estruturação do sistema concorrencial ou antitruste deveria implicar, necessariamente, eficiência. Esta estaria estritamente ligada ao bem-estar do usuário consumidor, pois, reduzindo os custos da produção, reduziriam os preços das mercadorias. Para a Escola de Chicago,⁵⁸ o bem-estar do consumidor é princípio direcional do direito antitruste.

Nesse sentido, para a Escola de Chicago, a defesa da concorrência está centrada nos benefícios ao consumidor garantidos pela eficiência alocativa do mercado, ou seja, a aplicação dos recursos, na melhor forma possível, nas atividades de maior necessidade ou

⁵⁷ Segundo Modesto Carvalhosa (2013, p. 326-327), o objeto de estudo do Direito Econômico é a economicidade da norma, “a qual extravasa o mero interesse de maximização de resultados, para inserir-se na perspectiva, orgânica e mediata, de um processo socioeconômico proposto. [...] Juridicamente, a norma indica os caminhos da atividade produtiva para direções que interessam muito mais à coletividade do que aos interesses imediatos e egoísticos dos agentes de produção.”

⁵⁸ O objetivo da Escola de Chicago é demonstrar que a teoria econômica neoclássica revelaria que todos os fenômenos econômicos podem ser previstos, descritos e explicados, partindo de uma premissa única, qual seja, o comportamento racional-maximizador num contexto de recursos escassos. (BAGNOLI, 2006, p. 123)

anseio dos consumidores, independentemente de o agente econômico estar em posição monopolista ou em plena competição.

Verifica-se que a Escola de Chicago defendia a menor regulação estatal possível da economia, a fim de que a concorrência desenvolva-se livremente com a mínima interferência do mercado. Isto é, seria suficiente ao direito antitruste deter-se à eficiência, já que daí se presumem os benefícios da distribuição equitativa aos consumidores, derivada da racionalidade monopolista.

Consoante a este pensamento, as concentrações econômicas não são tidas como um mal *per se* e que, por isso, devem ser restringidas ou evitadas. Uma concentração econômica pode ser benéfica aos consumidores, com ganhos de produtividade e eficiência.

Em contraponto da Escola de Chicago, tem-se a Escola Ordoliberal, que entende que o funcionamento econômico do mercado é, essencialmente, a garantia de competição. Para os defensores da teoria, não seria inteligente a atribuição do direito concorrencial de qualquer forma de objetivo predeterminado, como o caso da eficiência.

Para os Ordoliberais, o ponto marcante de sua teoria está centrado no fato de analisar as posições de poder sobre o mercado e a possibilidade de ser verificar a criação de barreiras à entrada de outros competidores. Um dos maiores males que poderiam afligir um sistema concorrencial seria a instituição de qualquer tipo de barreira, já que implica a limitação da possibilidade de escolha dos consumidores (BAGNOLI, 2006, p.124).

A diferenciação entre o modelo Ordoliberal e o defendido pela Escola de Chicago está em descobrir quais as opções mais interessantes e qual o comportamento que deverá ser adotado pela transmissão de informações e pela liberdade de escolha que é dada aos consumidores (BAGNOLI, 2006, p.124).

Após o breve esclarecimento acerca de duas escolas, cumpre salientar que o bem-estar do usuário consumidor deve ser fundamento da competição, de forma que as empresas, que concorrem entre si, esforçar-se-iam para oferecer produtos e serviços de melhor qualidade e a preços mais atrativos ao consumidor (BAGNOLI, 2006, p.125).

O mercado está em constante transformação, variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas. Por isso, o diálogo entre a regulação e a concorrência deve ser constante e o direito tem um papel proeminente no desenho institucional do mercado através de normas jurídicas.

Além de regras concorrenciais, que ao mesmo tempo são garantidoras e limitadoras da liberdade empresarial, há necessidade da inclusão de normas que desenhem o mercado e criem condições para que ele exista (normas regulatórias), isto é, normas que exijam que os produtos ou serviços oferecidos sejam de qualidade, a preços razoáveis e que garantam o acesso às redes de infraestrutura.

No Brasil, a opção política pela introdução da concorrência nas telecomunicações envolve a criação e a aplicação de todo um conjunto normativo. Para tanto, faz-se necessário entender os aspectos jurídicos da concorrência e da regulação para a concorrência no cenário brasileiro.

3.2 Livre concorrência e a Atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

O direito concorrencial, assim como a regulação, é uma forma de intervenção do Estado na liberdade de iniciativa dos agentes econômicos. O objetivo dessa forma de intervenção é a prevenção de um tipo particular de dano social, o qual decorre do exercício de poder de mercado pelos agentes que o detêm.

A conjunção da implantação da concorrência com a valorização dos direitos fundamentais fortaleceu a situação jurídica em face do gestor dos serviços públicos, seja ele privado ou público, com a emergência de novos instrumentos de proteção.

No Brasil, a política da defesa da concorrência possui base constitucional, uma vez que a Constituição Federal de 1988 institui a livre concorrência como um dos princípios basilares da ordem econômica (CF, art. 170, IV).⁵⁹

O legislador brasileiro, na Lei n. 12.529/11 – Lei Antitruste, conferiu concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional de 1988.⁶⁰ Mas o que é a livre concorrência?

⁵⁹ CF, art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência; V- defesa do consumidor [...]” (BRASIL, 2013)

⁶⁰ Lei n. 12.529/11, art. 1º “Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames

A livre concorrência é o resultado da somatória dos efeitos dos agentes detentores de poder econômico os quais contribuem para a manutenção e o incremento de pressões competitivas na economia.

Desta forma, a concorrência é a situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze de supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos. Nessas condições, os preços de mercado formam-se perfeitamente, segundo a correção entre a oferta e a procura. Conforme a doutrina econômica liberal, a livre concorrência, entre os capitalistas, constitui uma situação ideal para a distribuição mais eficaz dos bens entre as empresas e os consumidores. Trata-se, portanto, de uma regulação de riscos.

Como visto, a livre concorrência o fundamento da ordem econômica constitucional, o legislador estabeleceu, na Lei n. 12.529/11, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (art. 3º).

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), consolidou-se como uma autoridade fundamental na disciplina estatal sobre os mercados, atuando de forma autônoma no controle das concentrações e na repressão às condutas anticompetitivas. Criado pela Lei n. 4.137/62, o CADE foi elevado pela Lei n. 8.884/94, aos status de autarquia com autonomia reforçada, com vedação da exoneração imotivada dos Conselheiros (SAMPAIO, 2013, p. 177).

Portanto, o CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Tem como missão primordial “[...] zelar pela livre concorrência no mercado, sendo entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre matéria concorrencial, como também por fomentar a cultura da livre concorrência.” (CADE, 2015).

Com o advento da Lei n. 12.529/2011, que reformulou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC),⁶¹ inaugurou-se nova etapa na disciplina dos atos de concentração no direito brasileiro, cuja análise passou a ser prévia. A ideia do legislador era tornar a atuação do CADE mais eficiente em sua dupla função de prevenir, por meio de controle de

constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.” (BRASIL, 2011)

⁶¹A nova lei altera a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), hoje integrado pelo CADE, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça; pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça; e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda.

atos de concentração que alterem a estrutura dos mercados (fusões, aquisições, etc);⁶² e reprimir, por meio do controle de condutas potencialmente anticompetitivas, as infrações contra a ordem econômica. O resultado almejado era mercados mais eficientes, com mais incentivo à inovação tecnológica e aumento na qualidade dos serviços e produtos prestados aos consumidores, sem a imposição de preços excessivos (CADE, [2015]).

O CADE é composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos.⁶³ Dentre os órgãos que compõem o CADE, destacamos o Tribunal Administrativo, que é órgão judicante.

Composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre os cidadãos com mais de 30 anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, o Tribunal Administrativo tem como função, dentre outras estabelecidas pelo artigo 19, da Lei n.12.529/11: zelar pela observância desta lei; decidir sobre a existência de infração econômica e aplicar penalidades; decidir os processos administrativos para imposição de sanções; apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica.

As decisões do CADE são decisões técnicas, e não políticas, cuja finalidade é a preservação da concorrência saudável na economia nacional e do bem comum, em atenção ao usuário/consumidor.

A tutela do usuário está delineada na política de defesa da concorrência que procura viabilizar o poder de escolha do usuário/consumidor através da aplicação da legislação antitruste pelo CADE àqueles fornecedores de produtos ou prestadores de serviços que violam a lei, abusando de seu poder econômico e controlando as estruturas do mercado.

Portanto, não só as agências reguladoras, como a ANATEL, têm papel na consolidação do tripé: qualidade do serviço prestado, poder de escolha do usuário/consumidor e modicidade tarifária, como também os órgãos de defesa da concorrência.

Desta forma, o Estado precisaria incentivar uma cooperação cada vez mais próxima entre as entidades reguladoras e concorrenciais, com ênfase na construção de políticas

⁶² Pela legislação anterior, essas operações podiam ser comunicadas ao CADE depois de serem consumadas, o que fazia do Brasil um dos únicos países do mundo a adotar um controle *a posteriori* de estrutura.

⁶³ Lei n. 12.529/11, art. 17: “O CADE terá um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão.” (BRASIL, 2011)

públicas⁶⁴ coerentes, uma vez que a atuação das autoridades de defesa da concorrência nos mercados regulados pode auxiliar no ingresso de novos agentes. “Sendo menos tendente à captura e regendo-se pela busca de competitividade, a autoridade concorrencial tenderá a ser menos protetiva do operador que historicamente esteja prestando o serviço.” (SAMPAIO, 2013, p. 102).

No setor de telecomunicações, em especial de telefonia móvel, a Lei Geral de Telecomunicações é reconhecida como aquela que, de forma mais precisa, tratou da matéria de limite da Lei antitruste. Em sede de concentrações, a norma esclarece que (parágrafo 2º do artigo 7º) os atos de concentração “serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por meio do órgão regulador”, deixando extirpadas as dúvidas que eventuais competências autorizativas da ANATEL não serão exercidas em detrimento daquelas que, em razão de Lei de Defesa da Concorrência, pertencem ao CADE (SAMPAIO, 2013, p.202).

Definida a atuação do CADE, é importante colocá-la em convergência com a política regulatória e com a política de defesa do consumidor no setor de telefonia móvel.

3.2.1 Regulação para a concorrência

O desenvolvimento da regulação e, conseqüentemente, o surgimento das agências reguladoras passaram a trazer novos dilemas à esfera da concorrência. Assiste-se a uma mitigação do modelo em que as decisões políticas eram tomadas do modo mais centralizado possível para decisões tomadas de forma mais descentralizada, multiplicando-se os núcleos de onde emana o poder (SILVA, 2005, p. 3).

O novo modelo de ordenação jurídico-econômica, com novos atores (agências reguladoras, agentes regulados e o usuário) e novas normas e instituições definem-se como regulação para a concorrência (ORTIZ, 2005, p. 2).

A regulação para concorrência consiste em medidas proativas destinadas a promover a concorrência e a estimular o funcionamento das regras de mercado, incluindo

⁶⁴ A política é mais ampla que o plano escolhido pelo governo e define-se como um processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos de governo com a participação dos agentes públicos e privados. Políticas públicas são programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo. (BUCCI, 1997, p.95)

a avaliação periódica do grau de dominação dos mercados e medidas preventivas (controle de concentrações), além de medidas reativas a restrições à concorrência (MORENO, 2013, p. 17).

Importante salientar que a regulação para a concorrência não se restringe apenas a construção de normas jurídicas que estimulem a competição em determinado setor. A regulação, segundo Gaspar Ariño Ortiz (2005, p. 3), “[...] tem uma base técnica adequada ao ‘estado da arte’ do setor de que se trate,” ou seja, cada setor tem requerimentos técnicos próprios que os individualiza.

Portanto, a especificidade de cada setor exige tomada de decisões específicas para tutelar o interesse da coletividade. Ao regular uma atividade, há uma conjunção de decisões acerca de preços, quantidade, participação do agente privado, etc. A regulação deve ser, portanto, baseada na análise econômica das decisões dos dirigentes dos entes reguladores, prevendo as consequências das mesmas, evitando o risco regulatório.

A finalidade da regulação é manter a atividade em funcionamento dentro de parâmetros fixados. Especificamente na regulação para a concorrência, as decisões do ente regulador voltam-se a assegurar a livre concorrência no setor privado e, no caso de atividades econômicas sensíveis ao interesse público,⁶⁵ seu direcionamento à concorrência.

Para uma boa regulação para a concorrência, as normas estabelecidas pelo ente regulador precisam ser claras, e suas consequências, previsíveis para o setor. Conforme Ortiz (2005, p. 5), a regulação “[...] tem que facilitar a realização de planos de negócios e promover o investimento neles, tem que definir o tabuleiro de jogos face ao futuro de uma maneira clara e estável, na qual os operadores possam confiar.”

Quando se privatiza, como foi o caso do setor de telefonia móvel, a regulação deveria estimular a entrada de capital privado no setor. Para isso, o investidor precisa ter certeza das normas a que irá submeter-se. Ocorre que a regulação, talvez por uma possível captura do agente regulador, costuma incorporar incertezas que compõem o risco regulatório.

As regras de regulação são estabelecidas em normas de menor hierarquia que são passíveis de mudanças. A falta de segurança jurídica reduz a previsibilidade e a segurança regulatória ao setor regulado.

⁶⁵ “Os serviços públicos foram tradicionalmente concebidos como atividades exógenas à livre iniciativa e, conseqüentemente, à concorrência, pressupondo-se, via de regra, apenas um prestador, fosse ele o próprio Estado [...] ou um delegatário seu, mantida, em ambos os casos, a sua titularidade.” (ARAGÃO, 2013b, p. 389-390)

A imprevisibilidade e a insegurança são fatores destacados do ‘risco regulatório’. Outros riscos são a politização das decisões, sua captura por um ou outro grupo de pressão ou de influência, a burocratização. O conjunto de todos eles pode atingir níveis muito significativos, que redundarão em claro prejuízo de empresas e usuários e inclusive da economia geral do Estado que os tolera. Assim, o risco regulatório tem uma manifestação muito clara na economia internacional ao se transformar em ‘risco país’. (ORTIZ, 2005, p. 6)

Países como o Brasil, que necessitam de investimentos internacionais (o que ocorre no setor de telefonia móvel), precisam de uma regulação clara e previsível que incentive a entrada do agente privado no setor regulado, permitindo a competição e garantindo a liberdade de escolha do usuário onde não exista.

Desta forma, a política regulatória não deve limitar-se ao ente regulador e, sim, traçar diretrizes para que os entes de regulação da concorrência possam atuar de modo a desenhar um espaço competitivo que promova a liberdade de escolha do usuário.

A fim de melhor compreender a regulação para a concorrência, faz-se necessária uma análise da diferença entre as competências das entidades regulatórias e as entidades de concorrência, com ênfase, neste capítulo, para o papel do CADE.

Conforme Moreno (2013, p.18), os entes regulatórios:

São hábeis a exercitar as competências afetas à regulação da concorrência, o que contudo, não exclui a análise *ex post* por autoridades antitruste dos mercados relevantes e do grau de dominância de agentes em setores regulados, pois, atuando estas em momento posterior à prática da infração, possuem uma visão mais pontual e exata das características e das forças que agem em determinado mercado [...].

A tomada de decisões regulatórias tem importância direta na consagração da efetiva concorrência. Ao regular uma atividade, adotam-se continuamente decisões como fixação de preços, quantidade e prazos que produzem efeitos imediatos na economia e na escolha do consumidor.

A regulação tem, assim, uma abrangência mais ampla, já que possui aspiração redistributiva e conformadora de novos mercados, enquanto a tutela da concorrência se encontra associada à repressão a desvios praticados por agentes econômicos com posição dominante no mercado. São funções típicas da regulação a definição de pautas de comportamento, a

transmissão de informações que facilitem a orientação dos agentes e a persecução de objetivos de políticas públicas (SAMPAIO, 2013, p. 84).

As autoridades de concorrência têm, em regra, maior neutralidade e ampla capacidade de intervenção junto aos agentes econômicos, detendo, de um lado, a função de investigação análoga àquelas conferidas a autoridades policiais, inclusive de ordenação cautelar de práticas passíveis de lesionar a concorrência e, de outro lado, a possibilidade de aplicar sanções mais eficazes na inibição de práticas anticompetitivas, principalmente pelo mais alto valor das sanções pecuniárias que normalmente lhes são permitidas comparativamente aos parâmetros sancionatórios que se sujeitam às agências reguladoras.

Importante destacar que, ao contrário das entidades reguladoras, os entes de concorrência não regulam setores específicos, mas, sim, determinados comportamentos comerciais de empresas. E o objetivo dessa intervenção “[...] é endereçar a formação e o abuso do poder econômico, que na literatura econômica podem ser entendidos como uma falha de mercado (assimetria de informação, externalidades, etc.)”⁶⁶ (RAGAZZO, 2014, p. 158).

O CADE, portanto, não regula setores específicos da economia, mas, sim, determinados comportamentos comerciais das empresas, de maneira a prevenir a formação de poder de mercado. Por isso, o CADE realiza o controle de operações de agentes econômicos, evitando os atos de concentração.

Assim, o CADE, depois de definir o mercado a ser fiscalizado, conhecido como mercado relevante,⁶⁷ caso a participação seja acima de 20%, presume uma posição dominante de determinado agente econômico. Essa posição dominante pode alterar, de forma unilateral, as variáveis do mercado, entre os quais o preço e a quantidade de produtos ou serviços (RAGAZZO, 2014, p. 161).

Importante destacar que o fortalecimento do papel do CADE e o surgimento das agências reguladoras ocorreram paralelamente à execução do Programa Nacional de Desestatização (PND), que teve como objeto tanto a alienação definitiva das empresas estatais e ativos relacionados a atividades econômicas, como a decisão de se promover um amplo

⁶⁶ Conforme Ragazzo (2014, p. 159), “[...] de maneira a prevenir a formação de poder de mercado, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – (CADE), realiza o controle das operações entre as grandes empresas, estabelecendo critérios para notificação dessas operações, chamadas de atos de concentração.”

⁶⁷ Mercado relevante refere-se à “[...] estimativa de menor grupo de produtos e/ou serviços e de menor área geográfica necessários para que eventual agente econômico possa, lucrativamente, impor um significativo e não transitório aumento de despesa.” (RAGAZZO, 2014, p. 160)

programa de delegação da exploração de serviços públicos e de atividades monopolizadas à iniciativa privada (SAMPAIO, 2013, p.182).

Assim, a política regulatória estabelecida pela ANATEL e a política de defesa da concorrência devem tender à convergência no sentido de promover a concorrência, provocando a rivalidade entre os agentes, construindo um ambiente favorável ao usuário/consumidor, como ocorreu no setor de telefonia móvel com a portabilidade numérica.

A regulação potencializou a concorrência entre as operadoras de telefonia móvel com a inserção da portabilidade numérica, pois eliminou a barreira à troca de operadora pelos usuários, sem custos e necessidade de alteração do número, provocando uma rivalidade entre os agentes privados para manutenção e adesão de novos usuários dos serviços de telefonia móvel.

Por isso, faz-se importante a interlocução entre os institutos da concorrência e da regulação em favor do usuário consumidor.

3.2.2 Livre concorrência e a defesa do usuário

Outro princípio de destaque no capítulo da Ordem Econômica, além da livre concorrência, é o da defesa do consumidor⁶⁸, previsto no artigo 170, inciso V da Constituição Federal. Este princípio impositivo deve cumprir duas funções, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos a existência digna e objetivo particular a ser alcançado (GRAU, 2014, p. 247).

Portanto, para a consolidação da ordem econômica prevista na Constituição Federal de 1988, a concorrência e a defesa do consumidor devem pautar as decisões políticas, principalmente as decisões regulatórias, de forma que a concorrência saudável propicie a forte rivalidade entre os “players” e estimule maior poder de escolha entre os usuários.

Portanto, para a consolidação da ordem econômica prevista na Constituição Federal de 1988, a concorrência e a defesa do consumidor devem pautar as decisões políticas,

⁶⁸ CF, art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” (BRASIL, 2013)

principalmente as decisões regulatórias, de forma que a concorrência saudável propicie a forte rivalidade entre os players e estimule maior poder de escolha entre os usuários.

Assim, considerando que um dos fundamentos do bem-estar do consumidor é sua liberdade de escolha entre as várias opções diferenciadas, objetiva e subjetivamente, por preço, qualidade, quantidade, etc., não há como considerar uma regra aplicada explicitamente com o objetivo de proteger a competição, seja ela ineficiente do ponto de vista do consumidor (SALOMÃO FILHO, 2013, p.76).

É impossível garantir a persecução do interesse de determinado grupo através de considerações que levem, em teoria, apenas à maximização da riqueza global. Mesmo excluindo de consideração o interesse dos concorrentes e considerando o interesse dos consumidores, [...] é impossível garantir que não haja perda social. [...] a diminuição da possibilidade de escolha do consumidor (talvez não por preço, mas por qualidade do produto) e a concessão de poder sobre o mercado a um produtor que pode vir a utilizá-lo no futuro para aumentar os preços, de forma a suplantarem os benefícios decorrentes de sua própria redução de custos, são custos para o consumidor que não podem ser desconsiderados. (SALOMÃO FILHO, 2013, p.80)

Para o legislador brasileiro ao inserir no artigo 88, parágrafo 6º, inciso I, alínea c e inciso II, da Lei n. 12.529/11,⁶⁹ há a possibilidade de concentrações, desde que haja a demonstração de eficiência cumulada com o repasse aos consumidores dos benefícios (entre eles, os benefícios decorrente da eficiência econômica, representados pela diminuição dos custos e preços) dela decorrentes.

O que se pode verificar, portanto, é que os interesses dos consumidores e dos agentes do mercado não podem ser conflitantes, mas, sim, reciprocamente instrumentais. O constituinte e o legislador brasileiro claramente encamparam a tese do reconhecimento e representação dessa pluralidade de interesses na legislação antitruste.

Toda teorização econômica do direito concorrencial dirige-se ao encontro da proteção do consumidor. Tanto os teóricos ordoliberais, com os estudiosos da Escola de Chicago, como

⁶⁹ Lei n. 12.529/11, art. 88: “Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: [...] § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes” (BRASIL, 2011, grifo nosso)

os pós- Escola de Chicago não discordam quanto a esse ponto. A discordância está quanto ao sentido da expressão bem-estar do consumidor. Enquanto para os ordoliberalis e para os defensores das teorias pós-Chicago, o bem-estar do consumidor significa liberdade de escolha, para os neoclássicos significa, simplesmente, eficiência econômica (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 105).

O fato de o consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais não transforma em destinatário jurídico direto das mencionadas normas. Muitas vezes é através da proteção da concorrência que o interesse do consumidor é protegido. Por exemplo, no caso da proteção contra atos tendentes à dominação do mercado (art. 36, Lei nº. 12529/11). Neles, apenas indiretamente o consumidor tem interesse. Diretamente, o que há é a proteção direta da ordem concorrencial. (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 105).

Em ambientes regulados, as normas concorrenciais vivem o aparente paradoxo de, além da clássica feição restritiva da liberdade (vedação de determinados acordos e práticas comerciais unilaterais), serem regras de fomento à liberdade de iniciativa (ao garantirem o acesso à infraestrutura). A incidência do princípio da livre concorrência deverá atuar como um limite à ação do regulador, que deverá abster de criar normas que, de forma desnecessária, limitem a competitividade, criem ou reforcem barreiras à entrada (SAMPAIO, 2013, p. 55).

No entanto, a atuação do direito sobre a atividade econômica pode ser geradora de situações anticoncorrenciais, pois o Estado, com seu poder de império e condição de monopolista do uso da força, pode, em tese, utilizar-se desse poder para privilegiar certos grupos sociais em detrimento de outros: o direito pode realizar escolhas e, assim, escolher ou alijar pessoas (SAMPAIO, 2013, p. 55).

Calixto Salomão Filho (2013, p.105) afirma que considerar o consumidor como titular direto da proteção da lei concorrencial seria conflitioso. Trata-se de uma razão prática. Ocorre que, em muitos casos, sendo vários os interesses envolvidos, atribuir a titularidade direta dos interesses ao usuário consumidor e, conseqüentemente, legitimidade para propor as demandas protetivas de tais interesses poderia levar a abusos. Algumas demandas poderiam ser propostas com o exclusivo fim de prejudicar determinados concorrentes.

Ademais, a manutenção de uma concorrência (ineficiente) não pode ser motivo para prejuízo dos consumidores que, sobretudo em uma economia oligopolizada como a brasileira, são frequentemente vítimas de abuso (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 107).

3.2 O cenário de telefonia móvel brasileiro e o instituto da concorrência

O cenário da telefonia móvel no Brasil é marcado na concentração do poder de mercado de quatro operadoras: Vivo, Tim, Claro e Oi. Conforme a tabela abaixo, verifica-se que, embora haja a participação de oito empresas no mercado de telefonia móvel, há predominância de algumas operadoras.

Quadro 2– Market Share das operadoras de telefonia móvel

	Operadora	Controlador	Celulares (Milhares)	Market Share
1ª	Vivo	Telefônica	81.879	28,89%
2ª	TIM	Telecom Italia	75.749	26,73%
3ª	Claro	América Móvil	71.942	25,39%
4ª	Oi	AG, LaFonte, BNDES, Fundos e Portugal Telecom	50.388	17,78%
5ª	ALGAR	Algar	1.254	0,44%
6ª	Nextel	NII Nextel	1.821	0,64%
7ª	Sercomtel	Prefeitura Londrina/Copel	56	0,02%
8ª	Outras	Porto Seguro e Terapar (MVNO)	311	0,11%

Fonte: ANATEL, [2015].

O quadro 2 mostra que existem oito operadoras de telefonia móvel ativas no mercado de telefonia brasileiro. Dentre essas oito operadoras, quatro delas (Vivo, Tim, Claro e Oi) dominam o mercado, representando 99,09% (considerando 100% do mercado de telefonia móvel).

Os dados publicados pela ANATEL em maio de 2015 confirmam o cenário acima. No mês de maio, 636,2 mil novos usuários ativaram linhas pré ou pós-pagas. O total alcançou 284,1 milhões de usuários de telefonia móvel. A OI foi a operadora com maior crescimento: 422,1 mil novos acessos. Seguida da Vivo, com 295,7 mil adições e a Claro, com 13,1 mil. A base da TIM encolheu em 206,8 mil usuários.

Embora tenha perdido usuários, a TIM continua na segunda posição, com 75,2 milhões de usuários, o que representa 26,49% do mercado de telefonia móvel. Fica somente atrás da Vivo, que tem 83 milhões de acessos (29,24% de participação no mercado de telefonia móvel). A operadora Claro registrou a participação de 25,2%, com 71,5 milhões de usuário, enquanto a Oi detinha 18% ou 50,5 milhões de usuários. A Nextel ficou com 0,7%, ultrapassando a marca de 2 milhões de usuários (TELESÍNTESE, [2014]).

Diante dos dados e do cenário apresentados, verifica-se que o mercado de telefonia móvel brasileiro está moldado conforme a definição de oligopólio. Segundo Nusdeo (2011, p. 271), “[...] oligopólio é o regime no qual a oferta está concentrada nas mãos de poucos.” Isso ocorre não somente quando há um pequeno grupo de prestadores de serviços, mas também, embora haja um número grande de prestadores de serviços, quando há uma profunda diferença de envergadura econômica.

No caso da telefonia móvel brasileira, há oito operadoras, porém a capacidade econômica das quatro primeiras operadoras e a área de abrangência das mesmas implica uma restrição de poder de mercado, caracterizando o que se chama de oligopólio.

Insta salientar que o oligopólio não implica, necessariamente, prejuízo ao poder de escolha do consumidor. O cenário europeu vem mostrando isso: no dia 02 de junho de 2015, segundo Ruth Brender e Shayndi Raice (2015) as fusões que estão transformando o setor de telecomunicação na Europa. Segundo os autores, as companhias de telecomunicação na Europa estão em uma missão de ganhar escala.

O setor de telecomunicação vivenciou, na Europa, uma febre de negócios nos últimos 18 meses, uma vez que as operadoras de telefonia do Reino Unido, França, Espanha e outros países buscam dividir o peso dos custos crescentes e da queda de receitas.

O surto de negócios ressalta a concorrência acirrada apresentada em muitos mercados europeus por novos participantes de baixo custo. Ao mesmo tempo, os consumidores vêm

trocando serviços de telefonia móvel, como a chamada de voz e mensagens de texto, por serviços de dados mais baratos, como o *Whatsapp*⁷⁰ e o *FacebookInc*.

No mercado de telefonia europeu, algumas empresas buscam fundir operadoras para unificar infraestruturas. Outras estão tentando unir a telefonia fixa e a móvel para oferecer aos clientes o chamado “quad play”, que combina serviços de TV, banda larga, telefonia fixa e móvel.

Diferentemente do que ocorreu e ocorre no Brasil. Aqui o processo de liberalização que visava a aumentar a competição, na prática, resultou na reconcentração das empresas prestadoras de serviços de telecomunicação, especialmente de telefonia móvel, limitando a possibilidade de escolha do usuário e sendo este refém da baixa qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de telefonia móvel.

Outra questão é a necessidade de um olhar atento dos entes reguladores e dos entes concorrenciais, sendo é a possível venda da TIM. Segundo Tatiane Bortolozzi e Ivone Santana (2015), as movimentações do grupo francês Vivendi,⁷¹ agora maior acionista individual da Telecom Itália, têm se refletido sobre a ação da TIM Brasil.

O presidente da empresa francesa Vivendi, Arnaud de Puyfontaine, afirmou ser favorável à venda da TIM. A empresa francesa poderia tentar vender a TIM Brasil em uma atuação de mercado em que a OI, a Vivo e a Claro dividiriam entre si os ativos da subsidiária italiana. Todavia, tal situação não passa de especulação, uma vez que o CADE informou que não foi publicado no Diário Oficial da União a operação de aumento de participação da Vivendi na Telecom Itália (BORTOLOZI; SANTANA, 2015).

Essa situação de incerteza no mercado de telefonia móvel demanda atenção especial da ANATEL e do CADE, principalmente no que tange à figura do usuário dos serviços de telecomunicação. Isto é, como o noticiado no jornal o Valor Econômico, há a possibilidade de venda da TIM Brasil, o que provocaria um fatiamento dos usuários entre as demais operadoras.

⁷⁰ O *WhatsApp Messenger* é um aplicativo de mensagens multiplataforma que permite trocar mensagens pelo celular sem pagar por SMS. Como o *WhatsApp Messenger* usa o mesmo plano de dados de Internet que o usuário usa para e-mails e navegação, não há custo para enviar mensagens e ficar em contato com os demais usuários. Acesso em: 15 jun. 2015.

⁷¹ A Vivendi, empresa francesa, ocupou o lugar da Telefónica, empresa espanhola, como maior acionista da companhia italiana, Telecom Itália, dona da TIM. Portanto, a fatia da Vivendi garante uma posição capaz de influenciar a estratégia da operadora italiana.

Porém, questiona-se: o usuário, já com seu poder de escolha mitigado, poderia, neste caso, optar pela operadora que lhe oferecesse os serviços de telefonia móvel? Ou o usuário seria obrigado a mudar de operadora por imposição do ente regulador ou do ente concorrencial?

Embora os agentes privados, em razão do princípio da livre iniciativa, sejam livres para organizar seus negócios no mercado (venda de ações, fusões entre outras ações), o usuário deve ser colocado como agente principal nesta negociação. Não como simples perspectiva de lucro, mas também como agente participativo neste processo.

Nesse caminho, verifica-se a importância do órgão regulador e do órgão concorrencial na tutela do usuário, neste caso, de telefonia móvel, uma vez que os usuários brasileiros ainda estão alheios à necessidade de participação nos processos regulatórios e concorrenciais.

De outro lado, interessante verificar que o avanço tecnológico viabiliza a regulação pró-competição. Por exemplo, a questão da portabilidade numérica⁷² no caso da telefonia móvel, em que a presença da regulação potencializou a competição entre as empresas concorrentes, uma vez que essa medida eliminou a barreira de troca de operadora.

Embora a atuação do ente regulador, em determinadas situações, tenha sido no sentido de fomentar a competição entre os agentes econômicos através do avanço tecnológico, ainda é difícil verificar, com certeza, se esse tipo de comportamento incrementa, realmente, a concorrência no mercado de telefonia móvel. Não há um mecanismo para avaliar a efetividade das opções regulatórias que possam comprovar que o usuário/consumidor exerça efetiva e eficazmente seu direito de escolha, a fim de cumprir o papel de protagonista a ele dado pela Lei Geral de Telecomunicações.

⁷² A portabilidade numérica, instituída pela Resolução n. 460, de 19 de março de 2007, é a facilidade que possibilita a todos os clientes de serviços de telefonia fixa e móvel manter seu número do telefone (código de acesso), independentemente da operadora a que esteja vinculado (ANATEL, [2015]).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reestruturação do setor de telecomunicações significou a geração de um mercado de produtos e serviços mais diversificados no setor de telefonia móvel, que promoveu o aumento da demanda que foi reprimida por décadas. Por isso, houve um processo longo de mudanças estruturais que envolveram decisões políticas no sentido de liberalização e privatização do setor de telecomunicações.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e com o fim do monopólio estatal no cenário brasileiro, tentou-se implantar no setor de telecomunicações brasileiro um ambiente de competitividade, inovações tecnológicas e liberalização comercial.

A estruturação do setor de telefonia teve como pilar a Lei Geral de Telecomunicações – Lei n. 9.472/97, que trouxe dois fundamentos essenciais para a nova configuração do setor: a inserção da competição na exploração dos serviços de telecomunicações e a universalização de acessos a esses serviços. A LGT trouxe importantes definições e classificações a respeito do setor de telefonia.

A telefonia móvel, segundo a Teleco ([2014]), é o nome dado para os sistemas de comunicações móveis que têm arquitetura celular e interconexão com a rede telefônica fixa. A mobilidade da telefonia móvel trouxe uma alternativa para a comunicação, como poder realizar e receber chamadas em movimento ou em qualquer lugar que o indivíduo esteja.

O crescimento da demanda de telefonia móvel não foi acompanhado pela consolidação da infraestrutura, o que provocou o elevado número de reclamações junto à ANATEL e a outros órgãos de proteção ao usuário consumidor, como o Procon.

A importância da agência reguladora cresce na medida em que tem o intuito de equilibrar o papel dos interesses dos usuários, agentes privados e Estado, de modo a oferecer à sociedade melhores condições de desenvolvimento e bem-estar. O usuário consumidor, por ser beneficiário de diversos serviços regulados, deve estar no centro do processo regulatório.

A participação do usuário do serviço regulado é essencial e necessária para garantir o equilíbrio das forças de mercado. No entanto, ainda estamos aquém dessa realidade em nosso País, seja por falta de informação, seja pela falta de cultura de participação da população no processo regulatório em nosso País.

A participação da sociedade brasileira ainda se restringe ao processo eleitoral. Por isso, verifica-se a urgência na mudança no sentido de adoção de políticas públicas voltadas a cativar a participação do cidadão em outras instâncias institucionais, especialmente no processo regulatório.

O Estado brasileiro, através do ente regulador – ANATEL vem tentando criar políticas públicas no sentido de melhorar o serviço de telefonia móvel, especialmente no que tange à modicidade tarifária. Um exemplo disso é a política da ANATEL no controle da tarifa de interconexão e a tentativa de implantação do AIR – análise do impacto regulatório.

No entanto, o usuário, não só no setor de telefonia móvel, ficou alheio a essa reestruturação do setor de telefonia. Tornou-se um mero consumidor, ou melhor, tornou-se refém das publicidades de operadoras de telefonia móvel.

Verifica-se que os mecanismos de *accountability*, isto é, a possibilidade de responsabilização dos dirigentes das agências reguladoras, seria uma forma diminuir a possibilidade de captura dos entes regulatórios pelos grupos de interesse, refletindo diretamente na qualidade o serviço oferecido ao usuário do serviço regulado.

A participação popular imprime legitimidade à ação administrativa, na medida em que aproxima as decisões da Administração Pública e as políticas públicas dos interesses e valores dos diversos segmentos da sociedade.

Observando-se a ineficiente participação do usuário no serviço de telefonia móvel, a ANATEL deve atuar na tutela do usuário de forma mais eficiente, aproximando-se do Poder Judiciário e das associações de proteção do consumidor no sentido de viabilizar a inserção do usuário no processo decisório.

Outra forma de concretizar o tripé (qualidade do serviço prestado, poder de escolha do usuário e modicidade tarifária) em favor do usuário é a melhor relação entre as entidades regulatórias e as entidades de concorrência.

Como demonstrado no decorrer deste estudo, o setor de telefonia móvel brasileiro está desenhado em oligopólio, onde quatro operadoras (Vivo, TIM, Claro e Oi) detêm o poder de mercado efetivo. Isto é, cerca de 99% dos usuários de telefonia móvel utilizam os serviços das quatro operadoras em destaque, o que prejudica a concorrência e, conseqüentemente, a modicidade tarifária.

Essa situação de oligopólio pode ainda ser acentuada no Brasil com a possível venda da TIM Brasil e o fatiamento dos usuários entre as operadoras Vivo, Claro e OI. Importante salientar que essa operação, se concretizada, será feita sem a participação dos usuários, principais interessados na utilização do serviço, podendo ser submetido, inclusive, a tarifas elevadas.

Nesse sentido, é urgente a busca de canais institucionalizados que viabilizem a participação dos usuários, seja através da atuação dos órgãos reguladores de forma *ex ante* ou dos entes de concorrência em uma atuação *ex post*, como o CADE, bem como a atuação dos organismos que tutelam o interesse do consumidor, como o Procon.

Em razão da baixa participação do usuário e de seu baixo conhecimento a respeito do setor de telefonia móvel, a atuação de órgãos como ANATEL e o CADE é de extrema importância na tutela do usuário consumidor. A tutela do usuário do serviço de telefonia móvel passa não somente pela atuação da ANATEL no sentido de fiscalização da qualidade do serviço e também no incentivo à competição através de uma política regulatória eficaz, como também pela atuação do CADE no controle do abuso de poder econômico pelos agentes privados que, quando não observado, mitiga o poder de escolha do usuário.

REFERÊNCIAS

ABRAFIX. São Paulo, [2015]. Disponível em: <<http://www.abrafix.org.br>>. Acesso em: 20 maio 2015.

ANATEL. Brasília, [2015]. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. *Documento de Encaminhamento da Lei Geral de Telecomunicações*. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=331&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=biblioteca/leis/expo_sicao_motivos_lgt.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2015.

_____. Súmula n. 2, de 7 de maio de 1998 da ANATEL. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 maio 1998. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/sumulas/66-sumula-2>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Resolução n. 73, de 25 de novembro de 1998. Aprova o regulamento dos serviços de telecomunicações. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 nov. 1998. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/1998/34-resolucao-736>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Resolução n. 316, de 27 de setembro de 2002. Aprova o Regulamento do serviço móvel pessoal – (SMP). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2002/546-resolucao-316>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Resolução n. 410, de 11 de julho de 2005. Aprova o Regulamento Geral de Interconexão. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 2007. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2005/167-resolucao-410>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Resolução n. 477, de 7 de agosto de 2007. Aprova o Regulamento do serviço móvel pessoal – (SMP). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2007/9-resolucao-477>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Resolução n. 575, de 28 de outubro de 2011. Aprova o Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal – RGQ-SMP e altera o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP, aprovado pela Resolução n. 477, de 7 de agosto de 2007, e alterado pelas Resoluções n.º 491, de 12 de fevereiro de 2008, n. 509, de 14 de agosto de 2008, n. 564, de 31 de out de 2011 e n. 567, de 24 de maio de 2011.. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2011/68-resolucao-575>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Resolução n. 589, de 7 de maio de 2012. Aprova o Regulamento de aplicação de sanções administrativas. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/191-resolucao-589>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Resolução n. 612, de 29 de abril de 2013. Aprova o Regimento Interno da Anatel. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2 maio 2013. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. Resolução n. 654, de 13 de julho de 2015. Aprova o regulamento das condições de aferição do grau de satisfação e da qualidade percebida junto aos usuários de serviços de telecomunicações. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/leis/829-lei-13116>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense 2013a.

_____. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense 2013b.

BAGATIN, Andreia Cristina. *Captura das agências reguladoras*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Entre a política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a ANATEL na Lei Geral de Telecomunicações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 16, nov./jan. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

BORTOLOZI, Tatiane. *De zero a 10, a telefonia móvel tira nota 5,95. Valor Econômico*, São Paulo, 5 jun. 2015. Empresas. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4081426/de-zero-10-telefonia-movel-tira-nota-595>>. Acesso em: 6 jun. 2015.

_____; SANTANA, Ivone. *Vivendi apoia eventual venda da TIM e anima investidores. Valor Econômico*, São Paulo, v. 16, n. 3785, 26 jun. 2015. Empresas, p. B5.

BRASIL. *Tribunal Regional Federal 1ª Região*. Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em: 14 maio 2014.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 14 maio 2015.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

_____. Lei n. 4.117 de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4117.htm>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. Decreto n. 96.618, de 31 de agosto de 1988. Aprova o Regulamento dos serviços públicos restritos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 ago. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D96618.htm>. Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. Lei n. 8.018, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 13 maio 2015.

_____. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 fev. 1995^a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8987cons.htm>. Acesso em 13 maio 2015.

_____. Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para a outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 jul. 1995^b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm>. Acesso em 13 maio 2015.

_____. Emenda Constitucional n.6, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 ago. 1995^c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc06.htm>. Acesso em: 14 jan. 2014.

_____. Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 ago 1995^d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm>. Acesso em: 14 jan. 2014.

_____. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1997^a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 14 jan. 2014.

_____. Decreto n. 2.338, de 7 de outubro de 1997. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 out. 1997^b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2338.htm>. Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. Decreto n. 2.534, de 2 de abril de 1998. Aprova o Plano Geral de Outorgas do serviço de telecomunicações prestado no regime público. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 abr. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2534.htm>. Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em 17 fev. 2015.

_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 maio 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. 48.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei n. 13.116, de 20 de abril de 2015. Estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis nº. 9.472 de 16 de julho de 1997, 11.934 de 5 de maio de 2009 e 10.257 de 10 de julho de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 abr. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13116.htm>. Acesso em: 30 maio 2015.

BRENDER, Ruth; RAICE, Shayndi. Febre das fusões transforma o setor de telecomunicações na Europa. *Valor Econômico*, São Paulo, 2 jun. 2015. Empresas. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/impreso/wall-street-journal-americas/febre-de-fusoes-transforma-setor-de-telecomunicacoes-da-europa>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

BUCCI, Maia Paula Dalari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. Disponível em: <http://ftp.unisc.br/porta1/upload/com_arquivo/politicas_publicas_e_direito_administrativo.pdf>. Acesso em: 15 maio 2015.

CADE. Brasília, DF, [2015]. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Custo da ligação celular no Brasil é tema de audiência*. Brasília, DF, 13 nov. 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camara-noticias/noticias/consumidor/456798-custo-da-ligacao-celular-no-brasil-e-tema-de-audiencia.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira. *Regulação de serviços públicos na perspectiva da constituição econômica brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHOSA, Modesto. *Direito econômico: obras completas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

COUTO SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 45-74, out./dez. 2002.

DE SANTIS, Valéria Barini. O tratamento da questão concorrencial no direito brasileiro. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico*, São Paulo, v.4, n.1, p. 79-87, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2 ed.rev. eampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação dos mercados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

FARACO, Alexandre Ditzel. Disciplina Jurídica da concorrência e o acesso às redes de telecomunicações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 1, fev.2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-ALEXANDRE%20DITZEL.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2005.

_____; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo R. A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 265, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDIprinted.aspx?pdicnd>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Constituição brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionante histórico. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo ano 5, n. 17, 1996, p.123-147.

FIANI, Ronaldo. *Teoria da regulação econômica: Estado atual e perspectivas futuras*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <www.ie.ufrj/grc/pdef/teoriadaregulação>. Acesso em: 20 jan. 2014.

FREDERICO, Sérgio Augusto. A regulação e o direito de concorrência nos negócios de cooperação entre agentes públicos e privados. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 7., 2002, Lisboa. *Revista del VII Congreso Internacional del CLAD*, Caracas, p. 27, 2002.

FREITAS, Juarez. O controle Social e o consumidor de serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n 1, fev. 2005. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-JUAREZ-FREITAS.pdf>. Acesso em: 10. set. 2014.

GAMA, Paulo Calmon Nogueira da. O fenômeno da captura das agências reguladoras – federalização indevida de causas judiciais relacionadas aos setores regulados. *Revista CEJ*, Brasília, DF, n.26, p.63-68, jul./set.2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Pedro. *Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante*. Coimbra: Coimbra, 2013a.

_____. *Regulação, eletricidade e telecomunicações: estudos de direito administrativo da regulação*. Coimbra: Coimbra, 2013b.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: _____. (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2014.

IBGE. Rio de Janeiro, [2015]. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

LIMA, Lucas Ferreira Matos. *Por que tarifas de Interconexão são tão caras? Um modelo de competição entre telefonia fixa e móvel*. 2014. 54 f. Dissertação (Mestrado em Economia de Empresas) - Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.

_____; AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Por que as tarifas de interconexão são tão altas? Um modelo de competição entre a telefonia fixa e móvel*. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro/2014/submissao/files_I/i9-229ac5e3c33999149d6c476ca45a4813.docx>. Acesso em: 13 fev. 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 1, fev. 2005.

Disponível em:

<https://moodle.unipampa.edu.br/pluginfile.php/145927/mod_resource/content/1/A%20nova%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servi%C3%A7os%20p%C3%BAblico>. Acesso em: 10. set. 2012.

_____. (Coord.). *Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATTOS, César. *A tarifa de interconexão da telefonia celular no Brasil: regulação e concorrência*. 4 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/02/04/por-que-custa-caro-ligar-de-telefone-fixo-para-celular>>. Acesso em: 15jun.2015.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do Estado Regulador. *Novos Estudos: CEBRAP*, São Paulo, v. 76, p. 139-156, nov. 2006a.

_____. *O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006b.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 46, p. 55-68, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n46/a03v1646.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Serviço público e telecomunicações. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/SP*, São Paulo, v. 1, p. 1-18, 2008. Disponível

em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/issus/view/70>>. Acesso em: 20 maio 2013.

MOCELIN, Daniel Gustavo; BARCELOS, Régis Leonardo Gusmão. Tecnologia, competitividade e regulação: a estruturação do mercado das telecomunicações no Brasil. *Caderno CRH*, Salvador, v.25, n. 66, p. 409-432, set/dez, 2012.

MODESTO, Paulo. Participação Popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19909-19910-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10. set. 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n.10, maio/jun./jul2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-EGON%20BOOCKMAN.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORENO, Natália de Almeida. *Defesa da Conduta regulada em procedimentos antitruste: a interface entre as agências reguladoras e autoridades da concorrência*. Coimbra: CEDIPRE, 2013. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/online/public_15.pdf>. Acesso em: 30 maio 2014.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Regulação e administração pública: uma visão crítica. In: CLÉVE, Clémerson Merlin. *Direito constitucional brasileiro: organização do Estado e dos Poderes*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução do direito econômico*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

OCDE. *Brasil: fortalecendo a governança pelo crescimento*. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2064390.PDF>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

OLIVEIRA, José Carlos. *Concessões e permissões de serviços públicos*. Bauru, SP: Edipro, 1996.

_____; PEREZ FILHO, Augusto Martines; WOOD, Steven.Q. Agências Reguladoras e o fenômeno da captura. *Pensar*, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 195-209, jan./jun. 2012.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Sucessos e fracassos da regulação. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 3, ago./out. 2005. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO2005GASPAR%20ARINO%20>>. Acesso em: 10 set. 2014.

PECI, Alketa. Avaliação do impacto regulatório e sua difusão no contexto brasileiro. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 51, n. 4, p. 336-348, jul./ago 2011. Disponível em: <<http://rae.fgv.br/rae/vol51-num4-2011/avaliacao-impacto-regulatorio-sua-difusao-no-contexto-brasileiro>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

PIRES, José Cláudio Linhares. *Políticas Regulatórias no Setor de Telecomunicações: a experiência internacional e o caso brasileiro*. Rio de Janeiro: BNDES : DEPEC, 1999.

QUINTELA, Rogério H.; COSTA, Márcio Andrade. O setor de telefonia móvel do Brasil após SMP: as estratégias das operadoras e a convergência fixa-móvel. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v.43, p. 123-150, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n1/a07v43n1.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

RACHED, Danielle Hanna. Desregulação e telecomunicações. In: DI PIETRO, Maria Silvy Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. e. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da concorrência. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2014.

RODRIGUEZ BAJÓN, Santiago. El concepto de riesgo regulatório: su origen jurisprudencial: contenido, efectos y límites. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n.188, p. 189-205, mayo/ago, 2012.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória*. Brasília, DF: IPEA, 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Fabiano Brito dos. Regulação e telecomunicações no Brasil. In: II SEMINÁRIO NACIONAL DE MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA, 2., 2007, Florianópolis. *Anais* Florianópolis: Ed. UFSC, 2007.

SANTOS, Luiz Alberto dos. Desafios da governança regulatória no Brasil. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. (Org.). *Regulação e agência reguladoras: governança e análise do impacto regulatório*. Brasília, DF: Anvisa, 2009.

_____. Políticas e experiências de gestão e fortalecimento da função pública: a experiência brasileira com a regulação e as transformações na função regulatória do Estado. In:

CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 8., 2003, Cidade do Panamá. *Anales...* Caracas: CLAD, 2003.

SENADO FEDERAL. *Diretor da ANTT é chamado a discutir saídas para o transporte no entorno de Brasília*. Brasília, DF, 14 abr. 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/04/14/diretor-da-antt-e-chamado-a-discutir-saidas-para-transporte-no-entorno-de-brasilia>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 36. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-PEDRO-AURELIO.pdf>>. Acesso em: 10. set. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo jurídico sobre o preço do compartilhamento de infraestrutura de energia elétrica. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-CARLOS%20ARI%20SUNDFELD.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação das telecomunicações: papel atual e tendências futuras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 8, nov./dez.2006/jan.2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-CARLOS%20ARI%20SUNDFELD.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____.; ROSILHO, André (Org). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

TELECO. São José dos Campos, [2014]. Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/>> Acesso em: 13.jan. 2014.

TELESÍNTESE. São Paulo, [2014]. *Portal de Telecomunicações, Internet e Tics*. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/>>. Acesso em: 15 maio 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Governança das agências reguladoras é avaliada pelo TCU*. Brasília, DF, fev. 2015. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/noticias/2015/fevereiro/governanca-das-agencias-reguladoras-e-avaliada-pelo-tcu>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

ANEXO

ANEXO A – AGENDA REGULATÓRIO DA ANATEL PARA O ANO DE 2015

MATÉRIA	CLASSIFICAÇÃO	FINALIDADE	RESULTADO ESPERADO
TEMA 1: ACOMPANHAMENTO			
Metodologia para o Cálculo de Sanções de Multa	Normatização	Harmonizar e formalizar os métodos de cálculo de multas para infrações relativas à qualidade, direito dos usuários, aspectos técnicos de radiodifusão e de telecomunicações, empresas não outorgadas e licenciamento de estações.	Publicação da Metodologia
Regulamento de Acompanhamento e Controle de Bens, Direitos e Serviços Vinculados à Concessão do STFC	Normatização	Otimizar os processos relacionados aos bens reversíveis, que, devido à grande quantidade desses itens, necessitam de aprimoramento para mitigar o risco de alienação indevida.	Publicação da Consulta Pública
TEMA 2: AMPLIAÇÃO DE ACESSO			
PGMU IV	Normatização	Atualizar a regulamentação relativa à universalização dos serviços, buscando a adequação da densidade e a modernização da planta de Telefone de Uso Público (TUP), com atualização das metas e redução da planta, e considerando primordialmente o atendimento das necessidades sociais em relação ao assunto.	Análise das Contribuições da Consulta Pública
Regulamento Geral de Acessibilidade	Normatização	Incorporar, na Regulamentação da Anatel, preceitos contidos na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, consolidar dispositivos relacionados à acessibilidade de normas esparsas da Anatel em único Regulamento e absorver e atualizar o Regulamento da Central de Intermediação de Comunicação Telefônica – CIC.	Publicação da Consulta Pública
TEMA 3: CERTIFICAÇÃO			
Resoluções de Transceptores ponto-a-ponto	Normatização	Espelhar as melhores práticas internacionais sobre o tema e unificar as duas Normas supracitadas em um único instrumento normativo que trará as regras para certificação e homologação dos equipamentos que operem em qualquer faixa de radiofrequência utilizada para aplicações ponto-a-ponto de serviço de telecomunicações.	Elaboração do estudo referente à Análise de Impacto Regulatório
TEMA 4: COMPETIÇÃO			
Metodologia de Avaliação de Replicabilidade (MAR) para homologação das Ofertas de Referência de Produtos de Atacado estabelecidas no PGMC	Normatização	Estabelecer uma metodologia formal para análise das Ofertas de Referência, seguindo os princípios do PGMC, de forma a garantir que tais ofertas sejam replicáveis e, em consequência, permitam efetiva competição no varejo.	Publicação da Resolução
Fórmula de cálculo do preço de referência para os contratos de compartilhamento de postes	Normatização	Criar procedimentos para tratamento de conflitos envolvendo contratos de compartilhamento de postes, particularmente em relação aos preços de compartilhamento, e organizar o uso e ocupação dos postes de energia elétrica, de forma a evitar ações anticompetitivas.	Publicação da Resolução
Norma da Metodologia para Cálculo do Fator de Transferência "X". Aplicado nos Reajustes de Tarifas do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC). Destinado ao Uso do Público em Geral	Normatização	Capturar e compartilhar os ganhos econômicos de escopo advindos da racionalização decorrente da prestação de outros serviços de telecomunicações pela concessionária do STFC, por meio da revisão da Norma de Cálculo do Fator X, aprovada pela Resolução nº 507/2008 e adequação à nova redação do art. 88, I, da LGT, incluída pela Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011. Busca-se, ainda, adaptar a Norma para possíveis reestruturações na gestão das empresas, inclusive para eventuais processos de incorporação.	Elaboração do estudo referente à Análise de Impacto Regulatório
Regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura entre Prestadoras de Serviços de Telecomunicações	Normatização	Promover a adequação da regulamentação aos ditames da Lei nº 11.934, de 5 de maio de 2009.	Publicação da Resolução
Regulamento Geral de Interconexão	Normatização	Reavaliar o Regulamento Geral de Interconexão – Res. nº 410/2005 e outras normas conexas, no sentido de se certificar de sua atualidade e capacidade para reduzir a margem para conflitos futuros no tocante à suspensão da interconexão ou bloqueio de encaminhamento de chamadas em razão de atraso prolongado de pagamento	Elaboração do estudo referente à Análise de Impacto Regulatório
TEMA 5: CONSUMIDOR			
Regulamento sobre o procedimento de tratamento e acompanhamento de solicitações de consumidores, bem como das demandas outros órgãos e entidades no âmbito da Anatel	Normatização	Disciplinar e uniformizar o tratamento das solicitações dos consumidores, bem como das demandas dos outros órgãos e entidades que se refiram a questões relativas ao consumidor dos serviços de telecomunicações. Adicionalmente, o regulamento conferirá segurança jurídica ao tratamento das solicitações registradas nesta Anatel.	Elaboração do estudo referente à Análise de Impacto Regulatório

TEMA 6: MODELO DE PRESTAÇÃO				
Metodologia para Análise de Impacto Regulatório (AIR)	Normalização	Definir, por meio de norma interna, o procedimento necessário à realização da Análise do Impacto Regulatório no âmbito da Anatel, em atendimento às determinações estabelecidas no Regulamento Interno da Agência, estabelecendo as etapas a serem cumpridas, os requisitos a serem atendidos e o modelo a ser seguido. Adicionalmente, busca-se prover maior transparência ao processo de tomada de decisão, facilitando o controle social.	Publicação da Metodologia	
Revisão dos Contratos de Concessão do STFC 2015	Normalização	Atualizar o contrato de concessão para alinhá-lo com a realidade do setor, tendo como referência futuros cenários de prestação do serviço.	Análise das Contribuições da Consulta Pública	
Regulamento de Tarifação e Áreas Locais do STFC	Normalização	Estabelecer os critérios tarifários utilizados no Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) nas modalidades local, longa distância nacional e longa distância internacional e dispor sobre os critérios para definição e alteração de áreas de tarifação para serviços de telecomunicações. A revisão regulamentar busca, primordialmente, a melhoria na prestação de informação ao usuário, fixando determinados padrões tarifários para todas as prestadoras, a fim de reduzir a quantidade de regras a serem verificadas pelo assinante quando da contratação de um plano de serviço. Adicionalmente, visa uma queda relevante no número de reclamações "improcedentes" e o fim de uma indesejada diferenciação nos deveres de prestadoras de um mesmo serviço, mas de regime diverso, público ou privado.	Publicação da Consulta Pública	
Alteração do Regulamento do SEAC	Normalização	Atualizar o Regulamento do SEAC, principalmente no tocante às regras de disponibilização dos canais das geradoras locais, inclusive quanto a sua dispensa.	Elaboração do estudo referente à Análise de Impacto Regulatório	
TEMA 7: PESQUISA E DESENVOLVIMENTO				
Regulamento do Compromisso de Aquisição de Produtos de Tecnologia Nacional	Normalização	Atender ao objetivo constitucional do desenvolvimento nacional. A contrapartida edilícia busca fortalecer a indústria brasileira, gerar empregos e fomentar o desenvolvimento científico e a inovação tecnológica, indo ao encontro dos princípios da ordem econômica constitucional. A regulamentação dos compromissos estabelecidos é essencial para efetivo cumprimento deste estímulo ao desenvolvimento do setor industrial e tecnológico em um ambiente competitivo e consequente priorização das atividades associadas, criando condições para a harmonização com as metas de desenvolvimento social do país e contribuindo para a formação de mão-de-obra capacitada e devidamente especializada.	Publicação da Resolução	
TEMA 8: PLANEJAMENTO				
Plano Estratégico	Implantação de processo	Definir o negócio, a missão e a visão, em conformidade com a avaliação do ambiente interno e externo, e identificar objetivos e estratégias organizacionais, bem como programas, projetos, atividades, metas, indicadores estratégicos e de gestão, estabelecendo indicadores de desempenho e acompanhamento como parâmetros que vão direcionar a organização da Anatel, a condução da liderança e o controle das atividades. Conjuntamente, desenvolver a cultura de Planejamento Estratégico na Anatel, com o engajamento dos servidores de todas as áreas da Agência, comunicando, treinando-os, sensibilizando-os e motivando-os para o desenvolvimento das atividades relacionadas ao Planejamento Estratégico.	Publicação da Resolução	
Agenda Regulatória	Implantação de processo	Permitir um melhor direcionamento dos trabalhos internos com vistas a resultados externos, facilitando o planejamento, a coordenação e o controle das diversas ações necessárias à efetivação de cada um dos itens da agenda e a obtenção dos resultados, além de prover a máxima transparência às atividades regulatórias.	Publicação da Agenda	
Plano Operacional 2015	Implantação de processo	Instrumentalizar os objetivos estratégicos por meio de ações a serem executadas pelas unidades administrativas da Agência, possibilitando um acompanhamento sistemático e uma avaliação objetiva. As ações serão acompanhadas por meio de indicadores de desempenho, o que proporcionará melhoria do monitoramento e da medição do desempenho da gestão e viabilizará a análise de alcance do plano estratégico estabelecido.	Publicação do Plano Operacional	
TEMA 9: QUALIDADE				
Gestão da Qualidade dos Serviços de Telecomunicações	Normalização	Alterar a forma de gestão da qualidade dos serviços de telecomunicações pela Anatel	Elaboração do estudo referente à Análise de Impacto Regulatório	
Regulamento de Interrupções de Serviços de Telecomunicações	Normalização	Possibilitar o desenvolvimento de um processo moderno e estruturado de acompanhamento e controle, pela Anatel, das interrupções dos serviços de telecomunicações.	Publicação da Consulta Pública	