



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento -
ICPD

ALEXANDRE PEREIRA PINHEIRO

***UNBUNDLING E CONCORRÊNCIA EM
TELECOMUNICAÇÕES***

**BRASÍLIA
2006**

RESUMO

Pretendemos abordar, neste trabalho, um das questões que revolvem em torno da problemática da concorrência no âmbito do Direito de Telecomunicações: o compartilhamento de infra-estrutura entre prestadoras de serviços de telecomunicações, ou *unbundling*. Como alguns serviços de telecomunicações constituem monopólio natural, notadamente o serviço telefônico fixo, a implantação da competição pelas simples forças do mercado torna-se bastante difícil. É necessário que o Poder Público intervenha a fim de criar um ambiente no qual vários competidores possam ofertar seus serviços. Isso, decerto, é do interesse do consumidor, que, com maior possibilidade de escolhas, pode influenciar o preço do mercado, reduzindo-o. Entretanto, o compartilhamento de infra-estrutura no Brasil ainda é bastante incipiente, e é necessário averiguar se há previsão legal desse compartilhamento. Analisaremos a legislação brasileira que trata do assunto à luz da experiência dos EUA na questão, muito rica, servirá de auxílio a nosso estudo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
Capítulo 1. A REFORMA DO ESTADO.....	8
1.1. Introdução	8
1.2. O campo econômico	8
1.3. Gestão	10
1.4. Função Administrativa	11
1.5. Mudanças	13
1.6. Conclusões parciais	16
Capítulo 2. PODER NORMATIVO DA ANATEL.....	18
2.1. O princípio da separação de poderes revisitado	19
2.2. Princípio da legalidade	20
2.3. A função reguladora	22
Capítulo 3. O MERCADO DE TELEFONIA LOCAL.....	25
3.1. Considerações iniciais e relevância do serviço	25
3.2. Da Concorrência no Setor	25
3.2.1. Pilares do sistema	25
3.2.1.1. Universalização	26
3.2.1.2. Competição	26
3.3. Competição no mercado de Telefonia Fixa Local	28
3.4. Regulação e concorrência	30
Capítulo 4. O UNBUNDLING.....	36
4.1. Conceito	36
4.2. Duas abordagens para o instituto – <i>essential facility doctrine</i> e função social da propriedade	37
4.2.1. <i>Essential facility doctrine</i>	37

4.2.2. Função social da propriedade	38
5. O UNBUNDLING NOS EUA: UM MODELO.....	40
5.1. Federal Telecommunications Act de 1996	40
5.2. Disposições normativas da Lei Americana	40
5.3. Um caso de conceitos jurídicos indeterminados	41
5.4. Discussão na FCC sobre a implementação do <i>unbundling</i>	44
5.5. AT&T Corp. v. Iowa Utilities Board (525 U.S. 366)	47
5.6. USTA v.s FCC (290 F. 3d. 415, 2002) e USTA vs. FCC (2004)	50
Capítulo 6. UNBUNDLING NO BRASIL.....	53
6.1. Uma tentativa de sistematização normativa	53
6.2. Panorama Geral no Brasil	56
Capítulo 7. CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

INTRODUÇÃO

Pretendemos analisar estudar, nesta monografia, pelo prisma jurídico da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), de 1997, a possibilidade e a conveniência do compartilhamento de infra-estruturas entre empresas de telecomunicações, visando a um incremento da concorrência no setor, fazendo-se um estudo comparativo com a sistemática adotada nos EUA a partir de 1996 pelo *Telecommunications Act*.

Para uma melhor compreensão do objeto de nosso estudo, iniciaremos traçando um panorama geral da reforma do setor de telecomunicações no Brasil, partindo da inafastável análise da reforma estrutural do Estado, a fim de entendermos o contexto no qual passa a ganhar força o Direito das Telecomunicações.

Depois, enveredaremos pela questão da regulação nas telecomunicações, mapeando os princípios que regem os serviços de telecomunicações na LGT e pautam as atividades da Agência Reguladora do setor, a Anatel. Posteriormente, analisaremos a legislação dos EUA e o pronunciamento das cortes norte-americanas no que se refere ao *unbundling* naquele país.

Por fim, iremos verificar a possibilidade jurídica de se adotar o *unbundling* no Brasil, a apreciar a atual situação em que se encontra a questão. O aprofundamento do estudo do caso norte-americano fornecerá, neste passo, importantes subsídios para a discussão da realidade brasileira que, como veremos, ainda é bastante incipiente.

A discussão do tema é de suma importância porque trata de fornecer aparato jurídico para aumentar a competição entre as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. Sempre se entendeu que cada uma das empresas tivesse que construir sua própria infra-estrutura de redes a fim de competir no mercado. Entretanto, custos elevadíssimos de implantação de uma rede de telecomunicações em grandes centros urbanos, como as principais capitais do País, terminam por impedir a entrada de novas empresas.

A saída, portanto, é obrigar, juridicamente, a empresa detentora da infra-estrutura a compartilhar sua rede com a empresa entrante, obviamente mediante remuneração justa e razoável.

Esse pensamento é bastante recente, e ganhou força nos EUA após o ano de 1996, com a edição da nova Lei de Telecomunicações. O Brasil poderia fazer um uso mais farto desse interessante instrumento, e como, apesar de muito debatido no círculo especializado do Direito das Telecomunicações, o tema ainda não foi objeto de um estudo sistemático e de caráter acadêmico, é nosso escopo abordar algumas questões importantes para sua consolidação.

Ademais, releva notar que, em uma situação de concorrência perfeita (que não existe na realidade), na qual nenhuma empresa tem poder de, isoladamente, influenciar o mercado, o consumidor é soberano, e suas escolhas (demanda) ditarão o preço dos produtos e a qualidade.

Quanto mais uma situação concreta se aproxime do paradigma da concorrência perfeita, maiores serão os benefícios sociais alcançados, com preços mais baixos e maior disponibilidade de produtos e serviços. Ao propormos a adoção do *unbundling*, teremos sempre em vista a situação do consumidor, que seria diretamente beneficiado com um aumento na concorrência.

Duas advertências finais se fazem necessárias.

A primeira concerne ao farto recurso a uma análise comparada com o tratamento dado pelos EUA ao instituto, o que se explica facilmente: à falta de maior sistematização no ordenamento pátrio, esquadriharemos regulamentação norte-americana, detalhada, instrutiva, fonte quase inesgotável de aprendizado, de onde auferimos grande parte das idéias que aqui se apresentam. Ademais, dada a falta de sistematização do problema na experiência jurídica brasileira, é importante deixar desde já advertido que muito mais será tratado do *unbundling* nos EUA do que no Brasil.

A segunda é mais uma justificação prévia. É certo que lacunas aparecerão no desenvolvimento do presente trabalho, devidas, principalmente, às nossas limitações. Conjugue-se a isso o fato de que o aprofundamento de algumas questões tratadas no início da monografia certamente nos conduziria a um desvio do eixo principal do tema. Optamos, assim, por apresentar somente o substrato indispensável ao melhor deslinde da questão. Finalmente, a incipiência do tema, que não nos permite proferir uma conclusão final e categórica sobre questão, é agravante; maiormente, para noviços como nós.

CAPÍTULO 1. A REFORMA DO ESTADO

1.1 Introdução

Para que se compreenda de forma mais profunda a questão objeto de nosso estudo, é importante iniciarmos averiguando em que contexto se dá o fortalecimento do Direito Regulatório no Brasil. O quadro que será apresentado, resumido, como não poderia deixar de ser, pretende fornecer alguns subsídios para que se entenda como ocorreu a transformação das funções estatais diante da economia.

Para tanto, mister se faz compreender a questão sob três perspectivas distintas, mas imbricadas. Todas elas nos apresentam importantes elementos para a consolidação do Direito da regulação no Brasil.

Em primeiro passo, não pode haver uma mudança de monta na intervenção de Estado na economia, ou melhor, uma mudança estrutural capaz de diferenciar-se **qualitativamente** de um regime anterior, sem que haja subsídios científico-econômicos para tanto. Isso significa que nenhum Estado cria, autonomamente, por si só, apenas agindo no plano fático, um modelo econômico. Por conseguinte, deduz-se que a mudança do papel estatal na economia só pode ocorrer de forma completa e duradoura quando existirem doutrinas científicas a subsidiar tal mudança.

Novas formulações teórico-econômicas, contudo, não bastam. É preciso concretizar o que a teoria propôs: transmuta-se, assim, a forma de administração do Estado, a fim de se adequar à nova realidade. Isso implica dizer que devem surgir novas técnicas de administração pública a fim de perseguir o fim aspirado pelo Estado, operacionalizando, na prática, os novos postulados estatais, pautados por novas formulações teóricas.

Por fim, é imperioso que ocorram mudanças no ordenamento jurídico como um todo, a fim de legitimar a nova forma de administração estatal, *instrumentalizando-a* e definindo, precipuamente na Constituição e nas leis (em sentido estrito), os procedimentos a serem adotados para a consecução dos objetivos.

Analisemos cada aspecto com mais vagar.

1.2. O campo econômico

A Ciência Econômica pode ser definida como sendo “a ciência social que se ocupa da administração de **recursos escassos**”. (HOLANDA, 2003, p.18). Os recursos, em maior ou menor escala, são escassos para todos: não há infinitude em se tratando de ciência econômica. A disparidade de resultados sócio-econômicos entre uma sociedade e outra, sob o prisma estritamente econômico, reside, em grande parte, portanto, na administração dos recursos escassos.

É óbvio que, na administração desses recursos, uma sociedade atribui determinado valor a um bem, valor este diferente do que lhe atribui outra sociedade; tal valor é ínsito ao conceito de **utilidade**, o segundo conceito fundamental da economia. Destarte, qualquer teoria que verse sobre ciência econômica deve determinar **o que, como e para quem produzir**, levando-se em conta as idiossincrasias de cada sociedade, ou seja, quão escasso é um determinado recurso para a sociedade e qual a utilidade daquele recurso para se alcançar o desiderato social.

Os doutrinadores, por meio da elaboração de paradigmas teóricos, criaram diversos modelos para responder a essas perguntas. Por um espírito de simplificação, apresentaremos a forma clássica de divisão da realidade econômica em três modelos, que, reputamos, englobam, ao menos de uma maneira geral, todas as manifestações econômicas ocorridas modernamente na sociedade.

O primeiro deles pode ser denominado, segundo classificação da OCTAVIAN e PAULESCU (1989, p. 10) “sistema econômico liberal total” ou “economia de mercado” ou capitalismo puro. Nas sociedades em que vigora tal ordem econômica (nenhuma), a existência de propriedade privada dos meios de produção e a ausência absoluta de ingerência estatal no campo econômico são características marcantes, sendo que a “produção é organizada e orientada pelo objetivo de maximização dos lucros por parte das empresas e produtores privados”. (HOLANDA, 2003, p. 212).

Adam Smith, como nos ensina, foi em grande parte responsável pela criação desse modelo, tendo sido muito influenciado pela escola Fisiocrata que, entre outras, possuía a seguinte premissa, citada por HOLANDA (2003, p. 150): “os fenômenos econômicos, como tudo o mais, são governados por uma ordem natural, vale dizer, um conjunto de leis absolutas e universais que não devem ser contrariadas pela interferência do governo”.

É certo que o capitalismo liberal total falhou, não tendo alcançado os objetivos a que se propunha, quais sejam, “os ideais de liberdade e justiça em nome dos quais a própria revolução capitalista havia sido feita”. (HOLANDA, 2003, p. 162).

O segundo sistema econômico que pode ser mencionado, consoante HOLANDA (2003, p. 212) é o da “economia de comando” ou economia socialista, que se caracteriza pela propriedade estatal dos meios de produção, processo decisório econômico altamente centralizado e produção “organizada pelo governo ou por empresas estatais em função supostamente de benefícios sociais que se sobrepõem ao objetivo do lucro privado ou empresarial”. (HOLANDA, 2003, p. 212). Não há propriedade privada e a ingerência estatal na vida econômica é total.

Um modelo econômico intermediário é o modelo econômico misto, no qual a liberdade do indivíduo no campo econômico é grande, assim como no sistema econômico liberal total, eis que existentes a propriedade privada dos bens de produção e a liberdade contratual. Há, contudo, interferência parcial do Estado na economia, para organizar, incentivar e controlar as atividades econômicas existentes no País. Essa atuação do Estado deveria ocorrer, em princípio, com o objetivo de evitar as distorções que tendem a ocorrer quando as forças de mercado atuam livremente.

Uma forma de intervenção que se pode citar é o estabelecimento, por meio de políticas macroeconômicas, de salário mínimo a ser pago pelos empregadores; não se pode olvidar, outrossim, que os preços são constantemente monitorados para controlar o processo inflacionário e o poder aquisitivo da população.

Outra característica deste modelo é a existência de uma cooperação estreita entre os agentes econômicos e o Governo no sentido de elaborar a política econômica do País e determinar os objetivos e as metas a serem alcançadas em cada etapa de desenvolvimento com o escopo de garantir o maior bem-estar da população.

1.3 Gestão

Desenvolvidos os modelos econômicos, e assente, de forma bastante simplificada, suas bases teóricas, passemos a analisar como se deu o desenvolvimento da gestão pública no Brasil, e como isso está ligado às premissas dos modelos econômicos acima mencionados.

A idéia de gestão pública envolve conceitos de administração do bem público. Segundo Bresser Pereira, “partindo-se de uma perspectiva histórica, observa-se que a administração evoluiu através de três modelos básicos: a administração patrimonialista, administração pública burocrática e a administração pública gerencial”. (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 191).

É ínsita à Administração Pública patrimonialista a idéia de confusão do bem público com o bem privado. O Estado, como centralizador do poder, tem como uma das funções precípua a distribuição de cargos e aquele que é um servidor do Estado possui um *status* de nobreza. A Administração burocrática caracteriza-se por uma estrutura hierárquica bastante rígida e regulamentação excessiva, baseada na impessoalidade e na idéia de carreira. A Administração gerencial tem como foco a eficiência e a qualidade na prestação do serviço, com o Estado a serviço do cidadão. (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 191).

Quando se está tratando de um modelo de economia mista, a gestão dos bens públicos ganha muita importância. Como a maioria dos bens é privada, como se deve interferir na economia a fim de controlar alguns efeitos nocivos das forças de mercado? A interferência será geralmente legítima quando houver um bem público relevante envolvido.

A concorrência, por exemplo, não é um bem titularizado por um particular, mas por toda a sociedade (parágrafo único do art. 1º da Lei 8.884/94). Importa notar, no presente momento, que a estrutura estatal deve refletir os objetivos a que ele se propõe. Se se quer garantir, de forma eficiente, que a concorrência não será prejudicada, é necessário adotar um sistema de gestão que reflita essa preocupação com a eficiência no trato da coisa pública.

Por isso que, a partir de meados do século XX, como nos ensina BRESSER PEREIRA (1998, p. 192) a denominada Administração gerencial, que tem como foco a eficiência e a qualidade na prestação do serviço, com o Estado a serviço do cidadão.

1.4 Função administrativa

Não se poderia conceber, contudo, que a estruturação de uma administração gerencial pudesse ser levada a cabo sem que houvesse suporte jurídico para tanto. Há que se adentrar, portanto, nas funções que exercem o Estado para a persecução de seus objetivos. Como veremos,

tais funções são exercidas não por todos os membros estatais, mas apenas por uma parte deles, que compõem o Poder Executivo.

Desde a Grécia antiga, Aristóteles já havia ideado a separação das “atividades estatais em três esferas distintas de atuação”, denominadas de “deliberação, mando e justiça”. (SANTOS, 1992, p. 227). Entretanto, foi a partir do surgimento do Estado Moderno, “caracterizado pela substituição poliárquica da Idade Média por um novo modelo político-institucional, marcado pela concentração do poder” (CASAMASSO, 2001, p. 140), que ressoou na mente dos teóricos a necessidade de criar e aprofundar/desenvolver os mecanismos de controle do poder político.

É nesse contexto que,

“antecipada por Locke, no séc. XVII, e concebida por Montesquieu, no séc XVIII, a teoria da separação dos poderes surge buscando garantir a vitória da razão sobre abusos do absolutismo e a supremacia da liberdade do indivíduo, face o poder estatal. Para a consecução desses objetivos, nasce a idéia basilar de se distribuir o poder estatal por órgãos distintos, com cada órgão em separado desempenhando uma função específica”. (CASAMASSO, 2001, p. 139).

Montesquieu entendeu a separação de poderes (ou funções) da seguinte forma: “Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o executivo das que dependem do direito civil, ou seja, o Poder legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário”. (CASAMASSO, 2001, p. 147).

Os doutrinadores, ao longo dos anos, foram aprimorando e desenvolvendo a teoria de Montesquieu. Renato Alessi, por exemplo, citado por SANTOS (1992, p. 229), entende que

“a atividade legislativa compreende um comando primário, direto e imediato, inovador da ordem jurídica. A atividade jurisdicional caracteriza-se por ser estática, imparcial, ‘permanecendo o órgão estatal por cima e à margem das relações às quais os próprios atos se referem’. A legislativa, assim, é uma ação primária, sendo a jurisdicional meramente subsidiária”.

Ainda para Alessi, estaria presente na atividade administrativa “o caráter complementar, de implementadora dos atos primários” (SANTOS, 1992, p. 231), comungando, neste particular, da mesma posição que Otto Mayer, para quem a “administração é a atividade do Estado para realizar seus fins, debaixo da ordem jurídica”. (SANTOS, 1992, p. 231).

Comentando tal afirmação, SANTOS (1992, p. 232) afirma que “de sua colocação, observa-se que a atividade administrativa não tem o condão de inovar a ordem jurídica, pois que se produz sob o ordenamento jurídico, no que evidencia a preocupação do autor com a eficácia e efeitos dos atos produzidos pela ação administrativa”.

Sinteticamente, as características geralmente apontadas da função ou atividade administrativa compreendem os três elementos a seguir:

“1) no exercício da função administrativa, o Estado encontra-se submetido totalmente à ordem jurídica; 2) no exercício da função administrativa, o Estado comparece numa posição de autoridade, de superioridade em relação aos particulares. Todavia, é uma atividade destituída de eficácia definitiva; e 3) os atos, através dos quais, via de regra, se expressa a função administrativa, são atos dependentes da Constituição ou da lei e têm caráter secundário (não inicial), passíveis, sempre, de controle jurisdicional. São, assim, realizados de forma direta e imediata, independentemente da provocação de quem quer que seja”. (STROPPA, 1994, p. 170).

Elucidadas, ainda que superficialmente, as características da função administrativa, resta-nos comentar as mutações evolutivas que vêm se operando nesta seara.

1.5 Mudanças

No final do século XIX e início do século XX, os agentes econômicos, com supedâneo nos princípios do liberalismo, passaram a atuar praticamente com total liberdade, buscando, na ânsia do lucro, novos mercados, praticando preços que entendessem convenientes, conquistando consumidores e aumentando vendas, sem qualquer inibição estatal, o que terminou por gerar graves distorções (FORGIONI, 1998, p. 54). À alocação ineficiente de recursos, por estarem altamente concentrados e não serem distribuídos social e eqüitativamente, seguiu-se o surgimento de monopólios, com suas conseqüências, na maioria das vezes, nefastas para a sociedade, por implicarem transferência de renda da sociedade para o monopolista, além da perda de uma parcela do bem-estar social.

O decorrer do século XX assistiu, como resposta a essa grave situação, a uma transformação do Estado quase abstencionista a um Estado marcadamente intervencionista e dirigista. Com efeito, o aparecimento das economias de guerra exigiu a movimentação de todas as atividades para o esforço bélico, acarretando alargamento das atribuições do Estado (VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 10). Por conseguinte, o Estado, antes liberal e abstencionista,

passou a ser provedor, social prestador, responsável por fomentar e prestar diversos serviços agora caracterizados como essenciais (MENDES, 2000, p. 99). Somente o Estado organizado, no dizer de John M. Keynes, construtor do que hoje chamamos de estado do bem-estar social, poderia estabilizar, estimular e dirigir o rumo de sua economia sem apelar para a ditadura e sem substituir um sistema baseado na propriedade por um sistema de poder ostensivo (VENÂNCIO FILHO, 1998, pp. 11-12). Reconciliariam-se, assim, os dois mais importantes fatores de uma economia: a ação governamental com a iniciativa privada.

Acresce que nos anos 80 outra crise levou a um agravamento tal da situação do Estado que, de fomentador e propulsor da economia, passou a empecilho e óbice à satisfação do interesse público. As mudanças ocorridas no final da década de 80 e no curso da década de 90 têm como suporte três elementos: crise fiscal do Estado; prestação inadequada de serviços e ideologia. Vejamos cada uma delas.

O grande responsável, no Brasil, pela análise da crise fiscal do Estado na década de 80 é BRESSER PEREIRA (1998, p. 171), a quem recorremos:

“A crise fiscal do Estado apresentou três dimensões: (1) uma dimensão de fluxo (déficit público elevado e a baixa poupança pública); (2) uma dimensão de estoque (alta dívida pública interna e externa); (3) uma dimensão psicossocial: a falta de crédito do Estado, definida, em termos objetivos, por sua inabilidade em financiar a sua dívida interna a não ser através de títulos de curtíssimo prazo”.

Isso acarretou, obviamente, uma diminuição dos investimentos estatais no serviço público e os cidadãos, nas palavras de COSTA FILHO (2001, p. 81), “passaram a usufruir de serviços essenciais prestados de forma deficiente, arcaica e com baixa qualidade, os quais necessitavam de modernizações tecnológicas e novos investimentos”, o que não poderia ocorrer, devido à crise fiscal do Estado.

A idéia que surge, nesse passo, é a de alavancamento de um Estado social-liberal, ou seja, um Estado que continue com políticas públicas de proteção dos direitos sociais e desenvolvimento econômico e, ao mesmo tempo, o faça utilizando-se mais dos controles do mercado e menos dos controles administrativos (BRESSER PEREIRA, 2000, p. 341).

A Constituição Federal de 1988 consolidou, principalmente em seu art. 173, o princípio da subsidiariedade da atuação (em sentido amplo) estatal na economia. PIRES (2000, p.

162) nos ensina que “nos sistemas capitalistas, três núcleos dividem o espaço da arquitetura do poder coletivo: o estado, como esfera pública governamental; a sociedade, como espaço público originário, tendo no cidadão a simplificação de sua expressão; e o mercado, como núcleo privado, cujo móvel é o lucro”.

A preponderância da subsidiariedade, ou melhor, da descentralização na tomada de decisões e condução da economia “parte da crença do poder público na capacidade de outras instâncias, ou, senão, da contingência de aceitar o partilhamento das decisões com outros núcleos, por força de conquistas democráticas ou, simplesmente, das imposições suspeitas de modelos de organização e gestão”. (PIRES, 2000, p. 162).

Tal posicionamento constitucional é refletido, em grande parte, pela adoção do princípio da livre iniciativa. Comentando esse dispositivo, NUSDEO (2002, p. 235) enfatiza que

“a noção de que livre iniciativa indica a preferência por uma economia descentralizada, organizada em mercados onde essa liberdade de ação se desenvolver concretamente, empresta-lhe um sentido que tem caráter social, por oposição à noção de liberdade econômica como liberdade pública oponível ao Estado, de conotação mais individualista”.

No nosso entendimento, com assento na Constituição Federal de 1988, isso significa que a atividade econômica cabe, primariamente ao particular, podendo o Estado intervir na economia de duas maneiras, seja como agente econômico (em casos especiais, exaustivamente elencados na CF) ou como agente normativo e regulador.

Esta última modalidade de intervenção dar-se-á quando for necessário “preservar o mercados dos vícios do modelo econômico (...) e assegurar a realização dos fins últimos da ordem econômica e social” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2002, p. 399).

Fica clara, portanto, a posição do constituinte brasileiro: o Estado não mais deve ser o provedor universal de serviços, devendo retirar-se das atividades econômicas que podem ser desempenhadas perfeitamente pelos particulares, o que não significa, contudo, um abandono total da economia, inserindo-se aí a porção ideológica: em seu novo papel, o Estado deve ser fomentador e reguladora da atividade econômica.

O que vem a ser, então, essa regulação estatal da economia? ARAGÃO (2001, p. 74) nos fornece uma resposta:

“Podemos conceituar regulação como o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco das Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis”.

A regulação estatal da economia (ou simplesmente regulação) está diretamente ligada a dois fatores: (a) complexidade social; (b) características intrínsecas do mercado.

No que tange à primeira, mais uma vez nos socorremos da lição de ARAGÃO (2000, p. 283), para quem

“o pluralismo e complexidade da sociedade, agregados ao número cada vez maior de atividades dotadas de grandes particularidades técnicas a serem, se não prestadas diretamente pelo Estado, por ele reguladas, inviabilizou o ideal liberal oitocentista, racional e formalmente igualitário, de um ordenamento monocêntrico uniforme que, concebido de maneira inteiramente geral e abstrata, abrangesse todas as atividades a atores sociais sem levar em conta as suas particularidades”. Essa idéia será mais profundamente discutida a seguir.

Outra razão imperativa para a existência da regulação são as chamadas falhas de mercado, que podem ser traduzidas na existência de monopólio naturais, externalidades e mercados incompletos. Em relação a tais falhas: (a) ou não podem ser corrigidas pelo próprio mercado; ou (b) o tempo de reação dos agentes econômicos será tão longo que poderá acarretar quase que uma irreversibilidade das falhas e danos perenes ao mercado.

1.6 Conclusões parciais

Por conseguinte, verifica-se que o Constituinte brasileiro adotou o sistema econômico misto, o que não difere das opções feitas em momentos anteriores. Como vimos, esse modelo franqueia ao Estado que intervenha parcialmente na economia. A diferenciação está no grau dessa intervenção: anteriormente, o Estado intervinha como agente econômico, e hoje, como regulador.

Essa opção política do povo brasileiro acarretou, também, uma mudança na forma de gestão estatal, com a adoção modelo gerencial de gestão, otimizando os recursos estatais que estavam cada vez mais rareando.

Tais mudanças, por fim, implicam modificações no ordenamento jurídico e, mais especificamente, na função administrativa do Estado, pois o Estado só poderá regular (sistema econômico misto) de forma eficiente (modelo gerencial de administração) se houver instrumento jurídico (função reguladora) para tanto. Por isso, passamos à análise da questão poder normativo, inserida dentro da função reguladora.

CAPÍTULO 2. PODER NORMATIVO DA ANATEL

A importância do Direito da Regulação cresceu no Brasil a partir de três fatores básicos: (a) a falência do Estado prestador universal de serviços públicos; (b) mesmo com o fim do Estado prestador universal de serviços públicos, subsiste (ou aumenta) a necessidade de controlar determinadas atividades econômicas e sociais; e (c) esse controle, ou mais amplamente, essa regulação, passa a ser executada por uma pessoa jurídica que faça parte da estrutura do Estado, mas que, ao mesmo tempo, esteja tanto mais livre quanto possível de ingerência política sobre suas decisões, fortalecendo, portanto o caráter técnico de seu processo decisório, assegurando mais fortemente a persecução do interesse público.

Esses três fatores já foram, um tanto perfunctoriamente, delineados acima, quando tratamos da intervenção estatal na economia. Fazendo um arremate geral sobre as características do Direito da Regulação, SUNDFELD (2002, p.1) afirma que se trata de:

“Um conjunto de técnicas de ordenação estatal da economia que, ao menos em sua origem, não tinha compromisso com o princípio da livre concorrência. A bem dizer, não existe um único direito da regulação, mas vários subsistemas normativos regulatórios, ligados a distintos setores da economia (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, correio, transporte aéreo, transporte rodoviário, mercado de capitais, etc).”

Pois bem. A fim de melhor sustentar nossa posição jurídica, que à frente será explicitada, creio ser de suma importância tecer alguns comentários acerca do poder normativo da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), que evidenciará, posteriormente, a possibilidade de edição de uma norma que trate da questão do *unbundling*.

À Agência Nacional de Telecomunicações foram concedidas diversas atribuições. Algumas delas constantes do art. 19 da Lei 9472/97, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT). O artigo, em seus vários incisos, diz competir à Anatel, entre outros, “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público”, “expedir normas sobre prestação de serviço de telecomunicações no regime privado”, “expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos

equipamentos que utilizarem”, etc. Deflui da análise desse dispositivo, que à Anatel foi outorgado pelo Legislativo um poder normativo.

Cumpre-nos, nesse passo, verificar a compatibilidade desse fato com o ordenamento jurídico brasileiro, vale dizer, devemos investigar se, na atribuição de tais competências: i) houve ofensa ao princípio da separação de poderes; ii) houve ofensa ao princípio da legalidade, para, ao final, concluirmos pela possibilidade ou não de atribuição de poder normativo a esse órgão regulador.

2.1. O princípio da separação de poderes revisitado

O princípio da separação dos poderes não deve ser interpretado de forma estrita, mas histórica, ou seja, não pode ser encarado de forma absoluta, uma vez que não existe “uma separação de poderes, mas muitas, variáveis segundo cada Direito positivo e cada momento histórico”. (ARAGÃO, 2002, p. 286).

Acresce, contudo, que esse princípio foi cristalizado na maioria das Constituições de forma absoluta, o que pode ser tributado, em grande parte, à Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de 1791, que, em seu art. 16, reza: “Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos individuais nem a separação dos poderes não possui constituição”. (STURZENEGGER, 2002, p. 60).

Nessa época, contudo, ainda não se faziam sentir os efeitos que o liberalismo desenfreado acarretou. Após as duas grandes guerras, contudo, surgiu um “Estado com novas feições, de forte conteúdo social e intervencionista, sobretudo no campo da regulamentação econômica”. (STURZENEGGER, 2002, p. 64). Isso foi visto anteriormente. Uma das facetas do pós-guerra foi que “as atividades estatais adquiriram, frente a uma realidade tecnicizada e cambiante, inédita complexidade”. (ARAGÃO, 2002, p. 285).

Ademais, calha aqui a advertência do ilustre CARLOS MAXIMILIANO, citado por STURZENEGGER (2002, p. 64): “das próprias palavras dos publicistas que verberam o abuso das delegações legislativas, conclui-se que em todos os países são elas usadas em larga escala. É

que acima das teorias, dos preceitos rígidos, dos textos veneráveis, estão os fatos incoercíveis e fatais”.

Há que se proceder, por conseguinte, a uma “reinvenção” do conteúdo jurídico do princípio da separação dos poderes.

Junto com ARAGÃO (2002, p. 286), podemos entender esse princípio como “divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à historicamente perigosa concentração de poderes”.

Ocorre que, “os objetivos supremos da atividade do Estado devem ser permanentemente elaborados, revistos, harmonizados entre eles, modificados na medida do necessário”. (ARAGÃO, 2002, p. 287), cabendo, portanto, ao Poder Executivo, as denominadas ações momentâneas ou instantâneas, ou seja, ações conjunturais, dinâmicas e instáveis, dentro de um contexto de “produção normativa por órgãos e entes da administração para o fim de acompanhamento setorial, exercendo, com isso, função própria, não delegada, pois inerente à condição dinâmica e flexível do Poder Executivo”. (ARANHA, 2002, pp. 144-145).

Assim, a separação de poderes não deve ser encarada como uma divisão formalística, mas uma “busca do equilíbrio” (STURZENEGGER, 2002, p. 71) entre os poderes, possuindo um “valor de meio, não de um dogma”. (ARAGÃO, 2002, p. 288).

Por fim, é pertinente trazer à colação a advertência de ARAGÃO (2002, p. 293):

“Ademais, é, d.v., ingênua a posição segundo a qual o Poder Legislativo deve concentrar todo o poder normativo do Estado. O caráter lento e pouco técnico do processo legislativo inviabilizaria o desempenho das funções estatais na realidade contemporânea, cada vez mais complexa e dinâmica. Limitar as formas de atuação e organização estatal àquelas do século XVIII, ao invés de, como afirmado pelos autores mais tradicionais, proteger os direitos dos indivíduos e da sociedade, retirar-lhes a possibilidade de regulamentação efetiva dos seus interesses”.

2.2. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II, da CF, “é considerado como direito fundamental e norteador da atividade da administração pública”. (FERRARI, 2003, p. 65). Entretanto, a concepção que a maior parte da doutrina brasileira tem acerca desses princípio é desgarrada da realidade contemporânea.

Assim é que muito negam ao Poder Executivo (com a ressalva do Chefe desse Poder) a possibilidade de criação de normas jurídicas. FIORINI, citado por ARAGÃO (2002, p. 291), nos ensina que “é necessário excluir do pensamento jurídico o sentido absoluto pretendido pela clássica definição, ao considerar a administração como a execução direta da lei”.

Em sua faceta atual, esse princípio deveria ser visto como da juridicidade, ou seja, atuação conforme o Direito, e não legalidade, como bem preconizou CAMEN LÚCIA ROCHA, citada por FERRARI (2002, p. 65). Isso reflete bem o fenômeno de “dessacralização da lei” referido por ARAGÃO.

Outro fato que repercute bastante nesse tema é a multiplicação de leis de baixa densidade normativa. Expliquemo-nos. Segundo critérios propostos por ARAGÃO, as leis podem ser classificadas em: (a) leis de densidade normativa exaustiva; (b) leis de grande densidade normativa; e (c) leis de baixa densidade normativa.

As primeiras seriam aquelas “impostas por reserva absoluta de lei”; as segundas, aquelas em que a lei “apenas inicia – sem pretender esgotar – a normatização da matéria de maneira bem detalhada”; as últimas consistiriam em leis que estabelecem “parâmetros bem gerais da regulamentação a ser efetuada pela Administração Pública” (2002, p. 298).

Essas últimas têm tido uma proliferação no ordenamento jurídico brasileiro há algum tempo, notadamente por estabelecerem *standards* flexíveis e mutáveis, “representando o elemento de mobilidade do direito”, como asseverou HARIOU, citado por ARAGÃO (2002, p. 299).

ATHAYDE (2003, pp. 2146-2147), comentando a posição de SUNDFELD, afirmou que:

“a abstração e a generalidade das leis, elaboradas pelo Legislativo, já são insuficientes para a viabilização da intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou da realização de valores exigidos pela sociedade, sendo preciso normas mais diretas. Esta seria a justificação da função normativa das agências reguladoras, que não excluiria a atribuição do legislativo mas significaria o aprofundamento da atuação normativa estatal. Tal atuação não se daria por meio de regulamentos autônomos, desde logo repudiados pelo autor, mas parte do pressuposto de que a constitucionalidade da lei atributiva depende do estabelecimento de standards suficientes ao exercício de tal função, pois o oposto representaria delegação legislativa”.

Dessa forma, não merecem reparos as considerações de BENEDITO PORTO NETO, citado por SAMPAIO (2002, p. 344), quando afirma que:

“é legítima a outorga de competência normativa para a Administração quando a própria lei fixe estes parâmetros de forma clara e concreta, fazendo com que ela exerça essa competência em conformidade com a vontade do legislador (ou da lei). Ou seja, devem estar contidos na própria lei os princípios, os limites da atuação da Agência no exercício da competência normativa e as finalidades que devem, por meio dela, ser alcançadas. Fica superado, então, o questionamento constitucional a respeito de competência normativa pela Agência, em face do princípio da legalidade”.

2.3. A função reguladora

A transformação do papel estatal, com sua retirada da prestação de serviços público, determinou não um enfraquecimento de seu papel, como querem alguns, mas um fortalecimento de sua “atuação pública”, ou seja, representou um “aumento dos campos sujeitos à forte regulação”. (MARQUES NETO, 2002, pp. 14-15).

A regulação, entendida como “toda atividade do poder público no campo da economia que não implique assunção da exploração direta da atividade econômica por ente estatal, mesmo que em regime de mercado” (MARQUES NETO, 2003, p. 71), encontra, por óbvio, limites.

Em primeiro passo, encontra limites de ordem externa e interna. Os limites de ordem externa refletem “a indispensável harmonia como o sistema jurídico vigente, seja de hierarquia superior (supraordinado) ou de igual (equiordinado); já os internos impelem a submissão da

norma oriunda da atividade regulatório aos parâmetros formais e materiais definidos na norma delegante”. (GOMES, 2002, p. 191).

Esse segundo ponto é de fundamental importância. Comungo do entendimento de que

“o sistema constitucional então vigente não permite uma regulação desprovida dos balizamentos contidos na lei e na Constituição, posto que, do contrário, se afastaria o inafastável Estado Democrático de Direito. A norma decorrente da regulação não difere, em absoluto, na submissão imperiosa ao controle de adequação com o ordenamento jurídico que lhe outorga validade e lhe confere efetividade. A regulação, sob a forma de norma, desde que produzida *contra legem* ou *praeter legem* afrontaria o princípio fundado na opção democrática da sociedade que reservou a si própria a orientação planejada da economia, no momento em que tal orientação restou compreendida na esfera de competência dos três poderes”. (GOMES, 2002, p. 209).

Destarte, os atos normativos das agências reguladoras e, em especial, os da Anatel, não têm o condão de inovar na ordem jurídica. A lei, como acentua Marcos Juruena, e só a lei inova no mundo jurídico, criando direitos e obrigações, competência que não pode ser delegada à norma regulatória (SOUTO, 2002, pp. 19 e ss.). Ocorre que, como vimos, dada à complexidade da sociedade contemporânea,

“emerge a necessidade de edição de normas específicas, aderentes às peculiaridades de cada segmento da economia sujeito à regulação, dando origem ao surgimento de sub-sistemas jurídicos dotados de grande especialidade (com princípios, conceitos, pressupostos e procedimentos próprio) (...)”. (MARQUES NETO, 2002, p. 17).

É nesse âmbito que se inserem as normas reguladoras, produto do poder normativo inerente à função reguladora. Inerente sim, por, junto com ATAHYDE (2003, p. 2.144), entendemos que “decorre da própria idéia de função reguladora a atribuição normativa. Seria uma contradição a criação de agências com o objetivo de cumprir a função reguladora do Estado sem que fosse a elas atribuída capacidade e editar normas referentes às suas diversas áreas de atuação”.

Ademais, para atender com maior eficiência aos ditames de cada segmento econômico, tais normas devem possuir grande densidade técnica. E aqui, enfim, o cerne

filosófico da atribuição de poder normativo às agências reguladoras: tecnicidade x politização das decisões.

MOREIRA NETO (2002, p. 117), em feliz passagem, averbou:

“Com efeito, está na atribuição de uma competência normativa reguladora a chave para operar em setores e matérias em que devem predominar as escolhas técnicas, distanciadas e isoladas das disputas partidárias e dos complexos debates congressuais, pois essas, distintamente, são métodos mais apropriados às escolhas político-administrativas, sejam elas concretas ou abstratas, para orientar a ação executiva dos órgãos burocráticos da Administração Direta”.

A norma reguladora cumpre, portanto, um papel de efetivação das normas políticas. Valemo-nos, nesse passo, da lição de SOUTO (2002, p. 21):

“mas a lei é genérica, distante da realidade dos fatos e despida da especialização inerente à concretização dos interesses de cada grupamento econômico e social. Daí se atribuir à norma regulatória um papel de ligação entre a lei e o administrado. Esta se limita à interpretação do conteúdo técnico da lei (por exemplo, a definição de produto perigoso, de atividade poluidora, de serviço eficiente, de tarifa módica, de preço abusivo, de bem essencial). A regulação envolve a implementação desse conjunto de decisões de natureza política, tendo por essência a execução da vontade da lei pela autoridade estatal, com vistas ao eficiente funcionamento dos agentes econômicos e dos mercados, atuando de forma neutra e despolitizada”.

Não se confunda, ademais, a função regulatória com o poder regulamentar atribuído ao chefe do executivo para dar fiel cumprimento à lei. Este é “função política, no exercício de uma prerrogativa do poder político de impor regras secundárias, em complemento à norma legal (...)”. (MOREIRA NETO, p. 132). Já a regulação é uma função administrativa, “que não decorre, assim, do exercício de uma prerrogativa do poder político, mas, muito pelo contrário, decorre da abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos”. (MOREIRA NETO, 2002, p. 132-133).

CAPÍTULO 3. O MERCADO DE TELEFONIA LOCAL

3.1. Considerações iniciais e relevância do serviço.

O serviço de telefonia fixa, que recebe no Brasil a denominação técnica de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), recebeu do legislador destacada relevância no âmbito das telecomunicações. Cumpre, prefacialmente, situar esse serviço dentro da sistemática adotada pela Lei nº 9.472/97, denominada Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

Consoante o texto normativo do referido diploma legal, o STFC insere-se na classificação dos serviços de interesse coletivo, podendo ser prestado tanto no regime público (por meio de concessão e permissão) como no privado (explorado, nesse caso, por meio de autorização) e na modalidade local ou de longa distância nacional ou internacional.

A importância outorgada pelo legislador ao STFC, precipuamente quando prestado em âmbito local, decorre do fato, nas palavras de DUTRA (2002, p. 18), “de este serviço ser destinado ao atendimento direito da demanda primária dos serviços de telecomunicações, a reunir a totalidade dos seus usuários (...)”.

Desenvolvendo seu argumento, continua o autor:

“a expansão dos serviços de telecomunicações, em benefício da população brasileira, dar-se-á, obrigatoriamente, por meio da prestação de serviços que atendam primariamente ao interesse público, serviços que possibilitem o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica”. (DUTRA, 2002, p. 19).

O mais importante desses serviços é o STFC.

3.2. Da Concorrência no Setor

3.2.1. Pilares do sistema

Todo sistema jurídico necessita de pressupostos e pilares de sustentação, que nada mais são do que as idéias motrizes da elaboração do sistema. No caso específico do setor de telecomunicações, dois foram os pressupostos que nortearam o modelo brasileiro: *competição* e *universalização*.

Tocaremos apenas tangencialmente o quesito universalização, visto que uma maior discussão sobre seus aspectos refoge ao estrito âmbito deste trabalho. Já a competição constituirá o cerne de nossa análise.

3.2.1.1. Universalização

A LGT prevê, expressamente, a obrigação de universalização das concessionárias de telefonia local, em seu art. 79, parágrafo primeiro, que assim reza:

“§1º. Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público”.

Sinteticamente, trata-se de obrigação consubstanciada na Lei com o fito de alastrar ao máximo ao alcance de um determinado serviço, a um preço compatível.

3.2.1.2. Competição

Jacente a toda e qualquer noção de proteção ou promoção da concorrência reside um consenso “com relação à eficiência de alguns mecanismos e atributos de mercado” (NUSDEO, 2000, p. 160), ou seja, que em algumas situações, as próprias forças de mercado conduzem a um resultado satisfatório do ponto de vista do bem-estar social. A concorrência é um desses elementos, presente nas economias de mercado, que podem servir de instrumento para atingimento de fins de ordem pública.

Isso porque a competição aumenta o bem-estar do consumidor, por gerar um melhor arranjo alocativo tanto da eficiência quanto dos fatores de produção. Isso tanto mais é verdade quanto mais o mercado se aproxima do modelo de concorrência perfeita, cunhado, como todos sabem, apenas para servir de **modelo contrastável à realidade**. Naquele caso (da concorrência perfeita), os agentes econômicos se orientam pela preferência do consumidor, e terão de postergar, ao menos em parte, seus interesse particulares, em busca da satisfação dos interesses gerais da sociedade. Cabe, assim, à competição, o “papel de harmonizar a liberdade econômica de cada participante com os interesses gerais da sociedade” (GRAU-KUNTZ, 2002, p. 51). Na

feliz expressão de GELLHORN (1992, p. 62, tradução nossa), nessa situação, “o consumidor é soberano”.

São essas, de forma bastante simplificada, as bases de sustentação do liberalismo puro e é nisso que consistem, basicamente, as considerações de Adam Smith, precursor da moderna teoria econômica, que acreditava que “os agentes econômicos, em sua busca de lucrar o máximo, acabavam promovendo o bem-estar de toda a sociedade” (GARCIA; VASCONCELLOS, 2002, p. 16), de forma espontânea.

Essas considerações são feitas sobre um modelo, um modelo ideal. A concorrência é, na verdade, imperfeita. Existem, de fato, algumas situações que podemos chamar de fontes do poder de monopólio, ou seja, situações que propiciam uma empresa a ter poder de influir no preço das mercadorias a seu favor.

PINDYCK e RUBINFELD (2005, p. 343) afirmam que são fontes de poder de monopólio a elasticidade da demanda de mercado, o número de empresas que atuam no mercado e a interação entre elas.

A elasticidade da demanda, que é uma medida de sensibilidade da procura quando há uma alteração no preço, pode conferir poder de monopólio a um grupo de empresa. Se a demanda é inelástica, ou seja, se as quantidades demandadas não oscilam muito quando há uma grande elevação no preço, estão presentes condições propícias à existência do poder de mercado. E isso é bastante lógico: se a demanda fosse elástica e uma empresa aumentasse o preço de seu produto, os consumidores rapidamente deixariam de consumi-lo, o que geraria prejuízo à empresa.

PINDYCK e RUBINFELD (2005, pp. 343-344) nos ensinam que:

“Como a demanda do petróleo é razoavelmente inelástica (pelo menos no curto prazo), a OPEP conseguiu aumentar os preços muito acima do custo marginal de produção durante a década de 1970 e princípio de década de 1980. Como a demanda de mercadorias como café, cacau, estanho e cobre é muito mais elástica, as tentativas de produtores de formar cartéis para esses mercados e elevar os preços foram muito malsucedidas. Em todos esses casos, a elasticidade da demanda do mercado limita o potencial do poder de monopólio de cada um dos produtores”.

PINDYCK e RUBINFELD (2005, p. 344) apontam que outro importante fator para se verificar se há ou não poder de monopólio em um determinado mercado é o número de

empresas desse mercado. Segundo os autores, “se outros fatores permanecerem inalterados, o poder de monopólio de cada empresa cairá à medida que aumentar o número de empresas que atuam no mercado. Quanto mais empresas competirem entre si, maiores serão as dificuldades encontradas por elas para aumentar preço e evitar a perda de vendas para concorrentes”.

É patente que importa para a análise o número de empresas importantes. Se uma detiver 90% do mercado e outras 15 detiverem os 10% restantes, não há como conceber a existência de competição entre as empresas capaz de afetar o nível de preços ou de minar o poder de monopólio da empresa dominante.

Por fim, e em consonância com o exposto acima, há que se verificar como se dá a interação entre as empresas em um mercado. É óbvio que o poder de monopólio é mais significativo quando há menor concorrência e mais cooperação entre as empresas e menor quando elas concorrem agressivamente. Analisando essas situações, PINDYCK e RUBENFELD (2005, pp. 344-345) afirmam que, na primeira, “cada empresa terá receio de aumentar seus preços, temendo que valores superiores aos da concorrência possam reduzir sua fatia de mercado” e, na segunda, “o aumento coordenado de preços pelas empresas, e, vez de um aumento individual, apresenta maiores probabilidades de lucro, portanto a união das empresas pode gerar um substancial poder de monopólio”.

3.3. Competição no mercado de Telefonia Fixa Local

Adentramos, com isso, na pedra angular de nossa análise. O art 2º, III, da LGT assim dispõe: “O poder público tem o dever de adotar medidas que promovam a competição e a diversidade de serviços(...)”.

Muita discussão houve (e ela não diminuiu até hoje) sobre a possibilidade da existência de efetiva competição no setor da telefonia local.

São três, basicamente, os fatores que alimentam a posição de descrédito: a uma, a prestação do STFC local depende de uma infra-estrutura (rede) demandante de vultosos investimentos, o que tornava o detentor destas redes naturalmente o único explorador do serviço delas dependente; a duas, os investimentos necessários para oferecer tal serviço eram de tal ordem vultosos que seria implausível (senão impossível) obtenção de retorno econômico pela

exploração do serviço em competição; a três, havia o argumento de que a essencialidade da atividade guindada à condição de serviço público interditava a sua prestação por outrem que não o agente estatal (MARQUES NETO, 2000, p. 72). Expliquemos melhor.

Uma rede de telecomunicações é um conjunto operacional contínuo de circuitos e equipamentos, um emaranhado de fios que liga a casa do assinante a uma central da prestadora do serviço de telefonia local. A empresa entrante¹, por óbvio, não dispõe dessa infra-estrutura, construída ao longo de décadas pela concessionária. Demais disso, além de não possuírem, de imediato, redes para oferecerem serviço de telefonia fixa local, as entrantes estarão competindo com concessionárias que já estão muito bem instaladas em suas respectivas áreas, com amplíssima carteira de clientes, com “nome” ou “marca” reconhecidos.

Despiciendo frisar que a duplicação de uma rede de telefonia fixa inteira é quase uma quimera em curto ou médio prazo e, talvez, em longo prazo também. Seus custos são tão vultosos que essa não é uma possibilidade cogitada.

Tais condições impeditivas da competição levariam, por fim, a uma situação extrema: os custos da empresa detentora da rede seriam decrescentes, o que implica dizer que, à medida que a empresa elevasse sua produção, iria enfrentar custos cada vez menores, terminando por produzir toda a demanda do mercado, tornando-se uma monopolista natural, o que tornaria, virtualmente, inviável a existência competição no setor.

Se voltarmos, por breve instante, ao que tratamos acima, quando mencionamos algumas fontes de poder de monopólio, verificamos que: (a) a elasticidade da demanda é baixa, ou seja, não se deixa facilmente de utilizar ou de assinar uma linha de telefone fixo, nem com um aumento razoável das tarifas, por ser considerado um bem de grande utilidade; (b) há reduzida quantidade de empresas no mercado, na maior parte das vezes apenas duas, sendo que uma, em geral, tem fatia significativa do mercado, contribuindo ainda mais para o aumento de poder de monopólio; (c) com o pequeno número de empresas, e com o saliente poder de mercado nas mãos de uma só, não se verifica uma concorrência acirrada capaz de diminuir o poder de monopólio.

¹ É necessário fazer uma observação sobre este termo. Utilizaremos várias vezes esse vocábulo no curso deste trabalho. Não o faremos, todavia, com sentido puramente técnico; por vezes, referiremos a uma empresa que já está no mercado, mas de forma incipiente, como entrante.

Entretanto, o progresso técnico terminou por sepultar a figura do monopólio natural, no entender de alguns, ou enfraquecer suas bases teóricas, na concepção de outros. Nas precisas palavras de HERRERA (2001, p. 24),

“cada vez com maior eficiência, a informação, em qualquer de suas formas (voz, dados e imagens) pode ser transmitida de um ponto a outro utilizando infra-estrutura de satélites ou rede terrestre de rádios que resultam em exigências de escala e prazos para a implantação de redes em muitos casos notavelmente inferiores aos das infra-estruturas cabeadas”.

É importante ressaltarmos, contudo, que a negação de vigência do monopólio natural no setor não implica uma transição imediata, pelas simples forças de mercado, a uma situação de competição plena e eficaz. No caso específico do setor de telefonia fixa local, uma análise um pouco menos perfunctória das estruturas do mercado revelam consideráveis barreiras à entrada, exteriorizadas, entre outros, na existência de economias de escala, poder de mercado, possibilidade de comportamentos estratégicos e *sunk costs*.²

Outro fator que agrava a situação é que, *grosso modo*, metade dos custos em que incorrem as empresas entrantes são controlados por seus competidores, que dispõem das redes de telecomunicações (LAFFONT; TIROLE, 2001, p. 6). Mais, tais redes criam o chamado retorno crescente de escala, isto é, quanto mais consumidores fizerem parte da rede, mais útil ela é para o próximo consumidor (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 43). A telefonia constitui exemplo típico desse fenômeno.

Para evitar, portanto, que a liberdade econômica de uma única empresa privada restrinja a quantidade ofertada e que este agente pratique preços de monopólio, deve o Estado lançar mão de sua atividade como agente normativo e regulador do mercado, a fim de cumprir, como já mencionamos, sua atividade constitucionalmente estabelecida.

3.4. Regulação e concorrência

Para uma correta compreensão do problema, é necessário entender que os setores regulados (e, especificamente, o de telecomunicações) possuem certos apanágios que acarretam a

² Custos irrecuperáveis, ou seja, despesas realizadas para a produção de um determinado bem ou serviço e que não podem ser recuperadas para aplicação em outro segmento. O conceito é de OLIVEIRA (2001, p. 212).

necessidade de construção de um marco regulatório que abarque não apenas questões atinentes ao âmbito do conteúdo ou da concorrência, mas sim um amplo espectro de situações específicas do setor.

Sabemos que a concorrência é um dos objetivos da regulação no setor de telecomunicações e uma perfunctória interpretação poderia nos levar à equivocada conclusão de que, no caso dos mercados regulados de uma forma geral, deve-se perseguir a competição pura e simplesmente. Nada mais contrário à tese jurídica que sustentamos.

De fato, em se tratando de mercados regulados, deve-se perscrutar qual o grau de concorrência possível, tendo em vista que a ação do Poder Público deve se pautar por um contexto no qual diversos fatores confluem, engendrando o que poderíamos denominar, se nos é permitido o uso desse neologismo, de padrões concorrenciais “regulatoriamente” adequados. Dito de outro modo: a ação do Poder Público em setores regulados deve estimular a competição possível, mas possível tendo em conta os outros objetivos presentes na regulação.

Discorrendo acerca da implantação da competição em um mercado regulado, MARQUES NETO (2001, p.100), em excelente artigo, assevera:

“Na verdade, diante de atividades econômicas revestidas de essencialidade (mormente em se tratando de serviços públicos), a introdução da competição enseja um forte aumento da regulação. Haverá situações em que esse aumento de regulação não visará o aumento de competição e sim a preservação de um plexo mínimo de condições apto a assegurar que o agente antes monopolista tenha condições de implantar metas de ampliação de redes, de universalização do serviço ou mesmo possa fazer investimentos que, em situações de ampla e franca competição, não se mostrariam viáveis (não só à luz de critérios lastreados em custo de oportunidade, mas também por moderadas taxas de retorno)”.

Conclui, em seguida, o ilustre autor:

“É que quando tratamos de utilidades públicas, a regulação econômica não pode se pautar apenas pelo prisma da competição. Os interesses da sociedade (os móveis da regulação estatal) enredados nesta atividade não são exclusivamente traduzidos por critérios de eficiência econômica tais como redução de custos e livre opção pelos usuários. Há toda uma gama de interesses de universalização e de perenidade na fruição destes serviços (porquanto se considere ser relevante para a coletividade que,

como meta, todos os indivíduos possam se servir dessa utilidade) que justificam a preterição, ao menos transitória, de um regime de competição plena, o qual tende a beneficiar sempre a parcela dos consumidores efetivos, em detrimento dos consumidores potenciais do serviço” (MARQUES NETO, 2001, p. 101).

Destarte, a essencialidade, a continuidade e a disponibilidade dos serviços, a estrutura de mercado das atividades envolvidas, com a avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado pelos agentes econômicos, a existência de externalidades, a existência de bens (naturais ou artificiais) escassos, etc., tudo deve ser levado em consideração quando da instituição do marco regulatório de um setor.

Um exemplo claro de que a concorrência não é uma panacéia surge nos mercados onde existem os denominados monopólios naturais, como é o caso do mercado de telefonia fixa³. BALDWIN e CAVE (1999, p. 10) afirmam que, nesses casos, é “menos oneroso para a sociedade que a produção seja feita apenas por uma empresa. Portanto, (...) pode ser mais eficiente conceder um monopólio a uma firma nesses mercados, sujeitando-a à regulação quanto ao preços e acesso às redes”.

Também é preciso consertar a noção muito comum hoje em dia de que regulação envolve necessariamente o fortalecimento da concorrência. SUNDFELD (2002, p. 2) sustenta que “há políticas regulatória cujo objetivo explícito é instituir um monopólio em dado setor da economia”, como aconteceu, para citar o exemplo do próprio autor, quando da criação da TELEBRÁS. Por outro lado, “mais recentemente, têm-se desenvolvido políticas regulatórias destinadas a introduzir práticas concorrenciais em setores não competitivos”. (SUNDFELD, 2002, p.2).

É neste último contexto que se dá o fortalecimento do direito da regulação que temos vivenciado nos últimos anos; o autor, em nenhum momento, afirma que o direito da regulação consiste tão somente em introduzir ou fortalecer a concorrência nos mercados regulados. Na verdade, ele é muito mais do que isso.

³ Conquanto já exista respeitável doutrina criticando a existência mesma dos monopólios naturais, uma vez que a evolução tecnológica teria tornado obsoleto o conceito, entendo que, no atual estado da arte, ainda é cedo para se chegar a tal conclusão e, por isso, estaremos utilizando neste trabalho a robusta doutrina que há décadas debate sobre o tema.

Mas não se pode deixar de reconhecer que um dos mais importantes objetivos da regulação de telecomunicações é, sem sombra de dúvida, a promoção da concorrência, o que se conclui pelo art. 6º da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), *in verbis*:

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

Importa fixar, entretanto, que o modo de promoção da concorrência por uma agência reguladora, no caso, a Anatel, difere e muito da forma como atua o CADE com o mesmo objetivo.

Em estudo sobre o tema, SUNDFELD (2002, p. 4) afirma que:

“As autoridades antitruste agem por meio de atos administrativos concretos (não, portanto, de atos normativos), sendo sua ação essencialmente repressiva, destinada a punir ou corrigir condutas anticoncorrenciais adotadas pelos agentes no exercício de sua liberdade econômica. Outras técnicas de controle são, todavia, viáveis: a edição de atos normativos, legais ou infra-legais, definindo regras para a concentração empresarial; a restrição da liberdade econômicas dos agentes, transferindo-se ao Estado o poder de tomar decisões fundamentais (como a fixação de preços e a determinação do montante de investimentos, p. ex.) ou condicionando a eficácia de decisões privadas à prévia aprovação estatal. Costuma-se designar como regulação justamente a atividade ordenadora da economia que se vale dessas técnicas, as quais, por vezes – embora nem sempre – apresentam-se como alternativas às técnicas de ordenação do direito antitruste”.

Destarte, pode-se concluir que a atuação do CADE se dá com base na análise do caso concreto, ou seja, dada uma situação qualquer, o CADE irá avaliar seus potenciais ou reais efeitos sobre a concorrência em determinado mercado relevante de bens ou serviços, adotando medidas que visem à preservação da concorrência.

De outra banda, a Anatel atua diversamente: com base no seu conhecimento dos mercados de serviços de telecomunicações, e dadas as condições constitucionais e legais de prestação dos serviços, ela pode estabelecer, de antemão, restrições com o fito de preservar a concorrência nos mercados, tais como as limitações quanto ao controle de prestadoras de serviços de telecomunicações.

O que se deseja enfatizar é o seguinte: o CADE, a fim de promover a concorrência, atua, precipuamente, sobre um caso concreto, ao passo que a Anatel, atuando com o mesmo fim, estabelece delimita, de antemão, a área de atuação do ente regulado. Acerca dessa diferenciação, SUNDFELD (2002, p. 5) assim se pronunciou:

“Lembre-se da distinção entre duas categorias bem marcadas: a delimitação administrativa do conteúdo normal dos direitos, da alçada das autoridades de regulação, e a imposição, a certos agentes econômicos, de limitações administrativas especiais – que pode ser feita pela autoridade antitruste. As normas de regulação editadas pela ANATEL definem o âmbito da atuação juridicamente possível das empresas de telecomunicações, instituindo, assim, a delimitação administrativa de seus direitos. Mas o exame da licitude dos comportamentos no interior da zona delimitada não é exclusivo da ANATEL, dada a incidência do direito antitruste”.

Apreendida essa diferenciação, podemos concluir que, por imposição legal, as normas editadas pela Anatel devem estimular tanto quanto possível a concorrência entre prestadores de serviços de telecomunicações. Em outras palavras, inexistindo qualquer outro relevante objetivo regulatório a ser perseguido, as normas da Anatel não podem trazer condicionamentos que limitem a concorrência, para não violarem o princípio da proporcionalidade.

Com um raciocínio reverso, se outros interesses também estiverem em jogo, como, por exemplo, o uso racional e eficiente do espectro de radiofrequências, e o número de prestadoras do serviço puder colocar em risco esses interesses, será lícito à Anatel estabelecer restrições ao número de autorizações do serviço (ver art. 136 da LGT).

Pois bem, como nos ensina SALOMÃO FILHO (2001, p. 13), “no sistema brasileiro jamais houve tentativa de formação de uma teoria geral da regulação”.

Para o ilustrado autor SALOMÃO FILHO (2001, p. 13), a razão para tanto é simples: “trata-se da tradicional concepção do Estado como agente de duas funções diametralmente opostas: ingerência direta na vida econômica e mera fiscalização dos particulares”.

Ainda segundo o autor, (2002, p. 14),

“a teoria da regulação pode representar exatamente a contribuição mais útil de um Estado que decide retirar-se da intervenção econômica direta (através da prestação de uma gama bastante variada de serviços) para sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por outro lado, reconhece ser para tanto insuficiente o mero e passivo exercício do poder de polícia sobre os mercados”.

O balizado Professor SALOMÃO FILHO (2001, p. 41), discorrendo com clarividência ímpar sobre o tema, ensina-nos que “**o objetivo básico da regulação é criar um ambiente concorrencial em uma situação na qual esta não existe e estão presentes fortes empecilhos ao seu estabelecimento**”. Como vimos, isso nem sempre é verdade, ou seja, a regulação deve procurar uma concorrência possível, tendo em vista seus outros objetivos.

Em passagem seguinte, reza o autor (2002, p. 43) que “a existência de uma rede natural ou artificial, física ou natural, de duplicação inviável” constitui um empecilho ao estabelecimento da concorrência. Adiante (2002, p. 43), prossegue: “Se assim é, então as redes passam a desempenhar um papel fundamental. Só nelas poderá se desenvolver qualquer tipo de concorrência e só através dela o consumidor poderá ser atendido. Essas redes são o elemento básico para dominação dos mercados por parte dos agentes econômicos que as detêm”.

Ficaria caracterizada, assim, além da dominação por parte dos detentores da rede, uma relação de dependência entre o detentor da rede e do potencial concorrente que necessita da infra-estrutura para prestar seu serviço. Essa dependência caracteriza-se “pela **inexistência de alternativas razoáveis e suficientes para o agente econômico ou consumidor sujeito à negociação**”. (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 44).

Não é necessário nos alongarmos mais para demonstrar que a situação descrita pelo eminente autor calha perfeitamente à questão analisada no item anterior, qual seja, a da estrutura do mercado de telefonia local.

Por este tanto, e agregando as considerações que fizemos neste item, vimos que o Poder Público deve implementar a competição nas telecomunicações, mas, no que tange ao mercado de STFC local, isso é tarefa árdua, principalmente por causa de redes que geram uma relação de dependência entre o possuidor e aquela entrante que não a possui para prestar o serviço. É necessário, portanto, que o Estado, por meio da regulação, não apenas fomenta, mas crie condições reais de competição no mercado. E, cremos, não há impasse na conclusão: a válvula de escape encontrada foi o *unbundling*.

CAPÍTULO 4. O *UNBUNDLING*

4.1. Conceito

Unbundling deriva do vocábulo *bundle*, que quer dizer cacho, pacote, feixe. O verbo *to bundle*, por conseguinte, significa enfeixar. O prefixo *un* denota a idéia inversa, daí por que, na linguagem das telecomunicações, passou-se a utilizar a palavra desagregação e o verbo desagregar (DUTRA, 2002, p. 15).

Consiste, basicamente, no dever que têm as empresas de telefonia local de fornecer elementos de rede à entrante, que pode alugá-los “à la carte”.⁴ Em um exemplo singelo, se uma entrante possui um central de comutação e deseja fornecer serviço a um cliente, mas não dispõe de uma ligação (geralmente de fios de cobre) entre a casa desse cliente e a sua central, pode alugar esse trecho da rede de uma empresa que a possui (concessionária), que deverá fornecê-los a preço e condições justos e razoáveis, e de forma não-discriminatória. Assim, a prestação do serviço será economicamente viável, a efetivação da competição ocorrerá de fato e haverá diminuição das ineficiências, vez que os recursos não serão alocados para duplicação de infraestrutura.

O *unbundling* é muito confundido com a interconexão e a com revenda. Importa distingui-los para melhor aclarar o tema. A primeira (interconexão) consiste na “ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma rede possam comunicar-se com os usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis”.⁵ Visa, portanto, a possibilitar a comunicação de usuários de **redes diversas**. Já a revenda é o meio pelo qual uma entrante compra, da detentora da rede, a um preço de atacado, serviços que esta presta a preços de varejo a assinante que não sejam empresas de telecomunicações, possibilitando, assim, a revenda desses serviços a seus próprios assinantes.

Há, por fim, três meios de se entrar no mercado de STFC local. O primeiro é o *facilities-based entry*, caso no qual a entrante não necessita de nenhum elemento de rede do concorrente (na maioria dos casos por já possuir grande parte da infra-estrutura necessária, como

⁴ Classifica-se o *unbundling* quanto ao grau de compartilhamento da rede em: 1) *full unbundling*: Compartilhamento total da rede da operadora incumbente; 2) *line sharing*: Compartilhamento de linhas da operadora incumbente; 3) *Bitstream*: a empresa não compartilha a rede, mas presta um serviço; a incumbente gerencia todo o sistema.

⁵ Glossário. Volume VII da Coleção Normativa de Telecomunicações – ANATEL. (mimeo)

no caso de operadores de serviço de longa distância); o segundo meio é a revenda e o terceiro é por meio do *unbundling*.

4.2. Duas abordagens para o instituto – *essential facility doctrine* e função social da propriedade

4.2.1. *Essential facility doctrine*

A doutrina da *essential facility* ou instalação essencial, nas palavras de DUTRA (2002, p. 24) deriva de uma construção jurisprudencial norte-americana levada a efeito ao longo de décadas, na qual foram sedimentados os pressupostos para a incidência do compartilhamento de infra-estruturas reputadas “essenciais”. Duas são as ponderações que devem ser feitas quando de sua aplicação.

A primeira é a seguinte: a essencialidade deve referir-se à concorrência, ou seja, a infra-estrutura deve ser essencial à (preservação/introdução da) concorrência. Subtrai-se, assim, do campo de incidência da doutrina, a situação na qual a “instalação” é essencial ao concorrente não à concorrência. Nesse esteira de raciocínio, se um concorrente “A” desaparecesse do mercado por causa de sua dependência com relação a uma infra-estrutura controlada por um determinado concorrente “B” e os outros concorrentes existentes se mantivessem de forma que a concorrência pudesse subsistir, o concorrente “A” não poderia invocar a aplicação da doutrina em seu favor.

A segunda ponderação refere-se aos pressupostos gerais de incidência da doutrina. Ressalte-se, em primeiro lugar, que a aplicação da doutrina da “instalação essencial” deve ser feita de forma a alcançar a maior concorrência possível com a menor restrição ao direito de propriedade.

A percuente análise de DUTRA (2002, p. 32) nos mostra que são, basicamente, quatro os pressupostos a serem considerados quando da aplicação da teoria: a viabilidade técnica do compartilhamento, a impossibilidade da duplicação da rede, inexistência de justificativa objetiva a fundamentar a recusa em compartilhar e o terceiro compartilhador achar-se preparado para pagar um preço razoável e não-discriminatório pelo direito de compartilhar.

Vejamos cada um deles. A viabilidade técnica de compartilhar explica-se por si só: mesmo que uma infra-estrutura seja essencial à concorrência e seu proprietário seja ordenado, por decisão judicial, a compartilhar sua propriedade, o compartilhamento não poderá ocorrer, por uma impossibilidade física. A impossibilidade de duplicação da rede deve ser demonstrada, bem como a inviabilidade de outras soluções razoáveis. É nesse sentido que apregoa HOVENKAMP (1999, p. 3, tradução nossa): “As cortes geralmente interpretaram a doutrina da *essential facility* como requerendo uma demonstração de inexistência de alternativas viáveis, incluindo alternativas que trouxessem desvantagens em termos de custos”⁶.

A inexistência de justificativa objetiva a fundamentar a recusa de compartilhamento guarda relação com a integridade da instalação, “meio físico de prestação do serviço” (DUTRA, 2002, p. 35) que visa ao interesse público, e que não deve ser afetado. Se o serviço for afetado, em princípio, haveria uma justificativa para o não compartilhamento. Por fim, o compartilhamento não deve causar ônus excessivo ao proprietário da instalação, devendo, por isso mesmo, ser remunerado da forma estabelecida pelo órgão regulador.

4.2.2. Função social da propriedade

O art. 170 da Carta Magna, inserido no Título da Ordem Econômica e Financeira, no Capítulo dos Princípios Gerais da Atividade Econômica cogita, como o próprio nome diz, dos princípios que deverão ser observados quando do exercício da atividade econômica.⁷ É importante trazer a observação de BRUNA (2001, p. 140):

“Tradicionalmente, a propriedade sempre foi justificada como forma de subsistência, como meio de proteger o indivíduo e sua família contra necessidades materiais. O desenvolvimento da civilização industrial e a produção em regime de empresa, todavia, fizeram com que outros meios de subsistência adquirissem maior relevância social do que essa concepção tradicional da propriedade, tais como a garantia de emprego e de salário justo”.

⁶ Texto original: The courts have generally interpreted the essential facility doctrine to require a showing that no practical alternatives are available, including alternatives that face cost disadvantages”.

⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte e constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

É por isso que se diz que a liberdade de iniciativa e o direito de propriedade estão, agora, inseridos em um contexto social, ou seja, o exercício dessa liberdade e desse direito deve ter cunho eminentemente social, não apenas visando ao lucro. E é partindo disso que COMPARATO (1986, p. 71 e ss.) desenvolve suas reflexões sobre a função social da propriedade dos bens de produção, incluindo-se, aí, os bens de acesso.

Estes, no dizer de SALOMÃO FILHO (2001, p. 60) são “bens de cuja utilização depende a possibilidade de poder concorrer naquele mercado”. Ainda segundo o autor, “em relação aos *bens de acesso*, deve-se falar, sem dúvida, em *função social*, consistente não apenas em sua boa utilização, *mas também em sua disponibilização para terceiros*”. (2002, p. 61) (grifou-se)

Remata o eminente autor: “Pode-se admitir que o puro e simples acesso a vários concorrentes ao mercado cumpra uma função social desde que se compreenda a concorrência como um processo institucional que a concorrência não resulte em um processo de exclusão social”. (2002, p. 61).

Transportando essas reflexões ao mercado de STFC local, ressaltai claro que as redes de telefonia constituem bens de acesso. Há que incidir, portanto, o princípio da função social da propriedade sobre elas. Segundo SALOMÃO FILHO (2001, p. 65),

“A existência de bens cuja utilização é condição essencial para prestação de um determinado serviço cria a obrigatoriedade de limitar-se o uso dos referidos bens. Ter acesso necessário a determinados tipos de bens implica limitar o uso do proprietário, que deve compartilhá-lo com os (demais) potenciais concorrentes”.

CAPÍTULO 5. O *UNBUNDLING* NOS EUA: UM MODELO

5.1. *Federal Telecommunications Act* de 1996

Doze anos de intenso debate no Congresso Americano antecederam a publicação da Lei de Telecomunicações Norte-Americana, o *Federal Telecommunications Act*, que reformou substancialmente a antiga Lei Telecomunicações de 1934, com o fito de adequar-se à nova realidade de rápido desenvolvimento da tecnologia da informação, divisando meios para responder ao monopólio existente na telefonia fixa, especialmente a prestada em âmbito local.

Seu caráter é, portanto, nitidamente pró-competitivo. Visa, ente outros, a estabelecer a competição no âmbito da telefonia fixa local, impondo, para tanto, condicionamentos e limitações às *incumbents* ou incumbentes (concessionárias locais que detinham anteriormente o monopólio da telefonia local), inclusive restrições quanto ao direito de propriedade sobre suas redes.

Uma dessas restrições é o *unbundling*, cuja sistematização na nova Lei foi das mais comentadas e debatidas, e que por suas destacada importância, mereceu menção expressa no novel diploma legal norte-americano.

5.2. Disposições normativas da Lei Americana

A seção 251 (c) (3) da Lei consubstancia a obrigação da *incumbent* de fornecer acesso desagregado a elementos de sua rede. Transcrevamos o texto legal (tradução nossa):

Seção 251 (c) Obrigações adicionais das Incumbents (Concessionárias de Telefonia Local) – Além das obrigações dispostas na subseção “b”, cada *incumbent* tem as seguintes obrigações: (3) Acesso desagregado aos elementos de rede – O dever de prover, a qualquer *telecommunication carrier* que o solicitar com o objetivo de prestação de serviço de telecomunicação, acesso não-discriminatório aos elementos de rede de forma desagregada, em qualquer ponto em que seja tecnicamente possível, sob termos, condições e preços justos, razoáveis e não-discriminatórios, de acordo com os termos e condições do acordo e com os requisitos dessa seção e da seção 252. A *incumbent* deve prover o acesso aos elementos de rede de forma desagregada de maneira que permita à *telecommunication carrier* solicitante combinar esses elementos a fim de prover o serviço de telecomunicações.⁸

⁸ Texto original: Section 251 (c) Additional Obligations of Incumbent Local Exchange Carriers – In addition to the duties contained in subsection (b), each incumbent local exchange carrier has the following duties: (3) Unbundled

Mais adiante, a Lei traz os importantes critérios que devem ser observados quando da implementação do *unbundling*.

Seção 252 (d) (2) – Critérios de acesso – Ao determinar quais elementos devem ser disponibilizados para o propósito da subseção (c) (3), a Comissão deve levar em consideração, pelo menos, se: (A) o acesso a esses elementos de utilização exclusiva é necessário; e (B) a não-disponibilização de acesso a esses elementos iria prejudicar a capacidade das *telecommunications carriers* de prover os serviços que ela visa prestar⁹.

A Federal Communications Commission (FCC), órgão regulador norte-americano do setor de telecomunicações, seis meses após a publicação da Lei, emitiu um *First Report and Order*, no qual discutiu detalhadamente (em mais de 700 páginas e 3.200 notas de rodapé) os critérios concernentes à transição do monopólio para um ambiente competitivo na telefonia local, fixando os casos e condições em que se daria o *unbundling*.

O resultado das discussões, entretanto, foi contestado judicialmente por empresas de telefonia e uma decisão Suprema Corte e duas decisões de cortes inferiores obrigaram a FCC a rever alguns dos critérios aplicados.

5.3. Um caso de conceitos jurídicos indeterminados

Como vimos, a Comissão, ao fixar as diretrizes para a implantação do *unbundling*, deve levar em consideração dois critérios. São eles: a **necessidade** do acesso e a caracterização de **prejudicialidade** da não-disponibilização desse acesso. Pode-se afirmar que esses critérios enquadram-se na categoria dos assim chamados *conceitos jurídicos indeterminados*.¹⁰ Isso

Access – The duty to provide, to any requesting telecommunication carrier for the provision of a telecommunications service, nondiscriminatory access to network elements on an unbundled basis at any technically feasible point on rates, terms, and conditions that are just, reasonable and nondiscriminatory in accordance with the terms and conditions of the agreement and the requirements of this section and section 252. An incumbent local exchange carrier shall provide such unbundled network elements in a manner that allows requesting carriers to combine such elements in order to provide such telecommunications service

⁹ Texto original: Section 252 (d) (2) – Access standards – In determining what network elements should be made available for purposes of subsection (c) (3), the Commission shall consider, at a minimum, whether- (a) access to such network elements as are proprietary in nature is necessary; and (b) the failure to provide access to such network elements would impair the availability of the telecommunications carrier seeking access to provide the services that it seeks to offer.

¹⁰ Ressaltamos aqui que não tomaremos parte no debate acadêmico que se trava em torno da utilização da expressão “conceitos jurídicos indeterminados”. GRAU (2002, p. 196) entende que não existem, propriamente, conceitos jurídicos indeterminados. A indeterminação, segundo Grau, não é dos conceitos jurídicos (idéias universais), mas de suas expressões (termos). Logo, para o eminente jurista, melhor seria referir-mo-nos a termos indeterminados de conceitos e não a conceitos jurídicos indeterminados.

porque a compreensão do que seja **necessário** ou **prejudicial** não “repousa no exame de dados preciso, extraídos da realidade”. (BRUNA, 2001, p. 148). É o que ocorre com os conceitos de urgência e relevância a que aduz a Constituição para que se faça uso das medidas provisórias (CF, art. 62), bem como o da justa indenização para fins de desapropriação.

Trata-se, assim, de conceitos abertos, não definidos estipulativamente pelo legislador, devendo o aplicador do direito superar essa indeterminação (GRAU, 2002, p. 202). Para tanto, deve o aplicador – Administração ou Judiciário – perquirir os critérios a serem aplicados para preenchimento do conceito na realidade social, “inclusive mediante a consideração das concepções políticas dominantes, as quais variam conforme a atuação das forças sociais”. (BRUNA, 2001, p. 149).

O preenchimento do conceito indeterminado, segundo a melhor e dominante doutrina, enseja um juízo de legalidade e não de oportunidade; vale dizer, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados **não se compreende na esfera da discricionariedade** de seu aplicador. Com isso, queremos dizer que, tendo o administrador encontrado a melhor possibilidade, não pode se furtar de utilizá-la. Pressupõe-se, portanto, uma tarefa de interpretação e de estudos da realidade (BRUNA, 2001, pp. 150-151).

Ora, a interpretação jurídica deve ser harmoniosa com todo o sistema; não pode o intérprete desvincular-se dos princípios da ordem jurídica. No exercício do poder discricionário, há integração da vontade do intérprete no processo decisório e, assim, “diante de duas soluções jurídicas igualmente compatíveis com o interesse público, dois *indiferentes jurídicos*, poderá (o aplicador do direito) escolher aquela que melhor lhe aprouver. Tomando de empréstimo a expressão do Prof. Eros Grau, o critério de decisão é exercido para mim e não para nós” (BRUNA, 2001, p. 152).

Em resumo, mesmo que haja a possibilidade da existência de várias soluções para um mesmo caso concreto, não está autorizado o aplicador do Direito a compor a norma jurídica com a sua vontade, quando se depara com conceitos jurídicos indeterminados. Isso não tem o condão de fazer do conceito uma unanimidade: não foi por outra razão que, no presente caso, o entendimento da Comissão foi contestado, o que veremos oportunamente.

Com isso assentado, analisemos os conceitos de necessidade e de prejudicialidade estampados no diploma norte-americano, formulados depois de exaustiva discussão na FCC.¹¹

Um elemento de rede é considerado necessário quando constitui um pré-requisito para a existência de competição. Assim, quando da análise da necessidade de disponibilização ou não de certo elemento de rede, a FCC terá de avaliar se a não concessão do acesso a um determinado elemento de rede (ainda que de uso exclusivo ou que contenha informações exclusivas) irá prejudicar o potencial competitivo de uma entrante. Se a resposta for positiva, o acesso terá, necessariamente, de ser fornecido. *Contrario sensu*, se a *incumbent* conseguir demonstrar, **cumulativamente**, que: i) o elemento de rede é de uso exclusivo ou contém informação exclusiva que poderá ser revelada caso um terceiro tenha acesso a esse elemento; e ii) o novo entrante poderia oferecer o mesmo serviço a que se destina o acesso solicitado por meio de outro elemento de rede não exclusivo, ficará isenta de conceder o acesso àquele elemento.

O segundo critério estabelecido pela Lei e discutido pela Comissão diz respeito à caracterização prejudicialidade da negação de acesso a determinado elemento de rede. Nos termos da definição da Comissão, prejudicar significa “piorar, diminuir de valor”. Destarte, acredita a Comissão que terá sua capacidade de prestação de serviço afetada (*diminished in value*) a entrante que, não dispondo de acesso aos elementos de rede da *incumbent*, tenha suas custos aumentados ou a qualidade dos serviços prestados diminuída. Portanto, resta configurada como prejudicial a negativa de acesso a determinado elemento de rede se dela resultar diminuição de qualidade ou aumento de custos financeiros ou administrativos do serviço que a entrante visa a oferecer.

Insurgiram-se, é claro, algumas *incumbents* contra a interpretação dada pela FCC a esses critérios, argüindo que o critério de prejudicialidade somente seria satisfeito se a negativa de acesso a um elemento de rede **impedisse** a prestação do serviço, e que, ainda, se a entrante pudesse obter o elemento de rede de outra fonte que não a *incumbent*, a negativa de acesso não seria prejudicial.

A Comissão, entretanto, discrepou dessa linha de raciocínio. Em primeiro lugar, como vimos, a FCC deu uma definição de prejudicialidade que não se coaduna com o termo

¹¹ Toda a exposição que segue neste item e nos seguinte está baseada no documento “Implementation of the Local Competition Provisions in the Telecommunications Act of 1996, First Report and Order”. FCC record, vol. 11, p. 15.499 e ss., de 8 de agosto de 1996 (mimeo).

impedir. Ainda, se se entendesse que uma entrante não estaria prejudicada no fornecimento do serviço simplesmente se pudesse obter o elemento de rede requisitado em outra fonte que não a *incumbent*, estar-se-ia nulificando a seção 251 (c) (3), uma vez que a solução de duplicação de rede se coadunaria com essa interpretação. Na prática, se a entrante encontrar uma fonte mais eficiente para obtenção desses elementos de rede, é bem provável que ela a utilizaria.

5.4. Discussão na FCC sobre a implementação do *unbundling*

A Comissão inicia com a constatação de que é muito improvável que as entrantes, no mercado de telefonia local, possuam uma infra-estrutura de rede que duplique, integralmente, a da *incumbent*, não só pelo vultoso investimento a ser feito, mas também pelo tempo a ser despendido.

Dessarte, o *unbundling* permitirá que novas empresas entrantes possam oferecer serviços de telefonia local e, com isso, efetivar a competição, “comprando” acesso aos elementos que elas não possuem, **desagregados daqueles que elas já possuem ou não necessitam.**

Alguns mercados, no entender da Comissão, não suportam nem nunca deverão suportar, de forma eficiente, uma duplicação (mesmo que em parte) da infra-estrutura de rede. O acesso a elementos desagregados da rede da *incumbent*, nesses mercados, deverá promover, por isso, uma competição efetiva, virtualmente impossível sem a implantação do *unbundling*.

Entretanto, a Comissão reconhece que haverá alguns mercados que certamente comportarão uma duplicação da infra-estrutura de rede. É o caso, por exemplo, de mercados nos quais a demanda por serviços seja grande ou reprimida. É importante observar, contudo, que o acesso aos elementos de rede da *incumbent* de forma desagregada não é inútil nem para esses mercados. Até que sejam construídas as redes, as empresas entrantes lançarão mão do *unbundling*.

Dessa forma, entendeu a Comissão que seria de bom tom definir, em âmbito nacional, quais elementos de rede deveriam ser, obrigatoriamente, disponibilizados para o acesso desagregado, deixando aos estados a imposição de outros elementos, atentando, sempre, para o espírito de promoção da competição consubstanciado na Lei e para os critérios de necessidade e prejudicialidade.

Incumbents como BellSouth, US West e SNET irresignaram-se contra a opção da Comissão de adoção de uma lista nacional que identificasse um número mínimo de elementos que deveriam ser fornecidos para acesso desagregado. Argumentam, nesse diapasão, que a definição dos elementos a serem fornecidos nesse acesso deve ser deixada inteiramente ao sabor das discussões voluntárias entre as partes. Entre outros argumentos colacionados pelas empresas referidas, está o de que as variações tecnológicas, demográficas e geográficas seriam barreiras intransponíveis para uma definição tão abrangente; ademais, arguem tais empresas que isso desincentivaria o desenvolvimento de novas tecnologias pelas *incumbents*. Por isso, a Comissão deveria deixar às partes a acomodação de cada situação peculiar.

No entanto, a Comissão não acatou as alegações das *incumbents*. Os objetivos pró-competitivos, no entender da Comissão, melhor serão atingidos com a adoção de uma lista nacional. Segurança para os investidores e economia de escala¹² são dois argumentos invocados pela Comissão para chegar a essa conclusão. Além disso, as diferenças tecnológicas, demográficas e geográficas, por maiores que sejam, não são grandes o suficiente para que sejam postergados os benefícios que resultariam da adoção de uma lista nacional.

Também não prosperam os argumentos das *incumbents* no sentido de que a imposição de uma lista de elementos que devam ser fornecidos por meio de acesso desagregado iria desencorajar o avanço tecnológico, devendo a Comissão deixar à convenção das partes a definição desta questão. Muito ao revés, a Comissão acredita que, provavelmente, a inovação tecnológica será estimulada pela introdução da competição.

A seção 251 (c) (3) remete-nos ao elemento de rede. A Comissão definiu elemento de rede da seguinte forma (tradução nossa):

“Concluimos que a definição de ‘elemento de rede’ inclui, de forma ampla, todas as facilidades ou equipamento utilizados para a prestação do serviço de telecomunicações, e todas as características, funções e utilidades que são providas por meio daquelas facilidades ou equipamentos, incluindo o número telefônico de assinantes, bases de dados, sistemas de sinais e informação para faturamento”¹³.

¹² Economia de escala é, simplificada, a redução do custo unitário com a elevação da quantidade produzida.

¹³ Texto original: “We conclude that the definition of the term “network element” broadly includes all facilities or equipments used in the provision of a telecommunications service and all features, functions and capabilities that are provided by means of such facility or equipment, including subscriber numbers, databases, signaling systems and information sufficient for billing and collection”.

Quando do acesso a esses elementos, a *incumbent* deve fornecê-los com suas características e funções, a fim de que a entrante possa oferecer serviços competitivos. A única restrição que há na Lei sobre a definição do que seja elemento de rede é que este deve, necessariamente, ser usado para prestação de serviços de telecomunicações. Como a prestação desses serviços não é feita exclusivamente por meio físico (como a rede), a Comissão entendeu estar enquadrada nesta definição as questões relativas a informações relevantes (informações relativas ao faturamento e cobrança, por exemplo), que também devem ser fornecidas.

O acesso a elementos de rede consubstancia a obrigação, segundo a Comissão, de a *incumbent* conceder uma infra-estrutura ou funcionalidade de determinado elemento à entrante de forma separada de outras infra-estruturas e funcionalidades.

A linguagem legal claramente dispõe que a *incumbent* não pode estabelecer restrições, limitações ou requisitos para que seja concedido o acesso a elementos de rede. Assim, a *incumbent* não pode restringir o tipo de serviço de telecomunicações que será prestado nem restringir a combinação dos elementos por ela fornecidos com os elementos que a entrante já possua, a menos que não seja tecnicamente possível fazê-lo. Isso dá às empresas entrantes maior flexibilidade no uso desses elementos, com efeitos pró-competitivos. Ainda nesse ponto, a Comissão entendeu **estar a cargo da *incumbent* executar a combinação entre os elementos de sua rede e o da solicitante**. E isso decore de uma interpretação teleológica da seção 251 (c) (3), pois o Congresso não poderia, tendo criado ampla gama de oportunidades para que as empresas entrassem no mercado de telefonia local com o fim último da competição, solapar essas oportunidades com obrigações técnicas que poderiam não ser prontamente atendidas. Ademais, a entrante provavelmente desconhece as especificidades técnicas da rede da *incumbent*, cabendo a esta, portanto, a tarefa de combinar os elementos.

Na interpretação teleológica da Comissão, o “acesso não-discriminatório” é atendido quando, basicamente, i) a qualidade do elemento de rede disponibilizado e a qualidade do acesso a esses elementos de rede é a mesma para todas as empresas entrantes que solicitarem aquele elemento de rede; e ii) a qualidade do acesso a um determinado elemento de rede e a qualidade do próprio elemento de rede disponibilizado pela *incumbent* são, *pelo menos*, iguais às qualidades do elemento da própria *incumbent*, se for tecnicamente possível,

Nada obstante, há uma ressalva no item “ii”. Para a Comissão, nas raras ocasiões em que em que for tecnicamente impossível oferecê-los a uma mesma qualidade ou a uma qualidade superior, o acesso não-discriminatório não será ferido. Nesse caso, o ônus da prova recai sobre a *incumbent*, devendo esta provar a ocorrência dessa impossibilidade.

A Lei ainda prevê que o *unbundling* ocorrerá em termos, condições e preços justos, razoáveis e não-discriminatórios. Essas condições serão satisfeitas se a *incumbent* conceder o acesso desagregado a elementos de rede sob condições e termos que possam munir um competidor eficiente com oportunidades significativas de competição. Esses termos e condições, assim, devem promover uma equitativa e eficiente competição.

5.5. AT&T Corp. v. Iowa Utilities Board¹⁴

Várias dessas interpretações e desses entendimentos esposados pela Comissão foram desafiados nas cortes norte-americanas. O caso mais importante foi o Iowa Utilities Board, decidido na Suprema Corte. A decisão da *Eight Circuit Court* reverteu muitas das interpretações adotadas pela Comissão. Posteriormente, a FCC recorreu à Corte Suprema e outra reviravolta aconteceu. Faremos considerações apenas acerca da decisão da Suprema Corte Americana, por razões óbvias de relevância, apenas reflexamente resvalando na decisão da instância inferior.

A Suprema Corte Americana considerou que a Comissão incorreu em erro quando da avaliação dos critérios de necessidade e prejudicialidade. Como vimos, segundo a Comissão, não há necessidade de se perquirir, para uma definição dos referidos critérios, se a entrante poderia obter o elemento de rede de outra fonte que não a *incumbent*.

A Suprema Corte entendeu que isso era inaceitável. Nas palavras do voto condutor da opinião da Corte:

“A regra implicitamente considera o *standard* da necessidade cumprido independentemente de a empresa entrante poder obter os elementos de rede de outra fonte que não a *incumbent*, e o da prejudicialidade cumprido quando a negativa de acesso ao elemento de rede da *incumbent* significar uma queda na qualidade ou aumento do custo do serviço. A FCC não pode, de forma consistente com a Lei, fechar os olhos à possibilidade de existência de outros elementos que não estejam

¹⁴ Disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=000&invol=97-826>. Acesso em: 4 jun. 2006.

na rede da *incumbent*. Ademais, a FCC assumiu que qualquer aumento nos custos ou queda na qualidade advindas da negativa de acesso à rede torna um elemento de rede necessário, e torna essa negativa prejudicial ao entrante, e isso não está de acordo com o significado justo destes termos”¹⁵.

No entender do Justice Breyer (e da maioria da Suprema Corte), a interpretação dada pela Comissão aos critérios de implementação do *unbundling* sugere que quanto mais elementos forem disponibilizados à entrante, melhor, o que não necessariamente é verdadeiro. Isso porque esse tipo de ação levada a efeito pelo órgão regulador pode ter as seguintes consequências: i) custos administrativos elevados; ii) desincentivo à conservação/manutenção ou melhoria de sua propriedade pelo dono original; e ii) intenso compartilhamento não significa, por si só, aumento de competição.

Um dos custos administrativos mais relevantes são os referentes aos “hot cuts”, ou conexões manuais. Cada vez que um usuário, que era assinante de uma *incumbent*, quisesse trocar de operadora, passando a utilizar os serviços de uma entrante, é necessário que um funcionário da *incumbent* desconecte, fisicamente, o usuário da rede da *incumbent* e o conecte à rede da entrante (quando esta estiver prestando o serviço por meio de *unbundling*). Além de gerar um custo altíssimo, pois cada usuário requer uma troca, há também a possibilidade de se prejudicar a imagem da entrante, uma vez que esse serviço pode não ser imediato e acabar afetando a reputação da entrante.

Ademais, conforme ponderou o Justice Breyer, não há garantias de que as empresas farão os investimentos necessários para produção de complexas inovações tecnológicas sabendo, de antemão, que suas vantagens competitivas serão dissipadas quando do compartilhamento da infra-estrutura. Ademais, regras que forcem as empresas a compartilhar todos os recursos ou

¹⁵ Texto original: “The rule implicitly regards the “necessary” standard as having been met regardless of whether carriers can obtain requested proprietary elements from a source other than the *incumbent*, and regards the “impairment” standard as having been met if an *incumbent*’s failure to provide access to a network element would decrease the quality, or increase the cost of the service requesting carrier seeks to offer, compared with providing that service over other unbundled elements in the incumbents LEC’s network. The FCC cannot, consistent with the statute, blind itself to the availability of elements outside the *incumbent*’s network. In addition, the FCC’s assumption that any increase in cost (or decrease in quality) imposed by denial of a network element renders access to that element “necessary”, and causes the failure to provide elements to “impair” the entrant’s ability to furnish its desired services, is simply not in accord with the ordinary and fair meaning of those terms.”

elementos criariam não a competição, mas uma regulação marcadamente penetrante para os entes regulados, negligenciando, em última análise, as forças do mercado.

Por todas as razões cima elencadas, a Suprema Corte Americana anulou a forma pela qual os critérios insculpidos na Lei foram interpretados.

Outra questão aventada pelas *incumbents* e enfrentada pela Suprema Corte dos EUA concerne à interpretação, dada à Lei pela FCC, segundo a qual uma entrante pode solicitar o acesso desagregado a um elemento de rede sem dispor de nenhuma infra-estrutura de rede. Mais, a *incumbent* não poderia separar os elementos de rede que já estão conectados (combined) em sua rede, se a entrante assim o solicitasse.

A primeira interpretação foi repelida, em parte, na corte de apelação da Eighth Court, mas foi novamente revertida na Suprema Corte. O principal argumento enunciado pelas *incumbents* a acatado pela Corte de Apelação é que tal interpretação anularia a diferença (a qual já explicitamos) entre a figura do *unbundling* e o instituto do *resale*.

Explica-se: duas empresas, “A” e “B”, desejam entrar no mercado de telefonia fixa local, só que por formas distintas. A entrante “A”, que solicita acesso de forma desagregada aos elementos de rede, poderia obter todos os elementos de rede da *incumbent* já conectados (precombined), obtendo as mesmas funcionalidades (functionalities) que o *revendedor* “B” possui, com uma vantagem: a entrante “A” paga um preço de custo (que inclui um lucro razoável), enquanto que a entrante “B” paga um preço de atacado, maior do que aquele. Nenhuma empresa, assim, optaria pelo instituto da revenda (HUBER; KELLOG; THRONE, 1999, p. 506).

A Suprema Corte Americana não acompanhou os argumentos das *incumbents* e corroborou o entendimento adotado pela FCC nas duas interpretações. A seção 251 (c) (3) dispõe que o acesso de forma desagregada deve ser concedido a qualquer *telecommunications carrier* solicitante, não havendo que se falar em restrições baseadas em infra-estrutura, maiormente quando essa restrição não estava prevista na Lei nem se coaduna com o espírito pró-competitivo do diploma legal.

Em relação à questão da combinação dos elementos de rede, a Suprema Corte entendeu pairar ambigüidade na linguagem empregada. E, por isso, julgou que a Comissão

poderia dar sua interpretação ao dispositivo e o fez de forma lógica e racional, sendo plenamente válida. Ao mencionar “*on an unbundled basis*”, a Lei não quis dizer, necessariamente, “*physically separated*”. Assim, as *incumbents* não podem separar os elementos de sua rede que já estejam combinados, se a entrante assim o solicitar. Por outro lado, se os elementos da *incumbent* não estiverem conectados previamente, esta só tem a obrigação legal de conectar tais elementos com os da entrante se esta não puder fazê-lo. Ademais, tal combinação só poderá feita se não prejudicar outras empresas, e se for tecnicamente possível. Tudo, é claro, de forma remunerada.

Esses são, em síntese, os pontos mais controvertidos acerca da questão e que foram discutidos nas instâncias administrativa e judicial nos EUA. Cabe-nos, agora, examinar a questão sob a perspectiva brasileira.

5.6) USTA v.s FCC (2002)¹⁶ e USTA vs. FCC (2004)¹⁷

Depois da decisão da Suprema Corte, a FCC voltou a rever a norma do *unbundling* a fim de adaptá-lo ao mandamento judicial. A norma revista foi, novamente, alvo de críticas e de processos jurídicos.

O problema da prejudicialidade foi novamente discutido pela FCC, uma vez que sua conceituação inicial havia sido anulada pela Suprema Corte. Destarte, a FCC entendeu que *impairment* (prejudicialidade) seria caracterizado quando, “levando em consideração a existência de elementos alternativos for a da rede da *incumbent*, incluindo a prestação pela própria entrante ou por meio de uma terceira parte, a negativa de acesso a um elemento de rede diminua materialmente a possibilidade de a entrante prover o serviço”¹⁸.

Reforçando a posição jurídica a favor da teoria da *essential facilities doctrine*, a *Court of appeals* afirmou que a idéia do presente caso consiste no fato de que uma firma controla

¹⁶ Disponível: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&case=/data2/circs/DC/001012a.html>
Acesso em: 4 jun. 2006.

¹⁷ Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/dc/001012b.pdf>. Acesso: 4 jun. 2006.

¹⁸ Texto do original: “Taking into consideration the availability of alternative elements out- side the *incumbent's* network, including self-provisioning by a requesting carrier or acquiring an alternative from a third- party supplier, *lack of access* to that element *materially diminishes* a requesting carrier's ability to provide the services it seeks to offer.”

uma instalação essencial para a competição, e que não há sentido econômico em os concorrentes duplicarem essa infra-estrutura. Continuando o raciocínio, a *Court of appeals* relata o caso clássico de uma ponte, cuja duplicação, mesmo feita pelo mais eficiente concorrente, ira levar a um aumento nos preços.

Entretanto, a *Court of appeals* entendeu que o novo conceito de *impairment* ainda era muito abrangente. De fato, apesar de reconhecer que houve um avanço no conceito, a Corte entendeu que a FCC não levou em consideração a diferença entre a disparidade de custos que um entrante em qualquer mercado enfrentaria e que um entrante no mercado de telefonia fixa possivelmente irá enfrentar custos estes ligados ao monopólio natural. Ainda, a FCC não levou em consideração, segundo a *Court of appeals*, a necessidade de se perseguir um equilíbrio entre as vantagens do *unbundling* (com o incremento da competição no setor) e suas desvantagens (desincentivo à inovação e criação de vários problemas de gerenciamento de infra-estrutura compartilhada).

A Corte também apontou para o fato de que a FCC havia elaborado um conceito nacional que não levava em conta as disparidades qualitativas entre as várias potenciais entrantes (o conceito fez menção explícita a questões apenas materiais).

A decisão da FCC foi, por conseguinte, anulada, e a *Court of appeals* ordenou que a FCC desenvolvesse novo conceito que resolvesse esses problemas.

A FCC, então, elaborou novo conceito de *impairment*: uma entrante seria prejudicada se o não fornecimento de acesso a elementos de rede da *incumbent* coloca uma barreira à entrada (incluindo aí questões operacionais) que possivelmente torna a entrada não-econômica. Outrossim, após uma análise dos mercados, a FCC recomendou a eliminação da obrigatoriedade do *unbundling* quando um mercado já contivesse pelo menos três empresas, excluindo-se a incumbente.

Novamente, contudo, a *Court of appeals* anulou o conceito de *impairment*. Segundo o voto que conduziu o entendimento da Corte, a base para o conceito da FCC consiste nas barreiras à entrada que tornam a entrada ineficiente. Ineficiente em relação a quem, pergunta a Corte? Se tornar ineficiente a entrada de qualquer empresa, mesmo a mais ineficiente delas, fica caracterizado o *impairment*? Ou se deve criar uma entrante “representativa”, por assim dizer, das entrantes eficientes, e aí sim aplicar o conceito? Ou o conceito se refere à empresa que utiliza a

tecnologia de telecomunicações mais eficiente que existe? Tendo em vista as dúvidas que pairavam acerca da questão, a Corte considerou o conceito “too open-ended”, ou seja, aberto, vago demais.

6. UNBUNDLING NO BRASIL

Como dito anteriormente, a competição é um dos pilares do modelo de implantação de um novo ambiente de telecomunicações no País. Como se sabe, a implantação de um modelo concorrencial em um ambiente anteriormente monopolista requer a figura onipresente da regulação, precipuamente no que toca à telefonia local, destacando-se a necessidade da implementação do acesso de forma desagregada à rede das incumbents pelas entrantes.

De forma diametralmente oposta ao que ocorreu nos EUA, país no qual o *unbundling* foi exaustivamente debatido, detalhado e organizado, no Brasil ainda não se procedeu ao devido enfrentamento da questão.

6.1. Uma tentativa de sistematização normativa

A primeira menção que encontramos relativa ao *unbundling* está insculpida na Exposição de Motivos do projeto de Lei que se tornaria a Lei Geral de Telecomunicações. No capítulo referente aos aspectos fundamentais do arcabouço regulatório, está inserta a seguinte passagem: “Com relação às regras básicas para assegurar a competição justa, elas podem ser resumidas nas seguintes: (...) **possibilidade de acesso dos concorrentes às redes abertas em condições adequadas**”.

Mais adiante, ainda na Exposição, no capítulo referente à visão setorial de médio prazo, encontramos a seguinte passagem: “A interconexão livre, e a possibilidade dos novos operadores adquirirem, dos antigos operadores dominantes, **acesso a suas redes nos pontos em que realmente tiverem necessidade**, reduzirão os investimentos em infra-estruturas duplicadas”. Por fim, necessário transcrever uma última passagem da exposição de motivos: “Isso significa que os operadores deverão prover, a seus clientes (em termos de capacidade de rede), **acesso exatamente às partes da rede que eles desejarem**, de forma a reduzir ao mínimo a necessidade de construção de infra-estrutura paralela”.

O contrato de Concessão firmado entre a ANATEL e as Concessionárias de Telefonia Fixa Local, no Capítulo referente à interconexão, assim dispõe, no parágrafo único da cláusula 24.3:

24.3 - A concessionária deverá tornar disponível para interconexão os elementos da rede com maior nível de desagregação possível, observada a regulamentação da ANATEL.

O referido contrato ainda prevê, em outra cláusula, imposições às concessionárias que estão umbilicalmente ligadas *ao unbundling*. Transcrevemo-la abaixo:

Cláusula 15.1 – Além das obrigações decorrentes deste contrato e inerentes à prestação do serviço, incumbirá à concessionária:

XV – fornecer, em prazos e preços razoáveis e de forma não discriminatória, a relação de seus assinantes a quem queira divulgá-la;

XXII – tornar disponível aos demais prestadores de serviço Telefônico Fixo Comutado os serviços de faturamento e arrecadação cobrando por estes preços justos e compatíveis nos termos do presente contrato e da regulamentação.

Também o art. 10º da Resolução nº 283 da ANATEL dispõe:

“Com fundamento no art. 155 da LGT, a obtenção de autorização para prestação de STFC, nos termos deste regulamento impõe à Concessionária e assegura à Autorizada a utilização das redes locais e de longa distância das concessionárias de STFC, observados como valores máximos para remuneração os fixados na Norma 30 de 1996 (...), até que seja expedida regulamentação substitutiva, nos termos do art. 214 da LGT”.

A resolução nº 272 da ANATEL, que regulamenta o Serviço de Comunicação Multimídia, estatui:

Art. 8º As prestadoras de SCM têm direito ao uso de redes ou de elementos de redes de outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Parágrafo único. As prestadoras de SCM devem possibilitar o uso de suas redes ou de elementos dessas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

A Lei Geral de Telecomunicações prevê em seu art. 155, a seguinte situação:

Art. 155 - Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras do serviço de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviço de telecomunicações de interesse coletivo.

A Anatel, em maio de 2004, exarou o Despacho n.º 172/2004/PBCP/SPB, cujas disposições mandamentais, por sua importância, transcrevemos, na íntegra, abaixo:

a) DETERMINAR às concessionárias TELEMAR, BRASIL TELECOM e TELESP (Prestadoras CEDENTES) que tornem efetivamente disponíveis para a prestação de serviços de telecomunicações por parte da INTELIG, da EMBRATEL e de quaisquer prestadoras de serviço de telecomunicações de interesse coletivo (Prestadoras SOLICITANTES), os elementos desagregados da rede de acesso local do STFC sob as modalidades de Compartilhamento do Enlace Local (*Line Sharing*) e Desagregação Plena do Enlace Local (*Full Unbundling*), nos termos definidos neste Despacho;

c) DETERMINAR às prestadoras CEDENTES que fixem condições comerciais para o Compartilhamento do Enlace Local respeitando os critérios estabelecidos no ANEXO I;

d) DETERMINAR às prestadoras CEDENTES que fixem condições comerciais adequadas para a modalidade de Desagregação Plena do Enlace Local observando os valores e critérios determinados em b) e c), no caso de serviços e atividades equivalentes àquelas compreendidas no Compartilhamento do Enlace Local;

e) DETERMINAR às prestadoras CEDENTES que elaborem os procedimentos operacionais para o Compartilhamento do Enlace Local e para a Desagregação Plena do Enlace Local, observando as recomendações expedidas por esta Superintendência;

f) DETERMINAR às prestadoras CEDENTES que tornem disponíveis e mantenham atualizadas, em sua página na Internet, as Ofertas Públicas incluindo as condições comerciais, as minutas de contratos de desagregação e os procedimentos operacionais referentes às modalidades de Compartilhamento do Enlace Local e Desagregação Plena do Enlace Local, nos termos determinados nos itens anteriores;

g) DETERMINAR às prestadoras CEDENTES o prazo máximo de 30 (trinta) dias, a contar da notificação sobre este Despacho, para o atendimento ao disposto nos itens anteriores;

h) DETERMINAR às prestadoras CEDENTES que encaminhem mensalmente à Anatel, a contar da notificação sobre este Despacho, as seguintes informações:

h1) cópia dos acordos celebrados referentes a desagregação de elementos de rede;

h2) relatório contendo os resultados quantitativos e qualitativos que permitam caracterizar o uso dos elementos desagregados na forma prevista neste Despacho, incluindo a relação de todos os acessos desagregados, discriminados por localidade, centro de fios, prestadora atendida, modalidade de desagregação e relação de todos os pedidos de desagregação e Co-localização, indicando a situação de atendimento.

- i) DETERMINAR às prestadoras CEDENTES que se abstenham de implementar qualquer modalidade de desagregação de elementos da rede do STFC que não tenha sido objeto de oferta pública prévia.

O item “b” dispõe acerca dos valores a serem pagos pela empresa que solicita o *unbundling*. Assim, por exemplo, a disponibilidade de par compartilhado custa R\$ 15,42 por par, a ativação de par compartilhado custa R\$ 56,00 por Par e um teste de qualificação, R\$ 50,00 por evento.

6.2. Panorama Geral no Brasil

A primeira questão que se coloca é: o ordenamento jurídico brasileiro prevê o *unbundling*? Em que pesem as duntas opiniões em contrário, entendemos que sim. Não há, como se viu, menção expressa ao *unbundling*, e a letra da Exposição de Motivos parece não ter sido refletida de forma cristalina no texto normativo da LGT. Todavia, na esteira das conclusões esposadas pelo Documento de Releitura da LGT, elaborado pelo Conselho Consultivo da Anatel, entendemos que “a ANATEL provavelmente teria instrumento legais para regulamentar esses conceitos (*unbundling* e revenda), e estabelecer, por exemplo, quais elementos de rede estariam sujeitos ao *unbundling*”¹⁹.

Assim, a inexistência de menção expressa ao *unbundling* não retira a validade de sua imposição e possível futura regulamentação, mesmo porque, como vimos, ele decorre da interpretação do art. 170 da Constituição Federal, ou seja, da própria função social da propriedade.

De qualquer forma, este debate é, agora, mais teórico do que prático, uma vez que a Anatel, como vimos, já adotou disposições que contemplam o *unbundling*. Resta-nos tecer alguns comentários acerca desse fato.

Em contraste gritante com o que ocorreu nos EUA, aqui pouca discussão houve acerca do tema. Como vimos, nos EUA houve intenso debate, não só no âmbito da FCC, mas

¹⁹ Disponível em : http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/conheca_anatel/apresentacao/releitura_lgt.pdf. Acesso em: 4 jun. 2006.

também do Poder Judiciário. Isso certamente propiciou um aprofundamento do conhecimento sobre o problema, e permitiu que a FCC desenvolvesse um conceito cada vez mais preciso e que melhor refletisse a necessidade do *unbundling*.

Como sói ocorrer no Brasil, a Anatel publicou, sem consulta pública, um Despacho tratando da questão. Calha, portanto a pergunta: em que estudo a Anatel se baseou para impor a quais elementos se deveria dar acesso desagregado? Em qual metodologia se baseou para fixar os preços cobrados pelo acesso? Foi levada em consideração a disparidade de custos de entrada nas diferentes regiões, ou se optou simplesmente pela adoção de um critério nacional sem maiores questionamentos?

Com um Despacho que visa atender a uma situação de emergência, excepcional, tendo em vista a falta de regulamentação, é óbvio que não se poderia esperar muito da atuação da Anatel. Entretanto, parece-nos que uma situação que deveria ser provisória, vem, cada vez mais, sendo tratada como se fosse definitiva, e o Despacho, de paliativo, passa a ser encarado como definitivo.

Preocupa-nos, portanto, o fato de que, apesar de o Despacho ter conteúdo mandamental, carece de força normativa e, conseqüentemente, de legitimidade para regulamentar a questão.

É imperioso, então, ressaltar a necessidade premente de regulamentação do *unbundling*. A lei nos remete aos *casos e condições* a serem estabelecidos pela agência, o que nos leva à conclusão de que tal dispositivo legal não é auto-aplicável. Vejamos um exemplo para clarear nosso argumento.

O art. 33 da CF assim dispõe: “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios”. Essa norma constitucional, segundo clássica lição de SILVA (2002, p. 122), é uma norma de eficácia limitada, pois “é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas”. Ademais, trata-se de uma norma de caráter impositivo, pois o Poder Constituinte não deixou ao critério discricionário do legislador a edição da lei.

Pelo princípio da simetria, entendemos que o art. 155 da LGT é de eficácia limitada, pois deixou ao “regulamento” a fixação dos casos e condições nos quais o dispositivo seria

aplicável. É o próprio constitucionalista que, no capítulo referente às normas constitucionais de eficácia limitada, discorre com o seguinte entendimento: “O que se pode dizer é que a lei dependente de regulamento só é executória com a decretação daquele; mas isso não exclui a entrada em vigor da lei na data prevista, nem tolhe a ocorrência de certos efeitos jurídicos”.(SILVA, 2002, p. 130).

No presente caso, seria de todo irresponsável conceder eficácia plena ao dispositivo, vez não estarem presentes nele os requisitos mínimos que garantam e especifiquem quais elementos estariam sujeitos ao *unbundling* e a forma de remuneração da empresa detentora da rede. Entretanto, entendemos que o artigo legal estará servindo de suporte às empresas que chegarem a um consenso e acordarem livremente sobre a concessão do acesso de forma desagregada (daí a ressalva final de José Afonso sobre os efeitos jurídicos).

Torna-se, assim, imperiosa uma célere definição de regras claras e expressas. Como exaustivamente demonstrado, não é provável que uma *incumbent* ofereça, diligentemente, sua rede a um competidor, sendo necessária uma regulamentação, impondo-lhe obrigações e sanções caso haja descumprimento, prestigiando, outrossim o princípio da segurança jurídica. Por oportuno, lembre-se de que tais *casos e condições* devem ser fixados com fito no estímulo à competição, como impõe a norma legal.

Outra questão que merece crítica severa de nossa parte se refere à possibilidade de a entrante (ou de qualquer outra empresa exploradora de serviço de interesse coletivo) ser legalmente compelida a conceder acesso ao *unbundling*, a teor da dicção do art. 155 da LGT.

É certo que a Anatel, no Despacho que trata do assunto, não obrigou nenhuma empresa entrante (as denominadas empresas espelho) a fornecer acesso a elementos de sua rede. E isso dificilmente poderia ter sido feito, seja porque, além das empresas espelho, quase não há outras empresas prestado o STFC, seja porque a rede das entrantes ainda é muito pequena, se comparada à da concessionária, o que a torna menos atrativa. Que fique assentado, contudo, que a letra do art. 155, tomada aqui como base jurídica para o *unbundling*, não exclui essa possibilidade. O simples fato de a Anatel não ter agido dessa forma não implica dizer que, pelos termos estritamente legais, não seja possível fazê-lo.

Isso constituiria, entretanto, uma verdadeira inversão dos princípios informadores do sistema e de toda a ideologia que o sustenta, sendo absolutamente contrário à assimetria

regulatória adotada pela legislação pátria e aos princípios insculpidos no art. 128 da LGT.²⁰ O princípio da assimetria regulatória é derivado do princípio da igualdade e da livre concorrência, insertos, respectivamente, nos arts. 5º, caput e 170, IV, ambos da CF. Sopesando esses dois princípios, o Poder Público deve estabelecer restrições, sujeições, imposições e obrigações às empresas que se encontram em situação privilegiada (no nosso caso, as concessionárias de telefonia fixa), de forma a promover a competição.

Entretanto, a sistemática adotada pela LGT é fulcrada sob um prisma formal (verificando apenas se as empresas são prestadores de serviços de interesse coletivo), quando, na verdade, deveria ter partido de um pressuposto material (ponderando, assim, a real situação da cada prestadora de serviço de interesse coletivo).

Imaginemos a seguinte hipótese simplificada: a concessionária de telefonia fixa, “A”, detém 98 % do mercado e uma empresa entrante, “B” detém os restantes 2%. Pela inteligência do art. 155 da LGT, seria perfeitamente possível que uma terceira entrante solicitasse à empresa “B” o acesso às suas redes, pois ela, “B”, é uma prestadora de serviço de interesse coletivo. Não é preciso ser um jurisconsulto para lobrigar a inversão do princípio da assimetria regulatória.

Teria andado melhor a LGT se houvesse, como o fez a Lei Americana, sujeitado apenas a *concessionária (incumbent)* a essa obrigação. Entretanto, e infelizmente, é inescapável a conclusão de que a LGT assim não o fez e, conseqüentemente, qualquer empresa, seja a concessionária, seja a entrante, tem a obrigação legal de fornecer acesso às suas redes de forma desagregada.

O órgão regulador brasileiro deve, portanto, enfrentar a questão desde logo, de forma até mesmo dirigista, fixando cláusulas que permitam o efetivo acesso. O cumprimento “do dever de oferecer acesso só estará plenamente caracterizado quando o titular do bem conseguir suprir os agentes econômicos que dele dependam de forma equivalente à que ocorreria caso existisse um mercado competitivo”. (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 64).

²⁰ Art. 128 da LGT: Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que: I) a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público; III) os condicionamentos deverão ter vínculo tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes; IV) o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser.

CAPÍTULO 7. CONCLUSÃO

O *unbundling* não é panacéia. Não resolve, por si só, todos os problemas da competição. Não é de fácil implementação. E, ainda, não deve ser efetivado hiperbolicamente e levado às últimas consequências.

Os problemas em torno do instituto possuem, a nosso ver, duas raízes. A primeira é seu caráter fortemente invasivo; a segunda, sua implementação, mesmo nos EUA, ainda não resolveu o problema da competição local.

O caráter invasivo do *unbundling* dispensa explicações. Mesmo com supedâneo na função social da propriedade, a aplicação do instituto não segue os padrões tradicionais. Figuremos a clássica hipótese de um latifúndio improdutivo: o Estado, ao assentar pequenos produtores rurais nas terras do referido latifúndio está, possivelmente, fazendo cumprir a função social da propriedade.

O mesmo sucede no caso do *unbundling*. Entretanto, as duas intervenções na propriedade encerram raízes distintas: enquanto que no caso do latifúndio a intervenção ocorre por culpa do dono das terras, que não lhes deu a devida destinação, no caso do *unbundling*, a empresa, mesmo cumprindo todas as metas de universalização impostas pelo Poder Público, e até mesmo com sobra de oferta, com desempenho acima do exigido pelas metas de qualidade, estará sujeita ao *unbundling*.

O entendimento dessa diferença é fundamental para que se compreendam muitas das consequências que podem ser engendradas pela aplicação desorientada e excessiva do instituto.

Dentre a miríade de efeitos negativos decorrentes do *unbundling*, são usualmente citados o desestímulo ao investimento (que ocorre no caso de o preço a ser pago à detentora de rede não compensar a restrição imposta à sua propriedade), ineficiência econômica, *cherry picking* e *cream skimming* (literalmente, “colher a cereja” e “separar a nata”, situação na qual, segundo DUTRA (2002, p. 40) “abre-se ao entrante a possibilidade de ofertar seus serviços seletivamente aos melhores usuários, em condições mais competitivas do que as ofertas pelo incumbente, pois desonerado o entrante do custo de instalação com que o incumbente arcou”), que não podem ser desprezados. Não olvidemos o negligenciado, mas não desprezível custo da

competição. A desenfreada busca por novos clientes implica um gasto substancial às empresas, especialmente de propaganda e publicidade.

Nos EUA, as *incumbents* ainda são dominantes, mas já se percebem notáveis efeitos do *unbundling*, considerado uma arma muito poderosa: segundo dados da FCC, no âmbito da competição que se trava na telefonia local, 33% dos competidores usam suas próprias infra-estruturas, 23% são revendedores e os restantes 44% optaram pelo acesso desagregado aos elementos de rede.²¹

O *unbundling* é um instituto paradoxal em si mesmo. Ao mesmo tempo em que é um meio para implementação da competição pode ser um desestímulo às *incumbents*. O tratamento da questão exige, portanto, no dizer de Justice Breyer, **equilíbrio**. Um mundo no qual competidores dividem tudo, é um mundo no qual os competidores têm pouco a competir.

²¹ Cf. Verizon Communications Commission v. FCC. Documento eletrônico disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=000&invol=00-511>. Acesso em: 4 jun. 2006.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Legalidade e regulamentos administrativos no direito contemporâneo: uma análise doutrinária e jurisprudencial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 10, nº 41, p. 284- 309, out./dez.. 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Conceito jurídico de regulação da economia. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Curitiba, Ano 2, nº 6, p. 59-74. 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de direito. In: *Revista de Informação Legislativa*, v.37, n.148, p.275-299, out./dez. 2000.

ARANHA, Márcio Iorio. Poder Normativo do Executivo e teoria da regulação. In: *Notícia do direito brasileiro*, Brasília, n.9, p.135-154. 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ATHAYDE, José Gustavo. As Agências reguladoras – independência e poder normativo em face da Constituição Federal de 1988. *Fórum administrativo*, Belo Horizonte, ano 3, v. 26, p. 2136 a 2148, abr. 2003.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation*. Oxford University Press, 1999.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do Estado. In: AZULAY NETO, Messod e PIRES DE LIMA, Antônio. *O novo cenário das Telecomunicações no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Economia brasileira: uma introdução crítica*. São Paulo: Editora 34, 1998.

Bruna, Sergio Varella. *O poder econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. A Teoria da Separação dos Poderes em Locke e Montesquieu. In: *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*, Rio de Janeiro, v. 6, n.6, p. 138 – 162. 2001.

COMPARATO, Fabio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial econômico e financeiro*, São Paulo, v. 25, n. 63, p. 71-79. 1986.

COSTA FILHO, Vidalvo. A agência nacional de telecomunicações: natureza jurídica, delegação de poderes e poder de polícia. In: *Revista de Direito Administrativo*, n.226, p.81-118, out./dez. 2001.

DUTRA, Pedro. Desagregação e Compartilhamento do Uso de Rede de Telecomunicações. In: *Revista do Ibrac*, v.9, n.2, p.15-47, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 12, p. 65-71, abr./jun. 2003.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

GELLHORN, Ernest. *Antitrust Law and Economics in a nutshell*. West Publishing Company, 1992.

GOMES, Guilherme Lemos Sant'Anna. Contornos jurídicos da regulação normativa. In SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. (org). *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e Direito Pressuposto*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU-KUNTZ, Karin. *Da Defesa da Concorrência*. *Revista do Ibrac*, v.9, n.2, p.49-72. 2002.

HERRERA, Alejandra. *Introdução ao Estudo da Lei Geral de Telecomunicações*. Rio de Janeiro: Singular, 2001.

HOLANDA, Nilson. *Introdução à Economia: da teoria à prática e da visão micro à macroscópica*. 8. edição. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy*. Saint Paul: West Group, 1999.

HUBER, Peter, KELLOGG, Michael, THRONE, John. *Federal Telecommunications Law*. Aspen Law and Business, 1999.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *Competition in Telecommunications*. MIT Press, 2001.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.228, p.13-29, abr./jun. 2002.

_____, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, nº 1, p. 69-93. 2003.

_____, Floriano Peixoto de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: caso da distribuição de gás natural. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 8, n. 4, p. 95-122. 2001.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros para discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Regulação de telecomunicações e direito da concorrência*. 2002 (mimeo).

OCTAVIAN, Rosiu Ovívio Petre; PAULESCU, Doina. *Introdução à Economia*. 2. ed. Brasília: SATUL, 1989.

OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PIRES, Maria Coeli Simões. Descentralização e subsidiariedade. In: *Revista de Informação Legislativa*, v.37, n.147, p.161-177, jul./set. 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica* (princípios e fundamentos jurídicos). Malheiros Editores, 2001.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. O poder normativo das agências reguladoras, in *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 227, p. 339 - 2002.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. Função Administrativa. In: *Boletim de Direito Administrativo*. v.8, n.4, p.227-246, abr. 1992..

SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. A Função regulatória. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. (org). *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STROPPIA, Yara Martinez de Carvalho e Silva. Função administrativa no estado brasileiro. *in Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.8, p.146-174, 1994.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. A questão, no direito brasileiro, da atribuição de funções normativas ao poder executivo – o caso do sistema financeiro. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e de Arbitragem*, v.5, n.18, p.58-101, out./dez. 2002.

GARCIA, Manuel; VASCONCELLOS, Marco Antonio. *Fundamento de Economia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Edição Fac-similar da de 1968. São Paulo: Renovar, 1998.