



Enap Escola Nacional de Administração Pública



Instituto Serzedello Corrêa
Escola Superior do Tribunal de Contas da União

ANA PAULA SMIDT NARDELLI

O DESAFIO DA EXPANSÃO DA INFRAESTRUTURA DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL:

Como os principais e recentes mecanismos de estímulo à
execução de projetos estruturantes podem impulsionar o setor

Brasília – DF

Abril/2018

RESUMO

O presente estudo tem como principal objetivo realizar um diagnóstico sobre quais os principais instrumentos de estímulo à execução de projetos estratégicos do setor de telecomunicações, buscando-se mapear as suas características quanto aos aspectos operacionais, jurídicos e econômicos, além das possíveis fontes de financiamento e os riscos e pontos de atenção associados a eles. Para se atingir o objetivo citado, adotou-se como metodologia de construção a realização de pesquisa bibliográfica, haja vista que foram avaliados trabalhos e estudos elaborados por outros pesquisadores ou instituições, e também a realização de pesquisa documental, considerando que foram utilizados dados e documentos governamentais referentes às duas últimas décadas, período analisado de alta relevância para a compreensão do setor de telecomunicações. Em síntese, como resultado do estudo, foram identificados e analisados quatro principais mecanismos de estímulo a investimentos no setor de telecomunicações para a execução de projetos estratégicos: a) estabelecimento de compromissos de investimentos em licitações de outorgas de serviços e bens; b) obrigações resultantes da celebração de termos de ajustamento de conduta (TAC) com os prestadores dos serviços de telecomunicações; c) realização de projetos a partir de leilões reversos de recursos oriundos de fundos setoriais de telecomunicações e de isenções tributárias; e d) utilização de saldos resultantes do final das concessões e de mudanças no modelo de prestação dos serviços de telecomunicações. No decorrer do estudo concluiu-se que todos os mecanismos refletem uma necessidade de se estimular investimentos pelas empresas privadas a partir de ações a serem feitas pelo Estado ou por meio de contratos e normativos já existentes, mas que há possíveis diferenças na forma como é escolhido o destinatário ou a empresa que irá usufruir desses estímulos ou benefícios financeiros. Também foram identificados os fatores relevantes que devem ser observados pelo poder público ao incentivar investimentos públicos pelo setor privado.

PALAVRAS-CHAVE

Infraestrutura; Investimentos setoriais; TAC; Leilões Reversos; Modelo de telecomunicações

1 INTRODUÇÃO

Os serviços de telecomunicações, principalmente o acesso à internet, passaram a ser elementos-chave para o desenvolvimento econômico e também social das nações. No Brasil, um país em desenvolvimento, a oferta e a expansão dos serviços de telecomunicações se tornam ainda mais relevantes, já que constituem importantes ferramentas de estímulo à evolução e ao desenvolvimento.

No final dos anos 90, época em que foi elaborado o atual marco regulatório do setor de telecomunicações do Brasil, o principal serviço demandado da sociedade era a telefonia fixa. Nesse contexto, foi previsto o regime público de prestação desse serviço, que estabeleceu obrigações de investimentos destinados a expandir a telefonia fixa e universalizá-la, com vistas a torná-la acessível a toda a população brasileira. Não foram impostas condições semelhantes aos demais serviços de telecomunicações, que estavam submetidos ao regime privado.

Ocorre que nos últimos anos o setor vem passando por grandes alterações, tanto tecnológicas quanto regulatórias, que devem afetar esse desenvolvimento, já que o serviço de telefonia fixa deixou de ser protagonista e os serviços de conexão à internet passaram a ser a principal demanda do setor, de modo que o estímulo de investimentos estratégicos nessa infraestrutura passou a ser essencial.

Consideram-se estratégicos os investimentos realizados com o intuito de massificar o acesso à internet à população brasileira e de promover uma expansão das redes de telecomunicações, de modo a reduzir o número de pessoas excluídas digitalmente e reduzir as desigualdades regionais dada a existência de regiões com déficit de infraestrutura.

Assim, estamos próximos de um momento de saturação das concessões de telefonia fixa no Brasil e espera-se que o modelo de prestação dos serviços de telecomunicações sofra alterações significativas em um futuro próximo, seja por modificações legislativas na Lei Geral das Telecomunicações (LGT), por medidas alternativas infralegais ou até mesmo por meio do próprio fim das concessões, cujo prazo de vigência acaba em 2025.

Tendo em vista o contexto de mudanças, se torna essencial uma ação conjunta entre o setor público e privado para alavancar os investimentos necessário no país a longo prazo para as telecomunicações. Diante desse cenário, no presente artigo busca-se compreender como uma parceria entre o setor público e o privado pode ser conduzida, considerando os aspectos operacionais, jurídicos e econômicos dos mecanismos que viabilizam a ação conjunta e quais são os resultados positivos e impactos negativos que se espera dos principais mecanismos de incentivo a investimentos.

Nesse sentido, o presente trabalho se propõe, sobretudo, a abordar se o atual sistema governamental de gestão e regulação do setor e o modelo novo em discussão possuem mecanismos eficientes para estimular investimentos estratégicos para o Brasil.

Para tal, pretende-se realizar um diagnóstico sobre quais os principais instrumentos de estímulo à execução de projetos estratégicos do setor de telecomunicações e como podem ser aplicados pelo poder público brasileiro de forma eficiente. Também busca-se mapear as características desses instrumentos quanto aos aspectos operacionais, jurídicos e econômicos, além das possíveis fontes de financiamento e os riscos e pontos de atenção associados a eles.

Assim, espera-se obter uma visão ampla dos principais mecanismos de incentivo de investimentos em projetos estruturantes do setor de telecomunicações para assegurar o desenvolvimento e a universalização dos serviços a ele atrelados, além de consolidar dados e análises que sirvam como subsídios para otimizar o uso dessas medidas.

O presente artigo será composto por três principais capítulos. O primeiro tem como objetivo contextualizar o leitor com relação ao referencial teórico existente, apresentando uma visão geral do setor de telecomunicações, o que inclui um breve histórico de intervenção e regulação estatal do setor no Brasil e os principais fatores inibidores de investimentos setoriais. O capítulo seguinte visa, com base no referencial teórico, identificar, para discussão, os principais tipos de mecanismos de estímulo a investimentos no setor, juntamente com suas características positivas e negativas. O último capítulo é destinado a apresentar as conclusões obtidas a partir dos dados e análises apresentadas nas sessões anteriores, buscando elencar pontos de atenção a serem observados pelo poder público para se obter maior efetividade na sua atuação.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

As telecomunicações, em especial o acesso à internet, passaram a desempenhar papel de alta relevância na sociedade moderna, alterando não apenas os hábitos dos indivíduos e a convivência e troca de conhecimentos entre eles, como também alteraram a forma como a sociedade evolui.

Um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, elaborada pelas Nações Unidas, visa “construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação”, sendo que uma das metas para isso consiste em, até 2020, aumentar significativamente o acesso às tecnologias de informação e comunicação e se empenhar para oferecer acesso universal e a preços acessíveis à internet nos países menos desenvolvidos (ONU, 2015).

Nesse sentido, as tecnologias de informação e comunicação (TIC) são essenciais para o desenvolvimento social e econômico da sociedade brasileira, dado que podem fomentar a evolução em várias outras áreas, como ampliar o acesso à educação, saúde, cultura, comunicação, participação social e informação, além de contribuir para a pesquisa e desenvolvimento (P&D) e o surgimento de inovações, de forma a impulsionar um maior desenvolvimento social, político e econômico, com potencial de reduzir desigualdades regionais e sociais e aumentar a competitividade do país (TCU, 2018).

As telecomunicações no Brasil estão regulamentadas pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT), Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe que o poder público tem o dever de garantir a toda a população o acesso às telecomunicações em condições adequadas e com tarifas e preços razoáveis, além de ser responsável por estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira (BRASIL, 1997)¹. Esses dispositivos legais estão em consonância com a importância das telecomunicações e, em especial, do acesso à internet, conforme citado anteriormente, e estão relacionados com o direito do cidadão brasileiro de ter acesso a esses serviços em toda a extensão territorial do país e com regularidade e padrões de qualidade adequados.

¹ Art. 2º, incisos I e II, da LGT.

Trata-se da chamada inclusão digital da população. Esse conceito deriva do fato de que, embora o desenvolvimento da informática e a acelerada expansão da internet tenham trazido novas formas de interação social e econômica, tal processo evolutivo também provocou o surgimento de uma nova classe social de excluídos: a digital (TCU, 2015a). São milhões de brasileiros que nunca acessaram a internet ou mesmo um computador, e assim permanecem afastados de novas oportunidades de trabalho, novos conteúdos culturais, bem como de novas formas de exercer a própria cidadania.

Diante de sua relevância social, pode-se afirmar que a busca pela inclusão digital é o processo que mais se destaca dentre aqueles que motivam e justificam uma atuação mais ativa do governo brasileiro em estimular investimentos específicos em projetos considerados estratégicos e estruturantes, não sendo suficiente contar somente com os investimentos realizados por iniciativa própria do setor privado.

Além do aspecto social mencionado, um segundo fator relacionado ao desenvolvimento econômico do Brasil motiva uma atuação ativa do governo em incentivar investimentos estruturantes em telecomunicações. Segundo QIANG, ROSSOTTO E KIMURA (2009), a internet não é apenas uma simples infraestrutura e sim uma tecnologia base para diversos fins que fundamentalmente pode reestruturar uma economia por meio de aspectos como o aprimoramento dos recursos humanos, o aumento de produtividade das empresas e indústrias e a melhoria da competitividade das comunidades e cidades que adotam a tecnologia.

Após análise de dados de diversos países com diferentes perfis econômicos, os autores supracitados concluíram que, nos países desenvolvidos, um aumento de 10% na densidade de acesso à banda larga foi associado a um aumento de 1,21% na taxa de crescimento do PIB per capita e, em países em desenvolvimento, a taxa identificada foi corresponde a um aumento de 1,38% (QIANG, ROSSOTTO E KIMURA, 2009).

No contexto brasileiro, segundo IPEA (2017), os resultados dos modelos estimados em seus estudos mostram que, no Brasil, o efeito da expansão da banda larga sobre o produto interno bruto (PIB) é positivo e significativo, sendo que, em média, a ampliação de 1% do acesso à banda larga acarreta em um aumento de 0,077% no PIB.

Diante da evidente importância da expansão da infraestrutura de telecomunicações, é necessário compreender como se deu a evolução desses serviços quanto aos aspectos tecnológicos e regulatórios para que, posteriormente, se conheça a situação atual da infraestrutura brasileira e suas fragilidades.

2.1. Evolução dos serviços de telecomunicações quanto aos aspectos tecnológicos e regulatórios

Sobre a evolução da tecnologia, BORTOLAZZI (2001) já havia identificado, no início dos anos 2000, que uma convergência tecnológica estava obscurecendo os limites entre as empresas dos setores de computação, telecomunicações e conteúdo, e que esse processo teria derrubado as barreiras entre as companhias telefônicas, de TV a cabo, de transmissão terrestre e via satélite, bem como criado espaço para novos serviços.

Em recente estudo elaborado pelo então Ministério das Comunicações brasileiro, em conjunto com a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, é possível constatar que, de fato, mudou-se o paradigma dos serviços que trafegam sobre as redes de telecomunicações, visto que essas estruturas se tornaram mais convergentes de forma que a diferenciação dos serviços que elas suportam está cada vez mais limitada à camada de aplicação (COMUNICAÇÕES, 2016).

Nesse sentido, dado que passou a ser possível e mais eficiente a exploração de todos os serviços a partir de uma mesma infraestrutura, tecnologicamente deixou de fazer sentido manter as antigas distinções existentes entre estruturas de redes e aplicações específicas para cada serviço. O estudo também apontou que, como resultado deste movimento, tem crescido a importância das redes de suporte aos serviços de telecomunicações que proveem conexões de dados, tanto as redes fixas quanto à rede móvel, e que é nesse novo contexto que deveria ser centrada a política pública de expansão dos serviços e redes de telecomunicações, já que a convergência promoveu alteração e ampliação da demanda por serviços de acesso à internet em banda larga, em detrimento de serviços especializados e com uso limitado (COMUNICAÇÕES, 2016).

Sobre o histórico brasileiro, até meados da década de 90, o principal serviço era a telefonia fixa, estando os demais serviços ainda em crescimento, como a telefonia móvel e a internet, encontrando-se esta última ainda em fase embrionária. Nessa época, a maioria

dos serviços era prestada por entes públicos. Ocorre que, segundo MASCARENAS (2008), o governo federal identificou o esgotamento do modelo e a necessidade de aporte de capitais privados ao setor, de modo que realizou uma mudança constitucional que manteve a competência da União para explorar diretamente os serviços de telecomunicações, porém, permitiu que os serviços de telecomunicações pudessem ser prestados por empresas privadas.

Segundo MARQUES (2012), podem-se listar dois princípios básicos que orientaram a reestruturação: a universalização dos serviços (expansão do conjunto de indivíduos com acesso à fruição dos serviços de telecomunicações) e a plena competição na exploração dos serviços de telecomunicações, em que houve o rompimento do padrão monopolista e a busca da diversificação da oferta de serviços e de prestadores num quadro de disputa tendente a elevar a qualidade e reduzir os preços.

Dessa forma, no final dos anos 90, foram feitas concessões de prestação do serviço de telefonia fixa às empresas existentes, cujos contratos previam obrigações específicas, como metas de universalização do serviço, padrões mínimos de qualidade a serem atendidos, obrigação de continuidade do serviço por meio da reversibilidade dos bens atrelados a ele, estabelecimento de estrutura e controle tarifários, entre outras.

Os demais serviços de telecomunicações, como a telefonia móvel e o acesso à internet em banda larga, por exemplo, que não detinham a mesma importância que a telefonia fixa à época, passaram a ser prestados pela iniciativa privada por meio de autorizações em regime privado, que não possui tantas obrigações contratuais e em que liberdade é a regra quanto às intervenções do poder público, conforme a própria LGT determina no art. 128, inciso I (BRASIL, 1997).

Trata-se de um ponto nevrálgico para o artigo acima mencionado, pois, devido à rápida evolução dos serviços de telecomunicações, sem que tenha sido atualizado o modelo de exploração de serviços desenhado há mais de 20 anos e sem que fossem aprimoradas as ferramentas governamentais para estímulo do setor, passaram a surgir dificuldades no cumprimento do papel do Estado em incentivar a expansão da infraestrutura de telecomunicações nas regiões que não seriam atendidas naturalmente pelo mercado

privado em regime de competição, principalmente com relação ao serviço de acesso à internet.

2.2. Breve panorama da situação atual da infraestrutura e da oferta de serviços de telecomunicações no Brasil

A partir do relatório anual geral sobre o setor de telecomunicações da Anatel, vê-se como evoluíram, desde 1998, os quatro principais serviços de telecomunicações, ou seja, a telefonia fixa (serviço telefônico fixo comutado ou STFC), a telefonia móvel (serviço móvel pessoal ou SMP), a banda larga fixa (serviço de comunicação multimídia ou SCM) e a TV por Assinatura (serviço de acesso condicionado ou SeAC) (ANATEL, 2017):

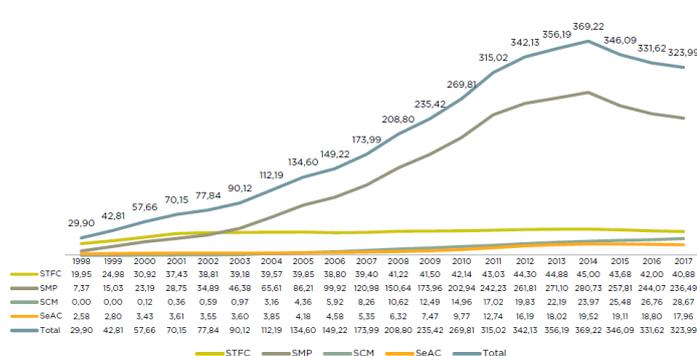


Figura 1: Evolução dos acessos de telecomunicações (em milhão). Fonte: Anatel, 2017.

Destaca-se, nesse cenário, o desempenho do serviço de internet banda larga (SCM), considerado um serviço de maior relevância nos dias atuais, que foi de praticamente nenhum acesso existente em 1998 para 28 milhões de acessos em 2017. Embora seja um crescimento expressivo, deve ser analisado o que significa esse desempenho no contexto brasileiro.

Ao comparar o número de acesso de banda larga fixa com a população brasileira e com a sua distribuição geográfica, o relatório evidencia uma desigualdade de distribuição do acesso à internet, principalmente nas regiões norte e nordeste do país, que possuem muito menos acessos existentes do que volume populacional (ANATEL, 2017). Soma-se a isso (e esse caso se aplica a todas as regiões) o fato de que a) muitos desses acessos podem estar concentrados em indivíduos específicos, de forma que, mesmo na região sudeste, por exemplo, o número de acessos supere a representatividade da população; e b) pode ocorrer de parcela significativa das pessoas naquela região geográfica sequer ter acesso à

internet, no caso de haver oferta de banda larga somente em bairros de maior poder aquisitivo.

Em consonância com o exposto acima, o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI), apontou que o acesso à Internet nos domicílios brasileiros é bastante desigual entre as áreas urbanas e rurais e entre as diferentes classes socioeconômicas (CGI, 2018). O estudo mostrou que a proporção de domicílios localizados em áreas rurais com acesso à Internet (34%) ainda representa quase a metade da observada entre os domicílios das áreas urbanas (65%). Da mesma forma, entre os domicílios das classes A e B, a presença de Internet foi bastante superior ao observado entre as demais classes, chegando cada vez mais próximo da universalização (99% e 93%, respectivamente), frente a apenas 30% das classes D e E.

A banda larga fixa requer a instalação e investimentos em uma infraestrutura mais completa, mais permanente e com possibilidade de ofertar melhores serviços, de forma que é mais intuitivo traçar uma relação entre a rede fixa e um melhor atendimento da população na região analisada, do que com a rede móvel, já que essa última possui capacidade e serviços com maior limitação.

Com isso em mente, destaca-se que a pesquisa também apontou que os domicílios localizados nas regiões norte, nordeste e centro-oeste possuem reduzida infraestrutura em rede fixa, chegando inclusive ao ponto de os domicílios da região norte serem mais atendidos por banda larga móvel do que fixa. Também se identifica uma desigualdade social, de modo que as classes mais carentes possuem menos acesso a infraestrutura de rede fixa e dependem mais da banda larga móvel, o que não ocorre nas classes altas.

No contexto internacional, o ranking das Nações Unidas baseado em onze índices destinados a mensurar o acesso, uso e habilidades vinculadas às tecnologias de informação e comunicação indica que o Brasil se encontra na 66ª posição dentre os 176 países avaliados, ficando atrás de países vizinhos como Uruguai (42ª), Argentina (51ª) e Chile (56ª) (UIT, 2017).

Diante dos dados apresentados, é possível observar que, embora a livre iniciativa e competição do mercado privado tenha trazido grande evolução tecnológica, expandindo e modernizando os serviços de telecomunicações no Brasil, há uma lacuna na atual

sistemática e que deve ser compensada por outras medidas, visto que a) há regiões e classes sociais desassistidas e que carecem desse tipo de infraestrutura, principalmente para o serviço de acesso à internet; e b) há regiões que necessitam de melhoria da qualidade das conexões ali existentes.

Essa situação torna relevante haver mecanismos em que o poder público estimule o atendimento de pontos e pessoas por meio do uso de recursos públicos ou por instrumentos similares, a serem avaliados no próximo capítulo.

2.3. Identificação das possíveis causas da carência de infraestrutura e da ausência de investimentos em telecomunicações em algumas regiões brasileiras

É possível identificar dois tipos de fatores inibidores que resultam em dificuldade de expansão da infraestrutura e da oferta dos serviços de telecomunicações para atender parcela desassistida da população, adiante mais bem delineados: a) fatores relacionados a características intrínsecas às condições geográficas e econômicas brasileiras; e b) fatores relacionados com a atuação indevida do Estado.

2.3.1. Fatores relacionados a características intrínsecas às condições geográficas e econômicas brasileiras

O primeiro fator inibidor para a expansão da infraestrutura de telecomunicações no Brasil é evidentemente a dimensão continental do país (COMUNICAÇÕES, 2016). A preocupação primária é garantir que a rede principal das operadoras alcancem todas as regiões brasileiras, sem deixar municípios e localidades sem conexão com o restante da rede, o que é um desafio grande, pois a vasta extensão territorial e as dificuldades de instalação da rede (intrínsecas às características naturais do Brasil) resultam em altos custos de investimento de infraestrutura para atender, em alguns casos, regiões que possam não dar retorno financeiro suficiente para compensar os gastos das empresas.

Como exemplo, cita-se o fornecimento de serviços de telecomunicações a comunidades remotas na região da floresta amazônica, em que as grandes dimensões territoriais e a sua precária rede de estradas resulta em uma natural concentração demográfica ao longo das margens dos rios, o que dificulta a instalação de cabos e de infraestrutura de telecomunicações. Assim, o alcance a rede das operadoras é mais limitado, por ser uma

região geográfica de difícil acesso, e não há suficiente retorno comercial perante os altos investimentos.

Ainda no âmbito do primeiro fator inibidor, cita-se que há a necessidade de se estimular o aumento da capilaridade das redes locais e intermunicipais das prestadoras em condições desfavoráveis, em que a dispersão da população em áreas geográficas relativamente distantes, como áreas rurais, torna difícil rentabilizar os investimentos para expandir a rede de forma a atender toda a população. Soma-se a isso dificuldades geográficas que impedem que a infraestrutura de telecomunicações se expanda de forma homogênea até mesmo quando considerados dois bairros dentro de um mesmo município.

Outro fator inibidor de investimentos é a baixa atratividade econômica de algumas localidades e a baixa demanda de serviços que isso gera no setor de telecomunicações, o que gera um desincentivo ao investimento em algumas regiões e localidades que possuem baixa renda. A desigualdade social e o baixo desenvolvimento econômico do Brasil também refletem nas próprias condições e interesses humanos em acessar ou usufruir de tais serviços, o que gera um novo fator inibidor de investimentos.

Segundo o TCU (2015), são pilares para a inclusão digital da população: a infraestrutura, a existência de conteúdo adequado e, por último, a alfabetização digital dos indivíduos. Dessa forma, para as operadoras não é sustentável construir uma infraestrutura de telecomunicações sem ter a certeza de que a população e o setor produtivo daquela região estão alfabetizados digitalmente, ou seja, que terão interesse ou até mesmo condições e competência de usufruir daqueles serviços.

Os fatores inibidores de investimentos relatados anteriormente são agravados pelo fato de que o Estado brasileiro possui um longo histórico de orçamento público restrito e possui condições econômicas limitadas. Não apenas a instabilidade econômica brasileira afasta naturalmente investimentos no país, como inviabiliza ações governamentais destinadas a compensar as limitações descritas anteriormente, intrínsecas às condições geográficas e sociais brasileiras, como ações de estímulo à alfabetização digital e de subsídio a investimentos em regiões que não seriam atendidas naturalmente pelo setor privado.

2.3.2. Fatores relacionados à atuação indevida do Estado

É possível constatar que há fatores inibidores da expansão das redes de telecomunicações que estão atrelados à forma como o Estado vem fazendo o uso de seus mecanismos regulatórios. O primeiro deles está relacionado com as obrigações atreladas às concessões de telefonia fixa, em especial com exigência de continuidade do serviço e de universalização.

Sobre a continuidade do serviço, o art. 102, parágrafo único, da LGT estabeleceu a reversibilidade dos bens atrelados ao serviço de telefonia fixa como um possível mecanismo de garantir a continuidade do serviço (BRASIL, 1997). Segundo CARVALHO (1956), os bens da concessão devem ser, no fim do prazo desta, entregues pelo concessionário ao poder concedente em virtude da sua destinação ao serviço público. O autor afirma que essa entrega constitui corolário do contrato em que o concessionário se coloca transitoriamente no lugar do concedente para a prestação de um serviço que incumbe a este e que a feição devolutiva da entrega de bens resultou na denominação de reversão de bens.

Desde 1998, início das atuais concessões de telefonia fixa, a infraestrutura vinculada à prestação do serviço já era reversível e deveria retornar à União ao final da concessão, seja por ter transcorrido o prazo naturalmente previsto para o fim das concessões, em 2025, ou por qualquer outra razão que levasse à extinção da concessão (TCU, 2015b).

Ocorre que, segundo o TCU (2015b), há divergências de interpretação da regulamentação do tema dentro da própria Anatel e entre os demais atores do setor e (o que é ainda mais preocupante) os processos de regulamentação, controle e acompanhamento e fiscalização realizados pela Anatel sobre o tema de bens reversíveis possuem fragilidades que impactam nas atividades de controle e acompanhamento de bens, de forma que esses processos não garantem a fidedignidade e atualidade dos bens reversíveis.

É justamente essa falta de definição e controle do poder público que geram outros dois fatores inibidores que prejudicam investimentos no setor de telecomunicações brasileiro e que estão atrelados aos bens reversíveis: a) a insegurança jurídica e financeira sobre o que ocorrerá ao fim das concessões com relação aos valores envolvidos e à destinação dos bens vinculados à telefonia fixa; e b) a confusão patrimonial gerada pela convergência tecnológica dos serviços, dado que a evolução das tecnologias de telecomunicações

resultou no uso de uma mesma infraestrutura de rede para a prestação de todos os serviços, e pela ausência de tratamento do tema pelo poder público. Observa-se que ambos os fatores inibidores surgiram de problemas que independem de qualquer alteração legal do modelo de telecomunicações adotado pelo Brasil atualmente.

Conforme apontado pelo TCU (2015b), é possível verificar que a atuação intempestiva e possivelmente falha do poder público sobre o tema da reversibilidade de bens das concessões de telefonia fixa resultou em problemas que trazem prejuízos à dinâmica de investimentos e à segurança jurídica do setor. O histórico e os apontamentos apresentados anteriormente são importantes para o presente artigo, pois, além de identificar fatores inibidores de investimentos em infraestrutura de telecomunicações, demonstram que haverá um saldo de recursos ou de bens patrimoniais a serem transferidos à União ao final das concessões, uma ocorrência relevante para um dos principais mecanismos que serão abordados na próxima seção do artigo.

Sobre as obrigações relacionadas com a universalização dos serviços de telecomunicações, sabe-se que elas somente são impostas ao serviço prestado em regime público, ou seja, às concessões de telefonia fixa, conforme art. 63 da LGT (BRASIL, 1997). Entretanto, com a redução da importância deste serviço e com o aumento da demanda pelos demais serviços, como telefonia móvel e acesso à internet, a ausência de obrigações contratuais que exigissem das operadoras a expansão de tais serviços em áreas estratégicas para o país resultou em um novo fator inibidor de investimentos destinados a atender o interesse público.

Apesar de o tratamento das questões afetas à continuidade e universalização do serviço de telefonia fixa poderem ser feitas já pelos meios disponíveis ao Estado no modelo atual de telecomunicações, é evidente que a atualização legal do modelo de telecomunicações poderia auxiliar esse processo, ou até mesmo acelerá-lo. É sobre esse ponto que surge um novo fator inibidor de investimentos no setor: a falta de tempestividade ou morosidade na realização de ações públicas concretas e efetivas que atualizem ou compatibilizem o modelo vigente com as novas demandas do setor.

Permanece a necessidade de ajustes no modelo de telecomunicações ainda que o poder público, nas duas últimas décadas, já tenha identificado a alteração na importância dos

demais serviços em comparação com a telefonia fixa, como evidencia o Decreto 4.733, de 2003, que destaca como objetivo da política pública a garantia do acesso à internet para todos os cidadãos, e já tenha apontado explicitamente a necessidade de alteração do modelo, conforme relatório ministerial de 2016 (COMUNICAÇÕES, 2016).

Ressalta-se que recentemente passou a haver uma intensa movimentação do setor e do congresso nacional em aprovar o projeto de lei PLC 79/2016 (CÂMARA, 2016), tendo sido inclusive enviado à sanção presidencial, porém, retornado ao Senado Federal após determinação judicial do Supremo Tribunal Federal por problemas processuais. As alterações propostas no projeto de lei também serão tangencialmente abordadas nas próximas seções, embora o presente trabalho não se proponha a avaliar a adequabilidade ou não do projeto e nem se ele seria suficiente para endereçar todos os problemas do setor e atender plenamente às demandas e mudanças necessárias para o Brasil a longo prazo.

Além de existirem indícios de que o atual modelo esteja descasado com a realidade em que se encontra o setor de telecomunicações, algumas ferramentas governamentais pensadas originalmente para estímulo do setor também não estão apresentando resultados efetivos. Esse é o caso das ações que seriam executadas a partir do uso de fundos setoriais, dado que, segundo o TCU (2016a, p. 13), os recursos públicos desses fundos historicamente não estão sendo devidamente utilizados para o propósito para o qual foram criados, sendo inclusive utilizados para pagamentos de outras despesas governamentais que sequer tem relação com o setor.

Ademais, é possível identificar que o modelo e os normativos que criaram os fundos também se encontram desatualizados, já que, por exemplo, o fundo de universalização existente (Fust) não pode ser utilizado para incentivar a expansão de outros serviços que não sejam a telefonia fixa, ainda que eles tenham se tornado mais relevantes.

Outro fator que inibe a expansão da infraestrutura de telecomunicações está relacionado com a falta de clareza e definição pelo poder público da política pública setorial de longo prazo. Se o governo brasileiro pretender atrair novos investimentos e destinar corretamente os recursos já existentes para expandir estrategicamente a rede de comunicação de dados, é necessária uma definição clara sobre quais são os objetivos a serem buscados pelo Brasil quanto ao futuro do setor de telecomunicações.

No entanto, segundo o TCU (2018), embora o governo federal e os estaduais venham empreendendo diversas ações pontuais ao longo dos anos, não existe uma política pública de banda larga com visão de longo prazo, instrumentalizada em um plano estruturado com metas e objetivos e também não existe uma instância de coordenação atuante para integrar as iniciativas, suas inter-relações com outros setores e outras esferas de governo.

Por último, outro fator inibidor identificado é a elevada carga tributária brasileira sobre o setor de telecomunicações, algo que depende diretamente da atuação governamental. Segundo SOUZA & ÁVILA (2015), há uma quantidade significativa de tributos que incidem sobre esses serviços, cuja natureza jurídica varia entre contribuição e imposto. Aplicáveis cumulativamente, esses tributos oneram de maneira significativa os custos da prestação de serviços de telecomunicações e isso reflete nos preços cobrados da população, o que resulta em um desincentivo para todos os atores envolvidos e para a expansão da infraestrutura. No cenário internacional, tanto para a banda larga móvel quanto para a fixa, dentre 162 países avaliados pelas Nações Unidas em 2018, o Brasil foi o que apresentou as maiores taxas de incidência de impostos nos serviços citados, chegando a um percentual de 40% do valor do serviço, número esse bastante superior à média internacional, que gira em torno de 16% (UIT, 2018).

Diante de todo o exposto, resta evidente que há lacunas na atual sistemática do setor de telecomunicações brasileiro, oriundas de diversos problemas que englobam tanto questões intrínsecas às características do Brasil quanto questões de falhas na gestão e regulação do Estado.

3 METODOLOGIA

O processo conduzido para a elaboração do presente estudo seguiu a metodologia explicitada no seguinte fluxo de trabalho:

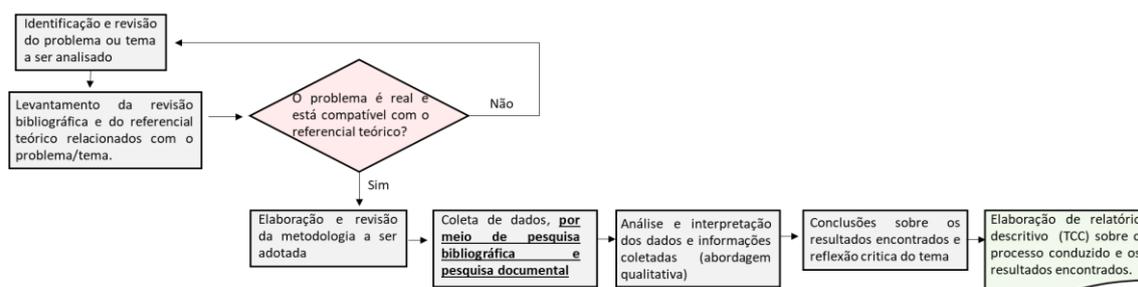


Figura 2: Fluxograma da metodologia de pesquisa utilizada. Fonte: Elaboração própria.

Adotou-se como metodologia de construção principalmente a realização de pesquisa bibliográfica, haja vista que foram avaliados trabalhos e estudos elaborados por outros pesquisadores ou instituições, e também a realização de pesquisa documental, considerando que foram utilizados dados e documentos governamentais referentes às duas últimas décadas, período de alta relevância para o setor de telecomunicações.

Ambas as metodologias de pesquisa citadas foram conduzidas respeitando as seguintes principais etapas: a) o levantamento de informações originárias de diversas fontes, que englobavam desde artigos acadêmicos até relatórios governamentais e projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional brasileiro; b) a avaliação crítica da confiabilidade de tais informações; c) a realização da análise dos dados e informações a partir de uma abordagem qualitativa; d) a realização de uma análise comparativa entre os problemas identificados e os dados obtidos para cada um dos mecanismos de estímulo a investimentos; e e) o mapeamento dos pontos positivos e negativos a serem observados pelo poder público.

As análises documental e bibliográfica incluíram contribuições da sociedade às consultas e audiências públicas, o que permitiu a consolidação de opiniões e análises críticas de diversos atores do setor. Dessa forma, a partir do referencial teórico desenvolvido, foi possível, nos resultados e discussões, apresentar e argumentar quatro principais tipos de mecanismos de estímulo a investimentos que viabilizam a execução de projetos estratégicos.

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Foi apontada a existência de lacunas na atual sistemática do setor de telecomunicações brasileiro que podem ser compensadas por outras medidas e mecanismos por meio dos quais o poder público estimule o atendimento de localidades e pessoas utilizando recursos afetos ao Estado, principalmente, para o serviço de acesso à internet.

Uma opção para solucionar o problema seria a construção e a prestação dos serviços de telecomunicações diretamente pelo Estado. No entanto, conforme explicado na seção 2.2, já houve uma época em que as telecomunicações eram predominantemente prestadas pelo Estado, situação essa que perdurou até meados da década de 90, quando foi identificado

o esgotamento desse modelo e a necessidade de aporte de capitais privados para impulsionar ao setor.

Assim, como consta na seção 2.3, a partir dessa modificação do modelo brasileiro, houve um crescimento significativo da quantidade de acessos e tipos de serviços existentes no Brasil, de modo que é notório que a abertura do mercado para prestação dos serviços de telecomunicações pelo setor privado, de forma geral, se mostrou eficiente para garantir a ampliação da competição e a tempestividade na busca pela modernização tecnológica, estando em consonância com os modelos adotados internacionalmente.

Dessa forma, não há indícios que apontem que a prestação dos serviços de telecomunicações diretamente pelo Estado seja a melhor solução a ser adotada. Ademais, eventual solução nesse sentido demandaria recursos da Administração Pública que, atualmente, encontra-se com restrição orçamentária.

Entretanto, há lacunas no modelo atual que poderiam possivelmente justificar uma atuação mais direta do poder público e, nesse sentido, o governo brasileiro reativou a extinta estatal Telebras, por meio do Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010 — atualmente substituído pelo Decreto nº 9.612, de 17 de dezembro de 2018, e deu à estatal a competência, entre outras, de oferta de serviço de conexão à internet apenas em localidades onde inexista oferta adequada daqueles serviços. A participação da Telebras no mercado de telecomunicações tem menor representatividade quando comparada com a das demais operadoras, o que é evidenciado pelo fato de que a maioria da rede terrestre da estatal é composta por infraestruturas subcontratadas de outras empresas, incluindo outras duas grandes operadoras (TELEBRAS, 2018).

Ressalte-se que não é escopo do presente artigo fazer uma análise da efetividade da empresa estatal, de modo que, tendo em vista a reduzida representatividade da rede da estatal frente às outras operadoras no cenário nacional e, principalmente, considerando o histórico brasileiro do ganho de eficiência positivo trazido pela delegação da prestação do serviço ao setor privado pelo poder público, ater-se-á a avaliar quais são os mecanismos de incentivo a investimentos que considerem apenas a iniciativa privada como principal responsável pela execução de projetos estruturantes.

Busca-se, nesse sentido, explorar os instrumentos que possibilitem impulsionar o setor de telecomunicações e o atendimento a regiões carentes de infraestrutura e de serviços por meio de parcerias entre público e privado que possam otimizar os gastos e ampliar a efetividade dos resultados obtidos. Deve ser ressaltado que, assim como foi feito por ANJOS (2017), a expressão “parceria” está sendo utilizada em sentido genérico, fazendo referência a qualquer espécie de relação ou negócio jurídico público-privado, sem significar especificamente as parcerias (PPP) previstas na Lei nº 11.079/2004.

Conforme art. 1º da LGT, compete à União, por intermédio do órgão regulador, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações nos termos das políticas públicas estabelecidas pelos poderes executivo e legislativo (BRASIL, 1997). Os termos impostos significam que a elaboração das políticas públicas permanece como atribuição dos poderes políticos, de modo que o órgão regulador, embora seja autônomo, limita-se a executá-la ou implementá-la (MASCARENAS, 2008).

De toda sorte, considerando a opção para solucionar as lacunas na atual sistemática do setor de telecomunicações brasileiro por meio de acordos entre os setores público e privado, o órgão regulador — a Anatel — passa a ter papel de alta relevância. Segundo ANJOS (2017), no papel de regulador do Estado, há um forte compromisso com a expertise técnica e administrativa, como decorrência do pressuposto de que a realidade contemporânea exige elevado grau de conhecimento sobre os setores regulados para atingir eficiência na consecução dos seus fins.

Nesse sentido, por operacionalizar a função administrativa, o Estado Regulador emprega em seu funcionamento elementos da administração privada, mais ainda, busca formar parcerias com o setor privado. Segundo o autor supra, de um lado cabe ao setor privado realizar a atividade econômica geradora de riqueza e, do outro, ao Estado estimular e regular a produção econômica nacional, sendo que cabe ao ator público primordialmente investir quando riscos e incertezas afastam o capital privado.

Assim, se o Estado e seus agentes precisam interagir com atores privados para a realização de projetos e investimentos estruturantes, logicamente as regras jurídicas que moldam essas relações entre atores públicos e privados precisam ser as melhores possíveis na construção de instrumentos que forneçam segurança jurídica, flexibilidade, agilidade,

transparência e controle ou accountability (ANJOS, 2017). Embora o autor citado esteja se referindo a projetos vinculados à ciência, tecnologia e inovação, entende-se ser aplicável também às telecomunicações, já que compõem a estrutura básica para os anteriores e enfrentam situações semelhantes em muitos sentidos.

Dessa forma, para que se atinjam bons resultados no uso de mecanismos de estímulo a investimentos estratégicos no setor de telecomunicações, cabe ao governo brasileiro alinhar os interesses privados ou individuais às metas de interesse público e compatíveis com a política pública setorial, buscando utilizar diferentes fontes de financiamento, ainda que não sejam recorrentes, com vistas a compensar as lacunas da atual sistemática brasileira, em que há uma demanda por investimentos em projetos que se mostrariam desestimulantes para o setor privado.

A necessidade por uma atuação conjunta entre público e privado é exaltada pelo fato de que os principais serviços de telecomunicações relevantes atualmente (a telefonia móvel e o acesso à internet) são prestados em regime privado, em que a autorização dada para a prestação dos serviços não está atrelada a obrigações contratuais de investimentos em projetos demandados pelo poder público. Conforme apontado por ANJOS (2017), embora aos agentes econômicos da sociedade civil seja reconhecido o direito à liberdade de iniciativa, tais opções jurídico-econômicas não são livres em absoluto e encontram limites em outros princípios e fundamentos da ordem econômica.

Com base no disposto na Constituição Federal, o autor acima mencionado destaca que, embora a propriedade seja privada, ela deverá atender à sua função social (art. 170, III) e embora haja liberdade de iniciativa, ela estará condicionada a outras questões, como os direitos dos consumidores (art. 170, V), por exemplo. Além disso, a atividade econômica está limitada ao fato de o Estado lançar mão de mecanismos, como tributários, entre outros, que busquem a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) (ANJOS, 2017).

Entre os princípios constitucionais a serem observados na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações, o art. 5º da LGT expressamente ressalta o da função social da propriedade sobre as redes, face ao papel fundamental que desempenham nas telecomunicações. Com base nessa razão é que a referida lei determina, de maneira

explícita, que o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social (MASCARENAS, 2008).

Além da fundamentação exposta, baseada na essência da função do serviço para a sociedade, é possível identificar que o poder público possui instrumentos legítimos para fundamentar e promover uma ação conjunta com a iniciativa privada no intuito de estimular o setor de telecomunicações por meio da aplicação de recursos públicos em projetos estruturantes executados pelas empresas privadas. Observando o contexto atual brasileiro e as ferramentas disponíveis pelo Estado, é possível destacar quatro principais tipos de mecanismos de estímulo a investimentos que viabilizam a execução de projetos estratégicos, a serem analisados nas seções a seguir.

4.1. Estabelecimento de compromissos de investimentos em licitações de outorgas de serviços e bens

A LGT prevê a realização de licitação pelo poder público, representado pela Anatel, em diversas situações. A primeira delas se refere às outorgas de serviços de telecomunicações às empresas que visam prestar esses serviços. Os arts. 88, 119 e 136 estabelecem que as concessões, autorizações e permissões de prestação de serviços, tanto em regime público quanto privado, serão outorgadas mediante licitação. A lei também estabelece a realização de licitação para autorizar terceiros a usufruírem de bens patrimoniais atrelados às telecomunicações e pertencentes à União.

O art. 164 trata do primeiro bem público a ser discutido, qual seja, as radiofrequências disponíveis no Brasil, cuja autorização de uso dependerá de licitação e será sempre onerosa. Esclarecendo a questão técnica, PINHEIRO (2015) explica que as radiofrequências consistem no meio pelo qual são transmitidos os dados e informações nas telecomunicações e que, em termos econômicos, o espectro radioelétrico (ou conjunto de radiofrequências) pode ser conceituado como o bem escasso, renovável, rival e excludente, cuja regulação pode criar barreiras à entrada e gerar relevantes efeitos de rede no âmbito das telecomunicações. É por essas características que se torna relevante a realização de procedimento licitatório para uso desse bem.

O mesmo ocorre com outro bem público escasso, previsto no art. 172 da LGT, a saber: a ocupação da órbita e de radiofrequências atreladas ao direito de exploração de satélite

brasileiro para transporte de sinais de telecomunicações. Nesse caso, além do uso das radiofrequências citadas acima, o prestador de serviço também ocupa uma parcela do espaço orbital brasileiro com seu satélite, outro bem escasso que comporta somente um número limitado de usuários, o que justifica a necessidade de tal autorização resultar de licitações.

Com a realização de licitações e outorgas onerosas, é evidente que a União arrecada um volume significativo de recursos. Para fins de dimensionamento do potencial volume de recursos associado às licitações de serviços e bens de telecomunicações, citam-se alguns dos valores arrecadados apenas no ano de 2015 para autorizações de bens que, quando comparadas às demais existentes, não se destacavam por serem de valores tão expressivos: a) na licitação que teve por objetivo a expedição de autorizações para uso de radiofrequências nas faixas de 1.800 MHz, 1.900 MHz e 2.500 MHz, a Anatel recebeu propostas no valor de R\$ 852 milhões (ANATEL, 2015b); b) na Licitação nº 1/2015-SOR/SPR/CD-ANATEL que ofertou direitos de exploração de satélite, a agência arrecadou R\$ 183 milhões (ANATEL, 2015a).

Quando se tratam de bens bastante valiosos para o mercado, a arrecadação aumenta significativamente, como foi o caso do leilão do uso da faixa de radiofrequência de 700 MHz (utilizada pela telefonia móvel em tecnologia 4G) ocorrido em 2014, em que o total arrecadado foi de quase R\$ 6 bilhões (BRASIL, 2014).

Em um comparativo com o cenário internacional, identifica-se que o uso dos recursos advindos de outorgas de bens públicos escassos, como radiofrequências, para o incentivo a investimentos e expansão dos serviços de telecomunicações não é uma prática somente do Brasil. Cita-se, como exemplo recente, o leilão realizado pela Alemanha em 2010 que combinou a autorização de uso das bandas de radiofrequência de 1800 MHz, 2,1GHz e 2,6GHz com obrigações de cobertura significativas em áreas com cobertura muito baixa ou inexistente de banda larga, antes de implantar em áreas mais povoadas (COMUNICAÇÕES, 2016).

Observa-se que se trata de uma fonte de recursos públicos do setor de telecomunicações que, embora não seja constante e nem possua uma periodicidade pré-definida, é recorrente e possui alta materialidade, algo que a torna um relevante mecanismo de estímulo a

projetos estratégicos para o Brasil. Essa conclusão não apenas já foi identificada pelo próprio poder público como a sistemática por ela sugerida já vem sendo historicamente aplicada pelo Estado brasileiro. Desconsiderando a telefônica fixa (prestada em regime público e já submetida a metas de universalização), desde 2007, a Anatel vem optando por destinar parcela do valor da outorga de usufruto de bens e serviços públicos em regime privado (principalmente em licitações vinculadas à telefonia móvel) à realização, pelas operadoras, de metas e investimentos específicos denominados “compromissos de abrangência”.

Nos leilões de telefonia móvel, tem sido impostos compromissos de abrangência que determinam às operadoras prazos e tecnologias para oferta em todos os municípios do país. O art. 48 da LGT prevê que as outorgas para a exploração de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência será sempre feita a título oneroso, constituindo o produto da arrecadação receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL (BRASIL, 1997).

No entanto, a forma como a Anatel vem atuando consiste em estimar o valor total da outorga, estimar o montante que seria necessário para executar e investir nos compromissos de abrangência e abater o segundo montante do primeiro valor, sendo exigido das prestadoras vencedoras somente a diferença entre os dois (recursos esses que serão destinados ao Fistel, conforme previsão legal), além de ser exigida a execução e entrega dos compromissos em si.

Diante do exposto, sendo um mecanismo de estímulo à execução de projetos estratégicos, é possível identificar pontos positivos do estabelecimento de compromissos de investimentos a partir de licitações de outorgas. O primeiro é que, por se tratar de licitação, a escolha do destinatário de tais recursos foi feita por um processo em que há concorrência, sendo que a competição existente pode ampliar a eficiência dos resultados obtidos. Outro ponto positivo é que se trata de uma prática que já vem sendo adotada pelo poder público no setor de telecomunicações desde 2007 e tem obtido resultados positivos.

No entanto, também se verifica que há dois principais pontos de risco, sendo que o primeiro deles foi observado no edital de licitação nº 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL,

em que a Anatel leiloou o uso da faixa de radiofrequência de 700 MHz para a prestação de serviços em 4G.

Embora historicamente os editais anteriores da Anatel tenham exigido compromissos de abrangência, no referido edital de 2014 não foi exigida nenhuma obrigação de investimentos e nem compromissos (TCU, 2014), o que representou uma grande perda de oportunidade para o país, já que se tratava de uma faixa bastante valiosa e cujo leilão resultou em aproximadamente R\$ 6 bilhões, conforme apontado anteriormente. Sobre esse ponto, segundo o TCU (2014), a ausência de compromissos nesse edital traz prejuízos já que não há obrigatoriedade de um avanço significativo na prestação do serviço e resulta em parte da população brasileira somente ter acesso ao serviço licitado quando e se as empresas vencedoras assim desejarem.

Assim, embora o instrumento em análise seja um bom mecanismo de estímulo a investimentos setoriais, identifica-se o risco de ele não ser utilizado para esse fim por própria opção do poder público, cuja decisão pode ser afetada por outros interesses incompatíveis com a política pública de telecomunicações, como, por exemplo, a priorização da arrecadação para o Tesouro Nacional e o contingenciamento dos fundos para se atingir um superávit primário das contas do governo brasileiro.

Outro risco identificado está associado à aprovação do projeto de lei PLC 79/2016. Segundo o TCU (2016b), o projeto de lei: a) retira a limitação de prorrogação da concessão por uma única vez; b) retira a limitação de prorrogação da autorização de uso de radiofrequência por uma única vez; c) permite a transferência de autorização de uso de radiofrequências diretamente a outro interessado — revenda de espectro; e d) retira a obrigação de licitação do direito de exploração de satélite brasileiro e estabelece que o direito seja concedido via processo administrativo estabelecido pela Anatel.

Assim, as alterações propostas modificam justamente a forma como são feitas as outorgas de serviços, o que afeta diretamente o potencial desse instrumento como mecanismo de investimentos setoriais. Entende-se haver riscos de redução do valor das outorgas, de alteração da periodicidade com a qual esses recursos são obtidos e, principalmente, de diminuição do papel ativo na gestão de espectro pelo poder público, riscos esses associados à possibilidade de se prorrogar sucessivamente as outorgas, à retirada da

exigência de processo licitatório e à revenda de outorgas pelo próprio setor privado e não mais pelo poder público, conforme prevê o projeto de lei.

4.2. Obrigações resultantes da celebração de termos de ajustamento de conduta (TAC) com os prestadores dos serviços de telecomunicações

Segundo o art. 173 da LGT, a Anatel, assim como ocorre com os demais órgãos reguladores, detém a competência de aplicar sanções administrativas aos prestadores dos serviços regulados pela agência por meio dos instrumentos de sanção tradicionais, como advertências e multas, por exemplo.

Ocorre que, segundo MARQUES NETO E CYMBALISTA (2010), a regulação estatal passa por modificações em que a autoridade unilateral e adjudicatória vem sendo substituída por uma autoridade negocial, de forma que crescem a possibilidade e a prática de se alcançar um mesmo objetivo regulatório deixando-se de lado o processo sancionador e buscando-se acordos substitutivos que visam a reparação de danos e a correção de condutas indevidas em prol do interesse público.

É nesse contexto que surgiu a possibilidade de serem feitos termos de ajustamento de conduta (TAC) entre o poder público e os agentes regulados por ele.

Segundo NETO (2003, apud SADDY E GRECO, 2015), o TAC pode ser descrito como sendo um ato jurídico complexo, característico da Administração Pública consensual, e praticado entre Administração e administrado com o objetivo de substituir, em determinada relação administrativa e com a finalidade de possibilitar um melhor atendimento de interesses públicos, uma conduta primariamente exigível por outra conduta secundariamente negociável, como a execução de projetos, por exemplo.

O TAC é um instrumento jurídico oriundo da Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que prevê no art. 5º, § 6º, que os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. Embora a previsão legal exista desde os anos 80, trata-se de um mecanismo que só foi adotado concretamente pela Anatel recentemente, a partir de 2013, com a normatização do seu uso por meio da Resolução 629/2013 da agência.

Como o TAC consiste em um acordo em que as multas aplicadas pela Anatel às operadoras são trocadas por obrigações de fazer, como é o caso de obrigações de investimentos em projetos específicos, se trata de um instrumento de grande relevância para impulsionar investimentos na infraestrutura de telecomunicação. Esse instrumento compõe uma possível fonte de estímulo a investimentos (valores que seriam arrecadados em multas pelo Estado) para que o setor privado possa executar projetos estruturantes (obrigações de fazer resultantes dos acordos de ajustamento de conduta). Embora não seja uma fonte de recursos constante e regular, pode ser considerada como recorrente, pois o acompanhamento de condutas e a aplicação de multas sempre farão parte do processo natural de regulação de atividades econômicas e de serviços públicos.

Com vistas a se obter uma noção do potencial nível de investimentos que o TAC pode representar, segundo o TCU (2017), os acordos de ajustamento cujas negociações tramitavam na Anatel até dezembro de 2016 totalizavam aproximadamente nove bilhões de reais em valores históricos (sujeitos ainda à correção monetária). Soma-se a isso o fato de que a agência constitui centenas de milhões de reais em multas anualmente historicamente.

Embora as multas sempre possuirão um caráter educativo e relevante de *enforcement*, o TAC se mostra um instrumento alternativo interessante se considerado que a sistemática atual se mostra ineficiente já que há um baixo nível de arrecadação desses valores pelo poder público, chegando a somente 1,6% das multas aplicadas pela Anatel entre 2011 a 2014, por exemplo (TCU, 2017b).

Com vistas a avaliar as características positivas e negativas do TAC, buscou-se levantar informações quanto à situação atual do uso do instrumento pela Anatel. Embora a regulamentação sobre o tema tenha sido publicada pela agência em 2013, até o final de 2018, o órgão não havia assinado nenhum TAC com as prestadoras de serviços por ele reguladas. Isso não significa que o assunto não tenha sido tratado pela Anatel nesse período, pelo contrário, já que foi objeto de grandes discussões e de diversas atividades realizadas pela agência.

Até o segundo semestre de 2017, tramitaram na Anatel processos de negociação de TACs que englobavam propostas e minutas de acordos tanto para as multas da empresa

denominada Sercomtel quanto da empresa chamada Oi, sendo que as multas desta última empresa refletiam o maior volume de recursos envolvidos em negociação de TACs no âmbito do órgão regulador, totalizando algo em torno de seis bilhões em valores históricos (TCU, 2017a).

No entanto, o Conselho Diretor da agência decidiu pela não celebração de acordos com as duas empresas diante das incertezas sobre a sua capacidade econômico-financeira para cumprir as obrigações previstas no acordo, já que ambas estavam em situação econômica deficitária e até mesmo, no caso da Oi, em recuperação judicial.

Além das negociações citadas, a Anatel também conduziu (e ainda conduz) negociação de TACs com as outras empresas do mercado. Destaca-se o acordo com a empresa Telefônica que foi o primeiro a ser aprovado pela diretoria da agência, se desconsiderada a aprovação inicial da proposta da Oi, que foi revogada posteriormente pela razão já apontada anteriormente. O TAC da Telefônica, que se referia a uma troca de multas pela realização de investimentos no setor em um montante de quase três bilhões de reais (TCU, 2017a), é um importante exemplo para se avaliar a utilização de tal instrumento pela Anatel, pois, juntamente com uma fiscalização que avaliava a forma como a agência atuava de maneira geral na condução de processos de TAC, o TCU analisou as características e a legalidade do acordo proposto com a Telefônica por meio do Acórdão nº 2.121/2017 – TCU – Plenário (TCU, 2017a).

Na fiscalização realizada, o órgão de controle ratificou a possibilidade de celebração de TACs pela Anatel, como um todo, e aprovou especificamente a celebração do acordo proposto com a Telefônica, porém condicionada à realização de diversas correções e ajustes e de esclarecimentos de alguns pontos. Nesse processo, a partir do relatório de fiscalização (TCU, 2017a), constata-se que foram apontadas pelo TCU irregularidades como: a) ausência de análise prévia à aprovação do acordo, pela Anatel, da admissibilidade ou não de processos sancionatórios na negociação de TAC; b) ausência de pontos de controle e metas intermediárias que permitissem verificar tempestivamente o cumprimento do TAC; c) estabelecimento de penalidades por descumprimento do TAC inferiores ao volume a ser investido, desmotivando o cumprimento do acordo; d) ausência de estabelecimento, previamente à aprovação de TACs, de todos os condicionantes e parâmetros de fiscalização a serem exigidos; e) ausência de ciência pela Anatel da

condição atual da infraestrutura objeto de investimentos do TAC, o que dificulta o acompanhamento da evolução dos investimentos e gera riscos de se acordar compromissos de investimentos futuros em algo que já existia e não demandava atuação pública; f) dificuldade em assegurar que os projetos estratégicos relativos aos compromissos do TAC sejam corretamente representados pelo fluxo de caixa financeiro que define a troca de multas por investimentos; entre outras.

Dentre as irregularidades apontadas pelo TCU, destaca-se a possível incompatibilidade entre os projetos de investimentos acordados no TAC da Telefônica e a política pública setorial, dado que, segundo o TCU, os projetos de infraestrutura do acordo não visavam atendimento das áreas mais carentes e com maior desigualdade do país, situação essa que resultou (junto com as demais) em exigências, pelo órgão de controle, de comprovação e motivação a serem apresentadas pela Anatel (TCU, 2017a).

Posteriormente, a Anatel optou por não assinar o acordo sob a justificativa de que a empresa privada não apresentou as informações requeridas para ajustar o acordo, conforme reunião do Conselho Diretor da agência realizada no dia 25/4/2018. Até o final de 2018, ainda estavam em tramitação no órgão regulador outros processos voltados para a celebração de TAC com diversas operadoras, embora se tratassem de acordos com menor valor financeiro, sendo que nenhum havia sido assinado até então.

Diante dos dados e análises apresentadas, é possível identificar pontos positivos e negativos do referido instrumento como mecanismo de estímulo à execução de projetos estratégicos para o setor de telecomunicações brasileiro e para o desenvolvimento do país, como um todo. Observa-se que é uma ferramenta que envolve uma boa fonte de recursos recorrentes e que, por ser construída a partir de acordos e negociações, possui uma flexibilidade muito grande na escolha e modelagem dos projetos a serem executados como compromissos do TAC, o que dá ao poder público maior margem de inovação e também de adaptação dos projetos selecionados à realidade e questões que demandam tratamento. Por outro lado, pela experiência observada no histórico de atuação da Anatel, identificam-se fatores que trazem riscos à efetividade da ferramenta e por isso exigem cautela do Estado. Nesse sentido, mesmo nunca tendo assinado nenhum acordo do tipo, nas primeiras vezes que a Anatel tentou celebrar TACs, ela optou por tentar a partir de acordos bilionários e de alta complexidade, sem que tivesse tido a chance de ganhar

experiências e de mapear dificuldades em projetos menores e com menos impacto no setor. Também é possível identificar que houve falhas processuais que poderiam ter sido evitadas pelo poder público, como o estabelecimento de metas e exigências de fiscalização previamente à aprovação do acordo e a realização de uma avaliação da atual situação da infraestrutura de telecomunicações existente antes de aprovar projetos que vinculados a elas. Há também uma assimetria de informações, como, por exemplo, na elaboração do fluxo de caixa que mensura a transferência de recursos entre multas e projetos, mas que pode ser amenizada com outras medidas que poderiam ser adotadas pelo Estado, como circularização de informações no setor, entre outras. Por último, há o risco de os projetos adotados pela agência reguladora não estarem compatíveis com a política pública definida pelo governo, algo que também poderia ser minimizado com uma maior coordenação e transparência dos envolvidos.

4.3. Realização de projetos a partir de leilões reversos de recursos oriundos de fundos setoriais de telecomunicações e de isenções tributárias

Destacam-se dois principais fundos dentre aqueles vinculados ao setor de telecomunicações e de tecnologia. O primeiro é o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel), criado pela Lei 5.070/1966, que, segundo o art. 1º da referida lei, tem por finalidade “prover recursos para cobrir despesas feitas pelo Governo Federal na execução da fiscalização de serviços de telecomunicações, desenvolver os meios e aperfeiçoar a técnica necessária à essa execução”. O segundo fundo de destaque é o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust), instituído pela Lei 9.998/2000 e que, conforme art. 1º da referida lei, tem a finalidade de “proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço”.

Segundo o TCU (2016a), embora ambos os fundos arrecadem anualmente bilhões de reais que deveriam ser destinados à melhoria da infraestrutura e do setor de telecomunicações, apenas uma parcela irrisória vem sendo aplicada com esse propósito. Soma-se a isso o fato de que, além das taxas e cobranças que incidem sobre os serviços de telecomunicações para constituir as receitas dos fundos, há uma alta carga tributária que também onera o valor desses serviços, conforme já abordado no capítulo 1.

A necessidade de aprimoramento do uso de tais recursos, para que sejam destinados a estimular o setor de telecomunicação e a expandir a infraestrutura que dá suporte a esses serviços, resulta em um possível mecanismo estímulo à execução de projetos estratégicos: a realização dos chamados leilões reversos.

Segundo o TCU (2018), tal mecanismo pode contribuir para uma maior eficiência de investimentos com recursos públicos, dado que, por meio desse instrumento, o governo poderia decidir quem constrói e operacionaliza pelo menor custo os projetos que visam atender ao interesse público com recursos de origem pública, garantindo maior isonomia, impessoalidade, eficiência e publicidade ao processo de alocação de recursos, reduzindo custos e favorecendo o alcance de metas da política pública, de forma a contribuir para o atendimento do interesse social.

WALLSTEN (2009) explica a dinâmica do leilão reverso em telecomunicações da seguinte forma: o governo define o tipo de serviço, as suas condições e a região ou localidade em que ele deve ser disponibilizado e publicamente oferece a oportunidade dos provedores manifestarem interesse em prestá-lo. Em seguida, em processo licitatório, as empresas dão lances correspondentes a quanto o governo deveria pagar pelo provimento daquele serviço nas condições exigidas. O prestador que ofertasse o menor preço seria vencedor do leilão reverso, passando a ser beneficiado pelos recursos públicos (em uma forma de subsídio), sob a condição de prestar aqueles serviços demandados pelo Estado.

Para esse modelo, poderiam ser licitados os recursos resultantes de desonerações tributárias ou até mesmo aqueles existentes em fundos do setor de telecomunicações. Ressalta-se que, para o último caso, seriam necessárias alterações legais para modificar a previsão legal de destinação dos fundos.

Atualmente, a lei prevê que o Fustel só pode ser aplicado em fiscalizações do setor, o que não ocorre integralmente na prática (TCU, 2016a), previsão essa que, diante do grande volume de recursos arrecadados, faria sentido ser alterada com fins de compartilhar o fundo com outras finalidades relevantes para o setor.

Já o Fust tem o propósito de promover exatamente ações de universalização e estímulo a expansão da infraestrutura e dos serviços (como é o caso dos leilões reversos). No entanto, também seriam necessárias modificações legais já que a lei, atualmente, só prevê o uso

do fundo para o serviço de telefonia fixa, único em regime público, algo que se tornou menos relevante do que os serviços como acesso à internet e telefonia móvel, conforme mencionado anteriormente.

O art. 19 da LGT prevê que à Anatel compete a) 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 b) especialmente, implementar a política nacional de telecomunicações.

A realização de leilões reversos pode ser uma forma de atender às competências da agência de forma eficiente e efetiva, respeitando o regime jurídico-administrativo geral dos negócios da Administração Pública, cuja regra fundamental é a realização de procedimento seletivo para a escolha de quem irá contratar, com tratamento isonômico e condições objetivas equânimes para todos potenciais contratantes (ANJOS, 2017).

Buscaram-se dados de possíveis atuações do Estado brasileiro nesse sentido. No entanto, na esfera federal, não foi identificada nenhuma ação coordenada e ampla de realização de leilões reversos no sentido de estimular o setor de telecomunicações brasileiro. Há atuações pontuais de isenções fiscais, como ocorre com o programa federal denominado de “Internet para Todos”, que isenta o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) em algumas localidades (TCU, 2018).

No entanto, diferentemente dos leilões reversos, o programa não tem como foco um projeto específico com metas contratuais e com resultados e condições pré-determinadas.

Já nas esferas estaduais, foi possível constatar a prática bem-sucedida do uso do mecanismo de leilões reversos como instrumento de estímulo a investimentos no setor de telecomunicações. É o caso do programa Minas Comunica, do estado de Minas Gerais, que, desde 2007, promove leilões reversos com o intuito de universalizar o serviço de telefonia móvel por meio do fornecimento de benefícios tributários à empresa vencedora da licitação que demandasse menor quantidade de créditos de ICMS para o projeto de instalação de redes e serviços. Os dados do estado indicam que 400 distritos foram beneficiados desde 2015 e que a expectativa era que o programa atendesse 688 distritos até o final de 2018 (TCU, 2018).

Ressalta-se que o estado da Bahia também vem sinalizando ao mercado a intenção de adotar medida semelhante, que está sendo chamada de programa “Fala Bahia”, com previsão para ocorrer em 2019.

É possível constatar o uso do mecanismo de leilões reversos de recursos públicos como forma de incentivo a investimentos em telecomunicações também no cenário internacional. Segundo WALLSTEN (2009), experiências globais nesse sentido revelaram que se tratam de leilões factíveis e que, de maneira geral, os subsídios e recursos gastos com eles são menores do que aqueles previstos originalmente. Como exemplos mencionados pelo autor, citam-se os leilões conduzidos: pelo Chile, em 2000, utilizando orçamento público; pela Índia, em 2007, utilizando as taxas arrecadadas sobre ligações telefônicas; pelo Nepal, em 2003, utilizando créditos do Banco Mundial; pela Guatemala, em 1999, utilizando os leilões de espectro de radiofrequência; e pela Austrália, em 2001, utilizando obrigações de investimentos impostas às operadoras.

Uma experiência internacional recente que se destaca por utilizar o mecanismo de leilão reverso pôde ser observada na atuação do governo americano na segunda fase do programa de uso do fundo *Connect America* (leilão 903) em 2018. Com vistas a universalizar serviços de telecomunicações no país, o leilão resultou na escolha de 103 provedores de serviço que, se somados, irão receber US\$ 1,49 bilhões de recursos públicos ao longo de 10 anos para atender mais de 700.000 localidades deficientes de infraestrutura espalhadas em 45 estados do país (FCC, 2018).

Avaliando o instrumento como um todo, é possível verificar que há muito espaço para a atuação federal no sentido de utilizar leilões reversos como mecanismo de estímulo a projetos estratégicos e de interesse público para o Brasil. Além de ser um instrumento cujo resultado é definido por processo licitatório, o que tenda a aumentar a eficiência e controle (social e do próprio mercado) sobre os gastos despendidos, se trata de uma fonte de recursos recorrente, algo bastante positivo a longo prazo.

Mesmo que existam dificuldades vinculadas à gestão complexa e aos aspectos jurídicos de tais contratos, conforme apontado por COMUNICAÇÕES (2016), entende-se que tais problemas podem ser mitigados com uma correta coordenação entre os envolvidos e com a devida transparência do processo perante a sociedade. Embora os fundos setoriais de telecomunicações só possam ser utilizados após alterações legais, há outras fontes de

recursos que poderia servir de base para esse mecanismo, como isenções tributárias e outras, que já poderiam estar sendo aplicadas pelo governo federal brasileiro.

Destaca-se que existem propostas de projetos de lei no Congresso Nacional que buscam alterações legais nesse sentido, como o PLC 3864/2015, que prevê incentivo fiscal, mediante créditos do Fistel, para aplicação em projetos de infraestrutura de redes em áreas onde a prestação dos serviços de telecomunicações seja precária, e o PL 7236/2017, que pretende permitir que os recursos do Fust sejam aplicados para a massificação de serviços prestados no regime privado.

4.4. Utilização de saldos resultantes do final das concessões e de mudanças no modelo de prestação dos serviços de telecomunicações

Há dois possíveis cenários opostos que podem ocorrer em um futuro próximo e que implicarão em grandes mudanças e impactos no setor de telecomunicações brasileiro. O primeiro corresponde à situação em que ocorre o término natural da vigência dos contratos de concessão de telefonia fixa, previsto para acontecer em 2025 (TCU, 2015b). O segundo cenário se refere a uma possível extinção das concessões antes mesmo do prazo contratual previsto, seja por alterações legais ou infralegais, de comum acordo entre o Estado e as concessionárias. Este último cenário deve ser considerado diante da latente demanda setorial pela atualização do modelo de telecomunicações e da possibilidade de aprovação do projeto de lei PLC 79/2016, que altera as concessões de telefonia fixa para autorizações, temas esses já abordados em sessões anteriores.

Em ambos os cenários apontados, ainda que variem as condições a serem observadas, serão necessárias diversas tratativas a serem conduzidas pelo poder público com vistas a manter o funcionamento do serviço concedido após o fim da concessão e a resolver as pendências operacionais e financeiras existentes nos contratos a serem finalizados. Certamente, diante das obrigações vinculadas a esses contratos, a extinção da concessão demanda um encontro de contas para verificar se há saldos ou valores financeiros a serem corrigidos ou transferidos entre as partes para que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro dos acordos vigentes desde 1998.

Segundo COMUNICAÇÕES (2016), uma eventual decisão de manutenção, extensão ou eliminação do prazo de 2025 traria uma série de consequências econômicas e

operacionais. O estudo afirma que, do ponto de vista econômico, a extensão desse prazo, seja em um novo contrato, no mesmo contrato, ou com a migração para um termo de autorização (prazo indeterminado), representaria um ganho para as atuais concessionárias, sendo que, quanto maior fosse o prazo para prestação do serviço no novo cenário, maior seria o ganho econômico auferido pela prestadora.

Do ponto de vista operacional, o estudo aponta que a migração para um novo modelo deve necessariamente passar por uma fase de transição, durante a qual deve ser preservada a prestação de serviços.

O presente artigo ater-se-á aos aspectos econômicos e financeiros da extinção dos contratos de telefonia fixa, tendo em vista que se pretende avaliar os possíveis saldos resultantes da extinção das concessões como sendo mecanismos de estímulo à execução de projetos estratégicos para o Brasil em telecomunicações.

O relatório governamental que avalia as alternativas para a revisão do modelo brasileiro de prestação dos serviços de telecomunicações afirma haver um consenso no sentido de que eventual alteração do modelo de prestação de serviços de telecomunicações com vistas a promover a expansão da banda larga poderá promover uma flexibilização das regras existentes para outros serviços, o que poderá trazer certos benefícios para as empresas, que devem ser contrapostos por novas obrigações relacionadas à expansão da banda larga (COMUNICAÇÕES, 2016).

É justamente com base nesse entendimento que se identifica os saldos resultantes de mudanças no modelo de telecomunicações (sejam elas resultantes do fim do prazo contratual das concessões de telefonia fixa ou de ações ativas de alteração do modelo brasileiro) como sendo um potencial e relevante mecanismo de estímulo a investimentos setoriais, para que este possa executar os projetos nacionais estratégicos.

Em eventual mudança de modelo, seria possível quantificar monetariamente os benefícios econômicos decorrentes da alteração, direcionando-os a metas de interesse público e que, caso houvesse a redução de obrigações, o montante apurado poderia ser aplicado em metas de banda larga.

Após a análise dos dados contratuais e setoriais, embora haja outros aspectos e exigências contratuais que poderiam resultar em saldos, utilizando como critérios a alta materialidade e relevância, é possível identificar três principais obrigações contratuais relevantes: a) a continuidade do serviço, que está relacionada com a reversão de bens ao Estado após o término da concessão; b) a universalização dos serviços, atingida por meio do estabelecimento de metas às concessionárias; e c) o pagamento, a cada dois anos, de ônus contratual com base no faturamento das concessionárias.

Conforme abordado na sessão 2.4.2, a obrigação de continuidade foi definida pelo art. 102, parágrafo único, da LGT, que estabeleceu a reversibilidade dos bens atrelados ao serviço de telefonia fixa como um possível mecanismo de garantir a continuidade do serviço, de forma que, com a extinção da concessão, os bens devem ser entregues pelo concessionário ao poder concedente em virtude da sua destinação ao serviço público. A lei também prevê que, se a extinção ocorrer antes de expirado o prazo contratual, importará pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles vinculados, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Assim, há duas possíveis situações a serem analisadas. A primeira se refere à extinção da concessão resultante do término da vigência do prazo contratual. Nesse caso, os bens deveriam ser devolvidos à União sem indenizações, o que significa que, em uma eventual mudança de modelo de prestação de serviços com flexibilização das regras anteriores, caso o poder público optasse por deixar os bens com as empresas ao final da concessão, a empresas beneficiadas deveriam compensar financeiramente o Estado pelos bens que estariam deixando de devolver para a União e que estariam sendo absorvidos por elas. Trata-se de uma possibilidade real, considerando que a convergência tecnológica resultou no compartilhamento de uma mesma infraestrutura para a prestação de serviços sem haver distinção se estão em regime público e privado.

A segunda situação se refere à extinção da concessão antes do prazo originalmente previsto. Nesse caso, está prevista a devolução de bens, porém sendo as empresas compensadas pelos investimentos que ainda não foram amortizados, devido ao encurtamento da vigência do contrato. Assim como na situação anterior, caso o Estado opte por deixar tais bens com as empresas, elas deverão compensar financeiramente o

poder público pelo benefício financeiro e patrimonial obtido, porém descontando a parcela de investimentos que seria amortizada até o final do contrato.

Em ambas as situações, observa-se que a reversão de bens implica em uma transação de recursos, sejam eles patrimoniais ou financeiros, entre as empresas e o poder público, que resulta em um saldo de valores que representa um possível importante mecanismo de investimentos setoriais. O Estado pode recolher esses valores diretamente ou pode também optar por trocar o pagamento direto desse montante por compromissos de investimentos a serem realizados pelas próprias empresas.

Conforme citado por TCU (2015b), os dados da Anatel indicam que os valores dos bens reversíveis podem chegar a centenas de bilhões de reais, o que demonstra o potencial de investimentos que poderiam ser realizados a partir do volume de recursos envolvidos nesse mecanismo. No entanto, embora tenha um enorme potencial, identifica-se que esse mecanismo só poderá ser efetivamente utilizado após a devida atuação do Estado em resolver as indefinições e inseguranças que pairam sobre os bens reversíveis, conforme citado na seção 2.4.2 e apontado pelo TCU, algo que necessariamente deve ser feito o mais rápido possível, independentemente de mudanças legais e no modelo de telecomunicações.

Segundo MASCARENAS (2008), essa confusão não é boa para o mercado e deve ser objeto de especial atenção pelo legislador e pelo poder público, sendo que a resolução das dificuldades apontadas não se dará sem a superação de complexos problemas jurídicos.

A segunda obrigação contratual que pode resultar em saldos a serem investidos no setor é a universalização dos serviços. O art. 80 da LGT prevê que as obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, denominado de Plano Geral de Metas para a Universalização (PGMU) e que passa por revisões quinquenais (ANATEL, 2017), sendo a mais recente ocorrida por meio do Decreto 9.619, de 20 de dezembro de 2018.

Conforme consta do referido decreto, são exemplos de metas de universalização a obrigação de fornecimento de telefones públicos (“orelhões”) em determinadas localidades, de implementação da infraestrutura de rede de suporte à telefonia fixa para conexão em banda larga (backhaul) e de fornecimento de sistemas de acesso fixo sem fio

com suporte para conexão em banda larga, uma novidade com relação aos planos anteriores.

Segundo COMUNICAÇÕES (2016), a alteração ou redução significativa das metas de universalização de serviços de telefonia fixa existentes poderia representar uma desoneração para as atuais concessionárias, seja do ponto de vista de custos, seja do ponto de vista de risco operacional. O mesmo ocorreria em uma possível alteração do modelo de telecomunicações, caso seja retirada a obrigatoriedade da universalização do serviço, algo possível se as concessões se tornassem autorizações como prevê o projeto de lei PLC 79/2016.

Em todos os casos, há uma desoneração das empresas, já que seriam beneficiadas pela redução de obrigatoriedades mesmo que esse ônus já tivesse sido previsto originalmente no valor das outorgas por elas recebidas. Assim, restaria um saldo de recursos em favor da União que poderia compor um bom mecanismo de incentivo a investimentos setoriais.

Ressalta-se que o ônus das metas de universalização reflete montantes bilionários, como evidenciam as deliberações da Anatel, vide, por exemplo, os Acórdãos 182/2014-CD e 234/2018-CD do Conselho Diretor da agência. Sobre essa obrigação contratual, uma dificuldade em tornar o saldo em um instrumento efetivo de investimentos é a existência de questionamentos, pelas concessionárias, quanto ao valor a ser exigido pelo poder público, o que traz uma parcial insegurança jurídica ao instrumento, já que a questão pode ser judicializada, inviabilizando o uso de tais recursos por prazo indeterminado. No entanto, entende-se que tal problema poderia ser mitigado por meio de uma melhor coordenação entre as empresas, a Anatel e o ministério.

A terceira obrigação contratual que se destaca como fonte de saldo de recursos que pode ser convertido em um mecanismo de incentivo a investimentos no setor é a exigência do pagamento de um ônus contratual de 2% do faturamento anual das concessionárias, que deve ser pago a cada dois anos. Assim como as obrigações anteriores, a eliminação da obrigação de pagamento de ônus contratual representaria um ganho econômico para as concessionárias, seja do ponto de vista de custos operacionais, seja do ponto de vista de custo judicial (COMUNICAÇÕES, 2016).

Assim, com a retirada de tal obrigação haveria um saldo em favor da União, que poderia ser destinado a investimentos de expansão de infraestrutura de telecomunicações, algo positivo e vantajoso quando considerado o interesse público na expansão de serviços. Segundo a ANATEL (2017), tratam-se de valores que somados são da ordem de grandeza de bilhões de reais. Para essa última obrigação, é possível identificar que o domínio e uso de tal saldo pode ser mais facilmente atingido, por depender somente do faturamento das concessionárias, algo de fácil acompanhamento pela Anatel e pelo setor, já que a maioria das empresas são possuem ações em bolsa e têm seus dados divulgados publicamente.

No entanto, a discussão sobre as receitas a serem consideradas para cálculo do ônus representa um custo operacional, pois envolve diversas ações judiciais referentes à consideração de receitas de interconexão, exploração de redes, e outras.

Ainda que haja divergências sobre certos valores, ainda assim há um volume significativo de recursos públicos que poderiam ser transacionados para que o setor público pudesse realizar investimentos estruturantes e considerados relevantes para o interesse público. Em uma análise abrangente, é possível verificar que os saldos gerados pelas três obrigações contratuais descritas anteriormente podem compor um interessante mecanismo de estímulo à execução de projetos e investimentos relevantes para o interesse público. No entanto, embora se tratem de recursos de volume significativo, eles não são recorrentes, de modo que seriam um mecanismo com prazo de vigência finito.

5 CONCLUSÃO

Na sessão anterior, foram feitas análises e apontamentos específicos sobre cada um dos quatro instrumentos abordados, avaliando-se seus aspectos jurídicos, econômicos e operacionais, além de possíveis riscos e pontos de melhoria. Resta pontuar, de forma mais abrangente, como esses mecanismos se encaixam no contexto brasileiro e quais aspectos merecem atenção do poder público ao adotá-los.

Foi identificado que, com a evolução dos serviços e tecnologias de telecomunicações e diante das dificuldades do poder público em atualizar o modelo de prestação desses serviços vigente no país, surgiu a necessidade de o Estado brasileiro buscar novos instrumentos regulatórios de estímulo a investimentos setoriais que pudessem expandir a

infraestrutura e serviços em localidades que não seriam naturalmente atendidas pelo mercado privado por falta de interesse comercial.

Nesse contexto, passa a ser importante uma regulação alternativa por contrato em que, segundo LESSA (2009, apud ANJOS, 2017), os instrumentos e arranjos jurídico-institucionais dão suporte à atuação do estado como tomador de risco, de modo que há a utilização de instituições do direito privado para moldar parcerias, aplicação de recursos e fomento a empreendimentos sem recorrer às formas tradicionais de intervenção do estado na ordem econômica. Segundo o autor, são instrumentos que conferem maior maleabilidade às partes na composição de direitos e deveres recíprocos e substituem aos mecanismos tradicionais de intervenção do estado sobre os âmbitos social e econômico.

Em consonância com a necessidade de medidas alternativas às historicamente usadas pelo poder público brasileiro, buscou-se mapear mecanismos que estimulassem investimentos nos projetos considerados estratégicos e de interesse público por meio de instrumentos, porém submetidos ao controle, acompanhamento e supervisão do Estado. Foram identificados quatro principais instrumentos: a) estabelecimento de compromissos de investimentos em licitações de outorgas de serviços e bens públicos; b) obrigações resultantes da celebração de termos de ajustamento de conduta (TAC) com os prestadores dos serviços de telecomunicações; c) realização de projetos a partir de leilões reversos de recursos oriundos de fundos setoriais de telecomunicações e de isenções tributárias; e d) utilização de saldos resultantes do final das concessões e de mudanças no modelo de prestação dos serviços de telecomunicações.

Comparando-se os mecanismos listados, é possível observar que todos têm em comum a necessidade de se estimular investimentos pelas empresas privadas a partir de ações a serem feitas pelo Estado ou por meio de contratos e normativos já existentes. No entanto, identifica-se que há possíveis diferenças na forma como é escolhido o destinatário ou a empresa que irá usufruir desses estímulos ou benefícios financeiros. Isso porque há uma discussão setorial referente à qual a melhor forma de utilizá-los, a saber, a execução de investimentos diretamente pelas concessionárias devedoras do saldo ou o recolhimento de tais recursos pela União seguido da realização de um processo competitivo para selecionar a operadora que iria realizar tais projetos.

Especificamente para os saldos resultantes das obrigações contratuais das concessões, em caso de extinção desses contratos, segundo COMUNICAÇÕES (2016), a princípio, do ponto de vista de eficiência alocativa, poderia ser mais eficiente se os recursos fossem disputados entre diversos agentes, de forma que o mais eficiente tivesse acesso ao recurso. No entanto, o estudo avalia que, no caso dos recursos provenientes de uma “desoneração” regulatória, esse tipo de mecanismo competitivo não parece ser factível, pois o “saldo” é basicamente o valor econômico futuro de uma melhor modulação das regras vigentes, ou seja, não haveria liquidez imediata e não existiriam recursos “em caixa” a serem disputados. Assim, o estudo conclui que o modelo dotado de maior factibilidade é aquele segundo o qual o saldo regulatório deve ser convertido em obrigações a serem cumpridas pelas próprias concessionárias de telefonia fixa (COMUNICAÇÕES, 2016).

Para os mecanismos vinculados aos TACs, entende-se que as condições existentes são semelhantes às descritas para os saldos resultantes das obrigações contratuais das concessões, como, por exemplo, em ambas há um fator de desoneração regulatória entre o poder público e um agente privado específico, sendo que, no caso dos TACs, essa relação seria entre a Anatel e a prestadora de serviços que recebeu as multas a serem transacionadas no acordo de ajustamento de conduta.

Nos dois casos, há também uma importante vertente negocial a ser trabalhada, já que a existência dos saldos não é imediata. Isso porque, no caso de alterações nos contratos de concessão, estas estariam sujeitas à concordância de ambas as partes, não sendo possível realizar uma mudança unilateral pelo Estado, e, no caso dos TACs, a troca do pagamento de multas por execução de compromissos de investimentos é uma opção da empresa, dependendo de concordância e acordo de todos os envolvidos.

Assim, embora haja a possibilidade de se obter uma maior eficiência de uso de recursos se fosse realizado processo competitivo para escolher o destinatário dos saldos de ambos os mecanismos citados, verifica-se que essa opção está associada a um alto risco de as empresas devedoras dos saldos não concordarem com esse processo e, com isso, comprometerem a efetividade dos mecanismos, já que eles dependem de um processo negocial entre o poder público e as prestadoras de serviços de telecomunicações.

O mesmo não ocorreria com os outros dois mecanismos relatados, quais sejam, os compromissos de investimentos vinculados aos leilões de outorgas de uso de bens e de prestação de serviços de telecomunicações e também os leilões reversos de recursos oriundos de fundos setoriais de telecomunicações e de isenções tributárias. Em ambos os casos, o poder público detém maior poder na escolha das condições e modelos a serem adotados, não dependendo de concordância inicial direta de terceiros, de modo que se tornam saudáveis e eficientes a competição e o processo licitatório para definição do destinatário de tais recursos públicos.

Outro ponto em comum a todos os instrumentos é que o fato de que devem ser observados, por ambas as partes (poder público e setor privado), a razoabilidade e o bom senso nas escolhas dos projetos de investimentos a serem executados. Cabe ao Estado garantir investimentos em projetos que, de fato, demandam incentivo público, não sendo cabível optar somente por investimentos que sejam de interesse da iniciativa privada. No entanto, embora o art. 130 da LGT preveja que a prestadora em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação, é necessário haver razoabilidade e proporcionalidade por parte do poder público quanto às imposições feitas aos regulados.

De maneira geral, em comum entre os quatro mecanismos apontados, identifica-se que os seguintes fatores relevantes devem ser observados pelo poder público ao incentivar investimentos públicos pelo setor privado:

a) além de exequíveis, devem ser estabelecidos projetos sustentáveis, o que significa que os mecanismos de investimentos, assim como define ANJOS (2017), devem assegurar ou concretizar projetos que perdurem e que não sejam descontinuados em razão de politicagem, crises econômicas, dentre outros, dado que devem ser buscadas políticas de estado duradouras;

b) não pode haver incompatibilidade entre os projetos definidos pela agência reguladora e as políticas públicas e metas estabelecidas pelo governo, de maneira que, por estarem sendo utilizados recursos públicos, devem ser priorizados projetos que reduzam desigualdades regionais e sociais em detrimento de projetos que possam trazer

outros tipos de ganhos e que estejam mais compatíveis com o interesse comercial das empresas;

c) é fundamental a transparência plena e publicidade dos atos e acordos feitos pelo poder público com a iniciativa privada para execução de investimentos, com vistas a garantir uma efetiva participação e controle social sobre os dispêndios de recursos públicos e, em especial, a assegurar a existência do controle do próprio mercado sobre a fidedignidade das condições e valores acordados com a empresa específica;

d) os acordos estabelecidos pela agência reguladora e governo devem sempre estarem sujeitos a acompanhamento e fiscalização dos órgãos de controle da administração pública, como o controle externo do TCU ou interno da CGU, com o objetivo de garantir a legalidade e o interesse público na transação de recursos da União para o setor privado;

e) os grandes acordos devem ser oriundos, sempre que possível, de experiências adquiridas como acordos similares e de menor porte ou serem embasados em projeto semelhantes já realizados pelo poder público;

f) devem sempre estarem disponíveis ao poder público os mecanismos de enforcement para garantir o devido planejamento e cumprimento dos investimentos pelas empresas privadas, como multas e outras penalidades, evitando prejuízos causados por assimetria de informações.

Resta claro que, para qualquer que seja o mecanismo adotado, a transferência da execução de projetos estruturantes e de interesse público para a iniciativa privada não significa que o governo brasileiro deve abrir mão ou reduzir o seu controle sobre os projetos. Pelo contrário, cabe ao Estado acompanhar com mais ênfase e cautela o alcance das metas e dos objetivos pretendidos com aqueles gastos públicos.

O presente artigo inova no sentido de buscar uma reflexão sobre quais seriam possíveis alternativas acessíveis ao Estado brasileiro para que ele pudesse estimular investimentos no setor de telecomunicações e promover a massificação do acesso à internet diante do atual cenário de mudanças tecnológicas e, principalmente, de iminentes alterações no modelo adotado pelo Brasil de prestação dos serviços em discussão. O estudo realizado também contribui para os demais setores regulados pelo Estado, em especial aqueles atrelados à infraestrutura, pois serve como uma referência para compreender formas alternativas de atuar no setor e para identificar quais dificuldades, benefícios e pontos de

atenção devem ser mapeados e administrados pelo poder público, quando considerados os aspectos específicos de outros setores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANATEL. **Anatel publica aviso de adjudicação para direitos de exploração de satélite.** 2015a. Disponível em: http://www.anatel.gov.br/institucional/index.php?option=com_content&view=article&id=531:anatel-publica-aviso-de-adjudicacao-para-direitos-de-exploracao-de-satelite&catid=104:home-institucional&Itemid=354. Acessado em 21 fev. 2019.

ANATEL. **Licitação recebe propostas no valor de R\$ 852,6 milhões,** 1–5. 2015b. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/institucional/ultimas-noticiass/887-licitacao-recebe-propostas-no-valor-de-r-852-6-milhoes-2>. Acessado em 21 fev. 2019.

ANATEL. **Relatório Anual 2017 - Anatel.** Brasília, 2017.

ANJOS, E. B. R. dos. (2017). **Estado empreendedor e o regime jurídico-administrativo das parcerias público-privadas em ciência, tecnologia e inovação.** VirtualBooks. Pará de Minas, 2017.

BORTOLAZZI, F. L. **Convergência Tecnológica: Conceitos e Impacto na Indústria de Telecomunicações.** Fundação Getúlio Vargas - FGV, São Paulo, 2001.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 - **Lei Geral das Telecomunicações (1997).** D.O. de 17/07/1997, p. 15081.

BRASIL. **Governo federal arrecada R\$ 5,85 bilhões com leilão da telefonia 4G,** (30), 4–6. 2014. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/09/governo-federal-arrecada-r-5-85-bilhoes-com-leilao-da-telefonia-4g>. Acessado em 21 fev. 2019.

CÂMARA. **Projeto de Lei da Câmara nº 79, de 2016,** 2016, 1–10. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127688>. Acessado em 21 fev. 2019.

CARVALHO, A. **Propriedade dos bens da concessão.** Revista de Direito Administrativo, v. 45, 1956. Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro.

COMUNICAÇÕES, M. **Alternativas para a revisão do modelo de prestação de serviços e telecomunicações** - Relatório final do grupo de trabalho entre o Ministério das Comunicações e a Anatel. Brasília, 2016.

FCC. **Connect America Fund Phase II Auction (Auction 903).** Disponível em: <https://www.fcc.gov/auction/903>. Acessado em 10 mar. 2019.

IPEA. **Avaliando o efeito dos investimentos em telecomunicações sobre o PIB.** Texto para Discussão 2336. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2336.pdf. Acessado em 10 mar. 2019.

MARQUES, F. A. **Telecomunicações - Coleção Direito Econômico**. 1ª Edição. Ed. Saraiva, 2012.

MARQUES NETO, F. de A., & CYMBALISTA, T. M. **Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, 8(31), 51–68, 2010.

MASCARENAS, R. T. de A. **Direito das Telecomunicações**. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2008.

ONU. **THE 2030 AGENDA FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT**. 2015. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>. Acessado em 21/02/2019.

PINHEIRO, G. P. **A regulação do espectro de radiofrequências no brasil: uma visão crítica sob a perspectiva dos bens públicos**. Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2015.

SADDY, A., & GRECO, R. A. **Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios**. Revista de Informação Legislativa, 52(206), 165–203. 2015.

SOUZA, K. G. de, & ÁVILA, L. A. C. de. (2015). **Um estudo do disclosure tributário nas empresas do setor de telecomunicações**. I Congresso UFU de Contabilidade. Universidade Federal de Uberlândia. 2015.

TCU. (2014). **Relatório do Acórdão 2.301/2014-TCU-Plenário sobre a licitação da radiofrequência de 700 MHz**. Processo TC nº 016.257/2014-6, peça 33, 1–5. Tribunal de Contas da União. Brasília. 2014.

TCU. (2015a). **Relatório do Acórdão 2.151/2015-TCU-Plenário sobre a Política Pública de Inclusão Digital**. Processo TC nº 007.688/2015-6, peça 20. Tribunal de Contas da União. Brasília. 2015.

TCU. (2015b). **Relatório do Acórdão 3.311/2015-TCU-Plenário sobre auditoria operacional na atuação da Anatel sobre o controle e acompanhamento dos bens reversíveis do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC)**. Processo TC nº 024.646/2014-8, peça 150. Tribunal de Contas da União. Brasília. 2015.

TCU. (2016a). **Relatório do Acórdão 749/2017-TCU-Plenário sobre auditoria operacional sobre a arrecadação e utilização dos fundos setoriais de telecomunicações**. Processo TC nº 033.793/2015-8, peça 80. Tribunal de Contas da União. Brasília. 2016.

TCU. (2016b). **Relatório do Acórdão 3.076/2016-TCU-Plenário sobre revisão do modelo de telecomunicações**. Processo TC nº 015.409/2016-3, peça 60. Tribunal de Contas da União. Brasília. 2016.

TCU. (2017a). **Relatório do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário sobre TACs da Anatel**. Processo TC nº 022.280/2016-2, peça 167. Tribunal de Contas da União. Brasília. 2017.

TCU. (2017b). **Relatório do Acórdão nº 1970/2017 – TCU – Plenário sobre a arrecadação das multas das agências reguladoras**. TC nº 029.688/2016-7, peça 58. Tribunal de Contas da União. Brasília. 2017.

TCU. (2018). **Relatório do Acórdão nº 2053/2018 – TCU – Plenário sobre a política pública de banda larga**. TC nº 032.508/2017-4, peça 42. Tribunal de Contas da União. Brasília. 2018.

TELEBRAS. **Relatório de Gestão - Telebras - Exercício de 2017**. 2018. Disponível em: http://www.telebras.com.br/arquivos/Auditoria/Anexo_1-Relatorio_Gestao_TB_2017-publicado_no_TCU.pdf. Acessado em 21/2/2019.

UIT. **Measuring the Information Society Report 2017**. Vol. 1. *International Telecommunication Union* (ITU). Genebra, Suíça. 2017.

UIT. **Measuring the Information Society Report 2018**. Vol. 1. *International Telecommunication Union* (ITU). Genebra, Suíça. 2018.

WALLSTEN, S. **Reverse Auctions and Universal Telecommunications Service: Lessons from Global Experience**. *Federal Communications Law Journal*, 61(2). 2009.