

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ

DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR

MÔNICA SKRABE GUTERRES

AGÊNCIAS REGULADORAS E A REGULAÇÃO DA ANATEL SOBRE O SISTEMA

VOIP DE TELEFONIA

Florianópolis, Dezembro de 2005

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

MÔNICA SKRABE GUTERRES

AGÊNCIAS REGULADORAS E O LIMITE REGULATÓRIO DA ANATEL SOBRE O
SISTEMA VOIP DE TELEFONIA

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da
Universidade federal de Santa
Catarina, como requisito à obtenção
do grau de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Aires José Rover

Florianópolis, Dezembro de 2005

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais **Nardo** e **Tecla**, pelo incentivo, amor e exemplo, e por terem confiado no meu potencial e acreditado em mim antes de eu mesma.

Aos meus irmãos **Débora**, **Ivan**, **Alexandre** e **Morôni**, por fazerem parte da minha vida.

Ao meu noivo **Emran**, por ser lindo e ser meu! E pelo brilhantismo com que me orientou sempre que eu pedi socorro precisando de “suporte técnico”.

Aos **MA's**, por estarem sempre comigo. Ao **Kleber**, pelos interessantes debates em torno do tema. E aos meus cunhados **Dina** e **Amer**, por gentilmente terem me cedido o uso do computador, quando o meu queimou.

RESUMO

O Brasil aos poucos se desprende das amarras de um modelo interventor em que o Estado financiava o desenvolvimento do país exercendo controle sobre a economia. A reforma do Estado empreendida a partir da década de noventa traz uma nova forma de atuação estatal. Ele não mais atuaria de forma provedora e interventora. Neste novo modelo, a principal tarefa caberia a iniciativa privada, que é a da execução. Ao Estado caberia somente a fiscalização, controle e regulação, assistindo ao mercado sem nele intervir diretamente. Surge o Estado Regulador, com a presença marcante das agências reguladoras, instituto importado do sistema norte-americano. A estes novos personagens a lei conferiu uma série de poderes, dentre eles, o poder de regular matérias atinentes a sua especialidade e capacidade específicas. O limite deste poder normativo, conferido às agências reguladoras, constitui o objeto desta monografia. Partindo-se de uma metodologia indutiva, na qual recorreu-se a uma revisão bibliográfica e legislativa abrangente, investiga-se se tal poder autorizaria às agências intervir na economia contra o interesse público. É o caso da regulação tecnológica, que se discute cabível ou não no sistema VoIP de telefonia, pois fatalmente acabaria engessando o desenvolvimento do setor.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 AGÊNCIAS REGULADORAS.....	10
2.1 Estado Regulador.....	10
2.2 História e definição do instituto.....	15
2.2.1 História.....	15
2.2.2 Definição.....	17
2.3 Atribuições das Agências Reguladoras Brasileiras.....	23
2.3.1 Poder Normativo.....	24
2.3.2 Poder Fiscalizador.....	28
2.3.3 Poder Sancionador.....	29
2.3.4 Poder de Solucionar Conflitos.....	29
2.3.5 Poder de Fomento.....	30
2.4 Limites do Poder Normativo das Agências Reguladoras.....	31
3 TELECOMUNICAÇÕES.....	35
3.1 História.....	35
3.2. A Lei Geral de Telecomunicações.....	39
3.3 Serviços de Telecomunicação.....	41
3.3.1. Classificação dos serviços.....	41
3.3.2. Espécies de Outorga dos Serviços.....	42
3.3.3 Principais Serviços de Telecomunicação.....	42
3.4 Agência Nacional de Telecomunicações.....	44
3.5 O Sistema VoIP.....	47
3.5.1 Como funciona a VoIP.....	48
3.5.2 Formas de VoIP.....	49

3.5.3 Natureza da VoIP.....	51
3.5.4 Vantagens VoIP.....	53
4 A ANATEL E REGULAÇÃO DO USO DE VOIP.....	56
4.1 A edição de normas pela ANATEL	56
4.2 Impactos da ação reguladora da ANATEL sobre o mercado.....	60
4.3 Experiência Internacional.....	65
4.3.1 União Européia.....	66
4.3.2 Reino Unido.....	66
4.3.3 Estados Unidos.....	67
4.4 Tendências Regulatórias.....	67
4.4.1 Aspectos regulatórios.....	68
4.4.2 Posicionamento da ANATEL.....	71
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	78

1 INTRODUÇÃO

As agências reguladoras emergem num contexto político-jurídico em que se busca uma mudança na forma de intervenção estatal na economia, com implementação de um Estado predominantemente regulador de serviços públicos em vez de executor.

As privatizações deram início ao processo de modernização do Estado, pois era notória a necessidade de uma reforma. Na medida em que aumentavam as exigências do mercado os serviços públicos tornavam-se obsoletos e os investimentos estatais eram insuficientes para gerar o desenvolvimento tecnológico e crescimento estrutural necessários.

Assim, as agências reguladoras foram criadas, no final da década de noventa, com a função primordial de promover a regulação da atividade econômica e dos serviços públicos, antes exercidos privativamente pelo Estado, que foram passados à iniciativa privada. O exercício de um controle contundente por parte da Administração Pública sobre a prestação deste tipo de serviços é imperioso, pois são, em última análise, de alta relevância social. Para tanto, as agências gozam de privilégios e poderes especiais, e lançam mão de um rigoroso programa de metas e objetivos a serem atingidos pelas concessionárias, com vistas a proteger os interesses da coletividade.

Dado o atual estágio de globalização da economia, a atuação de uma agência reguladora forte é cada vez mais importante para a indústria, já que a rapidez com que as decisões precisam ser tomadas não permite à iniciativa privada aguardar o moroso processo legislativo criar normas que orientem e controlem o mercado.

Contudo, o problema central hoje percebido, encontra-se no fato de não se ter noção exata dos limites deste poder de normatizar que detém as agências reguladoras. Não se tem bem definido até onde elas podem regular sem estar, com isso, invadindo a esfera legislativa.

O presente trabalho objetiva trazer esta discussão para dentro do polêmico cenário da normatização do uso de VoIP (*voice over internet protocol*), uma seara contida dentro de

um vácuo legislativo que a torna intocável para a ação reguladora das agências ao mesmo tempo que permite a exploração desordenada por parte da iniciativa privada.

A fim de aprofundar essa questão, tratou-se, primeiramente, de traçar o contexto histórico donde se originou o instituto “agências reguladoras”, passando a um minucioso estudo acerca dos contornos básicos da entidade e seus fundamentos legais.

Na seqüência, carreando elementos do direito positivo vigente, passa-se em revista as funções e poderes conferidos a estas agências, procurando esclarecer quais os objetivos do legislador quando desta delegação, a fim de definir qual o exato papel a ser desempenhado por elas. Neste norte, naturalmente vem à tona o debate acerca dos limites estabelecidos para o exercício destes poderes, especialmente acerca da competência normativa dos entes reguladores.

O foco, então, desloca-se do direito administrativo para o direito privado, as atenções do estudo são dirigidas para as telecomunicações, com o objetivo de pôr a discussão em termos práticos, permitindo o choque entre o princípio da estrita legalidade administrativa, ao qual se submetem as agências reguladoras e que apenas lhes permite fazer aquilo que a lei determina, e o princípio da legalidade que orienta a iniciativa privada, a quem tudo é permitido, exceto o que lei expressamente proíbe.

Assim, o segundo capítulo concentra-se em descrever a evolução das telecomunicações, bem como da legislação pertinente, com ênfase para a criação da ANATEL e os serviços por ela regulados.

Procurou-se, outrossim, dar ênfase ao sistema de transporte de voz através do protocolo internet, conhecido por VoIP, sua base tecnológica, funcionamento e aplicações, dando uma visão geral de suas vantagens sobre outras tecnologias.

Por fim, o terceiro capítulo é dedicado aos pormenores da legislação concernente à ANATEL e os poderes que lhe são conferidos por lei, com ênfase no impacto que sua ação reguladora exerce sobre o mercado de telecomunicações de maneira geral.

A partir desta análise, aborda-se a questão da regulação do sistema VoIP, tendo como base a experiência internacional concernente ao assunto, que aponta as tendências a serem seguidas pela agência reguladora brasileira.

O presente estudo culmina com a crítica ao atual posicionamento adotado pela ANATEL, com o levantamento de suas implicações, vantagens e desvantagens, e apresenta as conclusões a que chegaram os estudiosos da matéria acerca de quais seriam as melhores medidas a serem adotadas na regulação do transporte de voz através do protocolo internet.

O tema proposto neste trabalho é recente e as discussões em torno do objeto sob análise estão apenas começando a surgir na esfera administrativa. De fato, quando esta monografia estava na fase final de desenvolvimento, já completa nas mãos do professor orientador, a ANATEL pronunciou-se oficialmente, em 09 de novembro, acerca da polêmica do uso de VoIP para oferta de serviços de voz, esclarecendo muitas das questões abordadas por este estudo.

Desta forma, não buscou-se oferecer uma resposta às inúmeras questões existentes, mas sim espera-se que a pesquisa contribua para enriquecer a discussão, talvez, com novas indagações.

Utilizou-se, na pesquisa, o método de abordagem do tipo indutivo. O método de procedimento adotado é a pesquisa bibliográfica.

2. AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 Estado Regulador

Desde a Constituição Imperial de 1824 e da primeira Constituição Republicana de 1891, a Administração Pública brasileira adotou o modelo de Estado Liberal de Direito, da forma como originalmente concebido por Locke e Montesquieu há mais de trezentos anos.

Nesse período, a intervenção do Estado no domínio econômico era mínima, sendo que apenas exercia o papel de guardião da ordem pública (Estado policial) e mero garantidor do cumprimento dos contratos - expressão máxima do direito de propriedade - defendendo a liberdade e o individualismo no âmbito do direito privado.

Em face da expansão das atividades produtivas propiciada pelas revoluções industrial e tecnológica, especialmente após a grande crise do capitalismo que teve lugar no ano de 1929, prosperou, no mundo ocidental, a crença no Estado como ator econômico idôneo para organizar a economia.

Tal situação foi notadamente marcante depois da tomada do poder por Getúlio Vargas em 1930. Nesta época, Vargas implantou o que se denominou o início do “Estado Desenvolvimentista”, em que o poder estatal financiava o desenvolvimento do país.

O Estado liberal, então, cedeu espaço a um Estado intervencionista com a promulgação da Constituição de 1934, provedor de prestações tendentes a minimizar e a

corrigir as imperfeições e iniquidades do sistema capitalista em busca do bem-estar social. A partir de então, a administração Pública passou a adotar o modelo de Estado Social de Direito.

Em outras palavras, trata-se do abandono da conhecida visão do Estado que, segundo Adam Smith, seria regulado pura e simplesmente pela “mão invisível” do mercado.

Com o Estado Novo o Governo iniciou o processo de intervenção direta na ordem social, através da atuação no campo da saúde, educação, previdência e assistência social, transporte e em outros serviços públicos essenciais. Para conseguir implementar esse novo modelo estatal, o Governo precisou ampliar a máquina Administrativa interna com a criação de Empresas Públicas e Autarquias, para a prestação de serviços públicos, e de Sociedades de Economia Mista, para a intervenção no mercado econômico nas áreas consideradas essenciais, tais como: sistema financeiro (Bancos Estaduais), telefonia, energia elétrica, exploração de petróleo e outros minérios. (ROCHAEL, 2005)

Assumindo uma nova postura, o Estado, outrora neutro em relação à atividade econômica, enveredou diretamente pelo terreno antes reservado à iniciativa privada e passou a intervir no mercado como agente econômico, e passou a condicionar diretamente a atuação dos particulares no mercado e, destarte, a favorecer ou limitar a proliferação das atividades econômicas na razão direta do interesse coletivo por elas representado.

O movimento pendular da história, no entanto, cuidou de abalar profundamente a convicção de que todos os problemas econômicos seriam solucionados pela ação estatal.

Especialmente a partir da década de 60, teóricos como Friedrich von Hayek começaram a questionar e a avaliar os custos da intervenção direta estatal e concluíram que estes foram mais drásticos do que os que teriam sido suportados acaso se tivesse deixado que o próprio mercado cuidasse do seu revigoramento, por causa do crescimento excessivo das despesas estatais para a manutenção dos órgãos interventores e do esgotamento da capacidade estatal de investir em tecnologias novas. (FONSECA, 2001, p. 253)

Ainda sob a vigência da Constituição de 1967/69, a última a adotar o modelo de Estado Social, a Administração Pública reconhece que sozinha não é mais capaz de prestar os serviços públicos exigidos pela sociedade. O Estado estava enorme e endividado.

A ordem de grandeza das empresas estatais, na década de 80, pode ser mensurada à luz do recenseamento feito, nos termos do Decreto nº 84.128, de 29 de outubro de 1979, pela

Secretaria de Controle de Empresas Estatais. “[...] O cadastramento editado em setembro de 1981 contempla um universo de 530 empresas da União”. (TÁCITO, 2002, p. 29)

A morosidade e a ineficiência no atendimento das atividades e funções públicas, o desperdício de recursos, a burocracia e a corrupção aliados ao total descontrole da inflação e dos gastos públicos, impedia o Estado de cumprir com a sua função social, era preciso mudar.

A necessidade de mudança trouxe a revitalização do espírito liberal, sistematizado em uma doutrina de princípios econômicos que foi logo batizada de escola neoliberal. Esta apregoa, basicamente, a substituição do Estado interventor pelo Estado regulador, ou seja, a retração da atividade econômica estatal em prol do desenvolvimento das forças econômicas privadas, agora não mais livres, mas reguladas.

De um lado, portanto, “renasceu a convicção de que o mercado é, por excelência, o centro decisório que responderá às questões de que, como e quem deve produzir, e, de outro, manteve-se viva a lembrança da perda da inocência quanto aos desdobramentos do liberalismo”. (NUSDEO, 2001, p. 113) Assim, com a decadência do modelo desenvolvimentista, na última década o Brasil vem se adequando a um novo modelo de Estado. Nesta nova fase, o Brasil não optou nem pelo modelo intervencionista, caracterizado pelo “estado provedor” e nem pelo modelo liberal, caracterizado pelo “estado mínimo”. Nosso país optou pelo modelo de “estado regulador”, deixando a iniciativa privada, concorrendo entre si sob os olhos das agências, executar aqueles serviços que até pouco tempo eram exclusividade do Estado.

Nosso país, seguindo uma forte tendência mundial, está desenhando uma nova estrutura de estado. Ela é baseada em um modelo mediador e regulador. Assim ele se desprende das amarras do monopólio estatal, resquício de modelos interventores, de que são exemplos a época de Getúlio Vargas e mais recentemente do regime militar. As mais importantes figuras desta nova fase são as Agências Reguladoras. Percebe-se pelo exposto que o Brasil mudou substancialmente a forma de atuação do Estado na década de 90. (COIMBRA, 2000)

O processo de transição teve início, especificamente, com a edição do Decreto nº 83.740/79, que instituiu o Programa Nacional de Desburocratização.

A partir de 1981, foi definida uma política restritiva à criação de novas entidades paraestatais e também se estabeleceram as primeiras diretrizes de transferência de empresas públicas ao setor privado. No ano de 1985, com a publicação do Decreto nº 91.991/1985, aprimorou-se o Programa Nacional de Desburocratização ao se prever a criação do Conselho Interministerial de Privatização, o qual, com a entrada em vigor do Decreto nº 95.886/1988, foi sucedido pelo Conselho Federal de Desestatização. Com o início da década de 90, iniciou-se outra fase do processo de redução do papel do Estado na seara econômica, que foi as das privatizações. O advento da Medida Provisória nº 155/1990, posteriormente convertida na Lei nº 8.031/1990, trouxe-se a lume o Programa Nacional de Desestatização. (MUSSI, 2004)

Segundo apregoa o artigo 2º, §1º do Programa Nacional de Desestatização (PND), a privatização seria o processo de alienação, instaurado pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras entidades controladas, a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.

As formas pela quais se daria a privatização, segundo determinado pelo artigo 4º do PND, seriam: 1. a transformação, a incorporação, a fusão ou a cisão da empresa estatal; 2. a alienação de participação societária do Estado; 3. a abertura ou aumento de capital social à iniciativa privada; 4. a dissolução de empresas ou desativação parcial de empreendimentos; e 5. a alienação, o arrendamento, a locação, o comodato ou a cessão de bens e instalações.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 se dá mais uma mudança no modelo estatal, para o agora denominado Estado Democrático de Direito, no qual a Administração Pública altera drasticamente sua forma de atuação e controle do domínio econômico.

O novo modelo do Estado Democrático de Direito estimula a harmonia entre a atividade estatal e a ação privada, valorizando os entes de cooperação e fortalecendo o desenvolvimento da comunidade mediante os instrumentos de garantia e de proteção de direitos coletivos e difusos. (TÁCITO, 2002, p. 29).

Devidamente estabelecido o Programa Nacional de Privatização e definido o novo modelo estatal, a Administração Pública, então, volta-se para os desafios impostos pelo Mercado Econômico o qual, através dos investidores estrangeiros, exige regras claras para poder investir no País, maior controle do Estado na aplicação dos recursos captados e, ao

mesmo tempo, exige espaço para poder competir no mercado interno. O Brasil entra na era da globalização e, para poder atender às exigências e às pressões internacionais, foi dado início em 1995, no âmbito do Poder Legislativo, à edição de emendas constitucionais tendentes à adequação do texto constitucional à nova realidade econômica brasileira.

Ainda no ano de 1995, foi elaborado o Plano Diretor da Reforma do Estado, ao qual coube relevar a função reguladora estatal, ao indicar que "a reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser responsável pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento".

Nesta perspectiva, como referido anteriormente, "o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes".

De maneira sintética, Maria Sylvia Zanella di Pietro enumera que a política de redução estatal no Brasil foi levada a cabo das seguintes maneiras: 1. a desregulação, entendida como a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico; 2. a desmonopolização de atividades econômicas; 3. a venda de ações de empresas estatais ao setor privado; 4. a concessão de serviços públicos, com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais, consoante vinha ocorrendo; 5. os *contracting out*, entendida como a forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços. (DI PIETRO, 2002, p. 127-130)

O processo de privatização brasileiro e a reestruturação das estratégias de intervenção estatal no domínio econômico foram acompanhados de uma política econômica que privilegiou a abertura comercial, a sobrevalorização da moeda nacional, como forma de refreamento ao crescimento da inflação, e a desregulamentação do mercado financeiro brasileiro, com vistas a atrair o capital estrangeiro e, também, de desconstituição de monopólios. [...] a consequência natural do amplo processo de remodelação do Estado

brasileiro, o que é reflexo de uma política econômica, foi a diminuição da sua atuação no domínio econômico, enquanto "Estado-empresário", passando a exercer mais fortemente a regulação de atividades econômicas do que a sua prestação direta. (MUSSI, 2004)

É neste cenário que surgem, no Brasil, as agências reguladoras, recebendo do Estado a missão de serem agentes reguladores e normativos da atividade econômica.

Em breve síntese, de agente econômico, o Estado transformou-se em indutor, fiscalizador e fomentador das atividades econômicas, sempre em busca da maior competitividade possível entre os particulares, bem como, a um só tempo, da defesa do consumidor.

As agências reguladoras independentes consistem em “um dentre os vários mecanismos de que pode dispor o Estado – como a tributação sobre as operações das atividades da balança comercial e financeira - no desempenho das suas atividades regulatórias”. (ARAGÃO, 2002, p.28)

2.2 História e definição do instituto

2.2.1 História

O instituto das agências reguladoras foi importado para o Direito Brasileiro há menos de dez anos, a partir de instituições similares dos Estados Unidos, sendo importante indicar rapidamente a estrutura e as atribuições das entidades que, no exterior, serviram de modelo para o legislador pátrio.

A criação de Agências de Regulação nos Estados Unidos aconteceu no fim do século XIX, com o intuito de controlar alguns setores da atividade econômica, combater a formação de cartéis e permitir a livre concorrência.

A primeira agência de que se tem notícia foi a *Interstate Commerce Commission*, criada nos Estados Unidos em 1887, com a finalidade de regular o transporte ferroviário interestadual. (ARAGÃO, 2002, p.229)

Numa Segunda fase, localizada entre os anos 1930 e 1945, a economia norte-americana, abalada por uma forte crise, foi socorrida por uma irrupção de inúmeras agências administrativas que, como parte da política o New deal, liderada pelo Presidente Roosevelt, intervieram fortemente na economia. Tal intervenção, suprimindo os princípios básicos do Liberalismo e conferindo ampla autonomia a tais agências administrativas, foi motivo de um início de debate constitucional-jurisprudencial substancial.

O terceiro momento, entre 1945 e 1965 e os anos seguintes são primorosamente sintetizados por Conrado Hübner Mendes:

“A edição de uma lei geral de procedimento administrativo (APA — Administrative Procedural Act), trouxe uma uniformidade no processo de tomada de decisões pelas agências, conferindo-lhes maior legitimidade. Entre os anos de 1965 e 1985 defrontou-se o sistema regulatório americano com um problema que desvirtuou as finalidades da regulação desvinculada do poder político: a captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados. Explique-se: os agentes privados, com seu colossal poder econômico e grande poder de influência, diante de entes reguladores que dispunham de completa autonomia perante o poder político, não encontraram dificuldades para implantar um mecanismo de pressão que acabasse por quase que determinar o conteúdo da regulação que iriam sofrer. Os maiores prejudicados, por consequência, foram os consumidores. Finalmente, em 1985, num processo que continua até os dias de hoje, o modelo começou a se redefinir para que se consolide um modelo regulador independente, mas com os controles externos adequados para garantir essa independência.” (MENDES, 2000, p. 99)

Como se sabe, as agências norte-americanas, diversamente do ocorrido no Brasil, não surgiram após um processo de privatizações, mas estão arraigadas profundamente no modelo de Estado Liberal que, com maior ou menor intensidade sempre caracterizou aquele país.

Nos Estados Unidos, o termo “agência” é usado para designar um conjunto vastíssimo de entidades, com as mais diversas atribuições, tanto que abrangem qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, com exclusão do Congresso e dos Tribunais.

No modo de pensar norte-americano entende-se que tais entidades “podem ditar normas jurídicas e atos administrativos se o Congresso ceder poderes que o povo, na Constituição, delegou ao Legislativo e ao Judiciário.” (CARBONELL, 1996, p. 22)

Nas palavras de Alexandre Mazza, as agências reguladoras “exercem, assim, competências chamadas de quase legislativas e quase jurisdicionais. As primeiras envolvem a potestade regulamentar; as segundas, poderes para solucionar conflitos de interesse.” (MAZZA, 2005, p. 78)

Partindo deste modelo norte-americano, a Administração Pública brasileira resolve criar aqui no Brasil um "novo" modelo de instituição, cuja função inicial era a de planejar e realizar a fiscalização e regulação das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

Nossas agências configuram, portanto, uma importação de um conceito, de um formato e de um modo específico de estruturação do Estado. Faltam-lhes, contudo, e isso poderá lhes ser fatal no curso do seu amadurecimento institucional, um maior rigor na delimitação de seus poderes e na compatibilização destes com os princípios constitucionais. (GOMES, 2004, p. 4)

2.2.2 Definição

Na escola de Celso Antonio Bandeira de Mello, “as agências reguladoras são autarquias sob regime especial, criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades”. (MELLO, C. A. B., 2004, p. 156)

A natureza autárquica vem expressamente determinada nos diplomas normativos criadores de cada uma das agências reguladoras.

Alexandre Mazza explica que as agências possuem natureza jurídica de autarquias, “menos porque o legislador as tenha assim definido, e mais em razão de desenvolverem atividades que são próprias do Estado, uma vez que o conjunto de funções exercidas pelas agências reguladoras pode ser reduzido a três principais: o poder de polícia, o fomento e as atribuições de poder concedente”. (MAZZA, 2005, p. 83)

Não há hipótese, assim, de desenvolvimento das sobreditas atividades sob regime de Direito Privado, pois exatamente por serem pessoas de Direito Público é que as autarquias podem ser titulares de interesses públicos.

Dessa forma, a natureza jurídica autárquica era precisamente a única compatível com o modo de atuação e com o tipo de atividade exercidos pelas agências reguladoras.

Na lição de Hely Lopes Meirelles:

A autarquia não age por delegação, age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do jus imperii que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de direito público interno, autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que ele deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera vinculação à entidade matriz de que, por isso, passa a exercer, um controle legal, expresso no poder de correção finalístico do serviço autárquico. (MEIRELLES, 2000, p. 326)

No plano jurídico formal, portanto, as agências brasileiras nada mais são, pois, do que as velhas e conhecidas autarquias, pessoas jurídicas de direito público, agora com nova roupagem e dotadas de um grau maior de independência em relação ao poder central, daí a qualificação de “especial” que lhes é conferida pela lei.

Sobre o referido regime especial, define o art. 8º, § 2º da Lei 9.472/97: “A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”.

A Lei 9.961/00 complementa em seu artigo primeiro, parágrafo único, apontando, como caracterizadores de tal regime “autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes”.

Levemente cético em relação à suposta inovação que representariam as agências até hoje instituídas entre nós, o Professor Celso Antonio Bandeira de Melo critica os atributos dessas novas entidades, afirmando que “independência administrativa” ou “autonomia administrativa”, “autonomia financeira”, “autonomia funcional” e “patrimonial e da gestão de recursos humanos” ou de quaisquer outros que lhe pertençam, “autonomia nas suas decisões técnicas” e “ausência de subordinação hierárquica” são elementos intrínsecos à natureza de

toda e qualquer autarquia, nada acrescentando ao que lhes é inerente. Assim, nisto não há peculiaridade nenhuma; o que pode ocorrer, segundo ele, é um grau mais ou menos intenso destes caracteres. (MELLO, C. A. B., 2004, p. 156-158)

De fato, formalmente, essas características não significam uma grande novidade, visto que todas as autarquias são entidades independentes.

Assim, o único ponto realmente peculiar em relação à generalidade das autarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes destas pessoas. Contra essa situação, manifesta-se Celso Antônio Bandeira de Mello, sustentando que ao se permitir a um governante a outorga de mandatos nestas condições, estende-se sua influência para além do período em que lhe seria dado exercer influência sobre a política e a Administração Pública. Dessa forma, contraria-se a possibilidade de alteração de orientações entre governos diferentes, obtida pela temporariedade de mandatos, levando o autor a afirmar uma fraude contra o próprio povo. (MELLO, C. A. B., 2000, p. 139-141)

Seguindo o mesmo entendimento, Eros Grau afirma a inconstitucionalidade destes mandatos, reportando-se ao artigo 84, II da Constituição Federal. O dispositivo em tela atribui ao Presidente da República competência privativa para a direção superior da administração federal, norma violada no caso de um presidente ter este poder obstado por seu antecessor. A razão disso seria o fato de que a duração dos cargos dos dirigentes além do mandato do Presidente da República, afronta o direito de o Chefe do Executivo poder exercer livremente a administração federal. (GRAU, 2002, p. 27-28)

Na realidade, tal estabilidade foi concebida para garantir maior isenção a estes dirigentes, sem vinculá-los ao *timing* eleitoral, que requer políticas ostensivas, às vezes pródigas, a fim de garantir sucesso eleitoral. Assim, o Chefe do Executivo pode nomear os dirigentes destas agências, mas não os pode dispensar imotivadamente, evitando a

possibilidade de arbítrios e contendo o poder do Presidente da República na intervenção sobre as agências.

As críticas encontram-se corretamente formuladas. A nomeação dos dirigentes é feita pelo chefe do Poder Executivo a partir de escolhas técnicas e políticas. Estabelecer possibilidades desiguais de intervenção na Administração Pública representa uma afronta ao regime presidencialista. Conclui-se daí que a estabilidade dos dirigentes só pode ser mantida até o término do mandato presidencial, a menos que se altere o modo de nomeá-los.

Em síntese, a designação “autarquia sob regime especial”, destina-se apenas a frisar a independência que se quer conferir aos órgãos reguladores, sem que a forma autárquica represente inovação.

Em que pese a independência não constituir uma característica exclusiva das agências, posto ser comum a qualquer autarquia, ela é especialmente marcante nos órgãos em tela, pois a partir dela se torna-se visível a tentativa de se criar nas agências uma esfera decisória imune à intervenção do governo.

A quase total autonomia técnica, administrativa e financeira, permite às agências permanecerem alheias às matérias e decisões político-partidárias e aos entraves da falta de orçamento.

Conforme entendimento de vários doutrinadores, dentre eles, Luís Roberto Barroso, a instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerência indevidas, inclusive e sobretudo, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por essa razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhe outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira. (BARROSO, 2003, p. 174).

Sobre o assunto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro alerta para o relativismo da proclamada independência, demonstrando seus limites. A autora esclarece que em relação ao Poder Judiciário não há que se falar em independência, visto que nosso ordenamento consagra o princípio da unidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), possibilitando a apreciação de qualquer ato administrativo que implique em lesão ou ameaça de lesão a direito pelo Poder Judiciário. (DI PIETRO, 2002, p. 131-132)

Entretanto, Alexandre dos Santos Aragão complementa e esclarece:

Em tese, sempre será possível o acionamento do Judiciário contra as decisões dos entes reguladores. Todavia, em razão da ampla discricionariedade conferida pela lei e ao caráter técnico-especializado do seu exercício, prevalece, na dúvida, a decisão do órgão ou entidade reguladora, até porque, pela natureza da matéria, ela acabaria deixando de ser decidida pela agência, para, na prática, passar a ser decidida pelo perito técnico do Judiciário. O Poder Judiciário acaba, portanto, em razão de uma salutar auto-limitação, tendo pouca ingerência material nas decisões das agências, limitando-se, na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação. (ARAGÃO, 2002, p. 30)

Igualmente inexistente é a independência em face do Poder Legislativo, dada a necessidade de ajuste entre os atos das agências e as normas constitucionais e infraconstitucionais, a possibilidade de controle destes atos pelo Congresso Nacional (CF 49, X) e o controle pelo Tribunal de Contas (CF 70 e ss.). (DI PIETRO, 2002, p. 131-132)

Formalmente, portanto, observa-se a independência apenas com relação ao Poder Executivo. Mesmo nesse caso, a autonomia não é absoluta, pois é possível manter o controle das agências por meio do Ministério a que se vinculem.

Afinal, se houvesse uma total independência administrativa e política entre as Agências de Regulação e Administração Direta, no bem da função regulatória, aquelas deixariam de pertencer à Administração Indireta e tornar-se-iam entidades estranhas à Administração, mas com totais poderes sobre esta, algo inaceitável nos moldes da composição do atual Estado e do Direito Administrativo brasileiro.

Ressalte-se que, ao menos constitucionalmente, a função administrativa e a competência decisória sobre as diretrizes políticas a serem implantadas pela Administração ainda pertencem ao Chefe do Poder executivo e seus auxiliares diretos, com ressalva apenas ao entendimento do Supremo Tribunal Federal de constitucionalidade das restrições ao poder de livre nomeação e exoneração *ad nutum* pelo Chefe do Poder Executivo.

Além da natureza autárquica e da independência das agências reguladoras, merece destaque uma terceira característica deste instituto, ligada ao princípio da eficiência e à exigência de racionalidade do poder na Administração Pública. Refere-se à especialização de cada agência em relação à sua atribuição técnica.

É justamente do grau de especialização técnica empregado nas decisões destes órgãos que se valem muitos autores para defender uma margem de discricionariedade técnica às entidades reguladoras. Trata-se de um conceito bastante controvertido que basicamente expressa a competência para tomar decisões que não sejam propriamente discricionárias, mas que se encontram fora o campo do controle jurisdicional pela especificidade da matéria envolvida, a qual só seria conhecida pelos administradores, técnicos, salvo nos casos de desrespeito aos *standards* contidos em lei.

De fato, a especialização explica boa parte do poder normativo das agências. Todavia, não configura uma competência discricionária. Se discricionária fosse, somente justificaria decisões tomadas perante casos concretos, nunca poderia se referir a estatuições gerais e abstratas.

Por fim, deve-se notar que dificilmente existirão duas soluções técnicas equivalentes, de modo que quanto mais técnica for uma decisão, menos discricionariedade haverá. Além disso, a necessidade de se verificar se os atos regulatórios são feitos com base em critério puramente técnicos constitui o principal argumento em defesa de um acompanhamento rígido sobre estas decisões.

Em suma, Paulo Roberto Ferreira Motta ensina que:

Uma agência reguladora deve ser conceituada como um ente administrativo dotado de autonomia, sendo que a sua criação deve ser realizada por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e competências perfeitamente especificadas no texto legal criador daquela. A lei de criação, por sua vez, deve limitar, detalhadamente, toda a competência, delegada pelo legislador à agência reguladora. Os limites da delegação devem encontrar na lei criadora o locus de sua intensidade e dimensão, a fim de que possa o intérprete, com presteza e correção, verificar, no futuro, o campo normativo que continua no âmbito de competência do Parlamento e do Executivo. (MOTTA, 2003, p. 97)

2.3 Atribuições das Agências Reguladoras Brasileiras

Arnoldo Wald e Luiza Rangel Moraes, definem as agências reguladoras como sendo organismos constituídos pelo Poder Público, para normatizar, aplicar as normas legais, regulamentares e contratuais da atividade sob sua tutela, outorgar e rescindir os contratos de concessão, bem como fiscalizar os serviços concedidos, além de funcionar, em muitos casos, como instância decisória dos conflitos entre as empresas concessionárias e os usuários. (WALD; MORAES, 1999, p. 143-171)

De fato, as agências reguladoras foram concebidas como organismos independentes e autônomos em relação à estrutura tripartite de poderes estatais. Na liça de Marcos Augusto Perez:

Para elas [agências reguladoras] se delegavam funções de cunho legislativo (função reguladora), judicial (função contenciosa) e administrativo (função de fiscalização). A idéia que presidiu a criação dessas entidades era dotar o Estado de órgãos que possuíssem agilidade, especialidade e conhecimento técnico suficientes para o direcionamento de determinados setores da atividade econômica, segmentos estes que potencialmente representariam uma fonte de constantes problemas sociais. (...) As agências reguladoras são, em essência, organismos típicos do “estado de bem-estar”, voltados a monitorar a intervenção da Administração no domínio econômico, atividade que realizam através do poder regulamentar que lhes é atribuído, mas também através de função contenciosa e de fiscalização. (*apud* GOMES, 2004, p. 6)

Neste norte, tem-se afirmado que as agências reguladoras são detentoras de funções “quase legislativas”, “quase executivas” e “quase judiciais”. Noutras palavras, a uma única agência podem ser outorgadas as mais diversas e importantes atividades estatais, tais como a edição de normas com força de lei e amplo e decisivo impacto sobre toda a sociedade; a condução de investigações de certas condutas irregulares e a consequente fixação de penalidades aos particulares responsáveis por essas condutas; e o julgamento de certos litígios inerentes à atividade objeto de regulação, dependendo da regulamentação específica de cada agência.. Na prática, as agências “imitam” as atividades dos três Poderes tradicionais.

De modo geral, a compreensão exata do papel exercido pelas agências reguladoras está vinculada à definição da denominada “função reguladora”.

2.3.1 Poder Normativo

O poder normativo das agências reguladoras somente se viabiliza devido à necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, sendo esta a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação. (ARAGÃO, 2000, p. 291)

Tal poder é considerado por muitos doutrinadores como o ponto de maior controvérsia no que tange aos poderes conferidos às agências reguladoras. Para Celso Antonio Bandeira de Mello, o maior e “verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa”. (MELLO, C. A. B., 2004, p. 159)

Esta importante questão será pormenorizadamente analisada mais a frente.

Por hora, devem ser diferenciados os signos "regular" (ligado às agências reguladoras) e "regulamentar" (ligado ao poder legiferante do Estado), cujos relevantes valores semânticos são, muitas vezes, desprezados pela doutrina.

Regulação X Regulamentação

Regulamentar significa ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo, não sendo incluído no parágrafo único do dispositivo constitucional abaixo, entre as competências delegáveis:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

[...]

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Esta competência se caracteriza por ser uma função típica, ou seja, intrínseca ao Poder Executivo, já que na idéia de execução das leis, está incluída a regulamentação dos referidos ditames normativos como algo instrumental, acessório à lei e que visa a lhe dar maior efetividade e alcance.

José Afonso da Silva ressalta que o poder regulamentar consiste num poder limitado, que se distingue do poder legislativo pelo fato de não poder inovar na ordem jurídica e que encontra seus limites naturais no âmbito da competência executiva e administrativa onde se insere. (SILVA, 2000, p. 428-429)

O regulamento se distingue da lei no que se refere à subordinação do primeiro ao último, mas o regulamento não é mera reprodução da lei. É um texto mais minucioso, mais detalhado, que completa a lei, a fim garantir a sua exata e fiel execução. É fundamental, entretanto, que nesta sua função de complementar a lei, não a infrinja. (Leal, 1960, p.99)

Também regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou entidade da Administração indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange inclusive a regulamentação, que tem um sentido mais estrito.

Vital Moreira ensina que o termo regulação abarca três acepções jurídicas distintas.

Num primeiro sentido, mais abrangente, a regulação seria toda forma de intervenção do Estado no domínio econômico, independentemente dos instrumentos usados, bem como dos fins perseguidos. Ou seja, “cobriria todas as atividades do Estado em relação com a economia, incluindo o exercício de atividades empresariais (empresas públicas em sentido genérico) e as tarefas de condicionamento e disciplina da atividade privada”. (MOREIRA, 1997, p.35)

Numa acepção menos abrangente, seria a intervenção estatal na economia por outros meios que não a participação direta na atividade econômica. Equivaleria à coordenação, ao condicionamento e à disciplinação da atividade econômica privada pelo Estado. Melhor dizendo: indica toda e qualquer intervenção do Estado na atividade econômica exercida sobre os entes privados, excluindo-se a participação direta estatal. (MOREIRA, 1997, p.35)

Pelo terceiro significado, mais restrito, a regulação é apenas o condicionamento normativo da atividade econômica privada, por meio de lei ou de outro instrumento normativo. A regulação estaria reduzida à estatuição de normas de conduta da atividade econômica, deixando-se de lado as tarefas de implementação administrativa ou técnica dessas regras. (MOREIRA, 1997, p.35)

Sem dúvidas, o parâmetro mais utilizado pela literatura jurídica para delinear o que seria a regulação, é o segundo daqueles propostos pelo supracitado doutrinador. (MUSSI, 2004)

A Constituição Federal de 1988 confere tal poder ao Estado nos seguintes termos:

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.

Ao criar as agências reguladoras, o Estado delega-lhes a missão de atuarem como agentes reguladores e normativos da atividade econômica.

Comparativamente, enquanto o termo Regulação possui um significado eminentemente ligado à técnica e a economia, regulamentação possui um critério eminentemente político. Em outras palavras:

Cumpre, pois, não confundir a regulação, que é um conceito econômico, com a regulamentação, que é um conceito jurídico (político). Aquela é sujeita a critérios técnicos, que tanto podem ser definidos por agências estatais (envolvendo a Teoria da Escolha Pública) preferencialmente dotadas de independência (para fazer valer o juízo técnico sobre o político), como pelos próprios agentes regulados (autp-regulação). Em síntese: enquanto a regulamentação trabalhará no campo da atuação típica do estado, definindo as políticas e interesses públicos mediante leis, a regulação trabalhará no campo científico, com base na dogmática e no profissionalismo. Dessa forma, não há que se falar no termo regulamentação às agências reguladoras, uma vez que este é termo exclusivo do Poder Legislativo. Somente se poderá atribuir o valor semântico regulação. (SOUTO, 2002, p. 43)

A regulação estatal seria o "conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis". (ARAGÃO, 2001, p.74)

Paulo R. F. Motta amplia esta definição ao descrever regulação como o processo administrativo encetado pela Administração Pública, mediante a observância do regime jurídico de Direito Público, de limitação à liberdade e à propriedade, visando dar funcionalidade e racionalidade ao mercado. Segundo este doutrinador, quando a regulação é direcionada à atividade privada, estabelece um regime de sujeição geral e impõe deveres aos agentes do mercado. Ao revés, quando endereçada aos serviços públicos, constitui um regime

de especial sujeição e impõe obrigações aos prestadores e cidadãos-usuários. (MOTTA, 2003, p. 209).

A partir destes conceitos, concluímos que o termo regulação, que se faz importante por hora, diz respeito a todo tipo de intervenção que o Estado faz na atividade econômica pública e privada, ora para controlar e orientar o mercado, ora para proteger o interesse público.

Por fim, a competência regulatória, à luz do Direito brasileiro, compreende cinco ações estatais distintas, a saber: 1) a normatização do comportamento dos agentes econômicos, 2) a fiscalização da conduta dos mesmos, 3) o poder de sancionar atos contrários aos princípios constitucionais da ordem econômica e aos ditames legais, 4) o arbitramento de conflitos entre os prestadores de serviços regulados e 5) o fomento da atividade econômica.

2.3.2 Poder Fiscalizador

A fiscalização é o controle exercido pelas agências reguladoras sobre os entes exploradores de atividade econômica, com o objetivo de se manter a observância aos preceitos constitucionais fundantes da ordem jurídica brasileira, ou seja, é um verdadeiro poder de polícia exercido sobre o mercado regulado.

O poder fiscalizador das agências reguladoras apresenta-se como um dos mais relevantes, pois somente através dele concebe-se uma perfeita harmonização entre poder concedente, concessionárias e usuários.

A efetivação deste poder é possível através do respaldo econômico proporcionado por um gerenciamento adequado da receita de cada agência, para possibilitar a contratação de corpo técnico adequado para fiscalizar as empresas reguladas.

Nesta seara, mister se faz a alusão aos ensinamentos de Mauro Roberto Gomes de Mattos:

À agência reguladora compete a permanente tarefa de fiscalizar a implementação das técnicas gerenciais modernas, com o objetivo que o concessionário preste serviço público com eficiência, qualidade e preços competitivos. Para isso, o Estado deverá criar e manter condições favoráveis ao desenvolvimento econômico (infra-estrutura), defendendo o mercado e as liberdades econômicas das pessoas vinculadas a prestação dos serviços públicos. (MATTOS, 1999, p.73)

2.3.3 Poder Sancionador

Entende-se que o poder de impor sanções é uma verdadeira complementação à função fiscalizadora, pois de nada adiantaria atribuir às agências, ou aos outros entes que exerçam a competência reguladora, o poder de fiscalização se não pudessem reprimir as atitudes lesivas aos preceitos normativos.

Para o exercício deste poder, de grande valia o caráter de neutralidade político-partidária, pois não pode haver um objeto político a perseguir, uma vez que a função reguladora é neutra.

Esta imparcialidade estaria severamente comprometida caso o poder para a apuração de possíveis condutas infratoras e a conseqüente aplicação de sanções, no âmbito administrativo, fosse legalmente atribuído a outro órgão estatal de feição eminentemente política – um Ministério, por exemplo.

Os riscos de atribuição de poder sancionador a ente basicamente político, diverso do órgão técnico e regulador são grandes, e facilmente perceptíveis: dispensa de tratamento não isonômico a particulares em situação semelhante, alternância constante de interpretações das normas aplicáveis, como conseqüência de alterações nos rumos políticos da Pasta – ou mesmo do titular do Ministério,

2.3.4 Poder de Solucionar Conflitos

O arbitramento de conflitos é uma faculdade conferida aos entes reguladores para que, em função de serem os órgãos técnicos específicos do setor, dirimam as desavenças

surgidas entre as partes que integram a área regulada – concessionárias e usuários.

Tendo em vista o fato de não possuir fundamento constitucional, expresso ou implícito, a aceitação do poder de dirimir conflitos poderia ser obstaculizada por entendimentos que nele vislumbrariam afrontas ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, contido no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

A resolução deste aparente conflito não guarda maiores percalços, pois que a independência, uma das características das agências reguladoras, não deve ser interpretada de tal modo que afaste os assuntos submetidos à esfera administrativa à futura apreciação jurisdicional, em face do aludido princípio.

Não é outro o entendimento de Hübner Mendes:

Em nossa doutrina divergem os administrativistas sobre a existência de uma esfera de discricionariedade imune ao controle judicial. A tendência caminha para a máxima limitação de tal esfera. A contra-argumentação, trazida dos americanos, que identifica tal esfera por se tratar de questões técnicas, não supera ou não consegue elidir o princípio da inafastabilidade do controle judicial. Isso é pacífico em nossa doutrina processual e mesmo administrativa: para julgar estes tipos de controvérsias o juiz faz uso da perícia judicial que, ao menos em tese, tem a função de trazer ao juiz os dados necessários que o tornam apto a tomar tal decisão. (MENDES, 2001, p. 130-131)

2.3.5 Poder de Fomento

O fomento traduz-se na atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de utilidades pública, através do oferecimento de meios legais que se coadunem aos fins objetivos; fins esses que se referem à satisfação das necessidades da coletividade e que se realizam através de fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, assim como por meio de uma mudança de polarização quanto à participação do Poder Público na intervenção econômica para coibir monopólios e incentivar a concorrência. (PALERMO, 2002)

O fomento do desenvolvimento econômico através das agências reguladoras se convalida através do processo de regulação da competição, nos moldes de um regramento facilitador dos interesses que devem ser voltados para a universalização dos serviços.

2.4 Limites do Poder Normativo das Agências Reguladoras

O texto constitucional brasileiro, consagra em seu art. 5º, II, o princípio da legalidade, que estatui que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Note-se que o preceptivo não diz ‘decreto’, ‘regulamento’, ‘portaria’, ‘resolução’ ou quejandos. Exige lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. (MELLO, C. A. B., 2000, p. 297)

A compreensão do princípio da legalidade está ligada à idéia que se tenha do vocábulo lei.

Carlos Ari Sunfeld ensina que a lei é o resultado da atividade estatal de legislar, à qual cumpre inovar originariamente a ordem jurídica, pois, apenas ao produto desta função, seria atribuída a faculdade de definir e limitar o desempenho dos direitos individuais, em conformidade com o texto constitucional. (SUNFELD, 1997, p.28)

Demais disso, vale lembrar que a lei deve representar a vontade geral dos cidadãos, por esta razão a incumbência constitucional de elaborá-la cabe ao Poder Legislativo, casa que abriga os representantes da nação. Destarte, o princípio da legalidade garante às pessoas que suas liberdades e o seu patrimônio não serão perturbados senão em decorrência de mandamento advindo do Poder Legislativo, seu órgão representativo.

Neste norte, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o princípio da legalidade tem o propósito político de submeter os exercentes do poder concreto – o administrativo – a

um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Explica o doutrinador:

Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.

O princípio da legalidade garante o particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário. Instaura-se, em consequência, uma mecânica entre os Poderes do Estado, da qual resulta ser lícito apenas a um deles, qual seja o Legislativo, obrigar aos particulares. Os demais atuam as suas competências dentro dos parâmetros fixados pela lei. A obediência suprema dos particulares, pois, é para com o Legislativo. Os outros, o Executivo e o Judiciário, só compelem na medida em que atuam a vontade da lei. Não podem, contudo, impor ao indivíduo deveres ou obrigações *ex novo*, é dizer, calcados na sua exclusiva autoridade. (MELLO, C. A. B., 2004, 90-98)

Fica claro, pelo exposto, que pelo princípio da legalidade "apenas nos termos das leis, editadas conforme as regras do processo legislativo constitucional, é que se pode validamente conceder direito ou impor obrigação ao indivíduo". (TAVARES, 2002, p. 428)

O poder de regular deve ter estrita base no princípio da legalidade, não possui o condão de inovar na ordem jurídica, seja impondo deveres ou criando direitos não previstos em lei anterior, posto que as normas que dele emanam são formalmente inferiores à lei.

Assim, as Agências de Regulação não têm competência para criar normas que tratem de matérias constitucionalmente definidas como de reserva legal, ou seja, regras de conduta que inovem a ordem jurídica ou que afetem direitos individuais, impondo obrigações, penalidades, deveres, ou criando benefícios, sob pena de violação dos princípios da legalidade e divisão dos poderes. (ROCHAEL, 2005)

A atribuição de poderes normativos às agências reguladoras decorre do reconhecimento da limitação do sistema representativo parlamentar em dar respostas rápidas e adequadas às complexas atividades econômicas e aos serviços públicos regulados na sociedade capitalista moderna. Trata-se de verdadeira ruptura com o modelo implantado no

constitucionalismo, que se fundara basicamente na separação de poderes, com primazia da atividade legislativa, segundo a formulação de Montesquieu. (SILVA, 2003)

Nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, freqüentemente com alto grau de abstração e generalidades. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado. É isso o que justificou a atribuição de poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado. (SUNFELD, 2000, p. 27).

O que, então, resta às agências reguladoras como poder normativo?

Maria Sylvia Di Pietro, define que as agencias de regulação apenas podem emitir atos administrativos de efeitos concretos:

[...] ou seja, os atos que, formalmente, apresentam como atos normativos, mas que, quanto ao conteúdo, são verdadeiros atos administrativos, porque decidem casos concretos. À medida que as agências vão se deparando com situações irregulares, com atividades que quebram o equilíbrio do mercado, que afetam a concorrência, que prejudicam o serviço público e seus usuários, que geram conflitos, elas vão baixando atos normativos para decidir esses casos concretos. [...] aí que é que está o que há de mais típico na função reguladora: ela vai organizando determinado setor que lhe está afeto, respeitando o que resulta das normas superiores (e que garantem o aspecto de estabilidade, de continuidade, de perenidade) e adaptando as normas às situações concretas, naquilo que elas permitem certa margem de flexibilidade ou de discricionariedade. (DI PIETRO, 2003, p. 57-58).

Como ato administrativo concreto, o poder normativo das agências de regulação, não viola preceitos constitucionais e ao mesmo tempo permite que as agências exerçam plenamente suas atividades de gerência, de fiscalização, negociais, administrativas, normativas e sancionadoras.

Assim, resta ao poder regulador um nicho legislativo de atuação muito claro: nas chamadas normas legais em branco. (BRUNA, 2003, p. 111) Nessa linha, as regulações terão

função esclarecedora da norma, adaptando-a às evoluções da conjuntura nacional, regida pela mutação da realidade social.

Conclui-se que a técnica legislativa aplicada pelas agências reguladoras deve ficar apenas no plano da maior especificidade das normas. Nunca no plano da criação de novas situações ou na imposição de obrigações imprevistas pela legislação.

Nesse contexto, as regulações são ferramentas à concretização da norma, dado o fato de uma regulação ser legislação hierarquicamente inferior. O poder regulador apenas atuará na densificação das leis, tornando-as mais específicas.

O assunto trata de uma delegação legislativa conhecida pela doutrina e jurisprudência americana como *delegation with standards*, que acontece quando são fixados parâmetros (*standards*) de forma a colocar balizas, ainda que genéricas, à atuação das agências, as quais se encarregarão de regularizar os "pormenores" e especificidades das leis. (BARROSO, 2001, p. 173)

Restam evidentes, por todo o exposto, os limites fixados ao poder normativo das agências reguladoras. Nunca uma regulação poderá criar situação jurídica, mas somente atuar no plano da eficácia, auxiliando na execução dos mandamentos legais. Poderá menos ainda ir de encontro aos textos normativos e princípios constitucionais explícitos e implícitos, por total inconstitucionalidade.

3. TELECOMUNICAÇÕES

3.1 História

As telecomunicações elétricas modernas tiveram início no século XIX, com o telégrafo e a telefonia.

Atribui-se ao escocês Alexander Graham Bell, professor de física nos Estados Unidos, a invenção do telefone numa versão muito parecida com os de hoje. Em 1876, aos 29 anos, Bell anunciou seus resultados e patenteou um dispositivo capaz de receber e transmitir a voz humana.

O Brasil acompanhou de perto a evolução inicial da telefonia. Já em 1877, D. Pedro II instalou uma linha do Palácio da Quinta da Boa Vista, onde hoje funciona o Museu Nacional, até as residências de seus ministros.

A primeira regulamentação do serviço telefônico deu-se por um decreto de D. Pedro II, de 1879, no qual era concedido a particulares o privilégio de introduzir o telefone e explorar o serviço telefônico no Império.

Em 1881, um segundo decreto imperial determinava que as linhas telefônicas, assim como as linhas telegráficas, eram de domínio exclusivo do Estado e que, portanto, ao governo

e só a ele, cabia o direito de conceder autorização para a instalação de linhas para uso de terceiros, com quaisquer finalidades.

Este decreto concedeu à Telephone Company of Brazil, empresa de capital canadense, aqui chamada Companhia Telefônica do Brasil (CTB), autorização para ser a primeira entidade a explorar o serviço de telefonia com fins comerciais no Brasil.

Nesta época, começaram a aparecer problemas com a implantação e exploração das linhas telefônicas, o que levou à assinatura, em 1882, de um outro decreto, que foi a primeira Lei Geral das Telecomunicações do Brasil.

Os anos que se seguiram foram marcados pelo início da radiodifusão no Brasil (década de 20). Programas musicais, de notícias, novelas e propaganda eram veiculados com sucesso pelo rádio. A televisão foi introduzida no país na década de 50 e, a partir da década de 60, passou a transmitir em cores.

Até a metade da década de 1950 o Brasil vivia uma fase embrionária das telecomunicações, com a precariedade dos serviços telefônicos e de televisão. O Plano de Metas do governo de Juscelino Kubitschek, cujo *slogan* desenvolvimentista era: "crescer cinquenta anos em cinco", deu a partida para a viabilização da interiorização do desenvolvimento. Era necessário, então, um sistema nacional de telecomunicações para facilitar e agilizar a difusão de informações para atingir a "integração nacional".

A despeito das medidas adotadas na época, dentre elas a elaboração do Código Nacional de Telecomunicações, os anos de 1960 encontraram um sistema telefônico brasileiro absolutamente estagnado. A falta de investimentos, decorrência em parte das baixas tarifas impostas pelo governo, fizeram com que a demanda por telefones não fosse atendida durante um longo período. O valor das linhas no mercado paralelo chegou a níveis não imagináveis. A demora para conseguir linha para uma ligação era absurda.

Havia então cerca de 1.200 empresas telefônicas no País, a grande maioria de médio e pequeno porte, sem nenhuma coordenação entre si e sem compromisso com diretrizes comuns de desenvolvimento e de integração dos sistemas, o que representava grande obstáculo ao bom desempenho do setor.

A precariedade da situação do setor sensibilizou o Governo e o Congresso, que editaram então o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), em 1962, primeiro grande marco na história das telecomunicações no Brasil.

Destaca-se dentre as inovações trazidas pelo referido código a instituição do Conselho Nacional de Telecomunicações, CONTEL, a quem foi atribuído o poder para aprovar as especificações das redes telefônicas, bem como o de estabelecer critérios para a fixação de tarifas em todo o território nacional.

Foi também o CBT que atribuiu à União a competência para explorar diretamente os troncos integrantes do Sistema Nacional de Telecomunicações e autorizou o Poder Executivo a constituir empresa pública para explorar industrialmente os troncos integrantes do Sistema Nacional de Telecomunicações (essa empresa viria a ser a EMBRATEL).

Por fim, destaque-se a instituição do FNT (Fundo Nacional de Telecomunicações) constituído basicamente de recursos provenientes da aplicação de uma sobretarifa de até 30% sobre as tarifas dos serviços públicos de telecomunicações, destinado a financiar as atividades da EMBRATEL.

Os instrumentos criados pelo Código foram aos poucos fazendo sentir seus efeitos. O CONTEL passou a exercer sua missão de orientação da política e de fixação de diretrizes para o setor de telecomunicações; com a submissão ao seu crivo dos planos de expansão dos serviços, ele passou também a coordenar essas expansões. A EMBRATEL, constituída em 16 de setembro de 1965, lançou-se, com o apoio do FNT, à imensa tarefa de interligar todas as capitais e as principais cidades do País. Entre 1969 e 1973, a EMBRATEL assumiu a

exploração dos serviços internacionais, à medida que expiravam os prazos de concessão das empresas estrangeiras que os operavam.

A Embratel se serviu, sobretudo de uma rede de microondas que ela própria, rapidamente instalou..

Num prazo muito curto os efeitos desse plano de modernização do Sistema Brasileiro de Telecomunicações se fizeram sentir e entusiasmou os usuários.

As ligações interurbanas, antes completadas com tempo de espera de horas, passaram a ser instantâneas, por DDD, discagem direta à distância. O sistema DDD nasceu nessa época. Junto com comunicações de voz, seguiu-se o sistema telex, um recurso de comunicações muito usado nas empresas. Embora lento, era muito útil para os negócios. O sistema Embratel viabilizou redes de canais de televisão. Permitiu, ainda, o acompanhamento em tempo real de eventos de toda natureza e a transmissão simultânea em todo o país de noticiários e de espetáculos muito apreciados pelo público, como jogos de futebol, inclusive do exterior. A Copa do Mundo de Futebol de 1970 foi transmitida para o Brasil através de satélites, e o sinal distribuído pela Embratel. (VIEIRA, 2005)

O Sistema Brasileiro de Telecomunicações estruturou-se nessa época a partir de uma nova empresa, a Telebrás, holding que passou então a controlar, a disciplinar e a expandir as empresas estaduais, praticamente todas elas já estatizadas. As redes telefônicas foram ampliadas e grande parte da demanda reprimida foi atendida.

Os anos de 1980 e 1990, especialmente os últimos, testemunharam mudança extraordinária na ordem internacional econômica. O Brasil também foi envolvido pela avassaladora onda liberal, com a desregulamentação de quase todos os setores da atividade.

A Lei Geral das Telecomunicações, de 1997 acabou com o monopólio estatal e privado. Na prática, levou à privatização dos sistemas estatais de telecomunicações e às chamadas empresas espelho, privadas, para evitar o monopólio. Chegou ao fim o sistema estatal Embratel/Telebrás e de todas as concessionárias estaduais igualmente estatais de serviço telefônico. O processo foi conduzido com sucesso por meio de leilões de privatização.

Deu-se início a uma nova fase das telecomunicações brasileiras.

3.2. A Lei Geral de Telecomunicações

Até 1995 perdurava no Brasil o monopólio estatal nas telecomunicações, que determinava que a prestação dos serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, deveriam ser explorados pela União, diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle acionário estatal, exceção feita aos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações para os quais se admitia a exploração indireta.

A recente revolução no setor de telecomunicações no Brasil iniciou-se em 15 de agosto de 1995, com a edição da Emenda Constitucional n.º 8, com a qual objetivava-se flexibilizar o modelo brasileiro de telecomunicações, eliminando a exclusividade da concessão para exploração dos serviços públicos a empresas sob controle acionário estatal e buscando introduzir o regime de competição na prestação desses serviços, visando, em última análise, ao benefício do usuário e ao aumento da produtividade da economia brasileira.

A partir da aprovação da Emenda Constitucional, a reforma estrutural das telecomunicações no Brasil vem sendo discutida e implementada no contexto das profundas transformações por que passa esse setor em todo o mundo, ditadas por três forças, ou vetores, que se inter-relacionam e, em certa medida, se determinam reciprocamente: a) a globalização da economia; b) a evolução tecnológica; e c) a rapidez das mudanças no mercado e nas necessidades dos consumidores.

Nesse contexto, a regulamentação até então vigente se mostrava inadequada, pois fora concebida sob a égide de um mercado essencialmente monopolístico e pouco diversificado, em estágio tecnológico já amplamente superado. Se fazia necessária uma regulamentação que permitisse a rápida reação das operadoras frente aos imperativos do mercado e da evolução tecnológica e que conferisse peso adequado ao papel social das

telecomunicações, equilibrando disponibilidade, acesso e conectividade, e preços satisfatórios.

Em resposta a esta necessidade e atendendo ao preceito constitucional que previa a criação de lei que dispusesse sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, veio a edição da Lei 9.472/97, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações (LGT), a qual regulamentou de forma inovadora o mercado de telecomunicações, atualizando e consolidando as disposições dispersas que tratavam da matéria, e criou, também, uma agência reguladora, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Os quatro macro-objetivos da reforma estrutural do setor de telecomunicações são abordados pela LGT: a) aumentar e melhorar a oferta de serviços; em ambiente competitivo; b) criar oportunidades atraentes de investimento e de desenvolvimento tecnológico e industrial; c) criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País e d) fortalecer o papel regulador e eliminar o papel empresarial do Estado com a privatização do setor e criação do órgão regulador.

A LGT, como constitucionalmente previsto, declara a competência da União para, por intermédio de órgão regulador, organizar a exploração dos serviços de telecomunicação, onde se incluem a execução, a comercialização e uso dos serviços e a implantação e o funcionamento de redes de telecomunicações e, em seu art. 2º, estabelece que o objetivo básico da regulação promovida pelo Estado deve ser a garantia do direito de toda a população de acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis e condições adequadas de qualidade, protegendo ainda, de acordo com o art. 3º, os direitos de liberdade de escolha de seu prestador de serviço, da inviolabilidade e do segredo da comunicação, e o da preservação de sua privacidade.

3.3 Serviços de Telecomunicação

A LGT define serviço de telecomunicação como o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação, que por sua vez, é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

3.3.1. Classificação dos serviços

Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, a LGT classifica os serviços de telecomunicações em serviços de interesse coletivo - aqueles passíveis de serem oferecidos a todos aqueles que se enquadrarem no regulamento específico, ou seja, o prestador não pode deixar de prestá-lo quando solicitado, desde que seja técnica e economicamente viável - e serviços de interesse restrito - destinados ao uso do executante ou de um grupo de pessoas naturais ou jurídicas, caracterizado pela realização de atividade específica (p. ex. passageiros de navios).

Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos - destinados ao uso do público em geral, por isso sempre de interesse coletivo, são aqueles prestados mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade - e privados – geralmente outorgados mediante autorização, sujeitos a regras mais flexíveis e com menor interferência da União na sua regulação, não havendo controle de tarifas (pratica-se preço), podendo ser de interesse restrito ou coletivo.

3.3.2. Espécies de Outorga dos Serviços

A LGT prevê três meios através dos quais o Estado pode transferir a exploração dos serviços de telecomunicação: concessão, permissão e autorização.

Define-se como concessão de serviço de telecomunicações 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. (MELCHIOR, 2003)

A permissão, por sua vez, é 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. Observa-se, portanto, que a permissão é reservada para casos excepcionais.

Por fim, os serviços sob o regime privado são, em princípio, objeto de autorização, que é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias. (MELCHIOR, 2003)

3.3.3 Principais Serviços de Telecomunicação

Hoje existem 67 serviços de telecomunicação diferentes que contam com regulamentações próprias. A abordagem deste cenário seria bastante abrangente e complexa, razão pela qual tratar-se-á neste tópico daqueles serviços de maior relevância para a presente pesquisa.

O Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) é o serviço de telecomunicações que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, se destina à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia. De interesse coletivo, o STFC é prestado em regime público e em regime privado e admite as modalidades: local, longa distancia nacional e longa distância internacional.

A LGT cuida, ainda, do Serviço Móvel Celular (SMC), que é o serviço de telecomunicações móvel terrestre, aberto à correspondência pública, que utiliza sistema de radiocomunicações com técnica celular, interconectado à rede pública de telecomunicações, e acessado por meio de terminais portáteis, transportáveis ou veiculares, de uso individual. Excepcionalmente, por motivos históricos, o SMC, que é prestado em regime privado, foi objeto de contrato de concessão e não de autorização. Atualmente, a Anatel já não emite outorgas para SMC e incentiva as operadoras detentoras das licenças a substituí-las por novas licenças de SMP.

O novo serviço, Serviço Móvel Pessoal (SMP) é definido como o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações. O SMP é caracterizado por limitar a sua comunicação entre estações de uma mesma Área de Registro do SMP. Caso as estações se encontrem em diferentes Áreas de Registro, a comunicação far-se-á mediante acesso a redes de telecomunicações de interesse coletivo.

Por fim, o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.

Seguindo esses conceitos, o modelo regulatório brasileiro é organizado por serviços que, mesmo sem regulação da tecnologia empregada, têm abrangência limitada a determinadas características. Os principais, como exposto, são: STFC, SMP e TV Paga, que têm abrangência restrita ao provimento de serviços de telefonia e TV. Foi para remover tal limitação, a ANATEL criou o SCM, de ampla abrangência, que pode ser outorgado a grupos

já detentores de outras outorgas. Por outro lado, o SCM pode utilizar as redes de outros serviços através de EILD (Exploração Industrial de Linha Dedicada).

Assim, com o acréscimo da autorização de SCM e a possibilidade de EILD, as prestadoras podem usufruir integralmente das redes dos outros serviços e, portanto, da convergência tecnológica. No futuro, a exemplo da União Européia, vislumbra-se a necessidade de estudar a oferta ao mercado de uma autorização geral de serviços de telecomunicações.

3.4 Agência Nacional de Telecomunicações

A Constituição da República em seu art. 21, inciso XI, prevê a criação de um órgão regulador cujo papel seria o de auxiliar a União em sua competência normativa em matéria de telecomunicações, elaborando normas hierarquicamente inferiores às leis, bem como o de velar pelo cumprimento das normas disciplinadoras de telecomunicações, de todos os níveis hierárquicos, expedindo os atos administrativos cabíveis. A esse órgão caberia, ainda, a responsabilidade pela outorga de concessões (incluindo a preparação e realização de procedimentos licitatórios) e permissões, pela expedição de autorizações, pela fiscalização, intervenção e aplicação de sanções.

As competências administrativas a serem exercitadas pela União em matéria de telecomunicações podem ser criteriosamente repartidas entre o Ministério das Comunicações estritamente considerado, e o órgão regulador, nos termos da lei. Mas também podem ser atribuídas precipuamente ao órgão regulador, reservado ao Poder Executivo o estabelecimento das políticas governamentais para o setor, e o que mais convier.

A expressão utilizada na Constituição da República - órgão -, tem, no direito administrativo tradicional, o sentido de "parcela despersonalizada da Administração Pública",

isto é, plexo de competências administrativas que constitui uma unidade desprovida de personalidade própria, devendo estar integrada na estrutura de uma pessoa jurídica. Esse órgão poderia ser dotado de maior ou menor autonomia, mas sempre integrado na estrutura administrativa do ente a que pertença, com todos os condicionamentos daí resultantes, inclusive de ordem financeira.

No entanto, um “órgão”, como tradicionalmente concebido, não alcançaria os objetivos maiores destinados ao ente regulador pela Constituição Federal.

A exposição de motivos da LGT explica:

[...] não há que se cogitar de um órgão regulador vinculado ao Poder Legislativo, adotando por analogia a solução preconizada pelo art. 224 da Constituição. Essa solução, transplantada para o setor das telecomunicações, estaria eivada de inconstitucionalidade porque, devendo o órgão regulador exercer função administrativa em matéria de competência da União, sua vinculação ao Legislativo seria ofensiva ao princípio da separação dos Poderes. E se for despedido de função administrativa não se atenderá ao comando constitucional. A solução seria, portanto, conceber o órgão regulador como entidade dotada de personalidade jurídica, com fisionomia própria, inconfundível com os modelos tradicionais de entes governamentais de direito público, como seria o caso de mais uma simples autarquia ou fundação pública, ou de direito privado, como as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas da Administração. (Lei 9472/97)

Um órgão regulador deve apresentar características especiais de independência que assegurem estabilidade à sua atuação - ou seja, normalidade regulatória -, de forma a transmitir ao mercado a credibilidade necessária à atração de investimentos privados para o setor.

Tais características relacionam-se, basicamente, à independência decisória (isto é, cabe ao órgão regulador a decisão administrativa final sobre os assuntos de sua competência, e seus dirigentes têm mandato fixo), à autonomia de gestão (essencialmente no tocante aos procedimentos de licitação para compras e para as outorgas, e quanto à administração de recursos humanos) e à autonomia orçamentária e financeira.

Com este perfil, a Lei Geral de Telecomunicações cria, nos seus arts. 7º e 8º, a Agência Brasileira de Telecomunicações como autoridade administrativa independente, integrada, porém, à Administração Federal Indireta, vinculada ao Ministério das Comunicações. Dá, assim, cumprimento ao preceito constitucional de entregar a regulação das telecomunicações brasileiras a um órgão que se quer independente, disciplinando o processo de sua instalação, bem como seu funcionamento, suas competências e sua extinção.

Em razão mesmo desse peculiar perfil que ao órgão regulador se quis atribuir, o referido ente foi criado sob o regime autárquico especial, pormenorizadamente analisado no primeiro capítulo do presente trabalho.

Em se constituindo como pessoa jurídica sob regime autárquico especial, com competências e funções especificadas [na LGT], que têm como fundamento último de validade a própria Constituição da República, deve o órgão regulador gozar das prerrogativas e sofrer as restrições inerentes às funções que lhe [são] cometidas por esta Lei. (Lei 9472/97, Exposição de motivos)

O art. 19 da LGT discrimina as principais competências da Agência, indispensáveis ao cumprimento de suas finalidades institucionais. Entre elas: expedir normas disciplinadoras da prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público, bem como os correspondentes atos de outorga, e expedir regras disciplinadoras das atividades de telecomunicações no regime privado, com as respectivas autorizações. Entre tais normas disciplinadoras estarão as referentes à interconexão, à administração dos planos fundamentais de sinalização, transmissão, sincronismo e numeração, e outras.

Como já visto, terá a Agência competência para editar atos normativos de caráter geral, minudenciando os delineamentos impostos pelas leis de telecomunicação, para ensejar sua fiel execução, bem como pelos decretos que forem baixados pelo Presidente da República.

Terá a Agência, portanto, um poder normativo infra-legal sobre o setor de telecomunicações, exercendo-o com o auxílio da sociedade, que deverá ser ouvida, necessariamente, através do mecanismo de consulta pública

Como expressão maior de sua independência, caberá à Agência arrecadar e aplicar suas receitas, bem como decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada.

Caberá à Agência, também, resolver administrativamente sobre a interpretação da legislação de telecomunicações, prover sobre os casos omissos e compor, na esfera administrativa, conflitos de interesse entre prestadores de serviços de telecomunicações.

Por fim, à Agência caberá adotar todas as medidas que forem necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações.

Exercendo esse conjunto de competências, a Agência terá plenas condições de regular adequadamente o setor de telecomunicações e, fazendo-o de forma competente e transparente, construir a necessária credibilidade para estimular os investimentos privados, nacionais e estrangeiros, que viabilizem o atendimento às necessidades da sociedade brasileira. (Lei 9472/97, Exposição de motivos)

3.5 O Sistema VoIP

A comunicação em redes (inclusive na internet) se estabelece a partir de um protocolo. O termo deriva do grego *protocollon* (uma folha de papel colada a um manuscrito que descreve seu conteúdo) e em tecnologia da informação descreve um conjunto de regras que permite o intercâmbio de informações entre pontos conectados em uma rede de comunicação.

Os protocolos recebem padronização internacional de acordo com o seu uso industrial. O conjunto de padrões que permite a entrega de dados entre dois sistemas conectados à internet recebe o nome de *Internet Protocol* – IP, que juntamente com outro protocolo, o *Transmission Control Protocol* – TCP/IP, possibilita a “conversa” entre estes mesmos sistemas. (PEIXOTO, 2005)

VoIP, acrônimo de *Voice Over Internet Protocol*, significa, literalmente, a transmissão de sinais de voz usando o protocolo IP das redes de dados pública ou privadas, originalmente formatado para entrega de dados.

A ANATEL tem como definição contida em seu glossário que VoIP é “a tecnologia que possibilita o uso de redes IP como o meio de transmissão de voz”, o conceito é simples e consiste em converter os pacotes de voz analógicos em pacote digital e fazê-lo trafegar por uma rede IP.

Este termo é utilizado para definir o conjunto de configurações que permitem o gerenciamento da entrega de comunicação de voz com uso do Protocolo Internet. Tecnicamente, VoIP vem a ser a entrega da voz digitalmente em pequenos pacotes de comunicação ao invés dos tradicionais protocolos de circuitos comutados presentes em sistemas de Public Switched Telephone Network – PSTN, redes públicas das operadoras de telefonia outorgadas por órgão competente. (PEIXOTO, 2005)

3.5.1 Como funciona a VoIP

De maneira sucinta, em um telefone analógico convencional, a voz é transformada em um sinal elétrico que viaja pela rede de telefonia pública que é hierárquica, ou seja, é baseada em grandes centrais telefônicas interligadas de forma hierárquica e que detém a inteligência da rede. Além disso, os terminais são desprovidos de inteligência e o seu endereçamento depende da geografia da área de abrangência da rede.

No caso do sistema VoIP o sinal analógico da voz é digitalizado, ou seja, é convertido em dados. Logo, esses dados são cortados, encriptados, codificados, empacotados em pedaços e transmitidos por uma rede de dados, Internet ou não, utilizando-se do protocolo IP. Os pacotes possuem um endereço IP (número identificador da máquina de destino, único na rede), possibilitando a entrega da informação no computador desejado. No destino, os pacotes sofrem então o processo inverso, os pacotes são então decodificados e os dados são novamente convertidos para a forma analógica como sinais de voz.

Ocorre que, nas redes IP, os pacotes de dados com informação de voz são enviados de forma independente, procurando, cada um deles, o melhor caminho para chegar ao seu destino, de forma a usar com maior eficiência os recursos da rede. Assim, os pacotes de dados associados a uma única origem de comunicação de voz podem seguir caminhos diferentes até

o seu destino, ocasionando atrasos, alteração de seqüência e mesmo perda de pacotes. Assim, a comunicação, perdendo pacotes e conseqüentemente trechos da voz, ocorre de maneira entrecortada e com qualidade inferior.

Para evitar que os pacotes trafeguem de maneira concorrencial com outras informações, tais como páginas *web*, *e-mails*, e uma miríade de dados resultados de aplicações como transações bancárias, músicas e vídeos pelos variados caminhos de uma rede, foi desenvolvido um conjunto de novos protocolos para viabilizar a comunicação com as mesmas características das redes tradicionais.

A tecnologia desenvolvida para a comunicação VoIP, implementada através dos novos protocolos, assegura a reordenação dos pacotes de dados e a reconstituição do sinal original, compensando o eco decorrente do atraso fim-a-fim (*delay*) dos pacotes de dados, da alteração de seqüência (*jitter*) e a perda de pacotes.

3.5.2 Formas de VoIP

Em 1998, a FCC americana editou um documento – agora conhecido como *Stevens Report* – no qual classifica o tráfego VoIP em três categorias: computador-computador, computador-telefone e telefone-telefone. Naquele documento a Comissão esclarece que as chamadas computador-computador (aquelas que do início ao fim trafegam sobre IP) e as chamadas computador telefone (que iniciam ou terminam trafegando sobre IP) são considerados serviços de informação, no Brasil chamados de Serviço de Valor Adicionado. Já as chamadas que se iniciam e se findam no formato tradicional de voz, são classificadas no Stevens Report como serviço de telecomunicação.

A partir deste modelo, a ANATEL, em palestra apresentada pelo conselheiro José Leite Pereira Filho (Ata da 65ª Reunião do Conselho Consultivo, 18 de janeiro de 2005), e

com o intuito de esclarecer as dúvidas do mercado, também classificou o VoIP em três diferentes classes.

Classe I – a comunicação se estabelece entre dois sistemas informáticos conectados à rede IP, sem passar pela rede pública STFC. Nessa classe o VoIP é fornecido como facilidade de internet (ou outra rede baseada no protocolo IP) através de um software instalado no computador.

Classe II - chamado VoIP Restrito. A comunicação se estabelece entre terminais conectados a redes distintas, havendo interconexão da rede VoIP com o STFC, ou seja, uma chamada com origem em um terminal VoIP tem como destino um terminal telefônico tradicional ou vice-versa, pois a chamada é iniciada “ou” terminada na rede pública. O provedor de VoIP deve possuir uma licença de telecomunicações. Nesse caso, por exemplo, partindo a ligação de um terminal VoIP, a voz percorre a maior parte do trajeto digitalizada até o ponto mais próximo do receptor. Como o telefone que recebe a ligação não está conectado à rede, há um curto percurso pela linha telefônica normal (rede STFC), motivo pelo qual a ligação é tarifada como ligação local. Ou seja, um terminal VoIP de Florianópolis liga para um terminal STFC em Brasília, a chamada é transportada pela rede IP (internet) até a capital brasileira e, somente lá, transmitida para a rede telefônica local.

Classe III - VoIP Irrestrito, é utilizado para transportar segmentos da chamada telefônica, ou mesmo internamente na rede da prestadora de telecomunicações, havendo interconexão com STFC, pois a chamada é iniciada “e” terminada na rede pública. A operadora deverá possuir uma licença STFC.

Nesse sentido, seguindo o entendimento manifestado pelo Conselho Consultivo da ANATEL, pode-se afirmar que: o VoIP Classe I pode ser prestado livremente; o VoIP Classe II somente pode ser fornecido por autorizatárias do SCM; e o VoIP Classe III somente pode ser fornecido por operadoras do STFC.

3.5.3 Natureza da VoIP

Cada classe de VoIP, de acordo com a classificação da ANATEL já exposta, tem natureza distinta. A transmissão de voz por rede IP é entendida como serviço de telecomunicação, serviço de valor adicionado (SVA), serviço de comunicação multimídia (SCM) ou, ainda, como tecnologia.

Oportuna e necessária a definição de cada um dos supracitados grupos..

Serviço de Telecomunicação: a prestação do serviço de VoIP de forma irrestrita (classe III), ou seja, aquele em que a chamada se origina e tem como destino um terminal STFC, é considerado pela ANATEL como um serviço de telecomunicações, e a operadora deverá possuir uma licença de STFC.

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

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

Serviço de Valor Adicionado: o VoIP oferecido como uma facilidade de internet (classe I), por ser oferecido através, exclusivamente, de um protocolo aplicado à internet, e sendo o serviço de acesso à internet um serviço de valor adicionado, o qual acrescenta novas funcionalidades a um serviço de telecomunicações preexistentes, que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, esta modalidade de VoIP também é considerada pela ANATEL como um serviço de valor adicionado. Serviço de valor adicionado não é serviço de telecomunicações e seu provedor é classificado como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte.

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição. (Lei Geral das Telecomunicações)

Serviço de Comunicação Multimídia: na prestação do SCM não é permitida a oferta de serviços com as características do STFC, ou seja, o encaminhamento de tráfego telefônico simultaneamente originado e terminado nas redes de STFC. Em resumo, o VoIP será serviço de comunicação multimídia somente iniciado ou terminado na rede pública.

Art. 3º O Serviço de Comunicação Multimídia é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço. Parágrafo único. Distinguem-se do Serviço de Comunicação Multimídia, o Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral (STFC) e os serviços de comunicação de massa, tais como o serviço de radiodifusão, o serviço de TV a cabo, o serviço de distribuição de sinais multiponto multicanal (MMDS) e o serviço de distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite (DTH). (Resolução n. 272/01 da ANATEL)

Tecnologia: De maneira geral e de forma a englobar as três outras distinções, a ANATEL posiciona-se no sentido de que o VoIP nada mais é do que uma tecnologia e tudo que a agência já produziu sobre o assunto é a definição contida em seu glossário, a qual confirma o seu tratamento como a tecnologia que possibilita o uso de redes IP como o meio de transmissão de voz

Tecnologia (palavra de origem grega, (τεχνολογια) techne (τεχνη) "ofício" + logia (λογια) "que diz") é um termo abrangente que trata do conhecimento e das ferramentas da humanidade e seus ofícios. Dependendo do contexto, a tecnologia é:

- As ferramentas e as máquinas que ajudam a resolver problemas;
- As técnicas (conhecimento) que inclui métodos, materiais, ferramentas, e processos para resolver um problema (tal como a tecnologia de edifício ou tecnologia médica);
- Uma atividade cultura de construção (tal como a tecnologia de manufatura, a tecnologia de infra-estrutura ou a tecnologia espacial).
- A aplicação dos recursos para resolver um problema (tal como o conhecimento, as habilidades, os processos, as técnicas, as ferramentas e materiais). (pt.wikipedia.org)

O presidente da Associação Brasileira de Prestadores de Serviço Telefônico Fixo Comutado (Abrafix), José Fernandes Pauletti explica: “Não existe um serviço chamado voz sobre IP. Há o serviço de transmissão de voz. IP é uma tecnologia.” (GRAÇA, 2005).

Assim sendo, como todos os atuais serviços de telecomunicações de acesso fixo no país (STFC e SCM) incluem invariavelmente, na definição de seus *features* regulatórios, a voz, e a VoIP representa a tecnologia capaz de tornar as redes IP meio para transmissão desse *feature*. Logicamente, o fornecimento do serviço de voz, pelo uso de redes IP, ora sob o manto da concessão/autorização de STFC, ora sob o da autorização do SCM, deve observar as obrigações regulatórias de cada serviço, além das restrições a eles impostas. (COSTA, 2004)

Da forma como se apresenta o cenário das comunicações hodiernamente, não há mais uma clara linha divisória entre telecomunicação e serviços de informações, como previsto na legislação em vigor.

Assim como não existe diferença entre um e-mail local e um e-mail internacional, o sistema de telefonia tradicional passa por uma transformação que visa o rompimento das fronteiras. Não há mais diferença, com o uso das novas tecnologias, entre chamada local, de longa distância ou internacional. As diferenças serão artificialmente criadas e impostas pelo órgão regulador com o intuito de organizar o setor e facilitar a prestação e ampliar o uso dos serviços.

3.5.4 Vantagens VoIP

A rede STFC é uma das mais cuidadosamente elaboradas, caras e complexas obras de engenharia jamais projetadas na história da humanidade. Ela é, em essência, uma rede desenvolvida com um propósito específico: permitir o tráfego de voz. Por esse lado, a rede STFC é altamente bem sucedida, afinal, hoje é possível telefonar para qualquer do mundo com alta qualidade, sem dificuldades e a custos relativamente baixos.

No entanto, o aperfeiçoamento da estrutura e da tecnologia dos sistemas de redes na última década, em conjunto com a revolução digital observada a partir dos anos oitenta, alteraram fundamentalmente a natureza do transporte de informações.

Em razão do fato de a *internet* e suas tecnologias sofrerem indiscutível avanço e evolução nos últimos anos, presenciamos a formulação de inúmeros usos e possibilidades de usos destes recursos.

Neste particular, a convergência de tecnologias de comunicações e *internet* desenvolveu o sistema de redes IP, que apesar de não ser novidade absoluta, tem potencial imenso e ainda desconhecido. Conectar escritórios remotos da mesma corporação ao redor do planeta, reduzir significativamente o custo com telefonia, efetuar chamadas de longa distância a custo local, integrar dispositivos móveis com telefonia fixa são apenas algumas das vantagens viabilizadas pela Telefonia IP.

É impossível prever todas as vantagens do VoIP sobre o sistema tradicional de tráfego de informações, em grande parte por que a tecnologia é tão nova que muitas das possibilidades sequer foram descobertas.

Exemplificativamente pode-se enumerar:

Custos mais baixos: em uma rede IP, o tráfego de informações é constante (*always on*) e os terminais estão sempre abertos e prontos a enviar e receber informações. Além disto, a rede IP é plana, ao contrário da rede STFC que é hierárquica. Dessa forma, todos os terminais estão interligados o tempo todo, eliminando os fatores tempo e distância na realização das chamadas.

Assim, pela rede IP todas as chamadas são tratadas como chamadas locais, e como a voz é tratada como um pacote de dados qualquer, o tempo da chamada não é computado, o que visivelmente reduz os custos com telefonia.

Convergência: A convergência tecnológica traz consigo a capacidade de integrar tráfego de voz, dados (multimídia – som e imagem) e vídeo através da mesma plataforma, reduzindo drasticamente os custos com infra-estrutura e possibilitando toda uma gama de outras aplicações, além de permitir um gerenciamento simplificado dos serviços.

Portabilidade: interessante vantagem da telefonia IP é a portabilidade. Uma vez que a localização geográfica é desconsiderada em tempos de rede mundial, o usuário pode fazer e receber chamadas em seu número IP estando em qualquer parte do globo, pagando sempre o mesmo valor pelas chamadas. Ainda, é possível programar para que as chamadas sejam encaminhadas para locais específicos em horários pré-determinados e modificar essas configurações a qualquer tempo de qualquer lugar.

Realocação simples: na telefonia tradicional, se o usuário mudar-se para o apartamento do andar de baixo, e quiser manter seu número de telefone, isso exigirá mudanças físicas e estruturais na rede STFC, ao passo que se o mesmo usuário usasse uma linha IP, ele poderia mudar-se do Brasil para o Japão e continuar usando o mesmo número de telefone IP sem maiores complicações.

Conferência multimídia: o VoIP permite que vários usuários mantenham uma mesma ligação de voz e vídeo ao mesmo tempo em que observam em monitores o gráfico que um deles está desenhando em tempo real ou uma apresentação multimídia que um deles está transmitindo. Por exemplo, a tecnologia permite que um grupo de engenheiros trabalhe no desenvolvimento de um projeto, discutindo por voz e compartilhando imagens, dados e documentos em tempo real.

A partir disto, tem-se uma idéia do potencial dessa tecnologia em comparação ao sistema tradicional de rede telefônica, que alcançou seu ápice com aplicações como chamada em espera e identificador de chamadas.

4. A ANATEL E REGULAÇÃO DO USO DE VOIP

4.1 A edição de normas pela ANATEL

A ANATEL, bem como as demais agências reguladoras, é legalmente dotada de competência para edição de normas sobre a matéria de sua alçada, no caso, telecomunicações.

Nesse sentido, a LGT determina que “*competete ao Conselho Diretor editar normas sobre matérias de competência da Agência*” (art. 22, IV, Lei 9472/97).

Entretanto, a legislação das agências não define a natureza nem estabelece o alcance dessa competência normativa.

E este é um detalhe importante quando se sabe que, no Direito Administrativo, a falta de autorização legal equivale a uma proibição.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”. (MEIRELLES, 2004, p. 88)

Alexandre Moraes vai além ao enunciar que, em direito administrativo, “*tanto os atos que contrariam a lei, quanto aqueles em que nela não se fundam, são defeituosos, viciados, inválidos juridicamente*” (MAZZA, 2001, p. 130)

A dimensão positiva do princípio da legalidade administrativa tem suscitado muita polêmica no âmbito de atuação das agências reguladoras, principalmente no que se refere ao seu poder normativo.

Dado que a competência normativa consiste na aptidão para emanar normas jurídicas, deve-se adotar como ponto de partida a própria noção de norma jurídica.

Segundo Norberto Bobbio, considera-se norma jurídica o comando de conduta cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada.

Em termos gerais, o dever normativo é aquele voltado à edição de proposições prescritivas cuja violação causa uma resposta proveniente do grupo social (sanção externa) e que, além disso, são aplicadas por órgãos estatais especializados, de acordo com regras preestabelecidas (sanção institucionalizadas). (BOBBIO, 2001, p. 159)

Evidente que o supracitado conceito é por demais amplo, e o dever normativo atribuído às agências reguladoras não inclui a competência para edição de todas as espécies de normas por ele abrangidas.

Desse modo, é necessário que se desenvolva um processo de sucessivos cortes no vasto campo semântico da expressão “norma jurídica”, a fim de precisar que normas podem emanar de tais entidades.

Em primeiro lugar, as agências reguladoras, obviamente, não podem editar normas constitucionais.

Não se pode admitir também que o poder normativo das agências envolva a criação de disposições de natureza legislativa, isto é, de normas que inovem originariamente na ordem jurídica.

No Brasil, a delegação do exercício de função legislativa ao Poder Executivo só pode ser realizada pelo Congresso Nacional em favor do Presidente da República, por meio de resolução, consoante no previsto no art. 68 da Constituição Federal. (MAZZA, 2001, p. 175)

Resta afirmar, que o poder normativo das agências não envolve a expedição de atos regidos pelo direito privado, uma vez que tais entidades, sendo expressão da vontade da

Administração Pública, atuam apenas na defesa dos interesses públicos e, tampouco cabe a elas prescrições de natureza jurisdicional, já que tal função é exclusiva, pelo princípio da unidade de jurisdição, ao Poder Judiciário.

Pelas razões expostas, conclui-se que o poder normativo em questão tem caráter infralegal, mesmo porque a própria legislação criadora das agências reguladoras, com destaque para a ANATEL, determina expressamente a subordinação de tais entidades ao princípio da legalidade:

Art. 38. A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade.(Lei 9472/97)

Não é outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal , que ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1668/DF proposta contra inúmeros dispositivos da Lei 9472/9, decidiu , quanto aos incisos IV e X do artigo 19, dar-lhes interpretação conforme a Constituição, pela qual a competência normativa da ANATEL “subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado”. (BRASIL, 1997) Ou seja, o poder normativo da agência, de acordo com o STF, é infralegal e infra-regulamentar.

Em suma, o legislador, ao atribuir às agências reguladoras competência para editar normas sobre matérias de sua alçada, não conferiu a tais entidades aptidão jurídica para emanar normas de natureza constitucional, legislativa, jurisdicional ou privada, mas sim de natureza administrativa, sujeitando-se aos princípios e regras do direito administrativo.

A competência normativa conferida às agências brasileiras não pode ser exercida de modo a criar inovações jurídicas não amparadas na lei, já que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, Constituição Federal). Isso por que tais atos normativos não passam de atos administrativos, portanto, atos de caráter infralegal, que não podem inovar originariamente na ordem jurídica. (MELLO, 1979, p. 316)

O órgão regulador difere de outros organismos governamentais na expedição de normas dessa natureza porque tem de tomar decisões que pressupõem competência técnica para que atenda aos anseios da coletividade.

Neste sentido a Lei Geral de Telecomunicações consagra o caráter funcional da regulação estatal, prescrevendo que o interesse coletivo deverá ser alcançado por meio do fomento à competição e repressão das infrações da ordem econômica:

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica. (Lei 9472/97)

É evidente o interesse público estar vinculado à competição entre as prestadoras de serviço, pois é sabido que a disputa pelo mercado fomenta o desenvolvimento tecnológico e reduz o preço das tarifas. Sem competição efetiva, a privatização do segmento perderia um pouco a objetividade.

Para que o cenário seja propício ao desenvolvimento da competição, no entanto, a regulação precisa permitir flexibilidade para acompanhar a evolução científica e, ao mesmo tempo, estabilidade, traduzida em segurança jurídica, para incentivar investimentos.

Uma Agência reguladora, ao desenvolver atividades funcionais, ou seja, atuar na busca e defesa de interesses que não são seus, mas da coletividade, deverá perseguir, mediante utilização de prerrogativas instrumentais, finalidades preestabelecidas em lei, pois apesar de as agências atuarem dentro de um espectro de dimensões grandes, seus poderes são delimitados por lei.

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

[...]

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções.
(Lei 9472/97)

O espírito que norteia a atuação da ANATEL no exercício destas prerrogativas se apóia em dois princípios fundamentais: “o da universalização dos serviços de telecomunicação e o da competição, que busca implementar e sustentar a concorrência entre as empresas prestadoras dos serviços de telecomunicação”(Relatório ANATEL, 2001) e, em respeito a estes dois princípios, a ANATEL se pronunciou oficialmente esclarecendo que tem por diretriz a neutralidade tecnológica

4.2 Impactos da ação reguladora da ANATEL sobre o mercado

Dado o extremo dinamismo do setor de telecomunicações, é fundamental que o órgão regulador disponha de poderes para estabelecer regras de forma a maximizar os benefícios, para a sociedade, das modificações propiciadas especialmente pela modernização da tecnologia.

Isso significa que a agência deve ter atribuições e poderes bastante amplos, para possibilitar que a lei não tenha de ser exageradamente detalhista — e conseqüentemente restritiva.

Quanto maior o avanço tecnológico, mais difícil se torna a tarefa de acompanhar a evolução do mercado, não sendo viável ao moroso processo legislativo orientar a prestação dos serviços, notadamente em telecomunicações, setor em que a evolução técnica caminha a passos largos.

Alguns especialistas defendem que a atuação de uma agência reguladora forte é cada vez mais importante para a indústria, já que a rapidez com que as decisões precisam ser tomadas tornou-se ainda maior.

Algumas das razões apontadas para a necessidade de uma ação reguladora efetiva da ANATEL dizem respeito à padronização de serviços ao usuário e à proteção ao consumidor, outras estão ligadas ao necessário respeito aos compromissos das concessionárias.

Além da universalização e competição a que faz menção a Lei Geral de Telecomunicações e que garantem menores custos, o usuário exige um mínimo de garantia e qualidade na prestação do serviço público a que tem direito de acesso.

A proteção dos interesses do consumidor deve ser objeto de atenção por parte da agência, a quem cabe especificar as obrigações de cada parte na relação de consumo e fiscalizar o cumprimento das regras estabelecidas.

Por outro lado, a regulação se faz necessária para proteção, também, do outro pólo da relação de prestação de serviços. As concessionárias de STFC possuem compromissos de continuidade e universalização dos serviços, o que exige vultuosos investimentos, sem falar na pesada carga tributária a que são submetidas.

Dessa maneira, falando especificamente de VoIP, essas empresas sentem-se prejudicadas quando este é ofertado a usuários brasileiros por empresas estrangeiras, sem presença no Brasil, à distância, e, por esse motivo, não se considerando obrigadas a cumprir com quaisquer normas impostas pelo Governo Brasileiro, mais particularmente pela ANATEL.

Há ainda outros conflitos de interesse em jogo, como por exemplo, os “supostos” direitos adquiridos de grupos econômicos que já operam no setor de telefonia, para continuar explorando o serviço, independente de qualquer novo evento.

Sobre esse ponto, interessante citar o raciocínio de Paulo Rebêlo:

Imagine a hipótese de, há cinco anos – quando a internet começou a se popularizar no Brasil – os Correios começarem a cobrar por cada e-mail enviado, sob alegação de que as pessoas estariam prejudicando a entidade por abdicar da carta em favor da internet. É mais ou menos o que pode acontecer. Cobrar por cada e-mail enviado? Fora de propósito... Muita gente não pensa assim: nos Estados Unidos, vários projetos de lei permanecem em estudo e alguns já estão em trâmite, cujo interesse é exatamente a

taxação do correio eletrônico – cobrar por cada e-mail que se envie.
(REBÊLO, 2001)

A despeito do que alegam as concessionárias, o órgão regulador pode, a qualquer momento, impor-lhes novas obrigações ou restringir-lhes a atuação, desde que respeite o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, na forma da Lei:

Art. 96 A concessionária deverá:

[...]

V - submeter-se à regulamentação do serviço e à sua fiscalização

Art. 108 [...]

§ 4º A oneração causada por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como pelo aumento dos encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda, implicará a revisão do contrato. (Lei 9472/97)

Plausível, sob certo aspecto, as alegações das concessionárias, pois em relação aos serviços prestados em regime privado, a liberdade é a regra, na medida em que constituem essencialmente exercício de atividade econômica privada e o mercado, em tese, se encarregaria de regular o setor. No entanto, como telecomunicação é um serviço público, a ação estatal se faz necessária na proteção dos interesses coletivos.

Uma das grandes diferenças entre o setor de Telecomunicações e outros de infraestrutura é o incessante avanço tecnológico. A criação de produtos, serviços e facilidades estimula a indústria e os consumidores rumo às inovações e, como consequência, o mercado se desenvolve impulsionado pelas oportunidades e pela competição.

Ainda assim, a regulação do setor deve estabelecer tão somente o modelo e as condições da prestação dos serviços e não as características e especificações tecnológicas das plataformas de suporte, sendo essa a única maneira de não engessar o desenvolvimento, incentivando a atualidade tecnológica.

A regulação deve ter, ao mesmo tempo, flexibilidade para acompanhar a evolução tecnológica e estabilidade para prover os incentivos necessários aos investimentos. (LEITE, 2004)

Foi essa a linha adotada pelo legislador quando da concepção da LGT. Dando ênfase à universalização e competição, a promoção e o estímulo tecnológico em telecomunicações,

não foram incorporados de maneira explícita no novo arranjo institucional do setor. A questão tecnológica não é tratada de maneira explícita na legislação pertinente.

À ANATEL, como agência reguladora submetida ao princípio da legalidade, só é permitido fazer o que a lei determina, e por essa razão, ela não regulamenta tecnologia e sim serviços de telecomunicação, como determina a LGT, que se omite na regulamentação de tecnologias.

A legislação pertinente observa o princípio do “maior benefício ao usuário e o interesse social e econômico do País”, de modo que engessar o desenvolvimento tecnológico iria de encontro ao espírito da Lei, pois este, embora de certa forma traga prejuízos às concessionárias, está a favor do usuário final.

Ainda podemos evidenciar o fato da atividade econômica no Brasil possuir diretrizes baseadas nos princípios da livre concorrência, livre iniciativa e repressão ao abuso de poder econômico, o que obsta qualquer iniciativa de limitação de atividades que possam trazer benefícios e redução de custos ao usuário final. (PEIXOTO, 2005)

Assim, constatado que a convergência tecnológica baseada no uso das redes IP traz grandes reduções nos custos telefônicos, a Agência deve zelar para que esse benefício seja repassado ao usuário final, conforme determinação expressa da LGT:

Art. 108 [...] § 2º Serão compartilhados com os usuários, nos termos regulados pela Agência, os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas. (Lei 9472/97)

Assim a tecnologia VoIP tem encontrado grande aceitação por parte dos usuários, que têm observado suas contas telefônicas sofrerem significativa redução mesmo com o aumento de chamadas DDD e DDI.

Proporcional à aceitação dos usuários é a resistência das operadoras em aceitar a nova tecnologia, pois o VoIP tira cada vez mais receitas da telefonia fixa.

Por óbvio as concessionárias têm procurado proteger seu mercado inibindo a proliferação do uso de VoIP, inclusive por meio de iniciativas flagrantemente ilegais que acabam por pressionar a ANATEL a acabar com o vácuo regulatório atinente ao assunto.

Recentemente, por exemplo, a Telemar incluiu uma cláusula no termo de adesão do provedor de acesso em banda larga *Velox* que estabelecia: "não é permitido o tráfego de voz sobre IP através da utilização do serviço *Velox*".

Em princípio, a ANATEL considerou a medida legal, mas dias depois, divulgou um comunicado oficial que afirma:

Contratos de prestação de Serviço de Comunicação Multimídia não podem impor restrições à transmissão de nenhum tipo de sinal (áudio, vídeo, dados, voz e outros sons, imagens, textos e outras informações), por ser um serviço abrangente que, por definição, possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia. (Comunicado Oficial da Anatel de 09/11/2005).

Mais do que uma discussão pontual, o episódio levantou o debate sobre os aspectos regulatórios do VoIP e a confusão trouxe amplas repercussões, forçando a ANATEL a assumir uma posição.

Na declaração oficial a ANATEL esclarece que não há restrição regulamentar que impeça uma prestadora de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) de usar a tecnologia Voz sobre IP no provimento de comunicação de voz.

Anteriormente a agência já se pronunciava, embora extra-oficialmente, no sentido de que aos operadores não existe qualquer restrição regulatória para a utilização de tecnologias e protocolos IP para a prestação de seus serviços, desde que use a tecnologia IP para prestar um serviço vinculado à respectiva licença que possuem.

O que ocorre, é que a plataforma IP possibilita a chamada “convergência tecnológica” - vale dizer, a possibilidade de uma única tecnologia transmitir (distribuir) conteúdos de voz, vídeo, dados e textos.

A convergência dificulta limitar a abrangência de cada tipo de licença, pois hoje é

impossível separar o que é telecomunicação, informática, internet – tudo isso é uma soma de fatores interdependentes e indissociáveis.

Em suma, a ANATEL foi pressionada pelo mercado a tomar uma posição, e o fez acertadamente:

VoIP não é serviço, mas sim uma tecnologia, e, como Órgão Regulador, a ANATEL tem por diretriz não regulamentar tecnologias utilizadas na prestação de serviço. (Comunicado Oficial da Anatel de 09/11/2005).

A agência foi ainda mais longe ao estabelecer diretrizes gerais ao uso de VoIP. Esclareceu que do ponto de vista regulamentar, um assinante do SCM pode se comunicar com um assinante do STFC destinado ao uso do público em geral, assim como de qualquer outro serviço.

O Regulamento do SCM estabelece, no entanto, que, na prestação do serviço não é permitida a oferta de serviço com características do STFC, a telefonia fixa convencional, em especial o encaminhamento, por meio da rede de SCM, de tráfego telefônico simultaneamente originado e terminado nas redes do STFC. Agora, oficialmente fica vedado uma comunicação iniciada por um assinante do STFC e dirigida a outro assinante do STFC, trafegar pela rede do SCM.

4.3 Experiência Internacional

Nos países onde a tecnologia chegou primeiro, a tendência ainda caminha pela não regulamentação.

O grande receio dos reguladores é interferir no desenvolvimento de uma tecnologia potencialmente vantajosa para os usuários e para o mercado, impondo regras cuja necessidade não mostra-se clara e cujos benefícios são incertos.

De fato, qualquer intervenção na economia deve sempre ser feita com uma análise de custo-benefício. Para muitos teóricos, a regulação deve ocorrer somente quando o mercado falhar em estimular um comportamento que beneficie o interesse público. (COSTA, 2004)

4.3.1 União Européia

A União Européia estabeleceu, em 1998, que Telefonia através da Internet não será objeto da mesma regulamentação aplicável ao STFC, ao menos até que certas condições sejam atingidas, como, por exemplo, qualidade equivalente àquela do STFC convencional.

Anos depois, em 2002, adotou um modelo regulatório para comunicação eletrônica que integra telecomunicações, radiodifusão e serviços baseados na Internet, onde o principal avanço, é a introdução do conceito de outorga de uma licença geral para a prestação de qualquer serviço, independente da tecnologia empregada e da sua finalidade.

A Diretriz 2002/20/EC que trata das Autorizações cria a outorga de uma Licença Geral para a prestação de qualquer serviço, independente da tecnologia empregada e da sua finalidade, tem como objetivo declarado criar uma estrutura legal capaz de assegurar a liberdade para os agentes econômicos oferecerem redes e serviços de comunicação eletrônica, no sentido de estimular o desenvolvimento de novos serviços e de redes de comunicação pan-européias e de permitir que provedores e consumidores se beneficiem com as economias de escala de um mercado integrado. (MELLO, J. B., 2004)

As Diretrizes procuram simplificar e compatibilizar as regras dos diversos países membros da Comunidade Européia para benefício de todos e busca também reduzir a burocracia e limitar a quantidade de obrigações dos provedores de serviço. Por exemplo, uma vez concedida a licença geral, o órgão regulador não poderá exigir uma nova autorização por ocasião do início da prestação de um novo serviços. Basta que o provedor notifique a Agência.

4.3.2 Reino Unido

O Reino Unido estabeleceu, em 2002, que VoIP somente será regulada quando uma das condições ocorrer: 1. o serviço for comercializado como substituto ao STFC tradicional; 2. o serviço for considerado pelo consumidor como substituto para o STFC; 3. O serviço for o único meio pelo qual o consumidor pode acessar o STFC.

Na visão inglesa, a regulamentação e a concessão de licenças não mais devem ser voltadas para serviços e, em alguns casos, para produtos, mas sim devem passar a ser voltadas para mercados.

As previsões mais otimistas prevêem a substituição do sistema tradicional de telefonia pelo sistema VoIP em todo país até 2009.

4.3.3 Estados Unidos

O órgão regulador das telecomunicações norte-americano, *Federal Communications Commission* — FCC, constantemente vem se manifestando contra a regulamentação da Internet e serviços que a utilizam.

O FCC decidiu (decisão Pulver.com de 12/02/04) que o serviço VoIP entre dois computadores conectados à Internet não é um serviço de telecomunicações e, portanto, não está sujeito ao *Telecom Act* de 1996. A distinção é de fundamental importância para definir o aspecto tributário que se adotará em relação ao serviço.

Ademais, tudo indica que os Estados Unidos serão os primeiros a efetivamente regulamentar o uso da tecnologia VoIP. Em 09/11/04, o FCC anunciou que as chamadas de Telefonia via Internet são na sua natureza interestaduais e desta forma sujeitas a jurisdição federal, ficando os estados proibidos a se pronunciarem sobre a regulamentação, de modo a evitar maiores dificuldades de interconexão.

4.4 Tendências Regulatórias

Não é uma tarefa fácil determinar qual o nível de regulação necessária para o VoIP, que, até agora, tem sido deixado livre de amarras e ao qual tem se permitido o desenvolvimento fora da regulação estatal que governa as telecomunicações.

A questão insurgente é qual o melhor posicionamento a ser adotado pela ANATEL na regulação do VoIP a fim de satisfatoriamente atender aos anseios do mercado.

Dois caminhos se sobressaem em meio à acalorada discussão em torno do assunto. Ou a agência continua classificando a maior parte dos serviços de VoIP como serviço de valor adicionado (SVA), forçando um encaixe no sistema regulatório dos serviços de telefonia tradicional já existente, ou ela concebe um novo modelo regulatório que governe todos os serviços baseados na tecnologia IP e suas aplicações.

É forçoso reconhecer que a voz é apenas mais uma aplicação capaz de trafegar pela rede IP, e assim, delimitando o que se trata de aplicação (serviço) e o que se trata de plataforma tecnológica ou meios que a viabilizam, o órgão regulador poderá focar seus esforços na regulação econômica – evitando o abuso do poder econômico – e na regulação social – buscando a universalização do acesso – permitindo, com isso, que a tecnologia se desenvolva com maior liberdade.

A separação da regulação econômica, que engloba aspectos como as taxas de interconexão, da regulação social, que diz respeito a assuntos como o fundo de universalização dos serviços, propiciará o desenvolvimento de acordo com as tendências do mercado à medida que deixa de lado a regulação tecnológica que engessa a evolução técnica.

4.4.1 Aspectos regulatórios

Regulação econômica: A competição efetiva, em prol dos interesses do usuário final, clama pela intervenção regulatória da agência reguladora.

O monopólio natural dos gigantes da telefonia traz consigo um sistema de cobrança por interconexão que cria distorções no mercado e onera excessivamente o usuário final. As taxas de interconexão – pagas por uma operadora à outra pelo direito de conectar-se à rede da

concorrente para o intercâmbio de tráfego – fazem com que essas distorções sejam exacerbadas quando impostas aos provedores IP.

No passado, as operadoras locais, em cujas redes as chamadas são iniciadas e terminadas, cobravam taxas de interconexão quando as operadoras de longa distância precisavam fazer uso de sua infra-estrutura. Com o desenvolvimento das telecomunicações, ao lado da Internet e das tecnologias de rede, provedores de serviços por cabo ou companhias *wireless*, todos estão submetidos ao pagamento de taxas de interconexão.

Ao invés de tratar essas novas entrâncias de maneira uniforme, o regime de cobrança pelo acesso impõe taxas que variam de acordo com o tipo e tamanho da companhia que deseja se interconectar, o local geográfico de origem da chamada e outros fatores.

Não obstante gerem bilhões de reais em rendimentos para as operadoras (cerca de 20% do faturamento das teles é proveniente dessa prática), as taxas de interconexão tem pouca ou nenhuma relação com os custos de manutenção das redes.

A intervenção da ANATEL nesta situação se faz necessária a fim de promover a adoção de uma política de cobrança uniforme de taxas de interconexão, com base apenas nos custos de manutenção das redes, e que trate da mesma forma todo o tráfego, não importando a origem geográfica da chamada ou a plataforma tecnológica usada pela companhia que se interconectar.

A intervenção regulatória nesse sentido facilitaria o intercâmbio de todo o tráfego na rede, inclusive de VoIP.

Regulação Social: A regulação social diz respeito, principalmente, ao Fundo de Universalização de Serviços de Telecomunicação (FUST).

O papel desse fundo é garantir que os serviços de telecomunicação alcancem todos que dele necessitem, especialmente em áreas isoladas, onde a demanda é pequena e não compensa o investimento em infra-estrutura e prestação de serviços.

É evidente que as grandes operadoras estão em melhores condições de promover o relevante papel social das telecomunicações que os pequenos provedores. No entanto não é justo que as últimas arquem sozinhas com o encargo.

Nesse aspecto a intervenção regulatória deve ser no sentido de equilibrar os esforços de acordo com a capacidade das empresas. Submeter os provedores VoIP, por exemplo, aos mesmos encargos sociais a que são submetidas as grandes operadoras impediria o desenvolvimento do setor e garantiria o monopólio tecnológico das últimas.

Regulação tecnológica: É possível afirmar que o modelo regulatório em telecomunicação hoje em vigor, foi construído ao redor de um único modelo de serviço, que usava uma única e ultrapassada tecnologia: a de circuitos comutados. Através dessa tecnologia somente o transporte de voz é possível, e essa aplicação é inerente à infra-estrutura e, por isso, tempo e distância são relevantes na prestação do serviço.

A telefonia está mudando. As companhias telefônicas já digitalizaram suas redes e as comunicações entre centrais já são 100% digitais e trafegam em pacotes, inclusive no Brasil. A comutação de circuitos, pilar histórico da telefonia, está agora restrita à última milha, ao terminal do assinante. Não bastasse isto, cada vez mais usuários estão deixando de usar a telefonia convencional e passando para a telefonia internet, diminuindo, conseqüentemente, o tráfego das operadoras. (NAZARENO, 2005, p. 25)

Diante deste quadro, observa-se que a tecnologia está fazendo seu papel oferecendo novos meios de comunicação e serviços a custos sempre menores para as operadoras, e como já mencionado no capítulo anterior, a LGT determina que essas vantagens econômicas sejam repassadas para o consumidor final:

Art. 108 [...]

§ 2º Serão compartilhados com os usuários, nos termos regulados pela Agência, os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou

racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas. (Lei 9472/97)

Importante ressaltar que este dispositivo legal não autoriza a ANATEL a regular o uso de tecnologias, apenas determina que os ganhos advindos em decorrência da modernização sejam compartilhados com os usuários.

Neste aspecto a ANATEL precisa fazer uso de suas prerrogativas para garantir a efetividade do dispositivo legal, tomando cuidado, contudo, para não exceder os limites do poder que lhe foi legalmente atribuído, de modo a intervir no desenvolvimento tecnológico.

De fato a regulação na seara tecnológica tende a engessar o desenvolvimento que, como determina a lei, deve ser fomentado pela agência reguladora.

Sobre o assunto, Tom Freeburg, o “Futurologista chefe” (*Chief Futurist*) da Motorola, que atualmente é um dos vice-presidentes da empresa e dirige seu Centro de Internet Rápida Sem Fio (*Broadband Wireless Center*), e tem como sua principal atividade nos últimos anos a pesquisa de tecnologias inovadoras, costuma afirmar que “sempre que houve uma colisão entre a tecnologia e o sistema legal, a tecnologia venceu”.

Desde fecundação *in vitro*, passando pelo direito autoral e indo até a utilização de células tronco, tentar impedir o avanço tecnológico através do ordenamento jurídico não tem se mostrado eficaz. A intervenção provoca atrasos na modernização e traz prejuízos à sociedade, mas no final a tecnologia supera a lei e confirma seu espaço.

4.4.2 Posicionamento da ANATEL

Com fundamento no princípio da estrita legalidade do direito administrativo, ao qual se encontra sujeita, a ANATEL durante muito tempo se absteve de tomar um posicionamento acerca do sistema de comunicação VoIP, baseada no fato de a lei não trazer permissivos à intervenção da agência na seara tecnológica.

A ANATEL, ainda que informalmente, assumia a posição de neutralidade tecnológica na sua ação regulatória, afirmando que a agência não regula tecnologias, mas sim serviços, e que a VoIP nada mais é do que uma tecnologia, a qual não pode ser classificada como um serviço de telecomunicação nem tampouco confundida com serviço de valor adicionado.

Recentemente, no entanto, um episódio veio a se tornar um divisor de águas na maneira de a agência encarar a questão.

O motivo foi uma cláusula incluída no termo de adesão do provedor de acesso em banda larga *Velox*, da concessionária Telemar, que proibia o uso de VoIP em sua rede. O texto estabelecia que "não é permitido o tráfego de voz sobre IP através da utilização do serviço *Velox*".

De acordo com a assessoria de imprensa da ANATEL, a Telemar tinha permissão para acrescentar tal cláusula no contrato de prestação do serviço de banda larga devido ao princípio do regime privado, que estabelece que a prestadora tem liberdade de fechar negócio com o usuário conforme lhe convenha.

Entretanto, no caso da proibição do uso de VoIP por meio do *Velox*, a regra não aplica porque o serviço de banda larga é oferecido por meio da licença SCM, que implica oferta de voz, dados e imagem. Logo, a Telemar não tem o direito de restringir qualquer sinal por meio da banda larga, inclusive de voz.

Em dois dias, a polêmica levou a ANATEL a mudar sua interpretação concernente à questão e a fazer um pronunciamento oficial a respeito, forçando a alteração pela Telemar da cláusula em questão.

O comunicado oficial que firma o posicionamento da ANATEL esclarece que "VoIP não é um serviço, mas sim uma tecnologia, e, como Órgão Regulador, a ANATEL tem por

diretriz não regulamentar tecnologias utilizadas na prestação de serviço”. (Pronunciamento oficial de 09 de novembro de 2005)

Desta declaração depreende-se que a ANATEL pretende manter-se afastada do cerne da discussão, ao menos por hora, deixando o mercado livre para a exploração da nova tecnologia.

O grande receio da agência é interferir no desenvolvimento de uma tecnologia potencialmente vantajosa para os usuários e para o mercado, impondo regras cuja necessidade não se mostra clara e cujos benefícios são incertos.

A LGT determina, em muitas oportunidades, o dever da ANATEL de fomentar a competição, criando, inclusive, os mecanismos para que ela seja alcançada. Levando-se em consideração esta importante tarefa, a agência deveria encontrar a melhor solução para o pleno desenvolvimento da VoIP no Brasil.

A partir do pronunciamento oficial feito pela ANATEL, fica claro o entendimento da agência de que a regulação deve ocorrer somente quando o mercado falhar em estimular um comportamento que beneficie o interesse público, sendo a liberdade o melhor incentivo para a evolução tecnológica.

5. Considerações finais

A adoção do modelo de Estado regulador tem como objetivo reduzir o âmbito de atuação estatal, incapaz de atender e acompanhar as necessidades do mercado, e ampliar as possibilidades para a iniciativa privada, com o cuidado, no entanto, de evitar os erros do antigo modelo liberal, por meio da regulação estatal, que compreende a fiscalização, controle e fomento de atividades econômicas específicas.

Para alcançar tal propósito, o Estado lançou mão da privatização das empresas estatais e da criação de autarquias especiais, denominadas agências reguladoras, com poderes e prerrogativas próprias para o exercício da atividade de regulação.

Dentro os serviços públicos que foram repassados à iniciativa privada está o de telecomunicações, sendo criada, em seguida, a Agência Nacional de Telecomunicações, que passou a ser o ente responsável pelo controle dos serviços prestados pelas concessionárias do setor.

Neste contexto, a demanda por informação e comunicação se avolumava, exigindo uma infra-estrutura única, com alta qualidade, máxima velocidade e custos reduzidos. E justamente por atender a todos esses requisitos é que o uso do protocolo IP para transmitir voz/dados através da plataforma da Internet surgiu e vem ganhando maior espaço.

Há muitas questões importantes que, nesse estágio de desenvolvimento da tecnologia, só podem ser controlados por meio da regulação, e, portanto, não podem ser deixados sob o controle da “mão invisível” do mercado, onde se faz necessária a intervenção da ANATEL.

Um modelo regulador ideal pode dirigir o mercado de acordo com o interesse coletivo, ao passo que um modelo errôneo pode prejudicar seriamente o desenvolvimento do mercado e conseqüentemente os investimentos no setor.

Prejudicando os investimentos, diminuem a competição e as oportunidades de escolha do consumidor, restando inovações. E inovação é o que leva a indústria da telecomunicação adiante.

O posicionamento da ANATEL de neutralidade tecnológica, abstendo-se de exercer sua função reguladora, fez com que o sistema VoIP caísse em um vácuo legislativo que, por trazer insegurança jurídica, acabou por inibir os investimentos e, conseqüentemente, o maior desenvolvimento da tecnologia.

É bem verdade que a VoIP mudou tudo o que era conhecido como telecomunicação até então: a tecnologia, a regulamentação, a economia e mesmo a linguagem técnica, fato que traz dificuldades extras à sua normatização.

Desapareceu a linha entre telecomunicação e serviços de informação como atualmente definido na legislação em vigor.

Toda a estrutura regulamentar – décadas de leis, regulamentos e normas infralegais – gira em torno de quem presta e quem paga pelos serviços de voz. Com a tecnologia de redes IP, rapidamente o mundo está se transformando em um lugar onde a voz não é nada mais que outro pacote que pode viajar pelo mesmo meio que hoje pode carregar um e-mail.

Qualquer tentativa de enquadrar o VoIP em alguma das categorias previstas na legislação em vigor, irá fatalmente falhar Por uma simples razão: custo. O VoIP torna impossível sustentar qualquer modelo de preços baseado no uso. A tendência é o oferecimento pelas operadoras de pacotes com mensalidade fixa, com uso irrestrito do serviço, o que forçaria a revisão dos contratos de concessão por alteração do equilíbrio econômico-financeiro.

Diante de tantas incertezas, era previsível a ocorrência de problemas no uso do sistema VoIP, como observou-se na polêmica da *Velox*, provocada pela proibição do uso da tecnologia pela Telemar, que forçou a ANATEL a posicionar-se oficialmente.

Em recente pronunciamento a agência declarou não ter autorização legislativa para regular o uso de tecnologias na prestação dos serviços, deixando transparecer o receio de interferir no desenvolvimento de uma tecnologia potencialmente vantajosa para os usuários e para o mercado, impondo regras cuja necessidade não se mostra clara e cujos benefícios são incertos.

A melhor solução que pode ser adotada no momento para o fenômeno VoIP, neste contexto de transição, é a cobrança pelo uso das redes STFC quando houver a necessidade de interconexão para completar uma chamada. Esse posicionamento mantém o *status quo* dos contratos de concessão com as operadoras, protege o Fundo de Universalização dos Serviços e deixa a telefonia IP pura, livre.

É claro que é uma solução para curto-prazo, pois como observado recentemente na expansão da telefonia celular, não levará muito tempo até que a rede STFC não seja mais necessária para conectar a maioria dos telefonemas.

Ainda levará algum tempo, no Brasil, para que as empresas de telecomunicação sintam a queda no faturamento, pois a disponibilidade de banda-larga é condição primordial para o uso de VoIP e a oferta do serviço aqui ainda está longe de ser universal.

O VoIP deverá influir necessariamente sobre a demanda dos serviços de DDD e DDI, onde os altos custos geram uma grande demanda reprimida. No entanto, o número de famílias brasileiras que dispõe de renda para serem consideradas usuários em potencial de banda-larga, e conseqüentemente de VoIP, ainda é muito reduzido, pelo que se conclui que o tráfego de longa distância convencional está longe de terminar em um futuro próximo, fato que deve ser considerado ao se pensar no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos do governo com as concessionárias.

A tecnologia está fazendo o seu papel oferecendo novos meios de comunicação e serviços a custos sempre menores. No entanto, os benefícios do uso de tecnologia não tem sido repassados ao usuário final, como determina que seja feito a legislação em vigor.

A Lei Geral de Telecomunicações atribui à ANATEL o dever de fomentar a competição, criando, inclusive, os mecanismos para que ela seja alcançada. Portanto, se tal incumbência vier a ser levada em consideração pelo órgão regulador, ele deverá abandonar seu posicionamento de neutralidade tecnológica a fim de propor uma solução para o pleno desenvolvimento da VoIP no Brasil.

As tentativas de encaixar o VoIP dentro da legislação existente não produzirão os resultados, e uma vez que a LGT não autoriza a ANATEL a exercer a regulação tecnológica, a agência deve lançar mão da regulação em seus aspectos econômico e social, criando, por exemplo, uma modalidade específica de STFC ou de SCM, com garantias de acesso e universalização sem prejuízo da livre competição.

Uma saída, que em tudo respeita o caráter infralegal do poder normativo da agência, seria, no caso do STFC, a flexibilização das metas de cobertura, qualidade e contribuição ao Fundo de Universalização dos Serviços, e no caso do SCM, a eliminação das restrições, juntamente com a definição da numeração e remuneração.

Cabe a agência encontrar uma solução para essa questão, pois ao mesmo tempo em que a lei não a autoriza a intervir na seara tecnológica, ela também atribui à agência o dever de fomentar o desenvolvimento e a competição no setor, de forma que se abster de regular o uso da VoIP, não é a solução adequada.