



**UniCEUB – Centro Universitário de Brasília  
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento  
Programa de Mestrado em Direito**

**DANIEL MARTINS D'ALBUQUERQUE**

**AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A FORMULAÇÃO DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS:  
uma abordagem a partir da universalização das  
telecomunicações por meio do Fust**

**BRASÍLIA - DF**

**2012**

**DANIEL MARTINS D'ALBUQUERQUE**

**AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A FORMULAÇÃO DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS:  
uma abordagem a partir da universalização das  
telecomunicações por meio do Fust**

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Frederico Augusto Barbosa da Silva

**BRASÍLIA - DF**

**2012**

D'ALBUQUERQUE, Daniel Martins.

As agências reguladoras e a formulação de políticas públicas: uma abordagem a partir da universalização das telecomunicações por meio do Fust. Daniel Martins D'Albuquerque. Brasília, 2012.

226 p.

Dissertação de Mestrado (Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012.

Orientador: Prof. Dr. Frederico Augusto Barbosa da Silva.

1. Agências reguladoras. 2. Políticas públicas. 3. Universalização. 4. Telecomunicações.

**DANIEL MARTINS D'ALBUQUERQUE**

**AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A FORMULAÇÃO DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS:  
uma abordagem a partir da universalização das  
telecomunicações por meio do Fust**

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Frederico Augusto Barbosa da Silva

Brasília-DF, 28 de agosto de 2012.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Júnior  
Centro Universitário de Brasília – UniCeub

---

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho  
Centro Universitário de Brasília – UniCeub

---

Profa. Dra. Magda de Lima Lúcio  
Membro Externo

Ao Pedro, que em poucos meses chegará, traz alegria aos meus dias e me incentiva a ir além.

## AGRADECIMENTOS

Aos Professores e funcionários do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCeub, pelo convívio, suporte e conhecimentos obtidos.

Ao Prof. Dr. Frederico Augusto Barbosa, minha gratidão pela paciente e segura orientação.

À Anatel, que por visualizar a importância do Mestrado para o meu crescimento profissional custeou parte desse empreendimento.

Aos colegas do UniCEUB, agradeço a convivência sempre salutar e, em especial, as discussões e oportunas sugestões que me ajudaram a construir este trabalho.

Aos amigos da Anatel, pelo incentivo, pelo apoio e compreensão, em especial quando da minha licença, sem a qual não teria sido possível concluir a presente dissertação.

Aos meus pais, Walter e Claudia, e ao meu irmão, Thiago, apoiadores incansáveis dos meus projetos e sonhos e que são para mim exemplos de amor, dedicação e honradez, minha eterna gratidão.

À minha esposa-amiga-companheira, Érika, que me encaminhou para assumir este desafio e, em todos os momentos, acreditou em mim e me impulsionou para que eu chegasse até o final, o meu amor.

## RESUMO

A década de 90 no Brasil foi marcada pela alteração dos contornos na forma de intervenção do Estado na economia, em especial com a instituição de agências de regulação dotadas de maior autonomia reforçada e constituídas em posição equidistante aos interesses dos atores nos setores que regulam. O objetivo deste trabalho é discutir o papel desempenhado por essas agências na formulação e na implementação das políticas públicas dos setores em que elas operam. A partir da discussão acerca da regulação e das políticas públicas, dialoga-se com a ideia de que inexistem fronteiras rigidamente limitadas entre essas atividades e que as políticas públicas, no contexto de Estado regulador, dependem da mediação das agências reguladoras. É falacioso e reducionista afirmar uma dicotomia rígida que imputa à regulação implementar o que a política estabeleceu. Além de ponderar e redimensionar no tempo os objetivos específicos contidos nas políticas públicas, lacunas jurídicas e indeterminações simbólico-linguísticas conferem às agências reguladoras papel e influência preponderantes no processo de formulação das políticas públicas. Ainda, elas dispõem de conhecimentos técnicos e expertise que são insumos relevantes para o desenho e conformação das políticas públicas dos complexos setores regulados. Merece prosperar a tese de Aranha que propõe que as agências reguladoras são, em verdade, espaço público para a participação e discussão política qualificada, legítima e acessível, com poder e influência para formular as políticas públicas. Estabelecidas essas ideias, a análise empírica dirige-se às políticas públicas relativas à universalização das telecomunicações por meio do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust). A participação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) no desenho das metas de universalização revela o papel central da agência no processo de formulação da política, haja vista que a própria Agência é quem propõe ao Chefe do Poder Executivo o seu desenho. A universalização das telecomunicações aponta que a Anatel não só implementa, mas, também participa da formulação da política, constituindo-se, ademais, um espaço público privilegiado para o exercício da virtude política e para encontro dos interesses contrapostos. Ela revela, ainda, que, após tentativas de levar a cabo, por meio do Fust, uma política de expansão de redes digitais de informação, em especial para estabelecimentos públicos de ensino, existe um movimento que termina por esvaziar esse espaço público materializado na atuação da Anatel. O governo federal, por meio dos programas 'Banda Larga nas Escolas' e 'Banda Larga Popular', não se valeu dos mecanismos institucionais afetos ao serviço universal e, com isso, diminui a participação da Anatel no desenho da política pública e impacta o modelo de governança do próprio setor.

Palavras-chave: agências reguladoras; políticas públicas; universalização.

## ABSTRACT

*The 1990s were marked by changes in the way the State intervenes in the economy, particularly with the creation of regulatory agencies with greater level of autonomy from the political leaderships of the government. Regulatory agencies have institutional mechanisms that give them enhanced autonomy and place them in an equidistant position to the interests of the market players of the sectors that they regulate. The objective of the present study is to discuss the role of these agencies in the formulation and implementation of public policies of the sectors that they regulate. Based on the discussion on regulation and public policies, it seems that there are no rigid boundaries separating these two activities and that public policies, in the context of the Regulatory State, depend on the mediation of the regulatory agencies. It is misleading and reductionist to establish a rigid dichotomy in which regulation implements what a polity established. The fact that agencies need to adjust the specific objectives of the public policies overtime and overcome legislative gaps and symbolic-linguistic indeterminacies, gives the regulatory agencies a preponderant role and influence in the formulation of public policies. In addition, the agencies have the technical knowledge and expertise that are relevant inputs in the design and conformation of the public policies of the complex regulated sectors. Aranha rightly suggests that regulatory agencies are indeed a public space for participation and for qualified, accessible and legitimate political discussion and that the agencies have the power and influence to formulate public policies. Once these ideas have been established, the empirical analysis is done on public policies on universal service obligations of telecommunications through the Fund for Universal Access to Telecommunications Services (Fust). The participation of the National Telecommunications Agency (Anatel) in the setting of universal service obligation goals reveals its central role in the policy formulation process, as it is the Agency that proposes the design of the model to the Chief Executive. Universal service obligation of telecommunications shows that Anatel not only implements but also participates in the formulation of the policy and by doing so creates a privileged public space for the exercise of political virtue and for the encounter of opposing interests. It also reveals that after attempts to expand the digital information networks through Fust, especially for public schools, there is a movement that empties the public space created by the methods adopted by Anatel. The Federal Government did not take advantage of the institutional mechanisms available to Anatel in the execution of the programmes "Broadband for Schools" and "Popular Broadband", and by doing so, lessened Anatel's participation in the design of public policy and impacted the model of governance of the whole sector.*

*Keywords: independent regulatory agencies; policies; universal service.*

## **LISTA DE TABELAS**

<b>Tabela 1 – Agências Reguladoras Federais.....</b>	<b>38</b>
<b>Tabela 2 – Receitas do Fust, por origem dos recursos .....</b>	<b>150</b>
<b>Tabela 3 – Matriz de Riscos.....</b>	<b>185</b>
<b>Tabela 4 – Instituição Beneficiadas pelo PMU I.....</b>	<b>187</b>
<b>Tabela 5. Uso dos Recursos do Fust – PMU I.....</b>	<b>188</b>

## **LISTA DE FIGURAS**

<b>Figura 1. Modelo Sistêmico .....</b>	<b>62</b>
<b>Figura 2. Configuração institucional do setor de telecomunicações .....</b>	<b>106</b>
<b>Figura 3. Organograma da Anatel.....</b>	<b>111</b>
<b>Figura 4. Etapas para implementação de Planos de Metas com recursos do Fust .....</b>	<b>162</b>

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO, QUESTÕES PRELIMINARES E METODOLOGIA.....</b>	<b>14</b>
<b>CAPÍTULO 1: AGÊNCIAS REGULADORAS E POLÍTICAS PÚBLICAS: ALGUM SENTIDO PARA NÓS? .....</b>	<b>27</b>
<b>1.1 Emergência do Estado Regulador e as entidades reguladoras brasileiras .....</b>	<b>28</b>
1.1.1 Apontamentos sobre a emergência do Estado regulador .....	29
1.1.2 O Estado Regulador e o seu aparato burocrático no Brasil - as agências reguladoras.....	35
1.1.3 Autonomia reforçada e credibilidade.....	41
1.1.4 Autonomia reforçada e legitimidade.....	45
1.1.5 A divisão do trabalho: formulação e implementação das políticas públicas	47
<b>1.2 A Política Pública é, antes de tudo, política: em busca de uma noção.</b>	<b>53</b>
1.2.1 Contribuições da Política: a política pública, natureza política e produto do sistema político.....	57
1.2.2 Contribuições de uma visão jurídica: insuficiência e conformação de políticas pelo Direito .....	64
1.2.3 Políticas de Estado e de governo .....	69
1.2.4 A abordagem em ciclos e os seus limites .....	70
1.2.5 A formulação da política: modelos de análise das decisões político administrativas e das políticas públicas.....	73
1.2.6 Implementação: a política em ação .....	75
1.2.7 Políticas Públicas e Instituições .....	78
1.2.7.1 <i>Políticas Públicas e instituições governamentais</i> .....	79
1.2.7.2 <i>Apontamentos sobre a abordagem neoinstitucional</i> .....	81
<b>1.3 A Regulação .....</b>	<b>82</b>
1.3.1 Teorias do interesse público .....	84
1.3.2 Teorias do interesse privado.....	86
1.3.3 Teorias institucionalistas.....	88
1.3.4 Uma noção abrangente da regulação: a política regulatória.....	89
<b>1.4 O espaço público: o exercício da virtude política e as agências reguladoras .....</b>	<b>92</b>
<b>CAPÍTULO 2: ASPECTOS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL: PAPÉIS E MECANISMOS PARA A PROMOÇÃO DO SERVIÇO UNIVERSAL.....</b>	<b>96</b>
<b>2.1 Motivação e objetivos da reforma normativo-operacional do setor de telecomunicações brasileiro .....</b>	<b>96</b>
<b>2.2 A formulação e a implementação da política para as telecomunicações: o modelo geral de repartição de competências no interior do Estado .....</b>	<b>105</b>
2.2.1 O órgão regulador: a Anatel e a inovação institucional.....	108

<b>2.3 A universalização das telecomunicações: uma ideia do serviço universal e a universalização consagrada na Lei Geral das Telecomunicações .....</b>	<b>114</b>
2.3.1 Serviço Público e serviço universal.....	114
2.3.2 Um serviço universal para as telecomunicações .....	119
2.3.3 A universalização das telecomunicações e os mecanismos consagrados na Lei Geral de Telecomunicações .....	123
<b>2.4 A política para a universalização e a repartição de competências entre a Anatel e o Poder Executivo Central.....</b>	<b>131</b>
2.4.1 A tentativa de estabelecimento da política para as telecomunicações ...	136
<b>2.5 A evolução quantitativa das obrigações de universalização nos PGMU ..</b>	<b>140</b>

**CAPÍTULO 3: O FUNDO DE UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES (FUST): LOCUS DE POLÍTICAS PÚBLICAS..... 144**

<b>3.1 O nascedouro do Fust .....</b>	<b>145</b>
<b>3.2 Apontamentos sobre a natureza jurídica do Fundo.....</b>	<b>145</b>
<b>3.3 Receitas e aspectos tributários da contribuição ao Fust.....</b>	<b>147</b>
<b>3.4 Finalidades e destinação dos recursos: a ampliação da universalização? .....</b>	<b>151</b>
<b>3.5 Repartição de Competências: a retomada da LGT.....</b>	<b>155</b>
<b>3.6 A elaboração dos Planos de Metas custeados pelo Fust: mesmo modelo da LGT.....</b>	<b>157</b>
<b>3.7 Procedimentos para seleção das prioridades: o relacionamento com os demais ministérios.....</b>	<b>159</b>
<b>3.8 Os Planos de Metas para a Universalização – PMU e as tentativas de aplicação do Fust: necessidade de definição de uma política para os serviços de telecomunicações em regime público.....</b>	<b>163</b>
3.8.1 Projetos aprovados pelo Ministério das Comunicações: muitas Portarias, poucas definições .....	164
3.8.2 O Programa Educação: a licitação anulada pela Anatel .....	168
3.8.3 Manifestação do TCU: um caminho jurídico-regulatório para a aplicação dos recursos do Fundo .....	172
3.8.4 A tentativa de criação de um novo serviço em regime público: o SCD, mais uma vez o Fust para levar telecomunicações às escolas .....	177
3.8.5 A Auditoria operacional do TCU: a Lei não impede o Fust, falta uma política .....	181
3.8.6 Os estudos do Ministério das Comunicações: a matriz de risco em busca de um caminho .....	184
<b>3.9 O Plano de Metas para assistência a pessoas com deficiência auditiva: um caso de sucesso?.....</b>	<b>185</b>
<b>3.10 O Plano de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado em localidades com menos de 100 habitantes.....</b>	<b>188</b>

<b>3.11 Efeito prático: destinação dos recursos para as metas de superávit fiscal</b>	<b>189</b>
<b>3.12 Objetivos do Fust por vias transversa: negociações conduzidas pelo governo federal, a substituição de um espaço público e a governança regulatória</b>	<b>189</b>
3.12.1 <i>Backhaul</i> : inflexão na política de universalização	192
3.12.2 O Programa Banda Larga nas Escolas	194
3.12.3 A edição do PGMU III: demanda por Banda Larga via Termos de Compromisso	196
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>203</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>208</b>

## INTRODUÇÃO, QUESTÕES PRELIMINARES E METODOLOGIA

[...] terceirizaram o Brasil [...] as agências mandam no País e as ações que afetam o dia a dia da população não passam pelo Governo. Há uma autonomia excessiva, é independência demais, criaram um poder paralelo no País.<sup>1</sup>

No texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial.<sup>2</sup>

A década de 90 consolidou no Brasil um novo modelo de intervenção estatal na atividade econômica, resultado das mudanças na economia mundial e de um conjunto de reformas levadas a cabo com o fim de frear o caráter intervencionista do Estado na economia privada e contrapor a instabilidade econômica vigente. Não significou um retorno ao paradigma do século XIX, segundo o qual a promoção do progresso seria tarefa quase que exclusiva do mercado; tampouco o que se viu no século seguinte, quando ao Estado se atribuiu essa missão. O caminho escolhido congrega Estado e mercado na tarefa de promover o desenvolvimento, onde aquele não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado, utilizando os instrumentos de que dispõe. Em verdade, se está diante da emergência de um Estado regulador, que não mais produz bens e serviços, mas induz e condiciona a atuação privada a concretizar alguns objetivos que lhes são caros.<sup>3</sup>

O Estado regulador brasileiro trouxe consigo, do ponto de vista organizacional, revisão nos papéis de seus agentes e nos instrumentos de

---

<sup>1</sup> Manifestação atribuída ao então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, em notícia da Folha de São Paulo, de 20 de fevereiro de 2003.

<sup>2</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 213.

<sup>3</sup> O Estado Regulador apresenta algumas características: a transferência para a iniciativa privada de atividades desenvolvidas pelo Estado, desde que dotadas de forte cunho de racionalidade econômica e a liberalização de atividades até então monopolizadas pelo Estado para propiciar o regime de mercado; inversão da relevância do instrumento interventivo; a atuação estatal norteadas não apenas pela correção das falhas de mercado, mas para propiciar a realização de valores de natureza política e social; e, a institucionalização de mecanismos de disciplina permanente das atividades reguladas, a partir da concepção de um regramento dinâmico. (LA SPINA, Antonio. & MAJONE, Giandomenico. *Lo Stato Regolatore*. Bologna: Il Mulino, 2000, p. 28)

intervenção. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), de 1995, lançou as bases para a instituição de agências descentralizadas, destinadas ao exercício *despolitizado*<sup>4</sup> da regulação, dotadas de maior autonomia em relação do Poder Executivo Central, criadas sob o pretexto de garantir e promover o estabelecimento de regras claras e estáveis na execução dos contratos, lançando bases para a promoção da segurança jurídica, tida por necessária para atrair os investimentos requeridos do agente privado.

Responsáveis pela regulação de setores relevantes da vida nacional, as agências, atores do sistema regulador de governança, têm entre suas funções a garantia de que serviços essenciais e setores de infraestrutura, mesmo que operados por empresas privadas, caminhem em harmonia com os ditames do desenvolvimento social e econômico. Elas representam, ao final, uma alteração nos contornos do equilíbrio de atuação no interior do Estado e marcam no Direito Administrativo pátrio um período de reformulação de conceitos e princípios, em consonância com a realidade econômico-social do momento histórico, além de suscitarem controvérsias afetas à questão da sua autonomia, ou independência.<sup>5</sup>

Isto posto, ademais de aliar Estado e mercado, orquestrados por agências de regulação autônomas, o processo de desenvolvimento brasileiro está também atrelado às políticas públicas. Heidemann e Salm afirmam que o desenvolvimento, significando a “implementação de uma economia de mercado que inclua, se não a totalidade, pelo menos a maior parte de seus cidadãos”, está associado à análise de sua relação com o processo de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, de tal maneira que, em última instância, em termos político-administrativos, ele é resultado de políticas públicas<sup>6</sup>. Essa correlação evidencia o interesse

---

<sup>4</sup> Segundo Aragão, na lógica do PDRAE, as agências “seriam instrumentos essenciais para dissolver os anéis burocráticos dos Ministérios e subtrair a regulação de setores estratégicos da economia do âmbito das escolhas políticas do Presidente da República”. (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Apresentação. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. ix)

<sup>5</sup> No escopo do presente trabalho, não serão tratados amiúde os imbróglis jurídico-institucionais que envolvem a atuação das agências reguladoras – a exemplo da sua constitucionalidade; poder normativo; etc. Vez por outra, quando necessário para o enfrentamento do objeto desta pesquisa, estas questões serão pontuadas.

<sup>6</sup> HEIDEMANN, Francisco G. & SALM, José Francisco. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009. Parte I, p. 26. Para Bercovici, o *government by policies* vai além do mero *government by law* do liberalismo. (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 88*. São Paulo: Malheiros, 2005)

presente em compreender o papel atribuído às agências reguladoras no âmbito do processo jurídico-institucional brasileiro que envolve a formulação e a implementação das políticas públicas nos setores em que elas atuam.

Considerando tratar-se de processo relativamente recente na história do Estado brasileiro<sup>7</sup>, o objetivo deste trabalho se assenta na reflexão acerca da manifestação das agências reguladoras como atores do processo constitutivo das políticas públicas. A questão primordial que conduz a análise é a seguinte: é possível conferir ao ente regulador um papel que não o de tecnicamente implementar o que fora politicamente estabelecido?

O tratamento de questões científicas<sup>8</sup> pressupõe o raciocínio demonstrativo de alguma hipótese ou demonstração que solucione o problema pesquisado<sup>9</sup>. Em resposta à questão supra, a hipótese que se sustenta é que as definições doutrinárias a respeito das agências reguladoras não dão conta de descrever como elas efetivamente compõem o campo das políticas públicas. Isto porque, no âmbito das políticas públicas a atuação das agências ocorre num espaço de realizações complexo, que é condicionado, mas, ao mesmo tempo condicionante. Pretende-se evidenciar ser falacioso e reducionista afirmar que as agências reguladoras não participam da formulação das políticas públicas, restringindo-se à sua implementação. Acredita-se que, tanto a formulação quanto a implementação das políticas públicas, no contexto de Estado regulador, dependem da mediação das agências reguladoras. Isto porque, responsáveis pelo manejo de instrumentos regulatórios, elas detêm conhecimento especializado e capacidade de interlocução com os agentes do mercado que as inserem como atores centrais do processo político de conformação dos objetivos sociais<sup>10</sup>. Ainda assim, a partir dos instrumentos de participação institucional que empregam, as agências reguladoras

---

<sup>7</sup> A primeira agência criada, em 1997, foi a Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, há 15 anos.

<sup>8</sup> "Referenciais teórico-metodológicos, instrumentos lógico-categoriais nos quais se apoia para conduzir o trabalho investigativo e o raciocínio". (GODOY, Arilda Schmidt. Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, v. 35, nº 2. 1995.)

<sup>9</sup> SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 130.

<sup>10</sup> Essa hipótese também foi trabalhada por outros autores, como: Floriano de Azevedo Marques Neto; Alexandre dos Santos Aragão; Giandomenico Majone; Márcio Lório Aranha; Gabriel Laender; Gustavo Binenbojm, além de constatações empíricas constantes de documentos oficiais que serão evidenciadas ao longo deste trabalho, a exemplo de relatórios do Tribunal de Contas da União e também da Casa Civil da Presidência da República.

se constituem um espaço público para onde converge a mediação de interesses e onde, inclusive, o cidadão pode se manifestar diretamente e exercer a virtude política.

Inexiste uma fronteira nítida a delimitar a participação das agências reguladoras tão somente na implementação das políticas públicas estabelecidas pelos atores igualmente políticos. Elas fazem mais que escolher os meios para execução de uma política pública. Elas terminam por redefinir o significado das políticas. Nesse sentido, existe uma tensão, não vislumbrada a partir de uma análise restritiva, concentrada na dimensão jurídico-formal de análise do tema, a partir do emprego de modelos analíticos estritamente normativos, mas, evidenciada, revelada quando se está diante de uma abordagem abrangente, própria das políticas públicas, que adentra nas relações no interior do Estado e da realidade empírica da prática social.

Isto posto, reforça-se que parecem insuficientes as respostas encontradas nas leis de criação das agências reguladoras, bem como em parte da doutrina sobre a regulação nacional, que prevêem para as agências competências afetas à implementação das políticas definidas pelos órgãos setoriais a que estão vinculadas ou por outras autoridades políticas. Tal repartição, considerada simplória sob a ótica que aqui se pretende abordar, teria sido reflexo do processo de privatização das empresas estatais brasileiras, que acabou por inserir as agências de regulação num discurso pautado na necessidade de despolitização da atuação regulatória estatal e no fortalecimento do caráter puramente técnico de suas decisões. O insulamento burocrático<sup>11</sup> seria o remédio para a promoção de uma estabilidade regulatória, tida por essencial para atrair investimentos privados a alavancar a expansão de setores relevantes da economia nacional, como é o caso das telecomunicações.

---

<sup>11</sup> Edson Nunes assenta os laços entre sociedade e Estado no Brasil a partir de um modelo básico assentado em quatro padrões institucionais: o clientelismo, o corporativismo, o insulamento burocrático e o universalismo de procedimentos. Nesse interim, o insulamento burocrático é apresentado como “estratégia por excelência das elites para driblar a arena controlada pelos partidos políticos. A competência técnica da burocracia e o universalismo de procedimentos eram os meios para conter a irracionalidade populista considerada então inerente aos políticos”. Em verdade, trata-se de um processo de proteção do centro técnico do Estado contra a interferência dos políticos ou mesmo grupos da sociedade civil, como os de empresários e movimentos sociais, com o escopo de refrear o personalismo e o patrimonialismo, a fim de que critérios mais técnicos e objetivos possam orientar as prioridades e a atuação do Estado e, ainda, minorar ou eliminar as incertezas criadas pelo ambiente institucional (PEREIRA, BRESSER. *Política e insulamento burocrático no Brasil*. p. 26. In: NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003)

Em tempo, essa visão teria, inclusive, acarretado “um vazio de estudos da regulação pelas lentes de análise de políticas públicas”.<sup>12</sup>

Na mesma linha, parte da doutrina, ao tratar da definição de regulação e das agências reguladoras enfatiza que elas não são a instância institucional de definição de políticas. São, sim, instrumentos para a efetivação ou implementação de políticas<sup>13</sup>, numa acepção em que a regulação se apresenta como o exercício independente de competências para cumprir pressupostos e objetivos definidos nas políticas públicas.

Legislador e alguns doutrinadores, responderiam, em parte, a questão apresentada<sup>14</sup>. Contudo, suas respostas parecem ignorar elementos político-institucionais que a análise política evidencia ao demonstrar quão complexas são as relações e os processos que resultam na adoção das políticas públicas. Uma ótica estrita de análise da atuação das agências reguladoras desconsidera que, embora vinculadas ao cumprimento das políticas públicas, elas não estão impedidas de divergir, por exemplo, das diretrizes do governo eleito, representado, na maior parte das vezes, pelos Ministérios setoriais aos quais estão vinculadas. Em verdade, elas podem refrear ou retardar uma meta política de objetivos mais curtos, caso em que, na maior parte, motivarão suas decisões a partir de uma lógica dita de políticas de Estado.

---

<sup>12</sup> PEIXOTO, Elisa Viera Leonel. *Programa nacional de banda larga: análise sobre a formação da agenda da universalização da banda larga no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Unb, 2010, p. 6.

<sup>13</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*. São Paulo: Associação Brasileira de Agências Reguladoras, 2003. Disponível em: <<http://www.cspe.sp.gov.br/downloads/secoes/noticias/ABAR.zip>>. Acesso em: 4 ago. 2011.

<sup>14</sup> “A dicção legal, entretanto, encobre o caráter de definição política das agências oriundo da dificuldade de antecipação de questões setoriais e sua natural remissão ao futuro. Neste futuro, estão as agências, que firmam sua contribuição na orientação do setor, interferindo nos destinos empresariais, tecnológicos, ambientais, consumeristas, fiscais e de acesso da população aos serviços de telecomunicações. A orientação à competição presente nos modelos brasileiro e norteamericano de políticas públicas é um exemplo claro de abertura conceitual para a construção das opções políticas pelas próprias agências reguladoras na medida em que cabe a elas definir o formato de restrições ou incentivos governamentais em direção ao aumento do número de competidores, ou mesmo, a depender da inclinação da agência, da preservação de um número mínimo de empresas no mesmo mercado relevante. As agências, portanto, fazem muito mais que escolher os meios para execução de uma política pública; elas redefinem o significado de tais políticas.[...]” (ARANHA, Márcio Lório. *Políticas públicas comparadas de telecomunicações* (Brasil-EUA). Tese Doutorado. Brasília: UnB: Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, do Instituto de Ciências Sociais, 2005, p. 194)

Ademais, a relação entre os atores estatais responsáveis pela formulação e implementação das políticas públicas é agravada pelo fato de que estes têm as suas atribuições e competências conformadas pelo Direito, que também conforma as próprias políticas e traz em seu âmago lacunas próprias do campo em que se insere, a exemplo das indeterminações simbólico-linguísticas.<sup>15</sup>

Elementos empíricos serão utilizados para sustentar essa argumentação. A pesquisa e a revisão da literatura sobre o tema denotam a complexidade do fenômeno em análise e evidenciam ser imprescindível o recorte metodológico do objeto de pesquisa para garantir-lhe um mínimo de profundidade e objetividade.<sup>16</sup>

Até porque, como as agências reguladoras estão inseridas em diversos setores da economia nacional – energia, telecomunicações, saúde suplementar, transportes, saneamento, aviação, etc., requerem tratamento empírico delimitado e específico. Antes, porém, de apontar para o recorte do objeto de pesquisa, em especial o suporte metodológico utilizado, são necessárias algumas considerações.

Os desafios que se apresentam comungam das preocupações com o que Bourdieu denominou construtivismo estruturalista, empregado especialmente para a análise das relações de poder e para revelar que, no mundo social, estruturas objetivas independentes da consciência e da vontade dos agentes são capazes de orientar ou de limitar suas práticas. Em especial, das contribuições desse autor, é oportuno retomar seus conselhos no sentido de que sejam evitadas alternativas que dominam o debate científico a respeito do Direito: o *formalismo*, que afirma a autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social; bem como o *instrumentalismo*, que concebe o direito como um reflexo ou um utensílio ao serviço dos dominantes.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Sobre a questão, ver: FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Ano 44, nº 175, jul/set 2007.

<sup>16</sup> “A proposta de Weber de um conhecimento objetivo, isento de valores e interesses, ainda é uma das premissas do discurso científico que não são disputadas, ao lado de uma linguagem matemática, da pesquisa empírica e da primazia do método na confirmação do conhecimento científico [...] Apesar dessa crença, o relativismo tem ponderado nas ciências sociais. Nos estudos sobre ciência e tecnologia têm prevalecido as máximas de que todo conhecimento é social, de que a tecnologia é socialmente determinada, de que saber é poder”. (FERNANDES, Ana Maria. *A ciência, o cientista e a política*. p. 199. In: COELHO, Maria Francisca Pinheiro; BANDEIRA, Lourdes; MENEZES, Marilde Loiola de. (orgs.). *Política, ciência e cultura em Max Weber*. Brasília: UnB, 2000)

<sup>17</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 209.

Adentrar-se-á no campo da regulação<sup>18</sup>, percebendo-o como um espaço de conflitos e de concorrência no seio do Estado, no qual se luta pelo estabelecimento do monopólio do capital que lhe é pertinente e que possui um *habitus* próprio - “esquemas de percepção, de apreciação e de ação [...] conhecimentos práticos adquiridos ao longo do tempo que nos permite perceber, agir e evoluir com naturalidade num universo social dado”.<sup>19</sup>

Com o objetivo de adentrar na avaliação do tema, empregar-se-á uma análise qualitativa, de cunho descritivo, a partir da obtenção de dados e informações descritivos sobre atores, legislação e processos interativos, tratados mediante contato direto do pesquisador com o objeto de pesquisa, em busca do fenômeno como um todo, na sua complexidade<sup>20</sup>. Neste caso específico, se quer trazer à luz a teia de relações que se estabelecem no interior do Estado, onde há envolvimento da agência de regulação, buscando-se avançar no conhecimento de um fenômeno

pela sua descrição, medição, pela busca do nexos causal entre seus condicionantes, pela análise de contexto, pela distinção entre forma manifesta e essência, pela indicação das funções de seus componentes, pela visão de sua estrutura, pela comparação de estados alterados de sua essência, dentre outras.<sup>21</sup>

Lançar mão do método de análise qualitativa requer fixar limites objetivos,

---

<sup>18</sup> O campo, em Bourdieu, é “um sistema estruturado de forças objetivas, uma configuração relacional capaz de impor sua lógica a todos os agentes que nela penetram. Nenhuma ação pode ser diretamente relacionada à posição social dos atores, pois esta é sempre retraduzida em função das regras específicas do campo no interior do qual foi construída. Como um prisma, todo campo refrata as forças externas, em função de sua estrutura interna.” (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 67)

<sup>19</sup> Em Bourdieu, “as práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.” (ibidem, p. 211)

<sup>20</sup> Godoy aponta que uma das dificuldades de se estudar obras de referência sobre a pesquisa qualitativa está na multiplicidade enfoques e falta de um vocabulário comum, dentre os quais ela cita: interacionismo simbólico; a etnometodologia, o materialismo dialético e a fenomenologia. Godoy aponta três diferentes possibilidades para a pesquisa qualitativa: a pesquisa documental, que se constitui pelo exame de material que ainda não recebeu tratamento analítico ou que pode ser reexaminado com vistas a uma interpretação nova ou complementar; a etnografia, oriunda da antropologia, envolve um conjunto particular de procedimentos metodológicos e interpretativos desenvolvidos ao longo do século XX, em que o pesquisador fixa residência em uma comunidade e passa a usar técnicas de observação, contato direto e participação em atividades; e, por último, o estudo de caso, que visa uma análise profunda de uma unidade de estudo, detalhando ambiente, sujeito ou uma situação particular. (GODOY, Arilda Schmidt. Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, v. 35, nº 2, 1995)

<sup>21</sup> NEVES, José Luís Neves. Pesquisa Qualitativa – características, usos e possibilidades. *Caderno de Pesquisas em Administração*. São Paulo, v. 1, nº 3, 2º Sem., 1996, p. 5.

limitadores para que os resultados da pesquisa não sejam pautados pela preferência ou admiração do pesquisador e seus leitores. Ao envolver a análise de vínculos entre signos e significados, ela requer um arcabouço a ser empregado pelo pesquisador na interpretação do seu objeto - é o referencial teórico que serve como base para estabelecer e delimitar caminhos que se pretende seguir, num misto de procedimentos de cunho racional e intuitivo. Ainda, embora desconhecendo um procedimento que assegure confiabilidade absoluta ao procedimento qualitativo, Bradley<sup>22</sup> recomenda o uso de quatro critérios para atenuar os problemas de confiabilidade ou credibilidade do material investigado: primeiro, a atenção à credibilidade do material de pesquisa; por conseguinte, deve-se zelar pela fidelidade no processo de transcrição que antecede a análise; ainda, é preciso considerar elementos que compõem o contexto em que se insere o objeto em análise; e, finalmente, deve existir a possibilidade de confirmação posterior dos dados pesquisados.

O emprego de técnicas científicas caminha no sentido de uma avaliação que pretende ser isenta e objetiva. Mas, é preciso admitir, desde já, a existência de limitações próprias da abordagem da realidade político-social, que é complexa e dinâmica. A título de exemplo, a própria seleção do objeto de estudo, dos dados e fatos traz consigo valores do pesquisador, e requerem, por isso mesmo, esforço máximo para fugir do enfrentamento do problema de pesquisa a partir de uma ótica tão somente particular e pessoal. Max Weber salienta que a validade da ciência, ou sua universalidade, dá-se à medida em que o cientista não emprega seus próprios juízos valorativos na investigação que realiza, não contaminando os resultados por suas preferências estéticas ou políticas, chamando à responsabilidade o pesquisador no desenvolvimento de sua lida<sup>23</sup>. Enfim, o traço da subjetividade reflete as limitações próprias da pesquisa científica afeta às ciências sociais e, no trabalho em comento, é preciso trazer à luz mais um limitador - o fato de o pesquisador pertencer aos quadros da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e participar, portanto, do objeto da pesquisa. Pontuar e revelar essas limitações é essencial para o estabelecimento de um método que busque minorar

---

<sup>22</sup> BRADLEY, 1993, p. 436, *apud* NEVES, José Luís. Pesquisa Qualitativa – Características, usos e possibilidades. *Cadernos de Pesquisas em Administração*. São Paulo: v. 1, nº 3, 2º Sem., 1996.

<sup>23</sup> WEBER, Max. *A ciência como vocação*. In: GERTH, Hans. H.; MILLS, C. Wright (orgs). *Ensaio de sociologia*. Tradução: Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 172.

seus efeitos nocivos.

Primeiramente, o trabalho terá fontes documentais como o principal meio de informação<sup>24</sup> e, ainda, para fazer, igualmente, frente às limitações supra e tentar decodificar o sistema complexo de significados que se pretende, recorrerá a um recorte teórico-referencial e temporal-espacial do objeto de análise<sup>25</sup>. A esse propósito, é preciso retomar a delimitação do objeto de pesquisa, conforme já se pontuou anteriormente. A análise será concentrada, conforme adianta o título, na participação da Anatel na consecução da política pública que almeja a universalização dos serviços de telecomunicações, nos termos do instituto consagrado na Lei nº 9.472, de 1997, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT). A escolha desse recorte temático-metodológico se assenta: no interesse pessoal do pesquisador e no acesso a fontes de pesquisa; na relevância desse setor frente aos ditames do desenvolvimento nacional, quer pelo seu dinamismo tecnológico, quer pelo fato de se constituir suporte para outros tantos setores da economia nacional<sup>26</sup>; e, finalmente, na existência de repartição de competências *sui generis* para a consecução das políticas públicas setoriais. Ademais, estudar a universalização das telecomunicações representa buscar compreender a construção de uma agenda de políticas públicas de singular importância para a inclusão social.

Reforce-se que o foco de análise empírica não recairá na fixação da política que envolve a totalidade do setor de telecomunicações, mas, tão somente, naquela que está dirigida à universalização dos serviços prestados em regime público<sup>27</sup>. Ainda, na medida em que também o estabelecimento e a implementação da universalização das telecomunicações é questão deveras abrangente e que traz consigo um sem número de imbrólios jurídico-regulatórios, mais um recorte é necessário. Fixar-se-á o objeto de pesquisa na participação da Anatel na política pública que envolve a universalização dos serviços de telecomunicações financiada a partir do fundo público criado para tal finalidade – o Fundo de Universalização dos

---

<sup>24</sup> Em tempo, também as fontes documentais restringem o escopo e o aprofundamento sobre o fenômeno estudado, uma vez que não contemplam informações geradas por outras fontes de pesquisa, mas foi o meio encontrado na tentativa de minorar os prejuízos à objetividade.

<sup>25</sup> GODOY, Arilda Schmidt. Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, v. 35, nº 2. 1995, p. 57-63.

<sup>26</sup> Exemplo: a indústria, em especial de material eletroeletrônico, a educação, a saúde, o setor de informática e o de comunicações, o setor militar, entre outros.

<sup>27</sup> No capítulo 2, será explicitada a divisão dos serviços de telecomunicações em regimes e as implicações dessa divisão para a política de universalização.

Serviços de Telecomunicações (Fust) <sup>28</sup>. Não obstante, haja vista que o financiamento da política para a universalização se dá via dois grandes mecanismos – contratos de concessão e pelo Fust, será necessário visitar aquele, pois, inclusive, o Fust se presta em alguma medida a complementar o que não fora possível viabilizar via contratos de concessão.

Estabelecido, portanto, esse recorte empírico, buscar-se-á refletir, especificamente sobre como se dá atuação da Anatel na dinâmica político-institucional brasileira referente à formulação e à implementação da política pública que visa a universalização dos serviços de telecomunicações, via Fust. Nesse ínterim, é possível reconhecer que a Agência assume papel mais abrangente que o de implementar o que fora politicamente estabelecido? Como está organizado o espaço regulatório em que se dá a organização das políticas afetas ao Fundo? É possível, passados pouco mais de 10 anos da constituição do Fust, identificar alguma inflexão na conformação institucional dos atores responsáveis pela sua gestão?

A resposta a essas questões dirige o contexto da pesquisa, seus objetivos e modo de investigação, aos pressupostos legais, à estrutura e à descrição de princípios e práticas que fazem parte do modelo regulatório para a universalização das telecomunicações a partir do Fust, e que, por sinal, acaba por refletir a história política brasileira recente. Se perceberá como, a partir das competências que lhe foram atribuídas, a Anatel se constitui um espaço público para a discussão da política que orienta a expansão dos serviços prestados em regime público. Muitos dos objetivos a serem alcançados, a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários são resultados da intermediação de interesses que se processam por meio da Agência e se materializa nas propostas por ela elaboradas. Ainda que existam diretrizes emanadas do Poder Legislativo e do Poder Executivo (neste caso, dos decretos do Presidente da República ou das portarias do Ministério das Comunicações), pelo fato de possuírem conteúdo marcadamente abrangente e superficial e conterem as dificuldades próprias do contexto simbólico-linguístico em

---

<sup>28</sup> Em tempo, o modelo para as telecomunicações a ser analisado é aquele inaugurado com a edição da LGT, complementado pela Lei nº 9.998, de 2000, que criou o Fust. Referidos normativos dão um norte, por sinal deveras abrangente, para a política de universalização dos serviços de telecomunicações que permanece centrada, ainda hoje, no estabelecimento de obrigações no âmbito do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), único serviço de telecomunicações prestado no regime público.

que estão inseridas, permitem e delegam, mesmo que não expressa e reveladamente, uma miríade de possibilidades políticas para a conformação dos diversos interesses e alocação de valores envolvidos nas políticas públicas para a universalização dos serviços. Este fato dialoga com a ideia de que a realidade do setor de telecomunicações não pode ser regida por regras petrificadas no tempo e alheias ao momento político presente, de maneira que não há que se falar em políticas públicas acabadas ou formuladas em momento pretérito, abstrato e acabado, elas advém de um contemporâneo debate no qual a agência participa tanto como ator como *locus* de interlocução política legítima.

Outrossim, considerando as novas demandas por serviços<sup>29</sup>, que não os atualmente prestados em regime público, e as dificuldades oriundas da complexidade que se tornou a política de universalização por meio do Fust, se verificará empiricamente como, a partir dos rumos conferidos pelo Poder Executivo a essa mesma política, pode se processar o esvaziamento da abrangência e intensidade dos serviços prestados em regime público e, conseqüentemente, do papel da Anatel como espaço público de discussão das obrigações de universalização.

A reflexão será conduzida a partir da dinâmica do setor de telecomunicações, mas, acredita-se que a análise empírica forneça elementos aptos ao tratamento da inserção institucional das outras tantas agências reguladoras no processo de formulação e implementação das políticas públicas sob uma ótica mais abrangente que aquela instrumentalizada por meio de uma simples divisão linear de competências.

Por oportuno, reconhecida essa realidade, é preciso reiterar a existência e manutenção de um processo jurídico-formal que, acompanhado dos mecanismos de fomento à necessária participação e controle social, contribua para a legitimação das agências reguladoras na vida política nacional, consagrando-as como esferas de discussão qualificada, integrantes do rol de atores com poder e influência para formular as políticas públicas. De outra forma, ao realizar a inferência descritiva

---

<sup>29</sup> Em especial aqueles que envolvam a massificação da banda larga no Brasil. Recente enquete promovida pela Casa Civil da Presidência da República, por meio de sua página na Internet, revelou intenção dos brasileiros de que o governo concentre esforços para que um maior número de pessoas tenha acesso, em alta velocidade, aos conteúdos disponíveis na rede mundial de informações.

proposta, espera-se contribuir para uma melhor compreensão do desenho da governança regulatória brasileira, e, ainda, para algum avanço no campo teórico da regulação e das políticas públicas. Esse tema ganha relevância à medida que, no Brasil, a construção de um arcabouço jurídico institucional que direcione, de forma uniforme, a atuação das agências reguladoras é questão complexa, posta há alguns anos na agenda nacional, sem, contudo, chegar a um caminho estruturado.<sup>30</sup>

Para cumprir o desafio ora proposto, no primeiro capítulo retomar-se-á literatura afeta às políticas públicas, dialogando com as ideias de que estas são fenômenos complexos, arenas, e que uma divisão em etapas não é rígida e serve mais para fins didáticos do que para uma repartição estática de competências. Ainda, por meio da revisão da literatura afeta às teorias do Direito e da Regulação, se verá que esta não está adstrita a consagrar os princípios da eficiência alocativa econômica, mas, ao contrário, envolve também o manuseio de uma lógica dita político-social. Por fim, ao visitar a caracterização e a criação das agências reguladoras brasileiras, se adotará a ideia de Aranha, para quem as agências reguladoras se constituem espaços públicos, hábeis a operar a virtude política, legítimos atores da fixação de políticas, ao contrário daqueles que as atrelam à tentativa de um insulamento burocrático, enxergando-as tão somente a partir dos efeitos perversos da prática política brasileira que traz as cicatrizes de um fisiologismo político arraigado.

Realizada a digressão teórico-analítica e estabelecidas as balizas conceituais necessárias, passar-se-á, então, nos capítulos dois e três, a caracterizar o modelo institucional em vigor para a universalização das telecomunicações. No capítulo segundo, será esboçada a motivação para a adoção do modelo de governança regulatória vigente, em especial o desenho para a promoção do serviço universal das telecomunicações. Rapidamente, pontuar-se-ão os mecanismos de financiamento da universalização a partir de obrigações constantes dos contratos de concessão e que envolve a edição dos Planos Gerais de Metas para a Universalização (PGMU), haja vista que o Fust assume um caráter de complementariedade desses Planos. Por sua vez, no capítulo seguinte, se visitará a

---

<sup>30</sup> O Congresso Nacional discute, desde 2004, os contornos para um modelo regulatório brasileiro sem, contudo, obter consenso em torno do Projeto de Lei nº 3.337/2004, em razão, sobretudo, dos desafios na alocação do poder político que tal modelo encerra.

dinâmica jurídico-regulatória que envolve o Fust, pontuando-se as tentativas, em sua maioria frustradas, de aplicação dos recursos do Fundo, até chegar à descrição do conteúdo e resultados do único projeto que, de fato, saiu do papel. Em tempo, também serão retomadas as avaliações efetuadas pelo Tribunal de Contas da União, que acabaram por apontar a ausência de uma política pública para o emprego efetivo dos recursos do Fundo como a razão principal de sua inoperância e que tem contribuído para que permaneçam inutilizados os mais de R\$ 12 bilhões reservados à universalização das telecomunicações. Terminada a descrição histórica da análise global da política para o Fust, serão visitados eventos recentes que, embora não enquadrados nos mecanismos regulatórios afetos ao Fundo, guardam relação direta com seus objetivos e trazem consequências para a política de universalização.

Finalmente, não parecerá sem propósito afirmar que Anatel não só participa da formulação da política pública para a universalização das telecomunicações, como se constitui, em verdade, lugar propício – um espaço público, para que se estabeleça uma arena para onde convergem os interesses contrapostos. Essa ótica, aplicada à universalização das telecomunicações, termina por revelar que, após sucessivas tentativas de levar a cabo, por meio do Fust, uma política de expansão de redes digitais (leia-se: acesso à Internet) para as escolas públicas brasileiras, movimentos recentes na política pública do setor de telecomunicações terminam por esvaziar esse espaço público materializado na atuação da Anatel e, certamente, trará impactos para a agenda de governança do setor de telecomunicações.

## **CAPÍTULO 1: AGÊNCIAS REGULADORAS E POLÍTICAS PÚBLICAS: ALGUM SENTIDO PARA NÓS?**

O Objetivo deste capítulo é capturar no âmbito das discussões em torno das políticas públicas, da regulação e das agências reguladoras, referencial teórico para enfrentar as indagações constantes da seção anterior, aplicando-o, por conseguinte à universalização das telecomunicações, abordada nos capítulos seguintes. Para tanto, ele está dividido em quatro seções. Na primeira, visitar-se-á, brevemente, a evolução da repartição das esferas de ação entre Estado, mercado e sociedade, partindo-se da visão liberal clássica até chegar às tendências contemporâneas e suas implicações para o papel do Estado e a sua estrutura burocrática, ocasião em que será possível delimitar as bases do denominado Estado regulador e a instituição das agências reguladoras. Na seção seguinte, em busca de um conceito ou compreensão das políticas públicas, se quer visitar uma leitura da complexidade que elas envolvem, revelando-as como o resultado de um processo contínuo, produto dos interesses e pressões que se processam no ambiente político em que são forjadas, resultados de interações diversas que ocorrem no interior do próprio Estado. Resultado concreto da política, sujeitas a reformulações, algumas vezes ambíguas e pouco transparentes, elas têm o condão de fixar ao Estado objetivos concretos de atuação, atribuindo prioridades, metas, recursos e meios de persecução. Na terceira seção, a partir da revisão da literatura acerca da regulação, apontar-se-á que ela não se resume à correção das falhas de mercado, via sistema de promoção da eficiência econômica de alocação de recursos escassos. Ao contrário, a regulação inclui a promoção dos valores positivos e, até mesmo, a noção de justiça social<sup>31</sup>. Ao final, na quarta seção, a partir da construção de espaço

---

<sup>31</sup> Samuel Fleischacker atribui um sentido moderno de justiça social, qual seja aquele que “invoca o Estado para garantir que a propriedade seja distribuída por toda a sociedade de modo que todas as pessoas possam se suprir com certo nível de recursos materiais”. Sua concepção guarda, ainda, cinco premissas distintas: a primeira, que cada indivíduo, e não a sociedade como um todo, tem um bem que merece respeito e que merece proteção; a segunda, que alguma parcela de bem material faz parte do que é devido a cada indivíduo; a terceira, que o merecimento da parcela do bem é justificado racionalmente, secularmente, em oposição às justificativas anteriores baseadas no sobrenatural ou na caridade; a quarta, reconhece que a distribuição da parcela de bens é praticável e não um projeto absurdo; e, a última, de que compete ao Estado e não só a indivíduos ou organizações privadas garantir que tal distribuição se realize. (FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Coleção Justiça e Direito. p. 8; 12)

público, oferecida por Aranha, se vislumbrará um papel singular para a atuação das agências no âmbito do processo político de consecução das políticas públicas, que não está alheio à política, mas, ao contrário, a incorpora.

### **1.1 Emergência do Estado Regulador e as entidades reguladoras brasileiras**

Os objetivos que o Estado persegue acabam por condicionar o desenho de seu aparato burocrático, ou seja, as atribuições da Administração Pública refletem o modo de atuação e de organização por ele adotado<sup>32</sup>. Nesse ínterim, a instituição de entes reguladores independentes - ou dotados de maior autonomia, a exemplo das agências reguladoras, integra uma mudança estrutural nos contornos da intervenção estatal.

---

<sup>32</sup> MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público*. Nº 1, Jan – Mar 1999, Ano 50. Trad. René Loncan; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 62.

### 1.1.1 Apontamentos sobre a emergência do Estado regulador<sup>33</sup>

De um modo geral, o Estado brasileiro nas suas relações com a economia aproximou-se dos parâmetros comparativos do que ocorreu no plano internacional<sup>34</sup>, em especial do modelo dos países capitalistas da Europa continental, embora com

<sup>33</sup> Embora não seja o objetivo último deste trabalho, é preciso ao menos pontuar que uma nova ideia de participação política não mais permite explicar, à luz de conceitos formados na separação clássica entre esfera pública e privada, os desafios práticos que chegam ao Estado e à Administração moderna. (MORÓN, Miguel Sanchez. *La participación del ciudadano em la Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 18) O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de quem era apenas seu destinatário final, mediante iniciativas populares ou cooperação privada no desempenho das prestações administrativas. (TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. *In: Revista de Direito Administrativo*, nº 209, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1997, p. 02) O breve relato a seguir auxilia a compreensão dessa realidade. Na primeira metade do século XIX, a burguesia liberal atuou na espreita de um modelo alternativo de sociedade, antiestatista e antiburocrática, que buscava reduzir a intervenção estatal em favor da liberdade de mercado. O Estado deveria estar alijado das atividades de cunho econômico, restringindo-se à garantia da propriedade privada e da autonomia e liberdades individuais. (MORÓN, op. cit. p. 24) Aragão esclarece que o modelo liberal de pensar do Estado assentava-se em três pilares: no poder político sob a incumbência do Parlamento eleito pela burguesia ou por quem possuísse renda; nos Poderes Executivo e Judiciário; e, no respeito aos direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados. O mercado seria benéfico se agisse livremente, não devendo ser funcionalizado por qualquer finalidade coletiva. (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 47-48) Vital Moreira explicita as funções da Administração Pública nesse contexto: “o Estado detinha o monopólio do público e a administração pública era a administração do Estado. Estabelecer a fronteira entre o Estado e a sociedade era o mesmo que estabelecer a divisória entre a administração pública e os particulares”. (MOREIRA, Vital. *Administração autônoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 24) Não obstante, a luta da burguesia contra a ampliação das tarefas do Estado e pelo seu controle passa a sofrer progressiva mudança de direção à medida que entram na cena política as classes subordinadas (proletariado). Morón define o fenômeno como a “transição do Estado monoclasse para o Estado pluriclasse”. Também se pode falar em passagem para o Estado Democrático de Direito, ou ascensão do Estado Social ou de Bem-Estar. Sem adentrar nas especificidades das denominações, o que esse modelo supõe é a ampliação do campo de intervenção do Estado, resultando em aumento progressivo das funções públicas e, com isso, da própria Administração Pública, permeável a conteúdos sócioeconômicos: a garantia dos limites do Poder e do respeito à liberdade individual transforma-se em programa normativo de realizações. (MORÓN, op. cit., 24-26.) “Cuida-se não mais de amparar apenas o indivíduo, na garantia de sua clássica liberdade, ou ao cidadão, no acesso aos direitos políticos, mas de colocar sob o palio da lei e ao alcance de instrumentos processuais específicos, o consumidor, o usuário ou diretamente a comunidade agredida sem condições adequadas de fruição de bens e serviços. [...] A transição [...] é um desafio para os fundamentos do Direito Administrativo, como forma de relacionamento entre a Administração Pública e os administrados.” (TÁCITO, op. cit., p. 02.) Em definitivo, não importa que exista ou não a intervenção estatal, mas a configuração e a finalidade das atividades administrativas. (MORÓN, op.cit., p. 38.) Floresce a colaboração individual ou coletiva no processo administrativo, aproximando a Administração dos cidadãos, rompendo-se, com isso, a ideia de Administração contraposta à sociedade; de interesse público oposto a interesse privado. É, portanto, à luz dessa realidade, que se passa a refletir sobre os contornos vigentes da atuação estatal, em especial no tange à repartição de suas funções com o mercado, ou, de outra forma, a sua inserção no âmbito da atividade econômica. O certo é que o Estado hodierno depara-se com uma realidade de maior complexidade, decorrente também, mas não tão somente, da participação dos diversos atores e interesses em seu interior.

<sup>34</sup> TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. *In: Revista de Direito Administrativo*, nº 209, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1997, p. 721.

algum atraso<sup>35 36</sup>. O liberalismo ortodoxo marcou os séculos XVIII e XIX. Um breve período de intensa intervenção na economia se deu a partir do pós-guerra, até a década de 1980, quando se inicia o processo de desestatização brasileiro, acompanhado da regulação estatal dos setores delegados à iniciativa privada.

Até meados da década de 80, os Estados intervieram fortemente na economia por várias razões, dentre elas para: prestar de serviços públicos; criar infraestruturas de grande porte não lucrativas ou de lucratividade reduzida e incerta; evitar a monopolização dos mercados; fomentar regiões menos favorecidas; entre outras. Os críticos desse modelo, no entanto, advertiam que tal política acabaria levando a resultados inversos aos pretendidos, haja vista os altos custos envolvidos.

De fato, quando, a partir da década de 80, a capacidade econômica mostrava-se insuficiente para manter os níveis de investimentos econômicos, sociais e de infraestrutura por parte do Estado, entra em cena, inicialmente nos Estados Unidos e na Europa Ocidental, a transição para o modelo denominado Estado regulador.<sup>37</sup>

Quando se fala em um Estado regulador, se aponta a emergência de uma inserção estatal na atividade econômica distinta da que se observou nos dois modelos ideais de Estado liberal e de Estado social, pautada não mais pela proeminência da ausência ou, de outra forma, pela interferência direta para a promoção do desenvolvimento econômico-social, mas, ao contrário, pela coordenação, intervenção indireta e gerenciamento, em que a regulação estatal é o

<sup>35</sup> COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Nº 16. Salvador: Dez./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-16-DEZEMBRO-2008-ALMIRO%20COUTO.pdf>>. Acesso em 6 out. 2010.

<sup>36</sup> Caio Tácito utilizando-se da imagem do pêndulo e comparando a história das relações nacionais entre Estado e mercado afirma que o “pêndulo que favorecia o domínio público sobre a economia em áreas qualificadas, reverte em benefício da exploração privada de atividades produtivas, ainda que sob a vigilância do poder de polícia administrativa”. (TÁCITO, Caio. *Direito administrativo participativo*. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 209, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1997, p.729)

<sup>37</sup> Esta não foi a única razão para o retraimento da publicização de setores econômicos. Existem outras, interdependentes entre si: mudanças no sistema de produção, com a desvalorização do setor primário e a valorização de setores técnicos e especializados; a aceleração e o desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação; a globalização da economia, potencializada pela evolução da informática; a emergência de grupos sociais organizados não somente em função do trabalho, mas em variados substratos; a emergência de organizações econômicas e políticas transnacionais. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abr-mai, 2002, p. 5)

resultado de uma percepção de Estado e mercado não como atores opostos e estanques, mas interdependentes.

O Estado regulador é um ator que, embora não assuma para si a tarefa de isolada e diretamente promover o desenvolvimento econômico e social (Estado de bem-estar ou social), tampouco entrega tal função a um terceiro mediante desregulação do mercado (Estado mínimo). Ele atua como “regulador e facilitador ou financiador a fundo perdido desse desenvolvimento”.<sup>38</sup>

Justen Filho assinala algumas das concepções que marcam a atividade econômica no bojo do Estado regulador: a transferência para a iniciativa privada de atividades desenvolvidas pelo Estado, desde que dotadas de forte racionalidade econômica, com a liberalização de atividades até então monopolizadas pelo Estado, para propiciar a disputa pelos particulares em regime de mercado; a inversão da relevância do instrumento interventivo, com o Estado presente no domínio econômico, contudo, não mais exercendo diretamente as atividades; a atuação regulatória do Estado destinada à realização de certos valores de natureza política ou social e não só a correção de falhas de mercado.<sup>39</sup>

Em verdade, sob a égide desse modelo, a produção de bens e a regulação são repartidas em duas funções distintas, a produção a cargo da iniciativa privada e a regulação como monopólio do Estado. Justamente essa divisão do trabalho preconiza que a desestatização dos serviços públicos, não importa, todavia, a despublicização desses serviços. Ao contrário, a transferência ou a devolução dessas tarefas à iniciativa privada exige mecanismos de controle do Estado sobre ela. Isto porque o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação à prestação adequada dos serviços públicos.<sup>40</sup>

Ademais, sob a vertente reguladora, o Estado passa a perseguir um caráter dirigente e gerencial, vislumbrados com clareza nas mudanças por que sofre seu

---

<sup>38</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p. 17.

<sup>39</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 450-451.

<sup>40</sup> Na mesma linha, assevera Vital Moreira que “a privatização e a liberalização dos setores econômicos reservados ao Estado foram em muitos casos acompanhadas de uma forte regulação pública das correspondentes atividades” (MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 44; BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática*. p. 64. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006)

aparato burocrático. Nesse quesito, o modelo gerencial de administração (contraposto em alguma medida aos enfoques patrimonial e burocrático)<sup>41</sup> sugeriu três providências básicas, tidas como premissas: corte de gastos, aumento da eficiência e atuação flexível do aparato burocrático<sup>42</sup>. Marcam a face interna do Estado regulador

[...] a descentralização e a regionalização administrativas; a divisão de entidades antigamente monolíticas em unidades com uma única finalidade e com orçamentos próprios; a delegação de responsabilidade pela prestação de serviços a organizações privadas, lucrativas ou sem fins lucrativos, e a entidades não ministeriais que operam fora do quadro normal do Poder Executivo; licitações e outros arranjos contratuais, ou quase-contratuais, competitivos, através dos quais os poderes para elaborar orçamentos e tomar decisões são delegados a compradores que, em nome de seu grupo de clientes, compram serviços dos prestadores que oferecem o melhor custo benefício. [...] Entre as consequências estruturais mais óbvias da mudança para um modo regulador de governança, figura uma nova classe de agências especializadas e de comissões que operam autonomamente em relação ao governo central. [...] organizações flexíveis e altamente especializadas que gozem de autonomia considerável no processo de tomada de decisões: as agências reguladoras independentes.<sup>43</sup>

É, portanto, no contexto da emergência do Estado regulador que se instalam novos personagens da organização burocrática estatal brasileira denominadas agências reguladoras<sup>44 45</sup>, batizadas em homenagem ao símile norte-americano

<sup>41</sup> A Administração patrimonial caracteriza-se pela incapacidade ou a relutância do príncipe em distinguir entre o patrimônio público e seus bens privados, sendo o aparelho do Estado extensão do poder do soberano. Por sua vez, a Administração Burocrática urge na segunda metade do século XIX, sob os auspícios do Estado liberal, visando combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. A autoridade não mais tem origem no soberano, mas nas estruturas formalmente definidas. As dificuldades deste modelo em responder às demandas sociais, a baixa eficiência de suas estruturas, aliadas à captura do Estado por interesses privados e ao processo de globalização e de transformações tecnológicas, desencadearam a chamada crise do Estado, num cenário que impulsionou o surgimento de um novo modelo de Administração Pública. A Administração Gerencial emerge, na segunda metade do século XX, preocupada com os resultados e não com os procedimentos; com a eficiência e a criatividade. (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (org.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 14-18)

<sup>42</sup> Vale dizer que o gerencialismo apoiou-se em pressupostos da Administração Burocrática que lhe antecedeu, mas flexibilizou alguns de seus princípios fundamentais. No plano da estrutura organizacional, a descentralização e a redução dos níveis hierárquicos tornam-se essenciais, de modo a tornar a Administração permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil.

<sup>43</sup> MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público*. Nº 1, Jan – Mar 1999, Ano 50, p. 12; 19.

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. *Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática*. p. 66-68. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>45</sup> A emergência do Estado regulador deve também estar situada numa nova concepção de participação individual, conforme já se abordou em notas anteriores, conforme expõe, com clareza, Paulo Modesto: “amplia-se a percepção da necessidade de romper definitivamente com a concepção autoritária e tradicional do direito administrativo brasileiro, relacionada a uma

inspirador do modelo, com a função precípua de disciplinar e controlar a prestação de utilidades e serviços públicos por particulares.<sup>46</sup>

Em resumo, ao contrário do Estado liberal, a quem caberia assegurar as regras do jogo para a livre afirmação das relações de mercado e, ainda, do Estado social, um produtor de utilidades públicas, ao Estado regulador contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro das relações econômicas e sociais. Esse papel de *mediador ativo* de interesses requer novos órgãos e instrumentos de ação estatal, pois, para “desempenhar este novo perfil de ação regulatória se fazem necessários instrumentos aptos a conferir ao regulador independência, autonomia, especialidade e capacidade técnica”.<sup>47</sup>

---

concepção ainda liberal do Estado consubstanciada na obsessiva centralidade da noção de administração agressiva, mediante a qual a administração é vista em relação ao cidadão fundamentalmente através de decisões unilaterais, impositivas, individualizadas, auto-executórias e desfavoráveis. Se essa noção de administração já não deveria ser dominante ou exclusiva no Estado Social, com o desenvolvimento da Administração prestadora de serviços, que colocou em evidência a figura dos atos administrativos favoráveis, reclamados pelo particular, destituídos das notas de auto-executoriedade, o desconforto atualmente é ainda maior. A Administração é cada vez mais dependente da atuação do particular, sendo carente não apenas de recursos privados, mas de informação e colaboração. [...] O aparato público diminui, de um modo tendencialmente geral, mas são ampliadas as suas responsabilidades, dilatando-se a interferência do Estado tanto na regulação de mercados quanto no plano do fomento a atividades de interesse social. [...] Neste contexto, crescem de importância o processo administrativo, as técnicas de audiência e consulta públicas, de controle das informações privilegiadas e do manejo de recursos públicos, de cooperação intergovernamental e integração internacional entre administrações públicas, bem formas variadas de fomento e arbitragem de interesses que dificilmente podem ser reduzidas às formas tradicionais de atuação do Estado.” (MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviço de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 2, maio/jun/jul 2005, Salvador, Bahia, p. 30)

<sup>46</sup> COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Nº 16. Salvador: Dez./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-16-DEZEMBRO-2008-ALMIRO%20COUTO.pdf>>. Acesso em 6 out. 2010, p. 12.

<sup>47</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 1. Salvador, fev./mar/abr 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-FLORIANO%20MARQUES%20NETO.pdf>>. Acesso em 6 out. 2010, p. 4-5.

Cuéllar enfatiza que o projeto de um Estado regulador para o Brasil não se encontra mais em discussão<sup>48</sup>. Trata-se de um modelo de ação estatal já tomado, cristalizado na Constituição Federal de 1988 e na legislação em geral. A propósito, reza a Constituição Federal, em seu art. 174, que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento”.

Ainda, o art. 170, ao enumerar os fundamentos da ordem econômica, previu um complexo equilíbrio entre a livre iniciativa e os objetivos da valorização do trabalho humano, da existência digna e da justiça social. É à luz desse complexo equilíbrio que a regulação se assentará e se justificará, de maneira a assegurar a liberdade econômica e a persecução dos objetivos de interesse público, por meio das políticas públicas.

A opção por um Estado regulador acarretou aumento de complexidade no provimento dos serviços públicos, porque trouxe consequências para a configuração do próprio Estado, que passaria a desempenhar um triplo papel: como espaço de formulação de políticas públicas a ditar a conformação da exploração dos serviços e prestações estatais; como titular do serviço e dos bens afetos, cuja preservação lhe incumbe e em face de quem o operador privado demandará o equilíbrio da relação contratual; e, por fim, como ente regulador, encarregado não exclusivamente da

---

<sup>48</sup> CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. Alguns eventos da história política nacional recente revelam o movimento supra. Em 1978, por exemplo, por meio do Decreto nº 83.740, foi criado o Programa Nacional de Desburocratização (PND), que visava dinamizar e simplificar a Administração Pública federal. Em 1981, o então Presidente Figueiredo criara a Comissão Especial de Desestatização, com vistas à transferência das atividades econômicas para os particulares, a alienação de participações acionárias e a adoção de regimes de outorga de serviços públicos. No governo Collor, no âmbito do PND, vislumbram-se ações com o objetivo de alienar empresas públicas, outorgar a prestação de serviços públicos à iniciativa privada e abrir a economia brasileira ao mercado internacional. Contudo, é com a chegada de Fernando Henrique Cardoso à Presidência da República que o movimento se aprofunda. As premissas constantes do Plano Nacional de Desestatização foram consolidadas na forma do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), de novembro de 1995, que visava incorporar à Administração Pública um novo modelo de gestão, em substituição ao modelo burocrático. Pela citada Reforma, o Estado deveria concentrar-se não na produção direta de bens ou prestação direta de serviços, mas na criação de marcos regulatórios onde se daria a atuação dos agentes privados, com destaque para o combate à estagnação econômica e à crise fiscal. (BRASIL. *Plano Diretor da reforma do aparelho do estado*. Brasília, 1995)

defesa dos interesses estatais, mas, de preservar as condições gerais de exploração da atividade concedida e, ainda, de mediar os interesses dos agentes envolvidos.<sup>49</sup>

Para o desempenho da terceira função, foram instituídos as entidades reguladoras autônomas, objetivando neutralizar a atividade regulatória da influência dos interesses do controle politico-hierárquico do próprio Estado. Ademais, a organização burocrática do Estado passa a configurar-se não mais como uma estrutura piramidal, mas “como uma rede, articulada com os entes sociais”, permitindo adequada intercomunicação entre os atores sociais<sup>50 51</sup>. Não são poucos os desafios impostos por essa nova configuração institucional, a envolver a concreta caracterização dos ‘novos’ reguladores e dos próprios serviços públicos.

### 1.1.2 O Estado Regulador e o seu aparato burocrático no Brasil - as agências reguladoras

A adoção<sup>52</sup>, pelo Brasil, do modelo de regulação por agências reguladoras, tipo de burocracia até então inédita no país, marca o fim da regulação endógena, realizada por órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República ou pelas empresas estatais<sup>53</sup>. Elas foram inseridas no corpo da Administração Pública

<sup>49</sup> COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Nº 16. Salvador: Dez./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-16-DEZEMBRO-2008-ALMIRO%20COUTO.pdf>>. Acesso em 6 out. 2010, p. 15.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>51</sup> Sobre o impulso aos institutos e práticas de democracia participativa ou de colaboração dos particulares com o Estado, observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Os modelos de colaboração entre entidades privadas e Estado tendem a se multiplicar, tanto em razão do avanço da consensualidade, abrindo alternativas mais flexíveis às formas tradicionais de administração pública impositiva, como por motivo do desenvolvimento do conceito do espaço público não estatal, o que tem possibilitado a ação coordenada das chamadas entidades intermédias, bem como o surgimento de novos instrumentos de provocação social de controle, ampliando-se, nesse processo político, um continuum de ações convergentes entre a Sociedade e o Estado, com o conseqüente progresso da legitimidade”. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 33.

<sup>52</sup> Segundo Mintzberg, a burocracia pode ser entendida como “conjunto de pessoas organizadas de maneira hierárquica, que realizam um trabalho de natureza eminentemente rotineiro, repetitivo, e que, portanto, suas pautas de trabalho estão fortemente fixadas ou normatizadas”. (Tradução do autor. Mintzberg, 1984, p. 357, *apud* SUBIRATS, Joan. *El papel de laburocracia en el proceso de determinación e implementación de las políticas públicas*. p. 113. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*. Brasília: ENAP, 2006, vol. 2)

<sup>53</sup> Decorrência também do modelo norte-americano. As “*independent regulatory agencies*” existem nos Estados Unidos desde o século XIX (1887), com a instituição da *Interstate Commerce Commission* (ICC). Elas se proliferaram na Europa ocidental a partir dos anos 70 e 80, sob o influxo dos projetos de governança comunitária promovidos pela União Européia, como o nome de autoridade administrativa independente.

brasileira no bojo da Reforma do Estado, levada a cabo na década de 90<sup>54</sup>. Pela citada Reforma, o poder público deveria concentrar-se não na produção direta de bens, mas na criação de marcos regulatórios onde se daria a atuação dos agentes privados, com destaque para o combate à estagnação econômica e à crise fiscal.

De acordo com o Plano Diretor de Reforma do Estado (PDRAE)<sup>55</sup>, o Estado brasileiro sofria problemas oriundos da crise fiscal, da crescente perda de crédito estatal, do esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado e da forma ineficiente de administração da máquina pública, caracterizada pelo fisiologismo político e pelos desvios da forma de administração burocrática.

A criação das agências apresentava-se como uma das ações para superar esses desafios. A elas seriam atribuídos os seguintes objetivos: buscar a eficiência econômica, garantindo o serviço ao menor custo para o usuário; proteger os consumidores dos abusos dos monopólios, assegurando a menor diferença possível entre preços e custos, de forma compatível com os níveis de qualidade pretendidos para o serviço; assegurar a universalização do serviço; estabelecer canais para atender eventuais queixas dos usuários ou consumidores; estimular a inovação; assegurar a padronização e a compatibilidade tecnológica; garantir a segurança e proteger o meio ambiente; proteger os investimentos empresariais de ações políticas arbitrárias; prover incentivos para a operação eficiente e eficaz e para investimentos; minimizar os custos de intervenção regulatória; regular e ajustar os preços visando a eficiência, equidade e sustentabilidade; controlar a qualidade e os padrões dos serviços; controlar a competição e o acesso às redes de infraestrutura; mediar conflitos, facilitando a solução de disputas; corrigir ou minimizar as falhas de

---

<sup>54</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*. São Paulo: Associação Brasileira de Agências Reguladoras, 2003. Disponível em: <<http://www.cspe.sp.gov.br/downloads/secoes/noticias/ABAR.zip>>. Acesso em: 4 ago. 2011.

Na página 22, o autor assegura que o primeiro órgão de regulação setorial brasileiro foi o Banco Central do Brasil (Lei Federal nº 4.595, de 1964). Ele faz essa afirmação para destacar que nem todo ente regulador se configura como uma agência.

<sup>55</sup> O Plano preconizou a divisão do aparelho do Estado em quatro grandes áreas: o núcleo estratégico, que deveria formular e implementar políticas públicas, elaborar e fazer cumprir as leis, formado pela Presidência da República e seus Ministérios, os tribunais e o Poder Legislativo; a área das atividades exclusivas de Estado: responsável pela execução de serviços como cobrança de tributos, regulamentação, fiscalização, etc.; os serviços não exclusivos do Estado: área onde o Estado atuaria juntamente com outras organizações não estatais; e a produção de bens para o mercado: onde se inserem as atividades econômicas ainda em poder do Estado, que não no mercado visando o lucro, a exemplo das empresas estatais que atuam na área de infraestrutura. (BRASIL. Presidência da República. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Novembro de 1995.)

mercado<sup>56</sup>; preservar o interesse público; e, corrigir ou minimizar as falhas de governo, exercendo em bases técnicas as competências regulatórias delegadas pelo poder público, separando-as da atividade política do governo.<sup>57</sup>

A previsão expressa das primeiras agências reguladoras no Brasil ocorreu no mesmo ano em que foi promulgado o PDRAE, por meio das emendas constitucionais números 8 e 9, de agosto de 1995. Essas emendas flexibilizaram monopólios estatais para os serviços de telecomunicações e de hidrocarbonetos e previram o estabelecimento das agências correlatas. As agências reguladoras para os outros setores foram criadas por meio de leis específicas, como autarquias federais, conforme o comando geral para este tipo de entidade, previsto no art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal.<sup>58</sup>

O modelo adotado pela União preconizou a constituição de agências reguladoras diferenciadas para áreas diversas de atividades (unissetorial), ou seja, instituição de tantas agências quanto os setores da economia em relação aos quais essa criação se mostre conveniente ou oportuna. As demais unidades da Federação, ao contrário, optaram, na sua ampla maioria, pela criação de uma única agência, com competência para regular várias atividades econômicas.<sup>59</sup>

O quadro a seguir compila informações sobre as agências reguladoras federais brasileiras.

---

<sup>56</sup> As típicas falhas de mercado envolvem: os monopólios e outros comportamentos anticompetitivos, externalidades, bens públicos e as assimetrias de informação entre firmas e consumidores. (MORGAN, Bronwen e YEUNG, Karen. *An introduction to law and regulation - text and materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 18.)

<sup>57</sup> PIRES, J.C.; PICCININI, M.S. *A regulação dos setores de infraestrutura no Brasil*. In: BNDS. *A economia brasileira nos anos 90*. BNDS, 1999. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/publica/ocde.htm>>. Acesso em: 15 out. 2011, p. 220-221.

<sup>58</sup> “Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. (CF, art. 37, inciso XIX)

<sup>59</sup> Não obstante, é preciso pontuar uma exceção a essa regra. O Estado de São Paulo criou a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, agência conforme o modelo unissetorial.

Tabela 1 – Agências Reguladoras Federais

<b>Agência</b>	<b>Lei de criação</b>	<b>Ministério vinculado</b>	<b>Atividade regulada</b>
Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel	Lei nº 9.427, de 26/12/1996	Ministério de Minas e Energia	Produção, transmissão e distribuição de energia elétrica
Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel	Lei nº 9.472, de 16/07/1997	Ministério das Comunicações	Telecomunicações
Agência Nacional de Petróleo – ANP	Lei nº 9.478, de 06/08/1997	Ministério de Minas e Energia	Indústria do petróleo
Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa	Lei nº 9.782, de 26/01/1999	Ministério da Saúde	Produção e comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária
Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS	Lei nº 9.961, de 28/01/2000	Ministério da Saúde	Assistência suplementar à saúde
Agência Nacional de Águas – ANA	Lei nº 9.984, de 17/07/2000	Ministério do Meio Ambiente	Recursos hídricos
Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq	Lei nº 10.233, de 05/06/2001	Ministério dos Transportes	Infraestrutura de transportes aquaviários
Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT	Lei nº 10.233, de 05/06/2001	Ministério dos Transportes	Infraestrutura de transportes terrestres
Agência Nacional de Cinema – Ancine	MP nº 2.228, de 06/09/2001	Ministério da Cultura	Indústria Cinematográfica
Agência Nacional de Aviação Civil – Anac	Lei nº 11.182, de 27/09/2005	Ministério da Defesa	Aviação Civil

De maneira geral, a atuação das agências brasileiras está pautada nas seguintes diretrizes: a) autonomia decisória, acompanhada de autonomia financeira; b) ampla publicidade de normas, procedimentos e ações; c) celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores; d) participação das partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares, mediante consultas e audiências públicas; e) limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos, aos níveis indispensáveis à sua execução; f) promoção da competitividade no âmbito dos respectivos mercados setoriais regulados; g) garantia do direito dos usuários de serviços públicos; h) estímulo aos investimentos privados; i) busca da qualidade e segurança dos serviços ao menor custo possível, garantindo assim, a exploração eficiente dos mesmos; j) segurança de remuneração adequada dos investimentos realizados; k) arbitramento de conflitos

entre consumidores e empresas prestadoras de serviços; e, l) prevenção de abusos do poder econômico por agentes prestadores de serviços públicos.<sup>60</sup>

O debate doutrinário acerca da inserção das agências reguladoras no Brasil foi didaticamente dividido por Laender em duas vertentes. A primeira salienta a perplexidade e a incompatibilidade da remissão a uma estrutura institucional própria da organização administrativa típica norte-americana, da *common law*, não compatível com a experiência brasileira<sup>61</sup>. A segunda, por seu turno, o autor subdivide em duas correntes. Os ‘paulistas’<sup>62</sup>, capitaneados por Carlos Ari Sundfeld, pressupõem a “globalização como fenômeno inexorável”, com reflexos nos regramentos jurídicos e estruturas institucionais padronizados em diferentes países. O Estado regulador é, nessa acepção, resultado das necessidades transnacionais da sociedade contemporânea e “intervencionista, uma vez que lhe cabe a proteção do interesse público em setores estratégicos da economia”, a exigir um novo modo de ação, refletido na atuação da agência reguladora<sup>63</sup>. Os ‘fluminenses’, dentre os quais se destaca a influência de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e de Caio Tácito<sup>64</sup>, por seu turno, não divergem da

[...] constatação de que a sociedade contemporânea exige uma nova postura do Estado [...] uma função ou atividade regulatória, que não encontra par em conceitos tradicionais como poder de polícia, serviço público, ou mesmo em conceitos mais modernos como administração prestacional e administração ordenadora. A atividade reguladora não é característica da contemporaneidade, contudo a contemporaneidade exige da atividade regulatória uma releitura do papel do Estado, ao impor a retomada de velhas polêmicas, uma nova visão de institutos clássicos e o conhecimento de fenômenos normativos ainda em consolidação. Assim, para a corrente fluminense, ainda que não sejam propriamente uma novidade no Direito brasileiro, as agências reguladoras inovam ao

<sup>60</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras – Instrumentos do Fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR. 2003. Disponível em: <<http://www.cspe.sp.gov.br/downloads/secoes/noticias/ABAR.zip>>. Acesso em 9 nov. 2009.

<sup>61</sup> A essa argumentação estariam alinhados “Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo e Celso Antônio Bandeira de Mello. Por fundamentos semelhantes, entendendo inconstitucional o modelo de agências reguladoras, Paulo Roberto Ferreira Motta se soma aos autores anteriores, com a importante distinção de que, para esse autor, também nos EUA o modelo não é de todo eficaz ou mesmo benéfico para o interesse público.” (LAENDER, Gabriel Boavista. *A separação de poderes e o processo de institucionalização das agências reguladoras de telecomunicações nos EUA e no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: UnB, 2009, p. 207)

<sup>62</sup> Floriano Azevedo Marques Neto, Fernando Herren Aguillar, Conrado Hübner Mendes, entre outros. (ibidem, p. 208)

<sup>63</sup> Ibidem, p. 208.

<sup>64</sup> Além desses, Laender inclui autores como Alexandre Santos Aragão, Marcos Juruena Villela Souto e Sérgio Guerra. (ibidem, p. 208-209)

responder à demanda por subsidiariedade da sociedade sobre o Estado contemporâneo.<sup>65</sup>

Em resumo, ‘paulistas’ e ‘fluminenses’ reconhecem o caráter inovador das agências reguladoras e não as veem “como uma mera importação de um instituto tipicamente anglo-saxão”. Ao contrário, consideram-nas produto do processo de globalização, uma “resposta a uma demanda global por um Estado subsidiário”, que sofre, é verdade, a “influência do direito alienígena”.<sup>66</sup>

Essa discussão à parte, o fato é que as agências reguladoras inseriram-se no ordenamento jurídico brasileiro como autarquias em regime especial<sup>67</sup>, caracterizadas como entidades com personalidade jurídica, receita e patrimônio próprios, vinculadas ao Poder Executivo, conforme se depreende do conceito proposto por Aragão, que as define como

[...] autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia ante a administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad natum*, ou seja, em razão da pura e simples vontade do chefe do Poder Executivo.<sup>68</sup>

Acerca do regime jurídico especial atribuído às agências reguladoras, assim esclarece Maria Sylvia Di Pietro:

[...] sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> LAENDER, Gabriel Boavista. *A separação de poderes e o processo de institucionalização das agências reguladoras de telecomunicações nos EUA e no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: UnB, 2009, p. 209.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>67</sup> A natureza de autarquia especial da Anatel, por exemplo, está estabelecida no art. 8º, § 2º da Lei 9.472/97: “A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”.

<sup>68</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O contrato de gestão e a ouvidoria no anteprojeto de lei sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras*. Porto Alegre: ABAR, 2004. Disponível em: <[http://www.sinagencias.org.br/conteudo\\_arquivo/150307\\_57250E.pdf](http://www.sinagencias.org.br/conteudo_arquivo/150307_57250E.pdf)>. Acesso em 10 out. 2011, p. 133.

<sup>69</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.

Às agências reguladoras são imputadas competências típicas do Poder Executivo, como o ato de outorga e fiscalização de atividades e direitos econômicos, do Poder Legislativo, tais como a edição de normas e regulamentos<sup>70</sup> acerca do setor da economia que lhes compete regulamentar, e até mesmo atribuições identificadas no Poder Judiciário, como arbitrar conflitos, impor penalidades e interpretar direitos e deveres oriundos dos contratos entre agentes econômicos e entre estes e o Estado.<sup>71</sup>

A conceituação das agências reguladoras não tem sido alvo de maiores controvérsias, que surgem quando são delimitados os seus traços constitutivos, a exemplo dos mecanismos que materializam a sua autonomia ou controle. Nunes, Ribeiro e Peixoto entrevistaram figuras importantes no nascedouro das agências reguladoras e apontam que, embora houvesse a ideia de conferir forte autonomia aos novos órgãos reguladores, o processo de constituição do arcabouço legal das agências reguladoras não foi acompanhado de uma ideia clara de como seria o seu formato jurídico e organizacional e, conseqüentemente, de questões como independência, *accountability* e controle. Ainda, segundo os mesmos autores, os partidos de oposição ao governo do presidente Fernando Henrique Cardoso foram ativos, tendo normalmente posições contrárias aos projetos apresentados. No entanto, devido ao seu caráter minoritário, não conseguiram impor suas propostas ou barrar estratégias de governo.<sup>72</sup>

### 1.1.3 Autonomia reforçada e credibilidade

As agências reguladoras brasileiras foram criadas sob os auspícios da missão imposta ao Estado de atender às demandas sociais, por meio de uma regulação que não gerasse insegurança jurídica, mas, ao contrário, atraísse o capital necessário ao desenvolvimento.

---

<sup>70</sup> “O poder normativo das agências constitui uma expressão do seu poder discricionário, que se perfaz, circunstancialmente, pela edição de atos normativos. Tal poder é imanentemente infralegal, salvo onde a própria Constituição de forma expressa o excepcione”. (BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 100)

<sup>71</sup> PEREZ, Marcos Augusto. *As agências reguladoras no Direito Brasileiro: origem, natureza e função*. Revista trimestral de Direito Público, nº 23, 1998.p. 124-128; BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática*. p. 76. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>72</sup> NUNES, Edson; RIBEIRO, Leandro Molhano; PEIXOTO, Vitor. *Agências reguladoras no Brasil*. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Unesp, 2007, p. 189.

Binenboym enfatiza que, enquanto nos Estados Unidos elas buscavam “a relativização das liberdades econômicas básicas, como direito de propriedade e autonomia de vontade”, entre nós, a missão das entidades de regulação era mitigar os riscos advindos dos governos futuros<sup>73</sup>. Isto porque,

[...] na lógica do Plano Diretor [...] as agências independentes seriam instrumentos essenciais para dissolver os anéis burocráticos dos Ministérios e subtrair a regulação de setores estratégicos da economia do âmbito das escolhas políticas do Presidente da República. Sob um ponto de vista pragmático, essa pretensa despolitização tinha por objetivo criar um ambiente regulatório não diretamente responsivo à lógica político-eleitoral, mas pautado por uma gestão profissional, técnica e imparcial.

Como se sabe, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía requisito essencial. [...] O chamado compromisso regulatório (*regulatory commitment*) era, na prática, uma exigência do mercado para a captação de investimentos.<sup>74</sup>

Em verdade, a pedra angular para a consecução do Estado regulador brasileiro, conforme se depreende do disposto no PDRAE, residiu no estabelecimento de alguma independência ou autonomia<sup>75</sup> para as agências encarregadas da regulação<sup>76</sup>. Tanto é assim que Aragão afirma que a questão da autonomia é o núcleo central do conceito de agência reguladora. Este autor, ademais, sugere o termo autonomia reforçada, para indicar que as agências não possuem uma independência total e irrestrita, posto que estão sujeitas a

<sup>73</sup> BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 95.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>75</sup> *In fact, independence of regulators means two things. The first is that there is a clear and transparent division of powers between the different bodies involved in the overall regulatory process, especially between regulator and government. The second is that the regulator is not subject to governmental pressure in areas which clearly do fall within its own powers; this autonomy will be more important for day-to-day decision-making rather than policy development. Thus government issuing general guidance under statutory powers to regulators does not infringe their independence; putting pressure on a regulator to change a decision clearly within the latter's responsibilities clearly does.* (PROSSER, Tony. *Two vision of Regulation*. In: *Regulation in the Age of Crisis*. University College Dublin, June 2010. p. 11. Disponível em: <<http://regulation.upf.edu/dublin-10-papers/1H1.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2011)

<sup>76</sup> *“One of the key issues facing the new regulatory institutions that are being established is the definition of the concept of independence. The two main elements essential for establishing regulatory independence are: (i) Insulation from improper influence; and (ii) Development and application of technical expertise. Improper influence can arise not only from the regulated entities or consumers but also from the Government - especially if the government is a stakeholder in the sector that is being regulated. On the other hand, it needs to be recognised that no regulatory institution can be completely insulated from the political structure. It is the political structure that determines the overall policy guidelines within which regulatory institutions would operate. At the same time, new policy guidelines must keep in mind the spirit of legislation creating new regulatory institutions.”* (SRIVASTAVA, Leena. *Issues in Institutional Design of Regulatory Agencies*. SAFIR Core Training Course on Infrastructure Regulation and Reform. New Delhi, December 4-15, 2000. Disponível em: <[www.teriin.org/upfiles/pub/papers/ft23.pdf](http://www.teriin.org/upfiles/pub/papers/ft23.pdf)>. Acesso em 10 jun. 2012.

mecanismos de controle e adstritas às políticas setoriais respectivas. Termo este, aliás, utilizado desde o início deste trabalho.<sup>77</sup>

A autonomia foi, portanto, justificada a partir da necessidade de que se mantivessem equidistantes dos interesses em tensão (usuários, agentes privados e governo), protegendo-as contra indevida interferência política, atrelando-as a critérios técnicos de atuação. Ela – a autonomia - pode ser identificada pela conjunção de três aspectos fundamentais: a autonomia decisória ou normativa, que assegura a “atuação apolítica da agência, em que deve predominar o emprego da discricionariedade técnica e da negociação sobre a discricionariedade político-administrativa”, predominando as motivações técnicas para os seus atos, “para que a regulação dos serviços públicos se desloque dos debates político-partidários gerais para concentrarem-se na agência”, em que ela se constitui a última instância administrativa; b) a autonomia política ou orgânica dos dirigentes, advinda de procedimento especial de nomeação dos membros do seu colegiado diretor (sabatinas pelo Senado Federal), que lhes garante estabilidade nos cargos em que são nomeados para mandatos determinados, vedada a exoneração *ad nutum* e sem prévio contraditório, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal<sup>78</sup>; e, c) autonomia gerencial, financeira e orçamentária, como meios para que sejam

---

<sup>77</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *A legitimação democrática das agências reguladoras*. p. 1-20. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>78</sup> As restrições ao poder de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo foram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na ADIN nº 1949-0. O art. 52, III, "f", da Constituição Federal admite a prévia aprovação do Senado Federal da escolha de "titulares de outros cargos que a lei determinar". Quanto à constitucionalidade da vedação da exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras independentes, o Supremo entendeu que não viola as competências do Chefe do Poder Executivo, admitindo a exoneração apenas por justa causa e mediante o prévio procedimento administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, ou se advier a mudança da lei criadora da agência independente. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN nº 1949-RS. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requeridos: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Rio Grande do Sul, 18 de novembro de 1999. *Agências reguladoras de serviços públicos, natureza autárquica, quando suas funções não sejam confiadas por uma entidade personalizada e não, à própria administração direta. Separação e independência dos Poderes: submissão a Assembleia Legislativa, por lei estadual, da escolha e destituição, no curso do mandato, dos membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS: parâmetros federais impostos ao Estado membro*)

garantidas as condições internas de atuação da entidade com autonomia na gestão dos seus próprios meios.<sup>79</sup>

De um modo geral, o estabelecimento do ente regulador autônomo assenta-se na busca pelo seu isolamento da influência política indevida, esta entendida como aquela exercida pelos interesses privados escusos e também a exercida pelo próprio governo, permitindo-lhe o desenvolvimento e aplicação dos conhecimentos técnicos de que dispõe<sup>80</sup>. Perpassa a transição do modelo endógeno de regulação, centrado na regulação por departamentos de ministérios gestores, para o modelo de regulação por agência autônoma a ideia de que a regulação possui maior credibilidade em países onde o sistema de governança constrange a ação discricionária de determinados atores políticos sobre as agências reguladoras, reduzindo, por conseguinte, os incentivos e possibilidades para a ação oportunista.<sup>81</sup>

As agências reguladoras autônomas surgem, então, como ferramenta ou instrumento para garantir a estabilidade de regras e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, assegurando o retorno esperado pelos investidores. Ademais, a segurança e a credibilidade regulatória seriam fundamentais especialmente nos setores de infraestrutura e nos setores que se constituem bens de utilidade pública ou serviços públicos. Em primeiro lugar, porque investimentos em infraestrutura são elevados, de longa maturação, envolvem elevados custos irrecuperáveis (*sunk costs*), o que implica em assumir, previamente ao início da atividade, custos que, uma vez realizados, não são passíveis de serem recuperados ou revertidos caso a empresa se retire do negócio. Por conseguinte, os setores que

---

<sup>79</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. *Agências reguladoras: a metamorfose do estado e da democracia (uma reflexão de direito constitucional comparado)* In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 39.

Ideia corroborada por: BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática*. p. 71-74; BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 95-96.

<sup>80</sup> SRIVASTAVA, Leena. *Issues in Institutional Design of Regulatory Agencies*. SAFIR Core Training Course on Infrastructure Regulation and Reform. New Delhi, December 4-15, 2000. Disponível em: <[www.teriin.org/upfiles/pub/papers/ft23.pdf](http://www.teriin.org/upfiles/pub/papers/ft23.pdf)>. Acesso em 10 jun. 2012, p. 2.

<sup>81</sup> Nesse sentido, Levy e Brian argumentam que a credibilidade e a eficácia de um quadro regulatório e, portanto, sua capacidade de facilitar o investimento privado, varia de acordo com as instituições políticas e sociais de um país. Eles defendem a adoção de três mecanismos complementares de contenção da ação administrativa arbitrária: a) restrições substantivas sobre os critérios adotados pelo regulador, b) restrições formais e informais para a alteração do sistema regulatório; e, c) existência de instituições que reforcem as ditas restrições. (LEVY, Brian; SPILLER, Pablo. *The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation*. *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 1994, V. 10 N2. Disponível em: <[www.jstor.org/stable/764966](http://www.jstor.org/stable/764966)>. Acesso em: 10 nov. 2011)

se constituem bens de utilidade pública ou serviços públicos denotam alta politização, o que torna arriscados os investimentos na área. Isto porque, uma vez que são utilizados pela maior parte da população – eleitores, em última instância – a oferta de tais serviços é passível de ser utilizada para fins eleitorais, incentivando o comportamento oportunista do governo. De tal maneira, os investimentos nesses setores estiveram condicionados à capacidade do governo de criar órgãos regulatórios que conferissem confiança e credibilidade, materializados na consistência das políticas a longo prazo e que as autoridades governamentais assegurassem que os contratos serão respeitados e cumpridos, nos termos do que se deu em seu estabelecimento e de modo que não haverá mudanças nas regras do jogo no futuro, mesmo que haja uma alteração das lideranças políticas.<sup>82</sup>

Por oportuno, ao delegar poderes para agências com autonomia reforçada, os legisladores e, em especial, o Presidente da República, sinalizam a intenção de não intervirem arbitrariamente no marco regulatório. Não obstante, haja vista a relevância política e econômica da atividade regulatória,

[...] o Presidente convive, contraditoriamente, com muitos incentivos para intervir na atividade regulatória. Isto porque a responsabilidade pelos resultados econômicos é associada diretamente ao Poder Executivo, por ser esse ator eleito majoritariamente, sendo seu eleitorado nacional, e também pela histórica condução do Poder Executivo de assuntos relativos aos bens públicos. [...] Em decorrência disto, no ato da delegação de poderes para uma agência autônoma, o Executivo enfrenta um *trade-off*<sup>83</sup> entre intervenção na atividade regulatória e a credibilidade da mesma. Ou ainda, um *trade-off* entre controle e autonomia.<sup>84</sup>

#### 1.1.4 Autonomia reforçada e legitimidade

A estabilidade regulatória e a preservação dos contratos não podem, contudo, ser compreendidas como manutenção absoluta de regras e condições inicialmente estabelecidas. Os mercados regulados pelas agências devem evoluir e, certamente serão afetados por eventos exógenos. Ademais, a ordem regulatória vigente cujas bases estão assentadas na gestão profissional e na especialização técnica, não significa o abandono da promoção dos valores democráticos e da realização de

<sup>82</sup> MELO, Marcus André. “Política regulatória: uma revisão da literatura”. *BIB – Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, 50, 2000, p. 7–44.

<sup>83</sup> *Trade off* define uma situação em que há conflito de escolha, que se caracteriza em uma ação econômica que visa à resolução de problema mas acarreta outro, obrigando uma escolha. Ver: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Trade-off>>. Acesso em 30 jul. 2012.

<sup>84</sup> SILVA, Mariana Batista. *O desenho institucional em prática: uma análise da governança regulatória e do desempenho das agências reguladoras brasileiras*. 33º Encontro Anual da Anpocs. GT 32 – Políticas Públicas. Recife: 2009, p. 2.

direitos fundamentais. É exatamente o oposto. O ente regulador autônomo se justifica à medida que a maximização do nível de eficiência da economia traz reflexos diretos no grau de bem-estar da sociedade.

Daí que as agências passam a ser instrumentos importantes para o desenvolvimento, o aperfeiçoamento da democracia e a concretização dos direitos fundamentais. Todavia, pode-se dizer que há uma permanente tensão entre, de um lado, a tecnicidade esperada na atuação da agência, e, de outro, a politicidade inerente ao regime democrático, que gera uma nova discussão acerca da tensão entre *expertise* e política.<sup>85</sup>

A questão da autonomia é, portanto, elemento central na análise aqui ensejada. É oportuna a passagem em que Vital Moreira, com propriedade, aponta para o desafio da inserção desses entes na vida política. Em que pese tratar-se de texto de 2003, parece atual e em conformidade com os objetivos aqui estabelecidos. Eis o fragmento:

[...] a verdade é que as agências reguladoras brasileiras enfrentam agora um desafio político, que contesta a sua própria filosofia como autoridades independentes. A sua lógica está em justamente estabelecer uma separação entre a definição de opções de políticas regulatórias, que devem ser do foro governamental e permanecer dentro da esfera do 'comércio político' e sob o império das orientações mutáveis de cada governo, e a regulação econômica e 'técnica' propriamente dita, que deve ser desgovernamentalizada, depender somente da lei e ficar isenta das orientações governamentais, porque deve constituir um quadro estável, seguro e previsível para a economia. [...] Mas, esclarecido esse problema de fronteiras do seu mandato, as agências reguladoras independentes têm toda a justificação para garantir uma regulação imparcial lá onde o Estado concorre com operadores privados, ao longo do processo de liberalização, como para garantir, com autoridade em relação aos operadores, públicos ou privados, as obrigações de serviço público ligadas à generalidade das *utilities*.<sup>86</sup>

Há, ainda, outra discussão que merece ser pontuada, qual seja a que se refere a um possível déficit de legitimidade das agências, haja vista que as suas lideranças não estão submetidas a processos eleitorais de legitimação. Segundo Barroso, tal déficit democrático seria compensado, pois o Legislativo conserva o poder de cria-las ou extingui-las, bem como de delimitar as competências que desempenharão; o Executivo indica seus dirigentes e traça as políticas públicas setoriais que elas devem implementar; e, o Judiciário exerce o controle sobre a razoabilidade e sobre a observância do devido processo legal, relativamente às

<sup>85</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Comentários sobre a relação entre governo e entes reguladores independentes*. p. 169. In: SALGADO, Lucia Helena & MOTTA, Ronaldo Seroa da. *Marcos Regulatórios no Brasil: incentivos ao investimento e governança regulatória*. Rio de Janeiro: IPEA, 2008.

<sup>86</sup> MOREIRA, 2003, p. 228-229, citado por ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 138-139.

decisões da agência.<sup>87</sup>

#### 1.1.5 A divisão do trabalho: formulação e implementação das políticas públicas

Segundo Levy e Spiller, a estrutura de governança regulatória compreende os mecanismos que as sociedades utilizam para restringir a discricionariedade regulatória, bem como resolver os conflitos que possam resultar dessa restrição. Uma boa governança regulatória seria capaz de coibir os incentivos que os políticos possuem para agir oportunamente, afastando o risco de expropriação administrativa.<sup>88</sup>

Porém, por que a governança regulatória é tão importante para o desempenho da regulação dos serviços públicos? A lógica argumentativa que responde essa pergunta é a seguinte: se por um lado a credibilidade dos setores privatizados é essencial à atração de investimentos, por outro ela entra em conflito com o princípio democrático da alternância de poder. Isso porque em um sistema democrático é legítimo que as políticas oscilem de acordo com a identidade política dos governantes. Ao mesmo tempo, as políticas dos setores de infraestrutura [...] exigem um nível maior de estabilidade para garantir os investimentos de que tanto precisam. Em suma, a incerteza política inerente ao sistema democrático representa uma ameaça à estabilidade e previsibilidade a longo prazo dos setores privatizados. Como forma de superar esse conflito, os políticos passam a considerar entrar em algum tipo de acordo “ex-ante” que possa limitar seu comportamento “ex-post”. Esse acordo é concretizado pelo desenho de uma estrutura de governança regulatória capaz de garantir, por meio de diversos mecanismos, que a regulação dos setores privatizados seja o mais imune possível a pressões políticas por parte do governo. O intuito é, sem dúvida, o de garantir uma estrutura que imponha limites ao comportamento político futuro.<sup>89</sup>

De fato, a discussão sobre a inserção das agências reguladoras no âmbito do Estado brasileiro esteve fortemente pautada na ênfase da autonomia e da dicotomia entre técnica e política. Assim, no âmbito da consecução das políticas públicas dos setores em que as agências estão inseridas os *trade offs* e as tensões delineadas anteriormente se manifestam com toda a sua força. Tanto é assim que ao abordá-las (as políticas) doutrina e a legislação ordinária delimitam uma estrutura de

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática*. p. 85. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>88</sup> “We define the governance structure of a regulatory system as the mechanisms that societies use to constrain regulatory discretion and to resolve conflicts that arise in relation to these constraints.” LEVY, Brian; SPILLER, Pablo. *The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation*. *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 1994, V. 10 N° 2. p. 12. Disponível em: <[www.jstor.org/stable/764966](http://www.jstor.org/stable/764966)>. Acesso em: 10 nov. 2011

<sup>89</sup> PAVÃO, Nara de Carvalho. *Instituições, credibilidade e governança regulatória no Brasil: um estudo de caso do desenho da regulação nos setores de telecomunicações e eletricidade*. São Paulo, 2008. Dissertação Mestrado. Universidade de São Paulo, p. 19-20.

governança regulatória em que a atuação dos atores políticos<sup>90</sup> e das agências reguladoras é cristalizada a partir de uma dicotomia rígida de competências.

De antemão, é possível identificar na doutrina uma acepção em que a regulação é “a atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”.<sup>91</sup>

As leis de criação das agências reguladoras fixam, em linhas gerais, sua atuação nos limites das políticas estabelecidas ora por Ministérios, ora por Conselhos e também pelo próprio legislador. A título de ilustração, à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) compete implementar as políticas e diretrizes do governo federal, nos termos do art. 2º, da Lei nº 9.427/1996; a Anatel deve implementar a política nacional de telecomunicações fixada pelos Poderes Executivo e Legislativo, conforme o art. 19, inciso I, da Lei nº 9.472/2007; a Agência Nacional de Petróleo (ANP) deve observar a política energética nacional cujas diretrizes são formuladas pelo Presidente da República mediante proposta do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), nos termos dos arts. 1º, 2º e 8º, inciso I, da Lei nº 9.478/1997; a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) deve se ater às políticas públicas do Conselho Nacional de Saúde Suplementar (Consu), consoante o art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.961/2000; a Agência Nacional de Águas (ANA) implementará as políticas do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, haja vista o que consta dos arts. 2º a 4º, Lei nº 9984/2000; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) executará a política nacional de vigilância sanitária, cuja formulação compete ao Ministro da Saúde, conforme o art. 2º, inciso I, Lei nº 9.782/1999; a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) atenderão às políticas adotadas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos

---

<sup>90</sup> Podemos entender por ‘políticos’ os atores públicos cujas carreiras tenham por fundamento mandatos conquistados pelo voto, dedicado às questões de maior escopo e, ao mesmo tempo, exibir realizações de curto prazo para atender seus eleitores e ver renovado o seu mandato nas urnas. Por sua vez, os burocratas são os membros do governo cujas carreiras não estejam subordinadas à competição eleitoral, que desempenham atividades na esfera administrativa, orientadas por conhecimento especializado e perspectivas organizacionais setoriais. (RUA, Maria das Graças; AGUIAR, Alessandra T. A Política Industrial no Brasil, 1985-1992: políticos, burocratas e interesses organizados no processo de policy-making. p. 133-134. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*, vol. 2. Brasília: ENAP, 2006)

<sup>91</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 447.

Transportes, nos termos dos arts. 1º, inciso I, e 20, inciso I, Lei nº 10.233/2001; a Agência Nacional do Cinema (Ancine) executará a política nacional do cinema definida pelo Conselho Superior do Cinema, nos termos do art. 7º, inciso I, da Medida Provisória nº 2.228-1/2001; e, por fim, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) observará e implementará as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, conforme art. 3º da Lei nº 11.182/2005.<sup>92</sup>

Essa repartição de competências parece coerente com um discurso definido artificialmente pautado por adornar as agências reguladoras de uma mística técnica, apartadas da contaminação política pelos governos partidários, ideológicos e conjunturais<sup>93</sup>. Ela tem, a bem da verdade, o mérito de apontar a natureza precípua de atuação dos atores labutam na consecução dos objetivos do Estado regulador. Em geral, ao legislador e ao Chefe do Poder Executivo se conferiu a competência de natureza política de formular as diretrizes, a própria política a pautar a regulação técnica, que a implementará. Contudo, ela deve ser observada a partir de perspectivas mais profundas, para que a análise não se enverede por considerar as políticas públicas como fenômenos que possam ser separados em momentos políticos e técnicos, tampouco em momentos totalmente estanques e desconexos. Assim, ela traz consigo elementos que precisam, no mínimo, serem reveladamente esclarecidos, sob pena de comprometerem a real percepção da inserção das agências reguladoras na realidade do Estado brasileiro.

Os primeiros problemas surgem quando a dicotomia em tela é estritamente observada e passa a arguir certa confusão entre tecnicidade e imparcialidade, a tornar obscura a constatação de que o saber técnico pode ser instrumentalizado para fins políticos e que fins políticos podem vir travestidos de saber técnico.

A natureza política das próprias agências reguladoras não pode ser renegada a um segundo plano ou mesmo negada. A neutralidade técnica pode revelar-se mito, que serve tanto para disfarçar um déficit de legitimidade que envolve a atuação política do ente regulador, quanto, ainda, para que a política justifique seus fins. A ideia de uma racionalidade pura ou de vocação científica ou técnica pura é mera

---

<sup>92</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *A legitimação democrática das agências reguladoras*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5.

<sup>93</sup> RAMOS, Murilo César. *Agências reguladoras: a reconciliação com a política*. *Revista de Economía de las Tecnologías de la Información y Comunicación*. Vol. VII, nº 5, Mai.-Ago., 2005.

abstração – tipo ideal, que não se apresenta na realidade concreta, onde os fatos científicos, em nosso caso, a regulação, possui marcas definitivas de escolhas humanas socialmente condicionadas e orientadas por estruturas e por processos sociais bastante complexos, que expressam padrões culturais, conflitos e interesses os mais diversos.<sup>94 95</sup>

Às agências reguladoras não é lícito assentar bases somente numa ética da convicção, fundada na crença do valor da verdade científica e do direito ao livre curso de uma racionalidade técnico-instrumental. Ao contrário, a regulação, como fenômeno complexo, deve estar aliada a uma ética da responsabilidade, a exigir do regulador também uma atitude ativa e prática. Por conseguinte, não se pode crer que a tecnicidade é sempre acompanhada de imparcialidade, uma vez que o saber técnico pode ser instrumentalizado em favor de diversos fins políticos. Algumas vezes essa distinção entre política e técnica como conhecimentos neutros tem a finalidade de esconder a incindível relação entre saber técnico e decisão política.<sup>96 97</sup>

---

<sup>94</sup> Ramos aponta que “não é possível pensar a política - o governar, o administrar, o decidir - como um ato e um espaço submetidos a rígidos controles técnicos [...] O predomínio unilateral e autônomo dos técnicos - a autoridade dos especialistas - empurra os cidadãos para os bastidores da decisão política. Corrói e enfraquece a democracia. Os técnicos e seus conhecimentos serão sempre bem-vindos ao campo do governar, do decidir e do administrar, mas desde que se submetam a uma perspectiva maior, que os engloba e disciplina. Se não podemos nem devemos querer dispensar os especialistas, temos de saber como impedir que eles se substituam a todos os demais e colonizem o espaço da política. [...] A principal função da política é dar perspectiva às pessoas - tornar autoconsciente uma comunidade. Mas, a dimensão técnica da vida conspira contra a política. São tantos e tão complexos os problemas com que se defrontam as comunidades modernas, que o recurso aos peritos tornou-se inevitável. O arsenal com que se opera no círculo das decisões nos intimida e oprime.” (RAMOS, Murilo César. *Agências reguladoras: a reconciliação com a política. Revista de Economía de las Tecnologías de la Información y Comunicación*. Vol. VII, nº 5, Mai.-Ago., 2005. p. 29)

<sup>95</sup> WIMMER, Miriam. A conflituosa relação entre poder executivo central e agências reguladoras: a busca pelo equilíbrio. *Revista de Direito do Estado*, nº 10, abr.-jun., 2008.

<sup>96</sup> Sobre a questão, ver: SCHNEIDER, Ben Ross. *Burocracia pública e política industrial no Brasil*. São Paulo, Sumaré, 1994; PÓ, Marcos Vinicius. *O jogo regulatório brasileiro: a estabilidade contratual para além da autonomia das agências*. Tese Doutorado. 2009. 217 p. Também discute a questão em trabalho recente, intitulado “Max Weber: ciência, política e as agências reguladoras como atores de políticas públicas”, disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22160/max-weber-ciencia-politica-e-as-agencias-reguladoras-como-atores-de-politicas-publicas>>.

<sup>97</sup> Essa questão é recorrente no âmbito da Administração Pública, conforme se depreende do trabalho de Humberto Falcão Martins. (MARTINS, Humberto Falcão. *Burocracia e a revolução gerencial – a persistência da dicotomia entre política e administração. Revista do Serviço Público*. Ano 48, nº 1, Jan. – Abr., 1997.)

Ramos bem capturou a ideia supra ao propor “uma reconciliação entre as agências reguladoras e a política”. Segundo ele, a ideia de uma regulação impermeável às oscilações conjunturais da política teria sido sintoma de uma doença social maior e mais grave – a despolitização radical da vida social e o estabelecimento de uma ditadura da razão econômica, gerida por técnicos ilustrados pelas certezas matemáticas e econômicas.<sup>98</sup>

Por seu turno, outro ponto, que a seguir será visitado amiúde, destaca inexistir uma fronteira nítida entre a decisão de política pública e regulação. Neste ínterim, embora tratando o tema a partir de uma perspectiva diferente, qual seja o comprometimento da independência reguladora frente à vinculação ao conteúdo das políticas públicas, Aragão esclarece:

[...] integram o próprio conceito de política pública uma imensa fluidez e constante adaptação às mudanças da realidade socioeconômica subjacente, fazendo com que a ‘política pública’ e a ‘implementação da política pública’ funcionem de forma circular e retrooperativa. Em outras palavras, em face do Princípio da Retroalimentação da Regulação, não há como se sustentar que todos os aspectos políticos dos setores regulados ficaram retidos na administração central, cabendo às agências reguladoras apenas a sua execução autônoma e técnico-burocrática.<sup>99</sup>

A bem da verdade, as discussões acerca de uma dicotomia entre política e técnica não advém da inserção das agências reguladoras na realidade jurídico-institucional dos Estados. Ela já era premente no âmbito dos estudos, em especial da Administração Pública e da Ciência Política. Neste trabalho, quando necessário, elas serão retomadas. Contudo, o foco da discussão residirá em delimitar os traços constitutivos das políticas públicas e da regulação, conforme se verá a seguir.

---

<sup>98</sup> RAMOS, Murilo César. Agências reguladoras: a reconciliação com a política. *Revista de Economía de las Tecnologías de la Información y Comunicación*. Vol. VII, nº 5, Mai.-Ago., 2005, p. 39.

<sup>99</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *A legitimação democrática das agências reguladoras*. p. 5-6. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Não obstante, antes de visitar a literatura afeta às políticas públicas e à regulação, parece oportuno trazer à baila fatos e indicações que, ao denunciarem certa intromissão das agências no terreno das definições de política, notadamente da formulação das políticas públicas, reforçam a tese de que as fronteiras rígidas e nítidas inexistem. Se algum dia elas existiram, já caíram por terra.<sup>100</sup>

O Relatório de Avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional, produzido pela Casa Civil da Presidência da República, reconheceu a assunção de competências de governo pelas agências reguladoras, como a absorção da atividade de formulação de políticas públicas e do poder de outorgar e conceder serviços públicos. O mesmo documento ainda aponta que tal fato se deu, muitas vezes, por omissão e falta de estrutura dos Ministérios supervisores, responsáveis pela formulação das políticas setoriais no exercício de suas competências legais. De toda forma, uma das conclusões apontadas é a de que, em alguns casos, as agências não só regulavam e fiscalizavam o setor, mas também atuavam de forma ampla na formulação de políticas públicas.<sup>101</sup>

Igualmente esclarecedor é o Acórdão nº 2.148/2005 – Plenário<sup>102</sup>, do Tribunal de Contas da União (TCU), discutido nos capítulos seguintes, que, ao verificar as dificuldades, limitações e barreiras que impediam à época a aplicação dos recursos do Fust, relata a problemática institucional que envolve a formulação e a implementação das políticas públicas para o setor de telecomunicações, apontando

---

<sup>100</sup> “[...] Mostra-se difícil a fixação de fronteiras rígidas entre governo e Administração. Na época contemporânea, aumentou a importância da atividade administrativa na dinâmica do Estado, e uma das consequências disso é a participação de servidores (isto é, da chamada burocracia) em atividades que seriam típicas de governo, tais como fixação do conteúdo de projetos de lei, fixação do teor de regulamentos e decretos, apresentação de propostas que se transformam em realização concreta ou ato normativo.” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 45.)

<sup>101</sup> BRASIL. *Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional. Relatório do grupo de trabalho interministerial*. Brasília, 2003. Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao\\_das\\_agencias\\_reguladoras\\_-\\_casa\\_civil.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2010.

<sup>102</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.148/2005 – Plenário, de 12 de dezembro de 2005. “Auditoria operacional com o objetivo de verificar as dificuldades, limitações e barreiras que impedem a aplicação dos recursos do Fust. Ausência de atuação eficaz do Ministério das Comunicações, no estabelecimento de políticas, diretrizes e prioridades que orientarão a aplicação dos recursos, conforme determina a Lei nº 9.998/2000, que criou o fundo. Ausência de definição dos programas, projetos e atividades que receberão recursos do Fust. Falta de integração das ações relativas à inclusão digital. Problemas na formulação do SCD. Constatação de que a atual legislação não impede a utilização dos recursos do Fust. Determinações ao Ministério das Comunicações e à Anatel. Recomendações à Casa Civil da Presidência da República. Determinação para que a Sefid realize o monitoramento da deliberação. Ciência a diversas comissões da Câmara e do Senado. Ciência ao Ministério Público da União.”

fragilidades e inconsistências na atuação do Ministério das Comunicações, bem como o complexo e truncado relacionamento institucional deste com a Anatel.

A Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 3.337/2004, também aponta que uma das principais “distorções do papel das agências detectadas foi o exercício de competências de governo pelas agências reguladoras, como a absorção da atividade de formulação de políticas públicas e do poder de outorgar e conceder serviços públicos”<sup>103</sup>. Tanto a exposição de motivos supra quanto Gaetani afirmam que

não houve nenhum esforço de construção de capacidades nos ministérios concomitante ao esforço de se estruturar as agências reguladoras. A discussão sobre a repartição de competências entre ministérios e agências tornou-se de fato inócua pela simples razão de que os ministérios se encontravam (e assim permaneceram até o final do segundo mandato de Cardoso) absolutamente despreparados e incapacitados para se relacionarem institucionalmente com as agências e para se desincumbirem de suas próprias funções clássicas (formulação, implementação e monitoramento de políticas de infraestrutura).<sup>104</sup>

Em suma, é preciso destacar que, muitas vezes, dada também a ausência de espaços e canais para a discussão de políticas públicas, as agências tornaram-se fórum relevante de discussão política para onde os interesses de grupos organizados convergiram. Ademais, a experiência dos últimos anos tem evidenciado as dificuldades de separar a política da regulação em si e revelado que a ideia de neutralidade técnica é, no mínimo questionável. Neste sentido, o modelo teórico de regulação setorial pelas agências com autonomia reforçada ao atribuir às agências tão somente o emprego de técnicas para implementar o que a política estabeleceu parece não dar conta da complexidade do fenômeno.

## **1.2 A Política Pública é, antes de tudo, política: em busca de uma noção**

[...] as políticas ou os programas têm vida. Nascem, crescem, transformam-se, reformam-se. Eventualmente estagnam, às vezes morrem. São decididas e elaboradas por pessoas, dirigem-se às pessoas ou ao seu habitat, são gerenciadas e implementadas por pessoas e, quando isso ocorre, são avaliadas também por pessoas. Ora, as pessoas ou os grupos de pessoas que animam as políticas, fazem-no segundo seus valores, seus interesses, suas opções, suas perspectivas. Que não são consensuais nem muito menos unânimes, como sabemos. Ao contrário, o campo onde

---

<sup>103</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.337. Brasília, 12 de abril de 2004.

<sup>104</sup> GAETANI, Francisco. O governo Lula e os desafios da política regulatória no setor de infraestrutura. *VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Panamá, 28-31 Oct. 2003. p. 2.

florescem as políticas e programas pode ser pensado como um campo de força, de embates, conflitos, que se sucedem e se 'resolvem' ao longo do tempo.<sup>105</sup>

A discussão acerca das políticas públicas aflora como perspectiva de compreensão da realidade que envolve a atuação do Estado, e ganha força à medida que o contexto das atividades por ele desempenhadas demanda a adoção de formas mais flexíveis e participativas de planejamento e administração da coisa pública<sup>106</sup>. Embora diretamente afeta às decisões do Estado, as políticas públicas acabaram sendo, por algum tempo, negligenciadas como campo de estudo. A tentativa de explicar as decisões governamentais sob um ponto de vista externo ao Estado<sup>107</sup>, em que o governo carece de propósitos próprios e onde somente as estruturas e as forças sociais alienígenas seriam variáveis determinantes, é uma das razões apontadas para esse fato. De tal maneira que, em sentido contrário, o estudo das políticas públicas emerge do reconhecimento de que o próprio governo, as forças sociais e o sistema político inteiro, interagem para a consecução das decisões e rumos governamentais, impulsionados por uma perspectiva ao mesmo tempo política e administrativa de análise.<sup>108 109</sup>

<sup>105</sup> DRAIBE, Sonia Miriam. *Avaliação de implementação: esboço de uma metodologia de trabalho em políticas públicas*. In: BARREIRA, C.; CARVALHO, M. (Org.) *Tendências e perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais*. São Paulo: IEE/PUC-SP, 2001, p.13-42.

<sup>106</sup> Souza aponta três motivos para a visibilidade da discussão das políticas públicas no Brasil: a adoção de políticas restritivas a gastos, desde os anos 90, que motivariam estudos para melhorar o desenho e a gestão das políticas públicas; a substituição do arcabouço keynesiano pelas políticas restritivas a gastos, onde as políticas sociais passariam a ter um caráter focalizado ao invés de universal; e, por último, em especial nos países latino-americanos, de democracia recente, a necessidade de equacionar recursos escassos e as necessidades da população. (SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias. Porto Alegre, ano 8, n 16, jul/dez 2006, p. 20-45.)

<sup>107</sup> A exemplo das análises marxista, pluralista e elitista.

<sup>108</sup> VILANUEVA. Luis F. Aguilar. Estudo Introdutorio. p. 43. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006, p. 21-42.

<sup>109</sup> Bucci afirma que o debate sobre o Estado pode servir de referência para a compreensão dos propósitos e abrangência da análise das políticas públicas. De um lado, conforme a tradição europeia, amparada fortemente na Sociologia, o Estado assume papel central, ele mesmo é produto de uma relação dialética com a sociedade, que materializa o interesse comum. Na outra ponta, a partir da Ciência Política, a experiência norte-americana pluralista afirma que os processos sociais não podem ser reduzidos ao processo estatal. O Estado, sob esse olhar, seria produto da interação entre grupos, permeável aos interesses e à competição de grupos que lógica social, em que a política é resultado justamente dessas interações e pressões. As políticas públicas reconhecem a complexidade da ação pública, bem como a tensão entre as visões de unidade ou da fragmentação do Estado. (MULLER, Pierre; SUREL, Yves. *L'Analyse des Politiques Publiques*. Paris: Montcherestien, 1998. *Apud* BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. p. 230. In: FORTINI, Cristina et alli (org.). *Políticas públicas possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Forum, 2008.)

Enquanto área de conhecimento, a política pública nasceu nos Estados Unidos, como parte da Ciência Política, sob o pressuposto analítico de que “aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é passível de ser formulado cientificamente e analisado por pesquisas independentes”. Celina Souza aponta que área contou com quatro grandes pais: H. Laswell, que introduziu a expressão análise de políticas públicas (*policy analysis*), categoria apta a conciliar o estudo científico do que empiricamente os governos produzem, estabelecendo um diálogo frutífero entre ciência e política; H. Simon, que aprofundou uma ideia de racionalidade limitada dos atores públicos responsáveis pela decisão (*decision makers*); C. Lindblom, que, ao questionar a ênfase no racionalismo, propôs a incorporação de outras variáveis no trato das decisões políticas; e, finalmente, D. Easton, que contribuiu ao definir a política pública como produto de um sistema político complexo, como se verá a seguir.<sup>110</sup>

Direcionado à compreensão da realidade estatal, o campo das políticas públicas agrega elementos advindos de outras áreas, como a Ciência Política, a Sociologia, a Administração Pública, a Economia e o próprio Direito, conformando-se um campo holístico, a partir de várias disciplinas, teorias e modelos analíticos que, embora formalmente ligado à Ciência Política, a ela não se resume. Reconhecer a necessária análise multidisciplinar do objeto da política pública não significa imputar ao campo alguma medida de carência metodológica própria, mas, ao contrário, sinaliza o reconhecimento de que se está diante de uma realidade que comporta visões distintas.<sup>111</sup>

De antemão, é preciso estabelecer uma fronteira, não muito rígida, linguisticamente posta na língua inglesa, mas tortuosa em língua portuguesa, para

---

<sup>110</sup> SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias. Porto Alegre, ano 8, n 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

<sup>111</sup> Sobre a coerência metodológica da análise em políticas públicas Frey aponta que: “Na verdade, a falta de teorização é uma crítica comumente direcionada à ‘*policy analysis*’. Porém, a falta de teoria é explicável, se levarmos em consideração o interesse de conhecimento próprio da ‘*policy analysis*’, que é, a saber, a empiria e a prática política. Enquanto alguns dos críticos até chegam a contestar a ‘cientificidade’ da ‘*policy analysis*’ pela falta de teorização, para Wollmann, ao contrário, a ‘*policy analysis*’ contém o potencial analítico de superar uma abordagem isolada que dá prioridade ou à dimensão institucional (*polity*) ou à dimensão político-processual, ao deixar confluir a dimensão material de política (isto é, fins, impactos, etc.) com as dimensões institucional e político-processual”. (FREY, Claus. *Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. Planejamento e Políticas Públicas, nº 21, Jun, 2000. p. 215)

delimitar política e políticas públicas<sup>112</sup>. A primeira, de maior amplitude, refere-se ao poder, à dominação, aos processos políticos, conflituosos em sua maioria, ao objeto da Ciência Política<sup>113</sup>; as últimas comportam a abordagem do funcionamento da máquina estatal, dos atores e variáveis que participam desse processo, são a dimensão material do resultado da política em si<sup>114</sup>. Como dito, em língua inglesa a distinção entre essas acepções é mais evidente. Por ‘*polity*’ se denominam as instituições políticas, a dimensão institucional, a ordem e estrutura do sistema político-administrativo; por ‘*politics*’, os processos políticos, frequentemente de caráter conflituoso; e, por fim, por ‘*policies*’, a dimensão material das decisões políticas, ou seja, os conteúdos da política, a configuração dos programas políticos.<sup>115</sup>

Neste trabalho, quando se fala em atuação política retoma-se a ideia resumida por José Vitor Lemes Gomes no excerto a seguir:

Se a política é o campo da tomada de posições e decisões, podemos concluir que é um espaço pautado por conhecimento técnico e, antes de tudo, por valores. A técnica pode oferecer os meios eficazes que levem aos fins desejados, mas a definição dos fins a serem perseguidos é fruto dos valores do agente em jogo. [...] Ao evidenciar o papel dos valores na política os textos weberianos demonstram que esse campo não é predominado estritamente pela racionalidade teleológica. [...] Então, **a ação política passa a se pautar em uma racionalidade eletiva e valorativa, para que os valores pessoais do político passem a determinar quais fins devem ser buscados e quais os meios são moralmente aceitos. Nesse caso a ação política é uma ação racional referente a valores.** A política é o

<sup>112</sup> PARADA, Eugenio Lahera. *Política y políticas públicas*. p. 67. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006, p. 21-42.

<sup>113</sup> A Política, conforme Heidemann, guarda sua compreensão a partir de cinco elementos distintos: engloba tudo o que diz respeito à vida em sociedade e em suas organizações; trata dos processos e métodos usados para influenciar, conquistar e manter o poder; a arte de governar e realizar o bem público; entendida como ações, práticas, diretrizes, fundadas em leis e empreendidas com funções de Estado por um governo, para resolver questões gerais e específicas da sociedade; como teoria política ou conhecimento dos fenômenos ligados à regulamentação e controle da vida humana em sociedade. (HEIDEMANN, Francisco. *Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento*. p. 28-29. In: HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009).

<sup>114</sup> Trata-se, em verdade, de uma primeira aproximação, utilizada para demarcar a fronteira para o entendimento das políticas públicas. Adiante se explicitará o entendimento adotado neste trabalho. (SARAVIA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. p. 27. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006. p. 21-42; SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez, 2006, p. 20-45.)

<sup>115</sup> FREY, Claus. *Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. Planejamento e Políticas Públicas, nº 21, Jun, 2000.

campo da tomada de decisões e posições e isso só é possível a agentes dotados de valores e convicções.<sup>116</sup>

### 1.2.1 Contribuições da Política: a política pública, natureza política e produto do sistema político

Nas definições dos dicionários de Ciência Política encontram-se alguns elementos que compõem uma noção de políticas públicas: ela guarda uma institucionalidade, uma vez que é elaborada e decidida por autoridade formalmente constituída; possui caráter decisório, pois envolve um conjunto-sequência de decisões; é comportamental, pois implica em ação ou inação, fazer ou não fazer; e, finalmente, considerando que seus produtos têm efeitos no sistema político-social, ela envolve algum grau de causalidade<sup>117</sup>. A bem da verdade, ditos elementos parecem prestigiar uma ou outra abordagem das políticas públicas e não se pode resumi-las à identificação de um desses elementos ou mesmo de todos eles em conjunto.

A esquematização de Vilanueva é oportuna para a apreensão de uma noção de política pública, que se dá a partir de duas perspectivas distintas de análise.

A primeira está direcionada a uma noção descritiva de política pública, entendida como as “decisões [...] adotadas dentro do seu campo legítimo de competências e conforme procedimentos legalmente estabelecidos, vinculando todos os cidadãos por meio de diversas formas de expressão: leis, sentenças, atos administrativos”<sup>118</sup>. Sob esse enfoque, elas guardam um comportamento propositivo, planejado e não simplesmente reativo ou casual, que se põe em movimento para alcançar certos objetivos, ou seja, é uma ação com sentido, que denota as interações dos interesses em jogo. Elas são, em resumo, “o desenho de uma ação coletiva intencional; o curso que efetivamente toma ação como resultado de muitas decisões e interações que comporta e, em consequência, os feitos reais que a ação

<sup>116</sup> GOMES, José Vitor Lemes. *A lógica da ação na sociologia weberiana*. 2008. Dissertação de Mestrado. UFMG, p. 86.

<sup>117</sup> SARAVIA, Enrique. Introdução à Teoria da Política Pública. p. 31; VILANUEVA. Luis F. Aguilar. Estudo Introductorio, p. 50. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006, p. 21-42.

<sup>118</sup> Tradução feita pelo autor. (VILANUEVA. Luis F. Aguilar. Estudo Introductorio, p. 49. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006, p. 21-42.)

coletiva produz”, que incorporam a necessidade de serem comunicadas, argumentadas e persuadidas, razão pela qual tendem a ser públicas, participadas.<sup>119</sup>

Também sob o manto dessa leitura, Saravia aponta “tratar-se de um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade”; um

[...] sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, [...] destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de estratégias de atuação e da alocação de recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos.<sup>120</sup>

[...] Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz.<sup>121</sup>

De outra forma, a outra perspectiva de percepção das políticas públicas traz consigo as marcas da política em si, onde aspectos como poder, consenso, conflito passam a ser determinantes para defini-las. As políticas públicas, sob essa roupagem, “são um reflexo da política de sempre, dos jogos de poder, ajustes de contas, correlações de força”, síntese de uma decisão prática que, explícita ou implicitamente, traz em si uma visão valorativa<sup>122</sup>. Nessa vertente, destacam-se as contribuições de Theodor Lowi<sup>123</sup>, para quem “as políticas determinam a política”, de maneira que as políticas públicas refletem a luta pelo poder, das lutas e contendas entre as forças sociais, em função de interesses e vantagens que ocorrem no processo de elaboração das mesmas, das diferentes formas de apoio e rejeição. Esse autor as classifica em políticas distributivas, regulatórias, redistributivas e

<sup>119</sup> VILANUEVA, Luis F. Aguilar. Estudo Introductorio, p. 52. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006, p. 21-42.

<sup>120</sup> SARAVIA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*, p. 29. In: SARAVIA, Enrique e FERRAREZI, Elisabete (orgs.). *Políticas públicas: coletânea*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006, p. 21-42.

<sup>121</sup> SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez, 2006, p. 24.

<sup>122</sup> VILANUEVA, Luis F. Aguilar. Op.cit., p. 63.

<sup>123</sup> LOWI, Theodor. *Four Systems of Policy, Politics, and Choice*. Public Administration Review, 32. 1972. *appud* SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez, 2006, p. 24.

constituintes<sup>124</sup>, conforme os impactos de custos e benefícios que os grupos de interesses esperam, defendendo que as políticas públicas

[...] não são uma atividade uniforme e homologadora, por meio de um formato que se repita, aplicável da mesma maneira a todas as necessidades vitais, interesses em jogo ou problemas a resolver. Os problemas podem ser atendidos de diversas maneiras e com diferentes instrumentos. Por essa diversidade [...] não são casuais, têm uma lógica própria e respondem a forças sociais que se enfrentam ou se anulam em torno de questões específicas e que, por conseguinte, ampliam ou reduzem a margem de autonomia do governo.<sup>125</sup>

Celina Souza aponta não existir uma única, nem melhor, definição sobre o que venha a ser a política pública, resumindo-a como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o governo em ação e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)<sup>126</sup>. Tal assertiva merece prosperar haja vista que uma noção de políticas públicas acaba por salientar um ou outro aspecto da realidade que elas abarcam.

Feitas estas considerações, concentra-se a atenção na Teoria Sistêmica da Política, de autoria de David Easton, que, ao guardar elementos das duas perspectivas supra descritas auxilia no enfrentamento das questões postas para a análise. Sob a ótica sistêmica, as políticas públicas aparecem tanto como o produto do sistema político, como respostas desse sistema às forças que o afetam, materializando, ao final, a alocação oficial de valores para toda a sociedade.<sup>127</sup>

A Teoria Sistêmica é fruto de uma perspectiva funcional, que busca por respostas à pergunta sobre como funciona o sistema político num mundo onde

<sup>124</sup> A política distributiva é uma arena relativamente pacífica, que se caracteriza por questões que não se excluem mutuamente, que podem ser tratadas a parti de recursos divisíveis, com lugares e acordos particulares de apoio recíprocos entre demandantes não antagônicos. As políticas regulatórias, em contrapartida, foco do presente trabalho, são parte de uma arena turbulenta de negociação e conflito entre grupos de poder, que se movem em torno de uma mesma questão, com interesses exclusivos e contrapostos, que se veem obrigados a formar coalizões e fazer concessões recíprocas, pois a eventual solução não pode favorecer igualmente a todas as partes envolvidas. Por último, as políticas redistributivas abordam as relações mais sensíveis, a exemplo da propriedade, do poder e prestígio social estabelecidos e, por isso, tendem a ser a arena mais tensa e conflitiva. Por último, as constituintes são as que se referem à modificação do regime político ou administrativo, ampliando ou reduzindo a jurisdição governamental, alterando em maior ou menor grau os direitos e opções de ação privada ou pública dos procedimentos em si.

<sup>125</sup> VILANUEVA, Luis F. Aguilar. *Estudo introdutorio*, p. 60. In: SARAIVA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006, p. 21-42.

<sup>126</sup> SOUZA, Celina. 'Estado do Campo' da pesquisa em Políticas Públicas no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. V. 18, nº 51, p. 17.

<sup>127</sup> EASTON, David. *The political system. An inquiry into the state of political science*. Nova York: Alfred A. Knopf, 1953.

coabitam estabilidade e mudanças<sup>128</sup>, ou seja, como esse sistema sobrevive frente à instabilidade do mundo em que se encontra inserido e como se processam tradição e inovação na vida político-social. A tentativa de resposta a essas questões advém da compreensão de quatro conceitos básicos que compõem a teoria: sistema, ambiente, resposta e retroalimentação.

O sistema de Easton pode ser apreendido em dois sentidos distintos: pode se referir à conduta empírica que se observa e caracteriza como vida política; e, pode designar não o mundo da conduta, mas uma série de símbolos mediante os quais se pode identificar, descrever, delimitar e explicar a conduta do sistema empírico, como conjunto de ideias ou teoria. Estabelecida essa distinção, o autor afirma que a Teoria Sistêmica concentra-se na abordagem do primeiro, visando atingir o segundo sentido.<sup>129</sup>

A vida política é interpretada como um sistema conceitualmente distinto dos outros sistemas sociais e tudo o que ocorre fora dela se constitui no ambiente. O sistema político, *locus* da vida política, é uma categoria analítica que identifica a vida política como um sistema de conduta aberto, onde ocorrem as interações sociais e que, por sua abertura, sofre as influências e também influencia o ambiente onde se processa, de modo que não opera em meio a um vazio, mas rodeado de ambientes, sejam eles biológicos, físicos, sociais ou psicológicos. A propósito, o sistema político se diferencia dos demais sistemas posto que as interações que nele se processam resultam e definem valores arbitrários<sup>130</sup> para o conjunto da sociedade.<sup>131</sup>

<sup>128</sup> O que, aliás, pode ser percebido como o problema central da própria teoria política.

<sup>129</sup> Easton apresenta discussão acerca da utilidade de teorizar sistemas e seus limites. Esta discussão, que não será retomada aqui, pode ser extraída de: EASTON, David. *Esquema para el análisis político*. Talleres Gráficos Color Efe. Buenos Aires, 1999.

<sup>130</sup> Arbitrários no sentido de condicionar ou dirigir a conduta.

<sup>131</sup> Easton divide o ambiente em intra ou extra social (no sentido de nacional ou internacional). No primeiro estariam os sistemas de uma mesma sociedade, excluindo-se o sistema político. Leia-se: economia, cultura, a estrutura social, personalidades individuais, etc. No segundo, o autor agrupa os sistemas que estão fora da realidade nacional, pertencentes a uma esfera internacional de interações, mas que, cada vez mais, se fazem presentes no meio ambiente que influi e é influenciado pelo sistema político. Essa composição do ambiente, alheia ao sistema político, constitui origem de uma possível fonte de tensão que o sistema político terá de absorver e processar e fazer frente, ainda que nem sempre o faça: algumas vezes elas o desmoram, precisamente por ele não adotar as medidas necessárias para manejar a tensão iminente. (EASTON, David. *Categorías para el análisis sistémico de la política*. Disponível em: <[http://3A%2F%2Fwww.ucm.es%2Finfo%2Fcpuno%2Fasoc%2Fprofesores%2Flecturas%2Ffeasto.n.pdf&ei=pqnkT8arLISQ9QSsp\\_DWCQ&usq=AFQjCNE8jaDc-4AMIWKha5QmrvVZRuqECA&cad=rja](http://3A%2F%2Fwww.ucm.es%2Finfo%2Fcpuno%2Fasoc%2Fprofesores%2Flecturas%2Ffeasto.n.pdf&ei=pqnkT8arLISQ9QSsp_DWCQ&usq=AFQjCNE8jaDc-4AMIWKha5QmrvVZRuqECA&cad=rja)>. Acesso em 10 jun. 2012.)

Partindo da compreensão de sistema político, se chega ao entendimento do ambiente, que se apoia na ideia de que os sistemas estão inseridos em um ambiente sujeito a influências ambientais e, a todo o tempo, para persistirem, devem ser capazes de reagir a essas influências atenuando as tensões que elas encerram.

O *input* é o instrumento teórico designado por Easton para considerar as influências ambientais mais destacadas que afetam o sistema político: as demandas e o apoio (este entendido como o sentimento de unidade que legitima o poder). Por meio dele, se enfileiram, encaixam, e influem na vida política uma série de atividades, com efeitos no próprio sistema. Os *inputs*, processados no sistema político geram respostas (*outputs*), resultados da política, que funcionam como mecanismos reguladores (estabilizadores), a estimular o apoio e reduzir as demandas, conferindo estabilidade ao sistema e à própria vida política. Os seus efeitos acabam sendo transformados em novos *inputs*, retroalimentando o sistema, num circuito de retroalimentação (*feedback*) que contribui para explicar as ações do sistema frente a grandes tensões e gerando informações às autoridades<sup>132</sup> para adaptarem-se a um comportamento futuro.<sup>133</sup>

Os *inputs* são recebidos no sistema político tanto sob a forma de demandas como de apoio. As demandas ocorrem quando os indivíduos ou grupos, em resposta às condições ambientais reais ou percebidas, agem para influenciar a política pública. O apoio é concedido quando os indivíduos aceitam o resultado de eleições, obedecem às leis, pagam seus impostos e conformam-se de maneira geral às decisões políticas. [...]

Para transformar as demandas em *output* (políticas públicas), o sistema deve promover acordos e fazê-los cumprir pelas partes interessadas. Reconhece-se que os *outputs* podem exercer efeito modificador sobre o ambiente e suas demandas, podendo também ter influência sobre o caráter do sistema político. O sistema preserva-se por meio: 1) da produção de

<sup>132</sup> Todo sistema, para que seja viável à ação coletiva, requer pessoas que atuem em seu nome, denominadas autoridades, responsáveis por decidir e criar condições que sustentem suas decisões.

<sup>133</sup> Segundo Easton: "*El valor del concepto inputs reside en que gracias a él nos será posible aprehender el efecto de la gran variedad de acontecimientos y circunstancias ambientales, en tanto se vinculan con la persistencia de un sistema político. Sin él nos sería difícil bosquejar el modo preciso en que la conducta de los diversos sectores de la sociedad afecta lo que ocurre en la esfera política. Los inputs servirán de variables resúmenes que concentran y reflejan todo cuanto es relevante en el ambiente para la tensión política. Se trata, pues, de un poderoso instrumento analítico.*" (EASTON, David. *Categorías para el análisis sistémico de la política*. Disponível em: <[http://3A%2F%2Fwww.ucm.es%2Finfo%2Fcpuno%2Fasoc%2Fprofesores%2Flecturas%2Ffeaston.pdf&ei=pqnkT8arLISQ9QSsp\\_DWCQ&usg=AFQjCNE8jaDc-4AMIWKha5QmrvVZRuqECA&cad=rja](http://3A%2F%2Fwww.ucm.es%2Finfo%2Fcpuno%2Fasoc%2Fprofesores%2Flecturas%2Ffeaston.pdf&ei=pqnkT8arLISQ9QSsp_DWCQ&usg=AFQjCNE8jaDc-4AMIWKha5QmrvVZRuqECA&cad=rja)>. Acesso em 10 jun. 2012.)

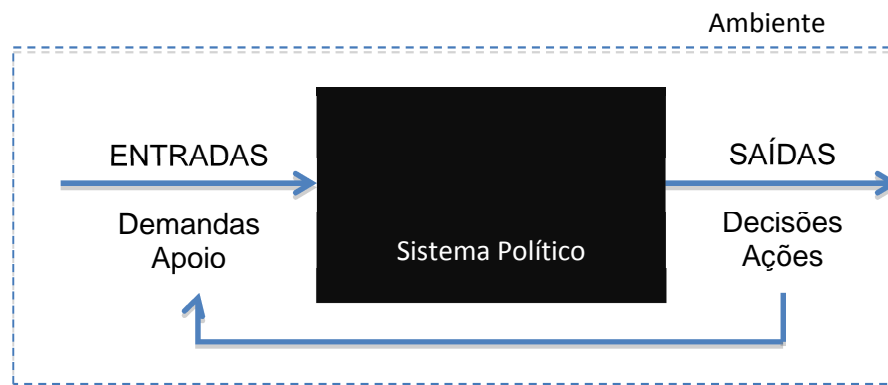
*outputs* razoavelmente satisfatórios; 2) da sujeição a suas próprias e profundas vinculações internas; 3) do uso, ou ameaça do uso, da força.<sup>134</sup>

Dye ao mapear os modelos de análise de políticas públicas, assim explica a Teoria de Easton:

As forças geradas no meio ambiente e que afetam o sistema político são consideradas *inputs*, ou entradas. O meio ambiente é qualquer condição ou circunstância definida como externa às fronteiras do sistema político. O sistema político é o conjunto de estruturas e processos inter-relacionados, que exerce funções oficiais de alocar valores para a sociedade. Os *outputs*, ou saídas, do sistema político são as alocações oficiais de valores do sistema; essas alocações, por sua vez, constituem a política pública.<sup>135</sup>

A figura a seguir, elaborada por Dye, ilustra e resume as definições supra.

Figura 1. Modelo Sistêmico



As políticas públicas, sob esse prisma, revelam-se como resultados (*outputs*) de uma dinâmica que se processa no interior do sistema político, que, ademais, contribui para influenciar condutas futuras, retroalimentar o sistema, permitindo-lhe manter-se mesmo diante das situações de tensão que terá de enfrentar, pois,

[...] é característica primordial de todos os sistemas a sua capacidade de adotar uma ampla série de ações positivas, construtivas e inovadoras para desviar ou absorver qualquer força ou desvio do seu equilíbrio. Não é forçoso que o sistema reaja ante uma perturbação, oscilando em torno de um ponto equilíbrio anterior e passando a outro novo. Pode fazê-lo tratando de modificar o ambiente [...]; pode tratar de se isolar contra outras influências do ambiente; ou seus membros podem inclusive transformar fundamentalmente suas relações, metas e práticas de modo que melhorem

<sup>134</sup> DYE, Thomas R. *Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas*. p. 11-30. Trad. Francisco G. Heidemann. In: HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. (Original: DYE, Thomas R. *Models of politics: some help in thinking about public policy*. In: \_\_\_\_\_. *Understanding public policy*. 11 ed. New Jersey: Prentice Hall, 2005.)

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 124-125.

suas perspectivas de manejar os inputs do ambiente. O sistema dispõe desses recursos e outros meios para regular de maneira criativa e construtiva as perturbações que o atingem.<sup>136</sup>

Ao cabo, será preciso agregar que as demandas que o sistema processa não são somente aquelas advindas de um ambiente que lhe é externo. Existem demandas que partem do próprio sistema político (*withinputs*). Assim que, da visão sistêmica, as políticas públicas, podem ser percebidas

[...] como respostas, ou seja, *outputs* que expressam o processamento, pelo sistema político, não só de *inputs* originários do meio ambiente, mas, frequentemente, de *withinputs*, que correspondem a demandas originadas no interior do próprio sistema.<sup>137</sup>

Essa compreensão das políticas públicas traz consigo algumas ideias que reforçam a hipótese esboçada neste trabalho. Primeiramente, que as políticas públicas, são o resultado de um processo que é político por natureza, ou seja, resultam de uma escolha que envolve contrapor interesses e valores que são conflitantes, na maior parte das vezes. Ademais, embora concebidas como produtos, elas não o são sob um ponto de vista estático, imutável, acabado, mas, retroalimentam o próprio sistema político, de forma que, ao mesmo tempo, são produtos e *inputs* para a conformação e equilíbrio do sistema político, sofrem as influências e influenciam o ambiente em que se processam.

A construção da noção de política pública que resulta da abordagem sistêmica é uma construção a partir de experiências teóricas e valorativas próprias dessa abordagem, de tal maneira que ela destaca, articula e integra elementos do processo de observação político-social, em detrimento de outros. Isto porque, as políticas públicas “não são um fenômeno que se auto-defina, mas uma categoria analítica”, que existe não por intuição, mas por interrogação de fenômenos que são sobretudo políticos.<sup>138</sup>

<sup>136</sup> EASTON, David. *Categorías para el análisis sistémico de la política*. Disponível em: <[http://www.ucm.es/~info/fcpuno/fasoc/fprofesores/flecturas/feaston.pdf&ei=pqnkT8arLISQ9QSSp\\_DWCQ&usg=AFQjCNE8jaDc-4AMIWKha5QmrvVZRuqECA&cad=rja](http://www.ucm.es/~info/fcpuno/fasoc/fprofesores/flecturas/feaston.pdf&ei=pqnkT8arLISQ9QSSp_DWCQ&usg=AFQjCNE8jaDc-4AMIWKha5QmrvVZRuqECA&cad=rja)>. Acesso em 10 jun. 2012.

<sup>137</sup> Definição da autora retoma Easton, para quem *withinputs* são as demandas originadas no interior do próprio sistema político. (RUA, Maria das Graças. *As políticas públicas e a juventude dos anos 90*. In: CNPD. *Jovens Acontecendo na Trilha das Políticas Públicas*. Brasília, 1998)

<sup>138</sup> VILANUEVA. Luis F. Aguilar. *Estudo introdutorio*. p. 49. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006, p. 21-42.

### 1.2.2 Contribuições de uma visão jurídica: insuficiência e conformação de políticas pelo Direito

A discussão de um delineamento epistemológico das políticas públicas no Direito ganha volume à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em especial dos direitos sociais, que demandam do Estado garantias e medidas concretas com vista à criação de “modos de institucionalização das relações sociais que neutralizam a força desagregadora e excludente da economia capitalista e possam promover o desenvolvimento da pessoa humana”. Em verdade, o aumento de volume dessa discussão é reflexo de uma inflexão na forma de governar pelo Estado, da transição de um Estado soberano, entendido como autoridade, que governava via imposição de leis (*government by law*), em direção a um Estado que atua conjuntamente com a sociedade, que planeja o futuro por meio de políticas de horizontes temporais distintos (*government by policies*), na tentativa de dar cabo da complexidade social em que está inserido.<sup>139</sup>

Maria Paula Dallari Bucci, dedicando-se a encontrar um conceito para as políticas públicas a partir do Direito, afirma que elas trazem em seu bojo elementos estranhos às ferramentas conceituais puramente jurídicas, pois envolvem as relações entre a política, a ação possível do Poder Público e, haja vista seu conteúdo, requerem necessária abertura do Direito à interdisciplinaridade. A propósito, dentro do próprio Direito, o tratamento das políticas públicas envolve a Teoria do Estado e dos direitos constitucional, administrativo ou financeiro<sup>140</sup>. Com isso, ela conclui que as políticas públicas não são “categoria definida e instituída pelo Direito, mas arranjos complexos, [...] que a ciência do Direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico”.<sup>141</sup>

De fato, as políticas são arranjos complexos, reflexo, em especial, da realidade da ação estatal que conforma seu objeto de estudo e, do seu conteúdo, que guarda componentes de ação estratégica, incorporando elementos sobre a ação necessária e possível do Estado diante de uma conjuntura observada, um objetivo estabelecido ou um futuro projetado.

---

<sup>139</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria P. Dallari (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 1; 47.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 31.

Segundo Carvalho Filho, o tema das políticas públicas relaciona-se com o “sistema de instituições políticas e das instituições administrativas, bem como com as facetas das interações existentes entre elas”. Elas - as políticas públicas - “são as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades”.<sup>142</sup>

Por conseguinte, a compreensão da política pública não caminha na mesma direção da norma tradicional, que está alicerçada na coerção, mas na direção de uma razoabilidade estratégica, que possibilita novos posicionamentos frente à realidade, negociação rumo a um equilíbrio de interesses, estabelecimento de metas, caminhos, que vinculam não só o Estado, ou seus agentes, mas os agentes econômicos, a sociedade como um todo e os particulares. Assim, a discussão das políticas públicas não se resume ao conteúdo, tampouco à validade das normas e atos que as compõem. Todavia, mesmo não se resumindo a normas e atos, ela acaba por englobá-los como elementos constitutivos.<sup>143 144</sup>

Reconhecidos esses limites, Bucci chega a uma noção de política pública como:

[...] programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de

<sup>142</sup> As diretrizes originam a atuação dos órgãos; as estratégias apontam meios para a consecução das metas; e estas, obtidas a partir de processo de priorização e escolha das ações que constituirão a atuação concreta para a consecução de fins políticos, constituem os objetivos a serem alcançados. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas Públicas e pretensões jurídicas determinativas*. p. 110-111. In: FORTINI, Cristina et alli (org.). *Políticas públicas possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Forum, 2008).

<sup>143</sup> “Mas se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política aparece, antes de tudo, como uma atividade isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”. (COMPARATO, Fabio Konder, 1997, p. 353, *apud* BUCCI, Maria P. Dallari (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 23.)

<sup>144</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. p. 57-58 In: BUCCI, Maria P. Dallari (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.<sup>145</sup>

A ideia supra traz consigo três elementos que seriam constitutivos da política pública: a ação-coordenação, o processo e o programa. O primeiro reflete a consideração de que a política pública impõe a compreensão da ação do Poder Público no seu conjunto, contemplando, portanto, a ação-cooperação seja no interior do Estado, entre órgãos, entes federativos, entre Poderes, seja entre organismos da sociedade civil e o Estado. A ideia de processo, por sua vez, “conota sequência de atos tendentes a um fim, procedimento, agregado do elemento contraditório”. Por fim, a ideia de programa guarda o sentido da política como produto (*output*). Afinal, é o programa que fornece o desenho da política pública, é o meio para aplicar a sua concepção. Ele contém o conjunto de metas articuladas cujo escopo último é impulsionar a máquina do governo, com vistas à realização de objetivo de ordem pública ou, sob o enfoque jurídico, concretizar um direito ou realizar um objetivo.<sup>146</sup>

A centralidade da compreensão das políticas públicas a partir da ótica atividade-programa também pode ser extraída das contribuições de Sonia Draibe, para quem as políticas públicas seriam

[...] conjunto de ações e programas continuados no tempo, que afetam simultaneamente várias dimensões das condições básicas de vida da população [...]. A definição de Duran é mais exata, pois, segundo ele, ‘uma política é a busca explícita e racional de um objetivo graças à alocação adequada de meios’ [...]. A aproximação com Comparato é evidente, pois, para ele, política pública ‘aparece, antes de tudo, como atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado’. O que dá unidade à política é sua finalidade. [...] Um único programa não chega a caracterizar uma política pública, sendo preciso o conjunto articulado de programas operando para a realização de um objetivo. [...]<sup>147</sup>

A ideia de programa, embora não defina a totalidade da compreensão das políticas públicas, é um de seus elementos centrais sob as lentes jurídicas, em especial a partir das reflexões de Bucci, uma vez que exterioriza a dimensão material da política pública. Dos programas constam os objetivos concretos da política, seus elementos operacionais e instrumentais, arranjos político-administrativos, meios financeiros e outros recursos. Paradoxalmente, é justamente

<sup>145</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. p. 39. In: BUCCI, Maria P. Dallari (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 44-45.

<sup>147</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. p.63. In: BUCCI, Maria P. Dallari (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

da análise dos programas que emerge o reconhecimento de que o seu conteúdo extrapola, no mais das vezes, os instrumentos de formalização jurídica.<sup>148</sup>

Em tempo, deve ser inserido outro elemento, complementar aos demais apresentados, acerca da discussão das políticas públicas, qual seja a existência de uma associação entre elas e a noção de serviço público. Isto porque, segundo Massa-Arzabe, considerando-se a definição francesa, plasmada por Duguit, de que de serviço público engloba toda a atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, este sempre está inserido numa política pública<sup>149</sup>. A partir dessa visão, por conta do caráter finalístico, as políticas públicas pertenceriam ao âmbito da governança<sup>150</sup>, ao processo de governar, atingindo a estrutura de organização e gestão do poder, que outrora centrada na figura do Estado como ator unitário, se apresenta hoje nas relações em que ele – o Estado - trava com a sociedade e com os indivíduos particulares, além do reconhecimento de que seu agir também é fruto das relações que se dão no seu interior.

Reconhecendo, ademais, o elemento supra, a autora sintetiza a noção de políticas públicas,

---

<sup>148</sup> Bucci apresenta uma comparação didática entre princípios do Direito e políticas públicas: enquanto os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas, por seu turno, são proposições que descrevem objetivos concretos. (BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria P. Dallari (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44-45).

<sup>149</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão judicial das Políticas públicas, p. 55. In: BUCCI, Maria P. Dallari (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>150</sup> A ideia de governança surge como “um modo de governar, em sentido largo, no qual a ação pública (construção de problemas públicos, das soluções e de suas formas de implementação) não mais passa pela ação de uma elite político-administrativa relativamente homogênea e centralizada [...], mas pela coordenação de múltiplos níveis e múltiplos atores, onde o resultado, nunca certo ou seguro, depende da capacidade dos atores públicos e privados, de definir um espaço comum de sentidos [...]” (ibidem, p. 59)

sempre sob o ângulo da atividade, como conjunto de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e de objetivos social e juridicamente relevantes, notadamente plasmados na distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos.<sup>151</sup>

De posse dessa definição, Massa-Arzabe aduz que existe um direito das políticas públicas, aplicado a implementar programas de ação postos pelo Estado para atender as finalidades diversas, ordenando o presente rumo a um futuro socialmente desejado.

Contudo, parece mais consistente a conclusão de Bucci. Ela, considerando o caráter multidisciplinar, resultado da realidade do processamento e do conteúdo das políticas públicas, afirma ser difícil consolidar num conceito, obtido a partir das ferramentas fornecidas pelo Direito, tudo o que elas encerram - “elas guardam elementos estranhos às ferramentas conceituais jurídicas, tais como dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público visa atingir por meio do programa de ação”. Ademais, Bucci reconhece que o conceito que propõe não captura outra máxima – a de que tanto o Direito quanto as políticas públicas (*polícies*) são permeados pela política (*politic*). De que serviriam, então as tentativas de sistematizar um conceito para a compreensão das políticas públicas à luz do Direito? Ora, para aproximar o pesquisador do problema central das políticas públicas, qual seja a compreensão do processo decisório governamental, moldado a partir do enfrentamento de questões políticas; que merece relevância à medida que é sobre o Direito que se assenta o quadro institucional no qual atua uma política pública.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*, p. 68. In: BUCCI, Maria P. Dallari (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>152</sup> Além das dificuldades epistemológicas, outra questão aflora no âmbito da discussão jurídica em torno das políticas públicas - as dificuldades do controle judicial, que corroboram o entendimento esposado por Bucci. Isto porque, considerada a sua natureza de atividade, o que a afasta da noção tradicional de objeto do Direito, a política pública não é nem norma, nem ato, apesar de ambos estarem contidos em si, acarretando em duas ordens de dificuldades para o controle judicial: uma oriunda da teoria geral do direito, pela necessidade ou de conceber a política pública como categoria jurídica nova, ou manter a ordem jurídica tradicional, mudando-se a perspectiva aproximando-se da política, da economia e da dinâmica social; e, outra, de cunho jurídico-institucional, pela possível afronta à separação dos poderes, principalmente na interferência do judiciário na discricionariedade administrativa. (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*, p. 226-227. In: FORTINI, Cristina et alli (org.). *Políticas públicas possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Forum, 2008.)

De fato, as políticas públicas têm distintos suportes legais, se expressam em disposições constitucionais, leis ou normas infralegais – como decretos e portarias, assim como por instrumentos jurídicos de outra natureza, como os contratos de concessão de serviço público<sup>153</sup>. Na maior parte das vezes, é na legislação infraconstitucional que se encontram os elementos constitutivos de uma política pública específica, quais sejam: a sua finalidade; os princípios que devem observar; as diretrizes; a forma de organização e gestão; as ações governamentais, com atribuições de deveres e competência; e, a identificação das fontes de recursos financeiros.

### 1.2.3 Políticas de Estado e de governo

Considerando o suporte normativo para existência das políticas públicas, Bucci afirma que aquelas elencadas na Constituição seriam políticas de Estado, de horizonte temporal mais dilatado, enquanto que as meramente contidas na legislação ordinária, de prazo mais reduzido, chamar-se-iam políticas de governo. Mas, reconhece tratar-se de uma dicotomia um pouco forçosa<sup>154 155</sup>. Heideman aponta que as políticas de Estado teriam caráter particularmente estável e obrigariam todos os governos de um Estado em particular a implementá-las, independentemente dos mandatos que os eleitores lhes confiasse.<sup>156</sup>

Há, ainda, uma dicotomia de quem defende que as agências reguladoras deveriam executar e defender as políticas de Estado, ao passo que os políticos eleitos, interessados em implementar suas políticas de governo, não deveriam

---

<sup>153</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria P. Dallari (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>155</sup> Marques Neto, na mesma linha, acrescenta: a) políticas de Estado são aquelas definidas, por Lei, no processo complexo que envolve o Legislativo e o Executivo. Nelas vêm consignadas as premissas e objetivos que o Estado brasileiro, num dado momento histórico, quer ver consagrados para um dado setor da economia ou da sociedade. As políticas de Estado não de ser marcadas por um traço de estabilidade, embora possam ser alteradas para sua adequação a um novo contexto histórico, bastando para isso a alteração no quadro legal. Políticas de governo são os objetivos concretos que um determinado governante eleito pretende ver impostos a um dado setor da vida econômica ou social. Dizem respeito à orientação política e governamental que se pretende imprimir a um setor. Não de estar adstritas, obviamente, às políticas de Estado. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*. São Paulo: Associação Brasileira de Agências Reguladoras, 2003. Disponível em: <<http://www.cspe.sp.gov.br/downloads/secoes/noticias/ABAR.zip>>. Acesso em: 4 ago. 2009)

<sup>156</sup> HEIDEMANN, Francisco. *Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento*. p. 30. In: HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

comprometer aqueles objetivos de mais longo prazo<sup>157</sup>. A bem da verdade, essa divisão entre dois tipos de políticas estabelece uma linha entre as ações mais permanentes do Estado, que seriam aquelas definidas na constituição e nas leis, e os objetivos mais temporais de um governo, declarados em sua plataforma política<sup>158</sup>. Contudo, embora essa divisão pareça evidente no discurso, ela, na prática, se revela frágil ou mesmo ilusória. Os governos não raramente organizam coalizões para mudar ou levar a cabo as suas plataformas, o que torna nebulosa a política. Ademais, o conteúdo contido nas leis e na Constituição, ao serem operacionalizados, conferem margem discricionária tanto a governos quanto a administradores ou reguladores na definição da prática da ação estatal.

#### 1.2.4 A abordagem em ciclos e os seus limites

A abordagem das políticas públicas em ciclos ou etapas é própria de uma percepção político-administrativa que enxerga o processo político como uma série de atividades, com vistas à compreensão não do conteúdo das políticas públicas, mas, antes, dos processos pelos quais elas são desenvolvidas, implementadas e mudadas. Assim, o ciclo conceitual das políticas públicas compreenderia pelo menos quatro etapas: a primeira destinada à tomada da decisão política; uma segunda, de implementação, para dar concretude à decisão anterior; seguida de uma verificação da execução; e, por fim, a avaliação dos resultados atingidos.<sup>159</sup>

Para Flexor e Leite, as políticas públicas iniciam-se com a identificação de um problema e a construção de uma agenda envolvendo diversos atores; passam pela formulação, que é a transformação de um problema em solução ou em alternativas; a implementação, por sua vez, representa um processo pelo qual as decisões acomodam-se à realidade, ajustam-se ao campo de aplicação e se inscrevem nas

---

<sup>157</sup> PÓ, Marcos Vinicius. *O jogo regulatório brasileiro: a estabilidade contratual para além da autonomia das agências*. Tese Doutorado. 2009.

<sup>158</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*. São Paulo: Associação Brasileira de Agências Reguladoras, 2003. Disponível em: <<http://www.cspe.sp.gov.br/downloads/secoes/noticias/ABAR.zip>>. Acesso em: 4 ago. 2009.

<sup>159</sup> HEIDEMANN, Francisco. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. p. 30. In: HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

rotinas dos agentes que implementam a política; e, finalmente, a avaliação é uma função que consiste em apreciar os efeitos atribuídos à ação do governo.<sup>160</sup>

Enrique Saravia, por sua vez, também enumera macro-etapas do processo de política pública. O processo se inicia com a inclusão de uma demanda ou pleito social na agenda; na fase de elaboração, o problema é identificado e delimitado e são determinadas as possíveis alternativas para sua solução; a formulação envolve a seleção e a especificação da alternativa considerada mais conveniente, seguida da declaração que explicita a decisão adotada; a implementação, por conseguinte, encerra o planejamento e a organização do aparelho administrativo e dos recursos humanos, financeiros, materiais e tecnológicos para executar a política; execução; acompanhamento; e, por último, avaliação. O referido autor, a propósito, pondera que a divisão por etapas é uma esquematização teórica. Na prática, o que determina a prioridade de determinada política pública não é apenas a racionalidade técnica, mas o poder político dos diferentes setores da vida social e sua capacidade de articulação dentro do sistema político.<sup>161</sup>

Frey, por conseguinte, sugere cinco fases de análise do ciclo político: a primeira envolve a percepção e definição de problemas; seguida da adoção de uma agenda para a sua discussão; a terceira refere-se à elaboração de programas e a decisão propriamente dita; uma quarta etapa direciona os esforços para a implementação da política estabelecida; e, finalmente, a última etapa refere-se à avaliação e às correções que se fizerem necessárias. Entretanto, a divisão por etapas é mais uma esquematização teórica do que ocorre na prática, especialmente em programas políticos mais complexos, cuja dinâmica é alimentada por reações mútuas dos atores envolvidos.<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> FLEXOR, Georges G. & LEITE, Sergio P. *Análise de políticas públicas: breves considerações teórico-metodológicas*. In: LIMA, Eli de Fátima; DELGADO, Nelson & MOREIRA, Roberto (orgs.). *Mundo rural: configurações sociais, poderes e políticas*. Rio de Janeiro: MAUAD, 2007.

<sup>161</sup> SARAVIA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*. Brasília: ENAP, 2006, vol. I, p. 21-42.

<sup>162</sup> FREY, Claus. *Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. Planejamento e Políticas Públicas, nº 21, Jun, 2000, p. 226.

Enfim, Dye apresenta um esquema do processo político-administrativo resumido nas seguintes etapas: identificação do problema, quando se tornam manifestas as demandas a requerer a ação dos governos; a inserção na agenda, quando os temas são reconhecidos como necessidades a serem enfrentadas; a formulação de propostas políticas, por meio do desenvolvimento de proposições de resolução dos problemas; a legitimação da política, quando uma proposta é selecionada e se articula apoio político em torno dela; a implementação da política, momento em que a burocracia, na maior parte das vezes, organiza a prestação dos serviços, provê pagamentos ou cria restrições; e, por último, a avaliação, momento em que o estudo do que fora realizado busca reconhecer seus impactos para propor ajustes e mudanças.<sup>163</sup>

De todas essas etapas e divisões não interessa reconhecer a melhor ou a mais fiel à realidade. Tampouco, caberia fixar um número exato de quantos momentos se pode dividir o processo que envolve a consecução das políticas públicas. Elas foram trazidas a este debate com a finalidade de apontar que o processo de políticas pode, de fato, ser dividido em um momento de tomada de decisão e outro de implementação da decisão que fora estabelecida. Contudo, tal divisão por etapas é uma esquematização teórica, uma simplificação do que na prática se verifica. Em verdade, em todos os momentos as políticas são impactadas pelas demandas, apoios e contingências que o ambiente político impõe, o que implica que elas habitualmente ocorrem de forma improvisada e desordenada, determinada pela capacidade do poder político de articulação.<sup>164</sup>

Kingdon no excerto a seguir expõe com clareza essa ideia

[...] os eventos não ocorrem organizadamente em estágios, passos ou fases. Em vez disso, dinâmicas independentes que fluem pelo sistema ao mesmo tempo, cada uma com vida própria e similar às outras, unem-se quando se abre uma janela de oportunidade. Dessa forma, os participantes não identificam primeiro o problema para depois buscarem soluções para eles; na verdade, a defesa de soluções frequentemente precede a atenção aos problemas aos quais são associadas. As agendas não são estabelecidas em primeiro lugar, para depois serem geradas as alternativas.

---

<sup>163</sup> DYE, Thomas R. *Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas*. p. 11-30. Trad. Francisco G. Heidemann. In: HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 104.

<sup>164</sup> SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. p. 35. In: SARAIVA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*. Brasília: ENAP, 2006, vol. I, p. 21-42.

Em vez disso, as alternativas devem ser defendidas por um longo tempo antes que uma oportunidade de curto prazo se apresente na agenda. Os eventos não necessariamente procedem na mesma ordem [...]; pelo contrário, muitas coisas acontecem separadamente em cada caso, para depois se unirem em momentos críticos.<sup>165</sup>

Essa consideração restará mais evidente e clara quando se abordar a literatura acerca da implementação. Detenhamo-nos nas etapas de formulação e implementação, haja vista que guardam relação direta com os objetivos deste trabalho.

#### 1.2.5 A formulação da política: modelos de análise das decisões político-administrativas e das políticas públicas

A formulação de políticas públicas envolve um conjunto de processos, que inclui a identificação dos problemas que demandam atuação e intervenção estatal, o estabelecimento de uma agenda<sup>166</sup> para a discussão do problema, a especificação de alternativas e proposição de soluções, a realização dos estudos necessários a delimitar as soluções propostas, uma escolha final entre as alternativas, a explicitação dos objetivos que se pretende alcançar mediante materialização de uma decisão.

De maneira geral, é na etapa da formulação que reside a maior curiosidade de análise das políticas públicas e onde, por conseguinte, estão concentrados o maior número de modelos referenciais e abordagens para tratá-las (racional; incremental; institucional; inspirados em processos, grupos, elites, jogos, opções políticas - *public choice*, etc).<sup>167</sup>

<sup>165</sup> KINGDON, John. *Juntando as coisas*. p. 240 In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*. Brasília: ENAP, 2006, vol. I.

<sup>166</sup> Agenda pode significar várias coisas: pauta de uma reunião; plano de organização; conjunto de propostas; etc. Aqui, ele é utilizado na acepção de Kingdon, como “lista de temas e problemas que são alvo em dado momento de séria atenção, tanto da parte das autoridades governamentais como de pessoas de fora do governo, mas estreitamente associadas às autoridade”. (KINGDON, John. Como chega a hora de uma ideia? p. 222 In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*. Brasília: ENAP, 2006, vol. I.)

<sup>167</sup> HEIDEMANN, Francisco. *Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento*. p. 34 In: HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

Para os objetivos fixados neste trabalho, não interessa visitar cada modelo em particular, em que pese o fato deles trazerem consigo elementos que auxiliariam a desvendar o emaranhado que constitui as políticas públicas<sup>168</sup>. Por ora, basta reiterar que é na formulação que se dá a decisão política; que, em geral, se estabelecem os objetivos e metas, os meios para atingi-las e se reservam os

---

<sup>168</sup> Os modelos são representações simplificadas de aspectos do mundo real. Aplicados às políticas públicas, visam simplificar e esclarecer ideias, identificar aspectos importantes de questões político-sociais, ajudar na comunicação, focalizar aspectos essenciais, direcionar esforços, propor explicações e prever consequências, de maneira que não são mutuamente excludentes ou competitivos entre si, mas, ao contrário, focalizam aspectos distintos da vida política. Eis algumas ideias sobre os modelos de decisão e sua aplicação às políticas públicas: a) ator racional: percebe o curso da política como o resultado de um movimento de uma escolha racional (*rational choice*), onde decisores e operadores são vistos como atores cujas ações estão direcionadas a maximizar valores e interesses e minimizar custos, depois de terem levantado e conhecido toda informação pertinente e construído um *ranking* de seleção relevantes. Os críticos desse modelo, em especial Simon, salientam que a racionalidade no mundo real é limitada, que “os indivíduos não buscam decisões racionalmente ótimas, maximizantes, perfeitas, conforme requerem os pressupostos teóricos da ciência econômica; para Simon, os indivíduos tomam decisões que lhes são satisfatórias, mesmo que elas sejam pouco racionais sob o ponto de vista estritamente econômico.” b) análise incremental: a partir dos limites da análise racional, agrega a ela outros elementos, e vê a política pública como um processo incremental, com pouca ou nenhuma organização, isto é, ela não parte do zero e sim de decisões incrementais que desconsideram mudanças políticas ou mudanças nos programas de governo. As decisões dos governos seriam apenas incrementais e pouco substanciais. Lindblom é o seu maior expoente. c) *mixed scanning*: Etzioni busca conciliar os processos direcionadores racionais básicos da formulação de políticas com os processos incrementais. Segundo ele, eles últimos podem preparar decisões fundamentais e pô-las em prática. d) Modelo *Garbage Can* ou Lata de Lixo: advoga que soluções procuram por problemas, de modo que a compreensão do problema e das soluções é limitada e as organizações operam em um sistema de tentativa e erro; f) modelo de coalizão de defesa: a política pública seria um conjunto de subsistemas relativamente estáveis, que se articulam com os acontecimentos e os recursos de cada política pública. Cada subsistema que integra uma política pública é composto por um número de coalizões de defesa que se distinguem pelos seus valores, crenças e ideias e pelos recursos de que se dispõe; g) arenas sociais defende que para que se transforme em um problema, é preciso que as pessoas se convençam de que algo precisa ser feito. Três são os mecanismos para chamar atenção dos decisores e formuladores de política pública (i) indicadores de dimensão do problema; (ii) desastres ou repetição continuada do problema; (iii) informações que mostram as falhas da política atual e seus resultados medíocres); h) equilíbrio interrompido com base em noções de biologia (interrupção por instabilidade) e computação (informações paralelas), os subsistemas de uma política pública permitem ao sistema político decisório processar as questões de forma paralela, fazendo mudanças a partir de experiência de implementação e avaliação, e somente em período de instabilidade ocorre mudança mais profunda; i) gerencialismo público e ajuste fiscal que defende a política fiscal restritiva de gasto tem a eficiência como o objetivo principal de qualquer política pública, sempre com análise racional e o elemento credibilidade (transparência no anúncio de uma política pública); j) processos organizativos: vê a política como um processo organizacional, que se configura e origina no marco do conjunto das organizações públicas, com redes de informação próprias, hierarquias, funções, repertórios e procedimentos, por meio de uma visão de que as políticas se acomodam ao que as organizações podem, de fato, realizar, de maneira que o desejável é, também o factível, pragmático. (HEIDEMANN, Francisco. *Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento*. p. 36 In: HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009; HOCHMAN *et alii*. *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. Capítulo 2)

recursos para tanto. É, portanto, nesse momento que se concentram os maiores embates em torno dos problemas que a política visa a enfrentar.

#### 1.2.6 Implementação: a política em ação

A implementação das políticas públicas não tem merecido tantos estudos quanto a formulação. Por muito tempo teria reinado a visão de que as decisões políticas teriam impacto direto, automático, após o seu estabelecimento<sup>169</sup>. Todavia, a implementação de uma política deve ser concebida como um esforço para se obter cooperação entre os atores responsáveis por promovê-la, o que requer participação e diálogo<sup>170</sup>. Esse pensamento diz muito para a ideia adotada nas hipóteses deste trabalho.

Nessa linha, Hill enfatiza que é preciso ser cético e crítico em relação a uma distinção amplamente utilizada na retórica política, ligada à ideia de que alguns atores têm responsabilidade de tomar as decisões, enquanto outros cuidam de pôr em prática as políticas estabelecidas. Para ele, esse discurso encobre a realidade de quem quer fazer da retórica a realidade, de quem pretende esquivar-se das decisões que tomou ou imputar a outrem a responsabilidade sobre as medidas que não efetivaram objetivos e expectativas originais<sup>171</sup>. Justamente por isso, o autor envereda-se por aprofundar o estudo dessa etapa do ciclo da política.

De início, ele apresenta a distinção entre duas abordagens: uma “de cima para baixo” (*top-down*); e outra “de baixo para cima” (*bottom-up*).

A ideia da implementação separada da formulação é enfatizada na perspectiva “de cima para baixo”, em que o processo de implementação é entendido como “as ações de indivíduos (ou grupos) privados ou públicos, direcionadas à consecução de objetivos previamente estipulados por decisões políticas”<sup>172</sup>. Essa visão, enraizada no modelo de estágios ou ciclos da política, apregoa que o ato de implementação pressupõe um ato anterior, qual seja o de formular o que será realizado.

---

<sup>169</sup> HEIDEMANN, Francisco. *Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento*. p. 37 In: HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

<sup>170</sup> Ibidem.

<sup>171</sup> HILL, Michael. *Implementação: uma visão geral*. p. 61-89. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*. Brasília: ENAP, 2006, vol. I, p. 61-89.

<sup>172</sup> Ibidem, p. 63.

Contudo, algumas críticas devem ser dirigidas a essa visão. Primeiramente, a política é um “conceito escorregadio”, que traz consigo posicionamentos ou compromissos de difícil tradução em ações ou objetivos simples. Elas assumem, por exemplo, compromissos entre valores conflitantes, não estáticos, cuja operação se estende até a sua transformação em ação, além de, muitas vezes, serem moldadas sem dar atenção às forças subjacentes que poderão prejudicá-las. Em alguns casos, elas são propositalmente obscuras, complexas e ambíguas - políticas simbólicas, “formuladas sem nenhuma intenção concreta de implementação”.<sup>173</sup>

Os políticos, muitas vezes, desejam ser vistos por apoiarem determinados ideais ou objetivos, sem efetivamente fazerem nada por eles. Qualquer sistema em que haja uma separação clara entre a formulação e a implementação de políticas [...] oferece oportunidades para a promulgação de políticas simbólicas.<sup>174</sup>

Considerando não ser objetiva a relação entre formulação e implementação, Hill caminha no sentido de considerar esta etapa como de “decisões inter-relacionadas”, a partir do que é difícil estabelecer uma fronteira nítida entre elas. Nesse sentido, concretização das políticas passa a ser vista como “uma rede sem muitas amarras, apesar de ser possível identificar algumas decisões fundamentais para determinar as principais questões políticas”. Ademais, é preciso destacar que muitas das decisões fundamentais são deixadas para o momento da implementação

[...] porque não há como resolver conflitos durante a fase de formulação de políticas; porque se considera necessário permitir que as decisões-chave sejam tomadas só quando todos os fatos estiverem disponíveis para os implementadores; porque se acredita que os implementadores [...] estão melhor preparados que outros para tomar decisões-chave; porque pouco se sabe previamente sobre o impacto das novas medidas; porque é sabido que as decisões diárias terão que envolver negociações e compromissos com grupos poderosos; porque se considera politicamente inadequado tentar resolver os conflitos.<sup>175</sup>

Justamente, a partir dessas considerações, Hill aponta que processo de elaboração de políticas frequentemente continua durante a fase de implementação, estabelecendo-se, em verdade, um vai e vem entre política e ações, realidade percebida sob o manto da abordagem “de baixo para cima”, que quer se afastar de uma visão hierárquica administrativa ou gerencial, para concentrar-se na complexidade da dinâmica relação que se estabelece entre atores que interagem

<sup>173</sup> HILL, Michael. *Implementação: uma visão geral*. p. 61-89. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*. Brasília: ENAP, 2006, vol. I, p. 66-67.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 71.

para a implementação das políticas e que, por conseguinte, acabam tendo seus próprios interesses afetados por elas. Assim, formulação e implementação compõem um processo contínuo, passível de mudanças, a partir do que a própria noção de implementação passa a trazer em si certa ambiguidade.<sup>176 177</sup>

Em que pese as ideias supra arroladas, quais seriam as condições para uma implementação perfeita, fiel àquilo que fora estabelecido, decidido na etapa anterior? Saravia responde a essa questão, com Hogwood e Gunn:

[...] a implementação é possível se circunstâncias externas ao agente implementador não impõem obstáculos paralisantes; se o programa o dispõe de tempo adequado e recursos suficientes; se a combinação precisa de recursos está efetivamente disponível; se a política a ser implementada baseia-se numa teoria de causa-efeito válida; se a relação entre causa e efeito é direta e existem poucos, ou nenhum vínculo de interferência; se as relações de dependência são mínimas; se existem compreensão e acordo sobre os objetivos; se as tarefas estão totalmente especificadas e na sequência correta; se há perfeita obediência. Basta esse enunciado para perceber que essas precondições serão muito dificilmente satisfeitas na prática.<sup>178</sup>

Parada chegou a conclusões semelhantes, na tentativa de estabelecer quais seriam as características de uma política pública de excelência, que segundo ele: deveria ser amplamente fundamentada em termos de objetivos; ter seus custos e alternativas de financiamento bem delimitados; possuir fatores de avaliação de custos benefício social envolvidos; sofrer análise de prioridade frente a outras políticas; possuir consistência interna e agregada; mapear apoios e críticas prováveis; estar atenta às oportunidades políticas; estabelecer o lugar e as sequências das atividades que lhes são pertinentes; conter clareza e precisão de objetivos, instrumentos e indicadores. Contudo, como na maior parte das vezes, as políticas, por não guardarem todos esses elementos, se constituem um *second best*, em comparação a uma política ótima que não existe.

<sup>176</sup> Para exemplificar esse raciocínio, Hill cita o caso de um cozinheiro, que recebe ingredientes e receita para preparar uma refeição, destacando que embora atrelado aos meios e procedimentos que lhe foram oferecidos, lhe é permitido um grau de discricionariedade, na medida em que, por exemplo, o grau de cozimento será por ele determinado (HILL, Michael. *Implementação: uma visão geral*. p. 61-89. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*. Brasília: ENAP, 2006, vol. I, p. 76)

<sup>177</sup> O resultado, segundo Hill, é que muitos dos chamados problemas na fase de implementação da política “surgem porque há uma tensão entre as premissas normativas do governo [...], a luta e o conflito de interesses [...] que representam a realidade do processo pelo qual se obtém e mantém poder e influência para perseguir metas ideológicas.” (Ibidem, p. 86)

<sup>178</sup> HOGWOOD, Brian W.; GUNN, Lewis A. *Why perfect implementation is unattainable? Apud SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública*. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*. Brasília: ENAP, 2006, vol. I., p. 21-42.

Do exposto, tem-se que a implementação guarda consigo alguns dos desafios evidentes na fase de formulação da política, em especial o de lidar com os interesses contrapostos, o de decidir a alocação dos recursos escassos, o de fixar as metas e os objetivos, seja porque não foi possível ou não se quis esgotá-los na fase anterior, seja pela ocorrência de um fato superveniente, seja pela dificuldade interlocução entre os que formulam e os que implementam a política, etc. Essa visão guarda coerência com a percepção de que a política, em todas as suas etapas é conformada por um sistema político, conforme se viu em seção anterior.

Em resumo, não é forçoso concluir que a distinção entre formulação da política e sua implementação se baseia na capacidade de distinguir estágios na tradução da política em ação, que não pode ser considerada como elemento vital ou inevitável, tanto para a organização da vida política quanto para a abordagem das políticas públicas.

A combinação entre arranjos administrativos complexos a envolver descentralização de competências, a exemplo da relação que se estabelece entre o Poder Executivo Central e a Anatel, conforme se verá nos capítulos posteriores, contribui para uma visão menos rígida de implementação e revela que a complexidade organizacional é fonte de algum nível de discricionariedade no processo de consecução das políticas públicas.

### 1.2.7 Políticas Públicas e Instituições

Outro aspecto que merece singular consideração no âmbito deste trabalho é o papel desempenhado pelas instituições, uma vez que elas emanam ou condicionam as decisões que as políticas públicas encerram – “sua estrutura, seus quadros e sua cultura organizacional são elementos que configuram a política”.<sup>179</sup>

A discussão aqui deve partir do estabelecimento de dois enfoques de análise, igualmente relevantes, advindos de uma compreensão de instituição: de um lado, a restrição do foco às instituições governamentais, aos atores no âmbito do Estado; e, o segundo, à utilização de uma concepção abrangente de instituição.

---

<sup>179</sup> SARAVIA, Enrique. *Introdução à Teoria da política pública*. p. 37. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*. Brasília: ENAP, 2006, vol. I, p. 21-42.

### 1.2.7.1 Políticas Públicas e instituições governamentais

No que se refere à relação entre políticas públicas e instituições governamentais, Dye constata existir estreita relação haja vista que “uma política não se transforma em política pública antes que seja adotada, implementada e feita cumprir por alguma instituição governamental”. A propósito, são as instituições governamentais que dão às políticas públicas três características distintas: emprestam legitimidade às políticas; em segundo lugar, as políticas públicas envolvem universalidade, um dos princípios que norteiam a ação governamental; e, finalmente, por meio das instituições, o governo monopoliza a coerção na sociedade.<sup>180</sup>

Da mesma forma, Benson congrega a necessidade de análise das instituições governamentais para compreender as políticas públicas, requerendo-se sejam explorados três níveis de estrutura: primeiramente, a estrutura administrativa; o segundo, a estrutura de interesses que elas envolvem, que evidencia as relações subjacentes de poder; e, por último, nas normas da formação de estruturas<sup>181</sup>. A contribuição de Benson ganha apoio na literatura que se refere à formação de redes de políticas públicas (*policy networks*)<sup>182</sup>, em especial com Rhodes & Marsh<sup>183</sup>, para quem elas resultam de uma cooperação, em especial comunicativa, mais ou menos estável e hierárquica, entre organizações e mesmo entre atores singulares que negociam, trocam recursos e informações e podem compartilhar normas e interesses num ambiente complexo. As redes envolvem, portanto, instituições, tanto do seio do Estado, quanto da sociedade civil, estabelecendo interações formais ou não (relações sociais, por exemplo), por meio das quais seus integrantes compartilham opiniões e valores comuns. Elas ganham importância face à determinação de conteúdo das políticas, em detrimento a processos e procedimentos formais. Por fim, revelam também que as fronteiras e delimitações

<sup>180</sup> DYE, Thomas R. *Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas*. p. 11-30. Trad. Francisco G. Heidemann. In: HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 102-103.

<sup>181</sup> BENSON, J. K. Interorganizational networks and policy sectors. *Apud* SARAVIA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. p. 38. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006, p. 21-42.

<sup>182</sup> Em língua inglesa, *policy networks*.

<sup>183</sup> RHODES, R. A. W.; MARSH, David. *Policy networks in British government*. Oxford University Press, 1992.

entre as burocracias estatais, os políticos e os grupos de interesse envolvidos na definição das políticas se desfazem.<sup>184</sup>

A partir da perspectiva de redes de atores a conformar as políticas, Celina Souza acrescenta que é preciso novamente lançar o olhar para os atores também no interior do Estado para perceber o processamento das políticas públicas. De maneira geral, as ações do Estado, levadas a cabo por seus funcionários, obedecem à lógica de buscar reproduzir o controle de suas instituições sobre a sociedade, reforçando sua autoridade, seu poder político e sua capacidade de ação e controle sobre o ambiente que o circunda<sup>185</sup>. Ademais, pode ocorrer de a burocracia estatal estabelecer políticas diversas das demandadas pelos atores sociais, posto que ela exerce o controle sobre um recurso de poder privilegiado, que é o acesso diferenciado à informação. Nessa perspectiva, as decisões públicas trazem, portanto, a marca dos interesses e das percepções que os atores no interior do Estado, em especial a burocracia, tem da realidade, consideração que entra em parte no âmago dos problemas de pesquisa inicialmente delineados nesta pesquisa e que adiante se continuará a desvendar.

Carvalho Filho retoma o jurista francês Debbasch para salientar que tanto instituições políticas quanto administrativas, interagem para a consecução das políticas públicas, posto que, em última instância, todas são instituições públicas e sofrem variações diversas.

No que tange à dependência, demonstra o autor (Debbasch) que as instituições administrativas não encontram suas finalidades em si mesmas, agindo no interesse geral tal como definido pelos órgãos políticos. Assim, tais instituições têm por objetivo de permitir que a vontade política seja concretizada e efetivada. Enfim, a administração é o meio de execução da decisão política. Acrescenta que, malgrado tal relação de dependência, possuem alguma autonomia por razões sociológicas e jurídicas. Sociologicamente, a administração tem um quê de permanência, encarnando o processo dinâmico do Estado, o que não ocorre com os órgãos políticos, dotados apenas de legitimidade temporária: por isso, espelha um sentimento de superioridade. Do ângulo jurídico, não se tem conseguido uma nítida linha demarcatória entre as funções a que se destinam. Além disso, se por um lado a administração não é totalmente livre para a escolha dos meios em face dos parâmetros fixados pelo poder

---

<sup>184</sup> Dentre outros tipos de redes, pode-se estabelecer um espectro caracterizado num extremo por comunidades de políticas públicas (*community network*), relativamente fechadas e marcadas por uma forte estabilidade das relações verticais entre organizações e, num outro extremo, por redes temáticas (*issue network*) envolvendo um número flutuante e grande de atores que estabelecem relações predominantemente horizontais.

<sup>185</sup> SOUZA, Celina. *Políticas públicas: questões temáticas e de pesquisa*, Caderno CRH 39: 11-24. 2003.

político, por outro há de remanescer um espaço dentro do qual posse exercitar semelhante poder, residindo aqui a área na qual se confere certa autonomia em relação ao poder político. [...] quer na trilha das instituições políticas, quer no âmbito das instituições administrativas, sempre se fará necessário um processo de opção ou escolha. E é nesse aspecto que surgem as políticas públicas, tanto no seio das primeiras quanto no das últimas.<sup>186</sup>

### 1.2.7.2 Apontamentos sobre a abordagem neoinstitucional

Longe de negar a existência do cálculo racional e da busca pelas preferências ou interesses individuais como fundamento das decisões políticas, a abordagem neoinstitucional afirma que esse cálculo ocorre dentro de uma concepção mais ampla que reconhece regras, papéis, identidades e ideias decorrentes de processos institucionais. Ela inova ao propor que não só indivíduos, organizações ou grupos têm força para influenciar as políticas públicas, mas também as regras formais e informais que regem as instituições e que acabam por moldar o comportamento dos atores.

Nesse caso, as instituições são definidas como procedimentos, protocolos, normas e convenções oficiais e oficiosas inerentes à estrutura organizacional da comunidade política ou da economia política<sup>187</sup>. Assim, guardando relação com o objeto, os limites e contornos da inserção das agências reguladoras é moldado por um conjunto de elementos formais e informais, que acabam por emprestar a elas característica própria e determinante do processo político de decisão que envolve as políticas públicas.

Finalmente, de tudo o que aqui se disse, deve restar claro, qualquer que seja a abordagem de análise das políticas utilizada, que elas não são atos voluntários, monolíticos, acabados, advindos da vontade de governos ou parlamentos, de movimentos sociais, de agentes empresariais, tampouco de agências reguladoras isoladas. As políticas públicas são processos socioculturais e político-econômicos complexos, eivados de conflitos, contradições e disputas<sup>188</sup> que evidenciam a

<sup>186</sup> PINTO, Élide Graziane. *Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre a execução orçamentária*. p. 110. In: FORTINI, Cristina et alli (org.). *Políticas públicas possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

<sup>187</sup> SOUZA, Celina. *Políticas públicas: questões temáticas e de pesquisa*. Cadernos CRH, nº 39, jul/dez, 2003. p 11-24. Disponível em: <<http://www.cadernocrh.ufba.br/include/getdoc.php?id=773&article=273&mode=pdf>>. Acesso em 20 set. 2010. SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias. Porto Alegre, ano 8, n 16, jul/dez 2006, p. 38.

<sup>188</sup> RAMOS, Murilo César. *Crítica a um plano nacional de banda larga: uma perspectiva da economia política das políticas públicas*. Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologia das Comunicações (CCOM). Universidade de Brasília (UnB).

importância do sistema político de decisão. Tampouco se resumem às disposições jurídicas com as quais se relacionam e às políticas sociais.<sup>189</sup>

### 1.3 A Regulação

A regulação é fenômeno igualmente complexo, difícil de se definir com clareza e precisão, pois, também ela, até certo ponto, possui um conteúdo aberto e designa uma forma não inteiramente predeterminada de atuação do Estado<sup>190</sup>. De maneira geral, ela engloba todas as formas de controle da vida social, seja intencional ou não, imposta pelo Estado ou outras instituições sociais, identificada como uma tentativa constante de alterar comportamentos de acordo com padrões predefinidos.<sup>191</sup>

Embora incida sobre qualquer objeto social - educação, saúde ou trabalho, por exemplo, o termo é utilizado com maior frequência no Direito brasileiro quando aplicado à economia<sup>192</sup>. Tanto é assim que Vital Moreira assenta o conceito de regulação a partir de três acepções, todas relacionadas à inserção do Estado na atividade econômica: em sentido amplo, ela é toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente de seus instrumentos e fins; num sentido menos abrangente, ela é a intervenção estatal na economia, por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada; e, por

<sup>189</sup> “O ponto de partida do estudioso do Direito deve ser o de que os arranjos institucionais complexos considerados como políticas públicas são conformados pelo Direito, embora não redutíveis a ele.” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. p. 254. In: FORTINI, Cristina et alli (org.). *Políticas públicas possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Forum, 2008.)

<sup>190</sup> COUTINHO, Diogo R. Entre eficiência e equidade. *Revista de Direito da FGV*. V. 1. Nº 2, P. 137-160, Jun-Dez 2005, p. 49.

<sup>191</sup> PROSSER, 2010, p. 2; “[...] any control system in art or nature must by definition contain a minimum of the three components [...] There must be some capacity for standard-setting, to allow a distinction to be made between more or less preferred states of the system. There must also be some capacity for information-gathering or monitoring to produce knowledge about current or changing states of the system. On top of that must be some capacity for behaviour-modification to change the state of the system [...] regulation is seen as encompassing all forms of social control, whether intentional or not, and whether imposed by the state or other social institutions.” (MORGAN, Bronwen e YEUNG, Karen. *An Introduction to Law and Regulation - Text and Materials*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007, p. 3-4)

<sup>192</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello (Coord.) *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 19-50.

fim, em sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada, por via de lei ou outro instrumento normativo.<sup>193</sup>

Por conseguinte, refletir-se-á neste trabalho a regulação a partir de sua interseção com a atuação do Estado no âmbito da economia.

No mais das vezes, a discussão acerca da regulação tem sido realizada de maneira simplista, em especial no que se refere aos aspectos políticos que ela envolve. Nesse diapasão, é preciso ir além da dimensão que considera a regulação como a simples imposição de condicionamentos ou ônus à atuação de um mercado livre, onde toda e qualquer imposição é sempre lastimável ou se justifica apenas para corrigir falhas de mercado. Ao contrário, é preciso enxergar o seu papel político-social, compreendido a partir da referência a diferentes sistemas de organização econômica e formas jurídicas que os mantêm.<sup>194 195</sup>

Com o objetivo de dar contorno estruturais à regulação, Anthony Ogus apresenta uma dicotomia em que propõe existirem “razões econômicas” e “razões não econômicas” para a regulação. Pelas primeiras, a ação regulatória estaria dirigida para fazer frente às falhas de mercado: os monopólios e monopólios naturais, os bens públicos e outras externalidades, as assimetrias de informação, a racionalidade limitada dos agentes econômicos e os problemas de coordenação. Por conseguinte, dentre as razões não econômicas estariam as que não envolvem a eficiência econômica puramente, mas que englobam preocupação em face da distribuição de renda e o bem-estar social.<sup>196</sup>

Bronwen Morgan e Karen Yeung aduzem que uma teoria (ou modelo) de regulação é um conjunto de proposições ou hipóteses sobre o porquê que ela ocorre, em que medida os atores que contribuem para que ela ocorra e como interagem esses atores. Elas propõem uma classificação tripartite que permite uma visão geral sobre as teorias da regulação, não só as forjadas no campo do Direito, mas também aquelas advindas da Sociologia, Economia e da Ciência Política.

---

<sup>193</sup> MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p.35. *Apud* FGV. *Direito Econômico Regulatório*. Vol. 2. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 91.

<sup>194</sup> PROSSER, Tony. Two vision of Regulation. In: *Regulation in the Age of Crisis*. University College Dublin, June 2010. p. 6. Disponível em: <<http://regulation.upf.edu/dublin-10-papers/1H1.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2011, p. 1.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>196</sup> COUTINHO, Diogo R. Entre eficiência e equidade. *Revista de Direito da FGV*. V. 1. Nº 2, p. 137-160, Jun-Dez 2005.

Considerando os objetivos deste trabalho, vale a pena uma visita rápida a essa sistematização. As autoras identificam três diferentes categorias fundamentais, onde, em todas elas, a regulação é entendida essencialmente como a intervenção do Estado na economia, lançando mão de elaborar e aplicar regras jurídicas: as teorias do interesse público; as teorias do interesse privado; e, as abordagens institucionalistas.<sup>197</sup>

### 1.3.1 Teorias do interesse público

As teorias do interesse público atribuem aos legisladores e aos demais agentes governamentais responsáveis pela criação e implementação da regulação o desejo de buscar objetivos coletivos no intuito de promover o bem-estar geral da comunidade<sup>198</sup>. Elas podem ser subdivididas em termos de objetivos relativos à eficiência econômica e políticos. As teorias que partem de objetivos econômicos de bem-estar (*welfare economics approaches*), em linhas gerais, justificam a regulação como uma resposta às falhas de mercado, para impulsionar as condições de funcionamento de um mercado perfeito e aumentar o bem-estar geral da comunidade<sup>199 200</sup>. Sob esse ponto de vista, a regulação é essencialmente instrumental, um meio para o fim de maximizar o bem-estar geral.<sup>201</sup>

A outra vertente teórica dentre as teorias do interesse público é a que parte de uma abordagem política (*substantitive political approach*), onde a busca pela eficiência econômica e a correção das falhas de mercado é substituída pela implementação de valores como justiça social e igualdade. As teorias agrupadas nesta vertente são, em geral, mais ambiciosas, por dois motivos: primeiro, porque englobam valores como justiça social e redistribuição, partindo de uma avaliação

<sup>197</sup> MORGAN, Bronwen e YEUNG, Karen. *An Introduction to Law and Regulation - Text and Materials*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007, p. 8; 16.

<sup>198</sup> “Public interest theories of regulation [...] attribute to legislators and others responsible for the design and implementation of regulation a desire topursue collective goals with the aim of promoting the general welfare of the community”. (ibidem, p. 17.)

<sup>199</sup> “We can see regulation as the necessary exercise of collective power through govern- ment in order to cure ‘market failures’ to protect the public from such evils as monopoly behavior, “destructive” competition, the abuse of private economic power, or the effects of externalities. Something like this account, explicitly or implicitly, underpins virtually all public-interest accounts of regulation. Regulation is justified because the regulatory regime can do what the market cannot.” (ibidem, p. 23)

<sup>200</sup> Laender informa que Anthony Ogus, na Inglaterra, e Gaspar Ariño Ortiz, na Espanha são autores que bebem desta visão. (LAENDER, Gabriel Boavista. *A separação de poderes e o processo de institucionalização das agências reguladoras de telecomunicações nos EUA e no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: UnB, 2009, p. 205)

<sup>201</sup> MORGAN e YEUNG, op.cit., p. 26.

crítica para justificar a regulação; em segundo lugar, porque também enfatizam o valor intrínseco da participação e do diálogo no processo regulatório<sup>202</sup>. Aqui, a regulação é uma expressão política de um dado objetivo social, em que a máquina estatal é vista sob o viés republicano de promoção do bem comum.<sup>203</sup>

Finalmente, outra linha teórica incluída pelas autoras entre as teorias do interesse público é a que inclui uma abordagem político-procedimental da regulação (*procedural political approaches*). Em verdade, ela decorre de críticas às teorias da vertente anteriormente citada, que se valem de valores subjetivos e noções cívico-republicanas para delimitar o conteúdo da regulação. A abrangência do desacordo moral e plural em torno dos valores que caracterizam as sociedades modernas acarreta ampla discussão sobre a legitimidade da regulação, razão pela qual existem abordagens em que o enfoque passa a ser a garantia de um processo político-deliberativo que privilegie o diálogo entre os atores de um dado regime regulatório<sup>204</sup>. Tony Prosser articula esse tipo de abordagem processual e busca “o estabelecimento de um espaço público composto por instituições desenhadas para

<sup>202</sup> “*Substantive political approaches. Emphasis on the law’s facilitative role in regulation may point to a possible limitation of economic conceptions of regulation, which do not explicitly incorporate values other than those concerned with achieving allocative efficiency. The underlying conception of the public interest underpinning welfare economic versions of theories of regulation is relatively narrow. They assume no more than that greater allocative efficiency in the use of society’s scarce resources will reduce economic waste and allow more individuals to pursue whatever they personally consider to be their own version of the good life, expressed in terms of their ability to pay. In other words, the collective welfare is defined exclusively in terms of efficient resource use. By contrast, ‘political versions’ of public interest theory are more ambitious, in two important ways. Firstly, values such as social justice, redistribution or paternalism may also figure in the critical assessment of what justifies regulation. Secondly, they place greater emphasis on the intrinsic value of participation through a process of dialogue. From this perspective, regulation is justified when it establishes institutions that can foster collective learning through a process of participatory dialogue. Political versions of public interest theories of regulation therefore adopt a more multi-faceted conception of the public interest than economic theories; one arrived at by deliberation, mutual interchange, dialogue and collective processes*”. (MORGAN, Bronwen e YEUNG, Karen. *An Introduction to Law and Regulation - Text and Materials*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007, p. 26-27)

<sup>203</sup> Segundo Morgan e Yeung, Cass Sunstein é um dos autores que representa essa vertente de teorias da regulação. (ibidem, p. 27)

<sup>204</sup> “*Sunstein’s approach to justifying regulatory intervention is based on substantive values other than economic efficiency. His approach rests essentially on civic republican notions of ‘virtue’. In other words, it relies on an implicit assumption that political systems define the content of collective agreement on certain ideas about what counts as ‘good’ in political, social and economic life. The extract from Sunstein above did not include any detail on the philosophical arguments underpinning his suggestions for the political goals and values that he argues justify regulation: we return to this briefly in Chapter 5. But the task of prescribing substantive visions of values that regulation can legitimately pursue is controversial, given the pervasiveness of moral disagreement and value pluralism that characterises modern societies. Such controversy might be avoided by focusing on deliberative processes and attempting to avoid prescribing the substantive political goals or values which regulation should pursue.*” (ibidem, p. 36-37)

permitir as condições ideais de comunicação descritas na filosofia política de Jürgen Habermas<sup>205</sup>. Os procedimentos deliberativos afetos à regulação resultam num diálogo que, ao encorajar os participantes a repensar e rever as suas opiniões e interesses, minimizam pressões e efeitos indevidos advindos das relações desiguais de poder. Os procedimentos deliberativos impulsionariam a regulação a perseguir o interesse público<sup>206</sup>, cumprindo à lei a missão de elaborar procedimentos adequados que promovam o diálogo participativo e estabelecer os limites de um espaço de interação livre e seguro entre os participantes da regulação.<sup>207</sup>

### 1.3.2 Teorias do interesse privado

As teorias do interesse privado apontam para certo ceticismo quanto à existência de um dito interesse público e percebem a regulação com o resultado das ações de indivíduos ou grupos com o objetivo de maximizar seus interesses. A disputa termina por beneficiar os interesses de determinado grupo social, coincidente ou não com o interesse público, e, muitas vezes, o grupo beneficiado nem sempre é aquele declarado como tal.<sup>208</sup>

Entre as correntes que integram a categoria, Morgan e Yeung identificam a economia política positiva, as análises econômicas centradas na relação agente-principal e a teoria da escolha pública (*public choice theory, principal-agent theory, e positive political economy approaches*). Todas elas tendem a enfatizar as falhas<sup>209</sup> e

<sup>205</sup> LAENDER, Gabriel Boavista. *A separação de poderes e o processo de institucionalização das agências reguladoras de telecomunicações nos EUA e no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: UnB, 2009, p. 231.

<sup>206</sup> “Rather, the procedures followed in such a dialogue should ideally enable or even encourage participants to reconsider and revise their views and interests as a result of the dialogue, and to so do without undue pressure from unequal power relations between the participants. In other words, there are certain constraints placed on regulatory procedures in this view of regulation, and these constraints, by minimising the effects of power inequalities, give regulation a ‘public interest’ flavour without specifying the substantive goals that justify regulation.” (MORGAN, Bronwen e YEUNG, Karen. *An Introduction to Law and Regulation - Text and Materials*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007, p. 37)

<sup>207</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>208</sup> “Private interest theories of regulation are premised on an assumption that regulation emerges from the actions of individuals or groups motivated to maximise their self-interest. On this view, regulation may or may not promote the public interest, but if it does, it is a coincidence. This is a central aspect of private interest theories, and means that any connection between regulatory intervention and the public interest is a contingent one, demonstrable through empirical and context-specific enquiry only.” (ibidem, p. 43)

<sup>209</sup> Há falha regulatória quando os custos coletivos da regulação superam os benefícios que ela traz. (ibidem, p. 43)

capturas<sup>210</sup> regulatórias e, tal como acontece com as vertentes de interesse público, também aqui é possível estabelecer uma fronteira entre abordagens políticas (*political private interest approaches*) e abordagens estritamente econômicas (*economic private interest approaches*).

As primeiras podem ser analisadas como uma forma mais rígida da versão processual da teoria de interesse político público, em que a regulação é o resultado da perseguição por vários grupos de suas versões particulares de interesse público, onde a disponibilidade de recursos – financeiros e políticos – desempenha um papel determinante à medida que inexistente um árbitro a impor restrições ao conteúdo da regulação. A forma e o procedimento são as arenas onde ocorre a regulação, a envolver um processo político marcado pela desigualdade de recursos.<sup>211</sup>

Por seu turno, as abordagens econômicas fundamentadas nas teorias de interesses privados de regulação são ainda mais céticas acerca da viabilidade e dos efeitos do interesse público na regulação. Isto porque elas veem a regulação e o próprio processo político através da lente da teoria econômica, na qual a regulação emerge como o produto da relação entre oferta de regulação (em que os agentes políticos são fornecedores) e demanda por regras favoráveis (em que grupos de interesse, grandes empresas e indivíduos são consumidores). Essa relação de oferta e demanda não seria mediada por um preço exposto monetariamente, mas pela capacidade de mobilização de recursos políticos e financeiros. A teoria da escolha pública (*public choice*) é a variante mais conhecida dessa abordagem e

---

<sup>210</sup> A Captura regulatória acontece quando o regulador, encarregado de promover bem-estar coletivo, desenvolve relações estreitas com os grupos que regula, promovendo os interesses deste grupo, em vez do interesse público da comunidade em geral. É uma forma em que falha regulatória pode acontecer. (MORGAN, Bronwen e YEUNG, Karen. *An Introduction to Law and Regulation - Text and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 43)

<sup>211</sup> “As with public interest approaches, a politically inflected version of the private interest approach can be distinguished from an economically grounded version. The political version might be thought of as a more ‘hard-headed’ version of the procedural version of political public interest theory represented by Prosser’s extract above. The vision here is one of regulation emerging from the cumulative results of various interest groups pressing their views to regulatory agencies and legislators. The emphasis is on regulation emerging from the actual process of this exchange of views, a perspective linked to political science ideas of ‘interest group pluralism’. In political versions of private interest theory, political outcomes, and the regulatory rules in which they are embedded, are the aggregate result of different groups pursuing their own versions of the public interest without any overall umpire imposing constraints on the content of those versions”. Stephen Croley é um dos expoentes dessa vertente. (ibidem, p. 44)

resume a lógica subjacente a esta visão do porquê de regulação acontece.<sup>212 213</sup>

### 1.3.3 Teorias institucionalistas

A terceira categoria, segundo Morgan e Yeung, reúne certo ‘amontoado’ de teorias, menos uniforme do que as categorias anteriores. Sob o signo institucionalista, as autoras agrupam as teorias que enfatizam a interdependência entre atores estatais e não estatais na produção da regulação, em busca tanto do benefício público, quanto do ganho privado, dentro dos regimes regulatórios. Segundo elas, essa abordagem busca capturar teorias em que as instituições (*rule-based spheres*) desempenhem um papel importante na explicação do porquê ou como a regulação acontece. Por ‘*rule-based spheres*’, as autoras entendem as organizações formais (agências reguladoras, empresas, atores do Estado, etc.), normas e rotinas nelas embutidas (análise de risco, custo-benefício, jurisprudência, etc.) ou ‘sistemas’, tais como os compreendidos pela teoria de sistemas (por exemplo, jurídicos, econômicos e políticos).

O que há de comum nas abordagens institucionalistas é que elas consideram que

[...] a dinâmica institucional possui, em certo sentido, uma ‘vida própria’ nos regimes regulatórios, de tal forma que muitas vezes elas moldam os resultados da regulação de maneira surpreendente, dadas as preferências e os interesses dos participantes da regulação. Um segundo fator comum que une as abordagens agrupadas sob esse rótulo é que, cada vez mais, elas amenizam as diferenças entre atores públicos e privados, entre interesses públicos e privados, diferenças estas que ocupam lugar central nas

<sup>212</sup> “We turn now to the economically grounded version of private interest theories of regulation. This approach is the most skeptical of all of the viability of public interest effects of regulation. This skepticism arises because these theories view the political process itself through the lens of economic theory. This is why some private interest approaches are given the label of ‘public choice’; they focus on how individual citizens collectively choose the rules that govern their affairs. Although this conceptualises the provision of regulation itself as if it were a good or service provided at the intersection of forces of supply and demand in the political arena, the word ‘public’ still recognises the collective and political nature of the outcomes. Economic versions of private interest theory use an analysis of the cost-benefit structure of collective action to conclude that regulation is more likely to reflect the policy preferences of powerful and narrowly focused interest groups and as a consequence to generate net social loss. Croley’s summary of public choice theory, the most well-known variant of private interest approaches, nicely summarises the logic underpinning this vision of why regulation emerges.” (MORGAN, Bronwen e YEUNG, Karen. *An Introduction to Law and Regulation - Text and Materials*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007, p. 47)

<sup>213</sup> Segundo Laender, George Stigler é o grande exemplo dessa abordagem, para quem, “no mais das vezes beneficiará a própria indústria regulada, uma vez que ela tem melhores condições de pagar o preço da regulação do que grupos de consumidores dispersos e com pouca disponibilidade financeira”. (LAENDER, Gabriel Boavista. *A separação de poderes e o processo de institucionalização das agências reguladoras de telecomunicações nos EUA e no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: UnB, 2009, p. 232)

abordagens anteriores.<sup>214</sup>

Finalmente, é preciso registrar que as três grandes categorias de teorias de regulação supra delineadas são categorias analíticas, modelos de percepção que apreendem parte ou nuances de uma realidade que é complexa e multiforme. Por essa razão, para o escopo deste trabalho, não se adotará uma ou outra abordagem de análise, posto que se evidenciarão determinados aspectos em detrimento de outros.

#### 1.3.4 Uma noção abrangente da regulação: a política regulatória

De tudo o que se expôs na seção anterior, depreende-se que a regulação é acepção abrangente, tanto porque compreende as diversas modalidades de intervenção estatal no domínio econômico<sup>215</sup> e, sobretudo, porque representa um novo padrão de atuação regulatória, no qual o Estado passa a ser também um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais.<sup>216</sup>

O que isso significa? Primeiro, que a regulação não deve ser percebida como um fenômeno econômico tão somente, mas, também político-social, uma vez que incorpora a promoção de valores sociais, como instrumento para promover os fins essenciais do próprio Estado<sup>217</sup>. Segundo, que tal qual as políticas públicas, sob essa ótica, a ideia de regulação parece guardar semelhança com um sistema que persegue uma lógica de equilíbrio. Nesse sentido, dois seriam os objetivos da regulação: a preservação e o equilíbrio do sistema regulador; e, a persecução de metas e objetivos de interesse geral (metas de políticas públicas), traduzidos em

<sup>214</sup> “The label ‘institutionalist’ is intended to capture any theory where rule-based spheres, or the relationship between different rule-based spheres, play an important role in explaining why or how regulation emerges. By ‘rule-based spheres’ we mean formal organisations (e.g. regulatory agencies, corporations, states), embedded norms and routines (e.g. risk analysis, cost-benefit accounting, precedent, advocacy norms) or ‘systems’ as understood by system theory (e.g. legal systems, economic systems, political systems). The intent of this section is to present three approaches in sequence, which each give increasing prominence to the role of organisations, institutions and systems in regulatory dynamics. Common to these approaches, which differ from each other in many respects, is that they consider institutional dynamics to have, in a sense, a ‘life of their own’ in regulatory regimes, such that they will often shape the outcomes of regulation in surprising ways, given the preferences and interests of regulatory participants.” (MORGAN, Bronwen e YEUNG, Karen. *An Introduction to Law and Regulation - Text and Materials*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007, p. 53)

<sup>215</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 1, fev/mar/abr, 2005. Salvador.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>217</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

*inputs* extra sistêmicos impostos pelo poder público<sup>218</sup>. Terceiro, por fim, que é essencial à noção da moderna regulação que o ente regulador estatal dialogue e interaja com os agentes sujeitos à atividade regulatória, buscando não apenas legitimar a sua atividade, como também tornar a regulação mais qualificada e aderente às necessidades e perspectivas da sociedade. Portanto, o caráter de imposição da vontade da autoridade estatal (que impõe o interesse público selecionado pelo governante) dá lugar, à noção de mediação de interesses, na qual o Estado exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências.<sup>219</sup>

Essa tripla implicação está refletida nas considerações da regulação como ‘*jogo regulatório*’, entendido como a “a interação de atores e instituições diversas - políticas, econômicas ou sociais - acontecendo sob regras estabelecidas pelos próprios e pelo contexto”<sup>220</sup>, ou, mais ainda, como ‘política regulatória’, que, em essência, são

[...] caracterizadas pelas opções do ente incumbido da atividade regulatória acerca dos instrumentos de regulação a seu dispor com vistas à consecução das pautas de políticas públicas estabelecidas para o setor regulado. A definição de políticas regulatórias envolve a ponderação a respeito da necessidade e da intensidade da intervenção. Envolve a escolha dos meios e instrumentos que, no âmbito das competências regulatórias, melhor se coadunam para, de forma eficiente, ensejar o atingimento das políticas públicas setoriais. [...] Não se admite que o manejo das políticas regulatórias contrarie, negue ou esvazie as políticas públicas. Porém, será no âmbito das políticas regulatórias que será definido o timing e o resultado de uma política pública setorial. Como expusemos anteriormente, compete ao regulador introduzir no setor regulado as pautas de interesse geral contidas nas políticas públicas, atuando no sentido de que o sistema regulado absorva essas pautas, retomando o seu equilíbrio interno. Nesta perspectiva, a política regulatória envolverá a margem de liberdade do regulador em ponderar os interesses regulados e equilibrar os instrumentos disponíveis no sentido de intervir no sistema sem inviabilizar seus pressupostos.<sup>221</sup>

A esta altura, é preciso voltar ao questionamento inicial. Será possível estabelecer nítida fronteira entre a política, manifestada nas políticas públicas setoriais emanadas da autoridade competente, e a regulação?

<sup>218</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica Limites à abrangência de Direito Administrativo Econômico*, nº 4, nov/dez 2005 a jan/2006. Salvador, p. 5.

<sup>219</sup> Idem. *Agências Reguladoras – Instrumentos do Fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR. 2003. Disponível em: <<http://www.cspe.sp.gov.br/downloads/secoes/noticias/ABAR.zip>>. Acesso em 9 nov. 2009.

<sup>220</sup> PÓ, Marcos Vinicius. *O jogo regulatório brasileiro: a estabilidade contratual para além da autonomia das agências*. Tese Doutorado. 2009.

<sup>221</sup> MARQUES NETO, op.cit., 2003, p. 39-40.

A resposta é não. A exposição até aqui desenvolvida ilustra que parece inexistir uma distinção doutrinária auto-evidente entre políticas públicas e regulação. Talvez seja justamente por conta da tênue linha divisória entre política pública e regulação que a legislação setorial e a doutrina administrativista que envolve a atuação da autoridade reguladora independente frisem, quase que insistentemente, competir-lhes tão somente a implementação das políticas públicas, reservada aos governos a tarefa de formulação. Isto porque, apesar dos apelos retóricos de uma regulação construída por técnicos, o relacionamento entre política e a regulação é indissociável. A regulação é um tipo particular de política pública. Os regimes regulatórios são “uma configuração historicamente específica de políticas e instituições que estruturam o relacionamento entre interesses sociais, o Estado e os atores econômicos”. Na prática, a divisão entre definição de políticas e regulação mostra-se ilusória. As diretrizes políticas, quando existentes, são usualmente vagas e conferem às agências ampla margem para darem forma e direção às políticas públicas no processo de detalhamento e execução.<sup>222</sup>

Prova dessa realidade é que as leis ordinárias brasileiras quando abordam a regulação por agência autônoma ou independente traçam mecanismos concretos para estabelecer canais que, ao mesmo tempo, promovam a credibilidade regulatória e assegurem o diálogo necessário com os agentes e interesses políticos. Assim, ao forçar as agências a seguirem determinados procedimentos, os legisladores acabam por tornar suas ações mais lentas e transparentes, reduzindo o poder discricionário e evitando que elas possam se desviar da política intencionada, sem que eles percebam.

A este propósito, os capítulos posteriores evidenciarão como o legislador ordinário tratou de esboçar mecanismos para manter a atuação, que também é política, da Anatel adstrita aos limites esperados da regulação. Contudo, antes de passar para essa análise, é preciso trazer à luz um novo conceito – o de espaço público. Por meio dele se quer assentar as bases da legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras, bem como precisar-lhes um papel relevante e singular no processo político de consecução das políticas públicas.

---

<sup>222</sup> PÓ, Marcos Vinicius. *O jogo regulatório brasileiro: a estabilidade contratual para além da autonomia das agências*. Tese Doutorado. 2009, p. 25.

#### 1.4 O espaço público: o exercício da virtude política e as agências reguladoras<sup>223</sup>

Com Aranha se quer inserir na perspectiva de análise até aqui desenvolvida uma ideia central que permite situar as agências no âmbito da governança que envolve a consecução das políticas públicas no conexto do Estado regulador. Para este autor, haja vista as novas relações entre sociedade civil e o Estado no Brasil, pautadas por uma postura mais dialogada e negociada de participação da sociedade civil nos assuntos do Estado, há um elemento primordial na discussão acerca das agências reguladoras que se assenta na “possibilidade de uma atuação conjunta, de ‘encontros’ entre o Estado e a sociedade civil”.<sup>224</sup>

Trata-se do conceito de espaço público aplicado à atuação das agências reguladoras, segundo o qual “a autonomia da agência é uma resposta conceitual ao pressuposto de vigência de um espaço público, cuja presença somente pode ser

---

<sup>223</sup> Vale dizer que o conceito de espaço público não se confunde com a de espaço regulatório (*espacio regulativo* ou *regulatory space*), pertencente ao âmbito das teorias institucionalistas, proposta por Hancher e Moran. Nela, a regulação econômica é entendida como “um processo de intermediação e negociação entre grandes e poderosas organizações que abarcam o que convencionalmente se chama de âmbitos público e privado da tomada de decisão” e compartilham importantes características públicas. Os autores enfatizam que as organizações são importantes centros de conhecimento técnico e se constituem significativas hierarquias sociais e administrativas independentes, cuja integração ao processo regulatório é requisito para o êxito deste. Um traço constitutivo da ideia dos autores é que eles propugnam a inexistência de uma fronteira nítida entre interesses públicos e particulares, lançados em oposição ou tensão uns com os outros. Isto porque a multiplicidade de interesses que se processam no âmbito das organizações ou grandes empresas impede que se identifique um interesse privado que pautue sua motivação, tampouco um antagonismo entre ela e o regulador. Ao contrário, há uma interdependência de organizações poderosas que dividem características públicas relevantes, necessárias para que a própria regulação funcione. De tal maneira, os autores chegam a refutar a discussão em torno da captura regulatória. Isto porque no Estado democrático de direito, a regulação econômica é profundamente influenciada pelas grandes organizações (grandes empresas, associações representativas, agências reguladoras, departamentos centrais do Estado), o que não a torna ilegítima. A ideia de captura revela o pressuposto de que existe uma esfera de autoridade reguladora pública que deveria ser inviolável da influência privada. A regulação econômica pode ser retratada como uma atividade moldada pela interdependência de poderosas organizações, onde nenhuma linha divisória clara pode ser traçada entre as organizações de natureza privada ou pública. A questão central para analisar a regulação é identificação da existência de um espaço compartilhado. O espaço regulatório é uma construção analítica, que advém da compreensão desse espaço compartilhado, definido pelo espectro de assuntos regulatórios submetidos à decisão pública, onde o status organizacional é a condição mais importante de acesso a esse espaço. Da noção de espaço regulatório, derivam as seguintes consequências: como se trata de um espaço, está aberto para a ocupação; está suscetível à ocupação de forma não equitativa entre os distintos atores; os seus limites são constituídos a partir do traços das matérias e questões suscetíveis de serem reguladas em determinada comunidade, em lugar e momento particulares. (HANCHER, Leigh; MORAN, Michael. *La organización del espacio regulativo. Isonomía*. Nº 17. Oct, 2002)

<sup>224</sup> Ver Nota de Rodapé no início deste Capítulo.

sentida quando este não se confunde com os interesses de governo”.<sup>225</sup>

O espaço público se constitui em uma possibilidade, cuja existência é inviável no Parlamento, para a discussão aberta e para o debate político, onde o cidadão exercita a sua virtude política e participa, com isso, dos negócios públicos. Ele é “o lugar onde as pessoas podem se tornar visíveis e ter significado”<sup>226</sup>, apresentando-se como o local crescente de encontro de interesses ainda em processo de definição, mas que depende da inclinação dos indivíduos em integrá-lo; da abdicação da condição particular em nome de uma condição de parte do todo.

Em suma, o espaço público é “construído diuturnamente e depende de quem se habilite a criá-lo”, destinado a hospedar questões específicas, delimitadas tematicamente<sup>227</sup> por um público selecionado, e que viabiliza a especialização da virtude política<sup>228 229</sup>. Ele configura-se na construção de um “mundo comum” de significações, dotado de visibilidade, onde ocorre a comunicação e a interlocução entre os sujeitos.<sup>230</sup>

Aranha salienta que a participação nas decisões do Parlamento não é a única maneira de participar desse espaço público. Existem na esfera administrativa instâncias com essas mesmas características, das quais as agências seriam os maiores exemplos. Isto porque a noção de agência reguladora independente é instituição que “resulta da progressiva reconformação da existência política em torno de um setor específico”<sup>231</sup>. Ainda, à medida que elas estão situadas numa posição em que se mantem suspensas ou equidistantes das particularidades do governo, do Congresso, da sociedade civil, dos usuários e das empresas, “estão impregnadas de

<sup>225</sup> ARANHA, Márcio Nunes Lório. *Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-Eua)*. Tese Doutorado. Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, do Instituto de Ciências Sociais, da Universidade de Brasília. Brasília, setembro de 2005, p. 62.

<sup>226</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>227</sup> “A delimitação temática induz à seleção do público interessado e viabiliza a especialização da virtude política enquanto esta encarna uma opção; uma opção sobre o que se preocupar já que ela é, em si, um compromisso de preocupar-se com o todo de que se faz parte”. (ibidem, p. 41)

<sup>228</sup> Idem. *Agência reguladora e espaço público: sua funcionalidade como espaço de exercício da virtude política*. In: ARANHA, Márcio Lório (org.). *Direito das Telecomunicações. Estrutura institucional regulatória e infraestrutura das telecomunicações no Brasil*. Brasília: Jr Gráfica, 2005.

<sup>229</sup> Dagnino argui que os espaços públicos não-estatais como os conselhos gestores de políticas públicas têm posição de destaque a partir do processo de redemocratização do Brasil e da Constituição Federal de 1988, os quais demandaram a maior participação popular nas decisões estatais. (DAGNINO, Evelina (org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra/Unicamp, 2002, 364 p.)

<sup>230</sup> LIMA, Suzana Pinho. *Espaços Públicos no Brasil e sua interface com a Política de Assistência Social*. *Jornada Internacional de Políticas Públicas*. Univ. Federal do Maranhão, 2011.

<sup>231</sup> ARANHA, op.cit., p. 44.

função pública de espaço de mediação dos interesses [...] que nelas se manifestam”<sup>232 233</sup>. A existência desse espaço institucional parte, segundo Aranha, da crença “na virtude política como ser livre para ser parte”.<sup>234</sup>

A noção de agência reguladora, como instituição que resulta da progressiva reconformação da existência política em torno a um setor específico, e, portanto, utilizando-se um termo de Hegel, como substancialidade imediata do espírito, pode apresentar-se em uma roupagem de viés corporativo totalizante, como espaço que encarne uma facção de interessados – daí o fenômeno conhecido por captura do órgão regulador, em que há a contaminação do espaço público pelos interesses particulares de quaisquer dos partícipes como fins –, ou **pode firmar-se na posição a ela designada de espaço de suspensão das particularidades do Governo, do Congresso, da sociedade civil, dos usuários, das empresas, em nome de uma persona destinada a ser parte de um projeto maior de coexistência de interesses particulares, que são idealmente, assim, afogados em um espaço catalisador para um fim comum de enriquecimento do conceito que aquela instituição traz em si, embora revele-se, na experiência cotidiana e, portanto, provisória, formal, destinada à superação, como manifestação de vontades dos seres-para-si – das particularidades**. A presença das corporações nos espaços públicos de formação da decisão política setorial afigura-se necessária, mas não para o fim de cooptação da instituição estatal. As corporações são, pelo contrário, a garantia de vigilância.

Aliás, os auspícios desta visão também se prestam a justificar a criação dos mecanismos de participação e controle social de que dispõem as agências reguladoras, a exemplo das consultas e audiências públicas e da disponibilidade ao público de relatórios e documentos de prestação de contas.<sup>235</sup>

A ideia de espaço público, aplicada à participação das agências no processo de consecução das políticas públicas, permite ir além da dicotomia clássica da

<sup>232</sup> ARANHA, Márcio Nunes Lório. *Agência reguladora e espaço público: sua funcionalidade como espaço de exercício da virtude política*. In: ARANHA, Márcio Lório (org.). *Direito das Telecomunicações. Estrutura institucional regulatória e infraestrutura das telecomunicações no Brasil*. Brasília: Jr Gráfica, 2005, p. 42.

<sup>233</sup> “A virtude de uma instituição reguladora setorial está exatamente em, não sendo parte a não ser do dever de sua preservação como instância ética pautada em seu fundamento de existir – a Constituição do Estado como fim e [...] realidade em ato da substância universal e da vida pública nela consagrada – firma-se como momento de unidade exterior em que os interessados no setor – usuários, sociedade civil, investidores, empresas, o próprio Governo etc. – não figurem lá com pesos distintos, mas como partícipes, como membros, como iguais. Sua voz deve ser ouvida em razão unicamente de fazerem parte dos interessados no setor.”(ibidem, p. 42)

<sup>234</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>235</sup> Ao exigir, por exemplo, que a agência faça uma audiência pública antes de implementar determinada política, onde todos os grupos interessados poderão se informar da mudança pretendida e manifestar suas opiniões, os legisladores se resguardarão que nenhuma política que afete suas bases será implementada à sua revelia. A audiência pública tira flexibilidade da agência e torna desnecessário aos legisladores monitorarem a agência diretamente. Ao envolver os grupos de interesse no processo regulatório a estrutura e processo da agência cria um sistema de “alarme de incêndios” que avisa aos legisladores antes que a agência possa tomar uma ação que os prejudique.” (MUELLER, Bernardo. *Teoria política positiva da regulação*. Brasília: Universidade de Brasília, p. 30.)

separação entre formulação e implementação, entre regulação e política e caminhar ao passo de um reorientação da função das agências para a sua vocação inicial, qual seja a de espaços públicos e, portanto, mediadoras do diálogo que ocorre em virtude do exercício da virtude política dos interessados em verem suas vozes traduzidas em ação.

Ademais, nesse ínterim, é preciso destacar que as agências exercem uma função maior que a de fiel da balança para a consecução de uma estabilidade regulatória. Elas são atores que se configuram como meio geral de mediação política, que participam da definição das políticas públicas nos setores em que estão inseridas e que permitem a manifestação política do cidadão em meio a um espaço público catalisador da virtude política.<sup>236</sup>

A compreensão do modelo brasileiro para a consecução da universalização por meio do Fust revela as alterações ocorridas no setor de telecomunicações em virtude de sua sintonia com o discurso de autonomização de estruturas administrativas capazes de funcionar como espaços de encontro de interesses da sociedade, dos usuários, do governo, do mercado, enfim, como espaço público.

---

<sup>236</sup> Poderia ter sido inserida na discussão a abordagem trazida por Rua e Aguiar, segundo a qual discursos antiestatistas e a crise de credibilidade da classe política contribuem para tornar a burocracia pública um ator cada vez mais relevante na organização política moderna. (RUA, Maria das Graças; AGUIAR, Alessandra T. *A Política Industrial no Brasil, 1985-1992: políticos, burocratas e interesses organizados no processo de policy-making*. p. 127. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*. Brasília: ENAP, vol. 2, 2006)

## **CAPÍTULO 2: ASPECTOS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL: PAPÉIS E MECANISMOS PARA A PROMOÇÃO DO SERVIÇO UNIVERSAL**

Neste Capítulo, se pretende apresentar a engenharia jurídico-institucional que envolve o setor de telecomunicações<sup>237</sup> brasileiro, para destacar o tratamento da universalização dos serviços de telecomunicações a partir da reforma normativo-operacional e dos processos de privatização levados a cabo nos idos da década de 1990. Nesse período, o país delimitou uma nova forma de relacionamento entre o Estado e operadores privados dos serviços de telecomunicações e também novos mecanismos para sedimentar as bases para a convivência de interesses contrapostos – o governo, visando disseminar e ampliar serviços; o usuário, demandante de serviços de qualidade a preços módicos; e, o agente privado, pautado por maximizar o retorno de seus investimentos<sup>238</sup>. O alinhamento desses interesses e objetivos se deu por meio do estabelecimento de um espaço regulatório e o desenho de contratos, velados e orquestrados por um ente estatal regulador autônomo, como adiante se verá.

### **2.1 Motivação e objetivos da reforma normativo-operacional do setor de telecomunicações brasileiro**

Ethevaldo Siqueira aponta que, a partir da década de 1940, as telecomunicações no Brasil podem ser abordadas a partir da compreensão de cinco etapas distintas, assim denominadas: estagnação, de 1946 a 1962; inversões

---

<sup>237</sup> Por oportuno, registre-se que o setor de telecomunicações, dentre os setores de infraestrutura, é o que apresenta o maior dinamismo tecnológico na atualidade. “As utilizações potenciais da rede são cada vez mais numerosas, tais como transmissão e recuperação de dados, transmissão de voz, som e imagem para fins científicos, comerciais, militares ou de entretenimento, tornando cada vez mais tênues as fronteiras entre os setores de material eletroeletrônico, de informática e de comunicações, bem como os limites entre os serviços de radiodifusão, telefonia, transmissão de dados e serviços de valor adicionado. [...] Trata-se de: a) complexa da indústria; b) firma(s) multiproduto; c) presença de produtos não-estocáveis; d) demanda estocástica variando ao longo do tempo (de acordo com o dia do ano, dia da semana ou horário); e) externalidades geradas pelos serviços, negativas ou positivas; e f) custos afundados e restrições de capacidade importantes.” (FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio & NERI, Marcelo Cortes. *Reflexões sobre os mecanismos de Universalização do acesso disponíveis para o setor de Telecomunicações no Brasil*. IPEA: Texto para Discussão nº 573. p. 3-4)

<sup>238</sup> É preciso destacar que essa conformação tripartite é uma maneira simplista de delimitar atores e interesses. No mais das vezes pode haver confluência de interesses entre esses atores e mesmo a identificação de tantos outros objetivos e atores que ela não revela. Mas, essa imagem serve para fins analíticos.

estatais, de 1962 a 1967; expansão, melhoramento e integração do sistema, de 1967 a 1975; turbulência, de 1975 a 1985; e, embates da desestatização, de 1985 até meados da década de 1990<sup>239</sup>. Aranha acrescenta a essas etapas a das reformas normativo-operacionais, levadas a cabo a partir de 1995.<sup>240</sup>

De certo, uma análise histórica minuciosa de todas essas etapas possibilitaria perceber que algumas das questões que hoje se apresentam eram também realidade da história recente do setor de telecomunicações brasileiro. Contudo, os fins aqui pretendidos não requerem visitar, em completude, a história do setor de telecomunicações no Brasil, razão pela qual os esforços serão concentrados no período “das reformas normativo-operacionais”, momento em que ocorreu a consolidação jurídico-institucional do modelo regulatório vigente e onde se inserem as questões relevantes para o objeto desta pesquisa.

Antes, porém, para situar os motivos que levaram à dita reforma, é preciso retroagir para registrar que Constituição Federal promulgada em 1988 materializou um processo gradativo de centralização operacional e normativa do setor de telecomunicações<sup>241</sup>, ao exigir que a prestação dos serviços de telecomunicações se desse por empresas sob o controle acionário estatal. Ela ainda introduziu a distinção de tratamento entre serviços de radiodifusão de um lado e os serviços públicos de telecomunicações de outro, estes entendidos como os telefônicos, os telegráficos e os de transmissão de dados.

Sob o lastro da Carta de 88, até meados da década de 1990, os serviços públicos de telecomunicações estavam entregues à exploração estatal, via Sistema Telebrás, composto: pela *holding* Telebrás, criada em 1971; pela Embratel, que operava serviços de longa distância nacional e internacional, comunicações de dados e telex; por vinte e sete empresas de âmbito estadual ou local; e, mais quatro empresas independentes. O Sistema estava sob o controle acionário da União, com pouco mais de 50% de suas ações ordinárias, e detinha cerca de 90% da planta de

<sup>239</sup> SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. *Telecomunicações: privatização ou caos*. São Paulo: TelePress, 1993, p. 14-17.

<sup>240</sup> ARANHA, Márcio Nunes Lório. *Agência reguladora e espaço público: sua funcionalidade como espaço de exercício da virtude política*. In: ARANHA, Márcio Lório (org.). *Direito das Telecomunicações. Estrutura institucional regulatória e infraestrutura das telecomunicações no Brasil*. Brasília: Jr Gráfica, 2005.

<sup>241</sup> LAENDER, Gabriel Boavista. *A separação de poderes e o processo de institucionalização das agências reguladoras de telecomunicações nos EUA e no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: UnB, 2009, p. 180.

telecomunicações nacionais, atuando numa área onde viviam mais de 90% da população brasileira.<sup>242</sup>

Ethevaldo Siquera apresenta um breve diagnóstico do setor de telecomunicações na década de 90 que auxilia a vislumbrar a motivação governamental para a consecução das reformas empreendidas:

Dentre as características do momento histórico citado, estão: represamento máximo da demanda; problemas industriais e tecnológicos; desprofissionalização das empresas operadoras estatais mediante politização das diretorias da Telebrás e de suas subsidiárias; defasagem dos serviços periféricos e dos novos serviços de telefonia celular, comunicação de dados, serviços telemáticos, redes de valor adicionado e redes de banda larga associada ao sucateamento dos serviços básicos refletida em ligações telefônicas com baixa qualidade de transmissão, ruídos, linhas cruzadas, inviabilidade de ligações de longa distância depois das 10 horas da manhã e entre 3 e 6 horas da tarde; crescimento acelerado do mercado informal de linhas telefônicas em razão da escassez de linhas, chegando, uma linha, ao preço recorde de U\$10 mil no mercado negro das maiores cidades; atraso generalizado na entrega de linhas telefônicas dos Planos de Expansão iniciados em 1986, algo que chegou ao auge em dezembro de 1997, quando havia uma fila de espera de 13,4 milhões de pessoas inscritas em todo o País em planos de expansão da rede fixa, deste total, 7,2 milhões só do Estado de São Paulo; déficit e inadimplência generalizados, com atrasos no pagamento dos fornecedores; descapitalização setorial oriunda de baixas tarifas (tarifas telefônicas vigentes no 2º semestre de 1992 correspondiam a 19% do seu valor real em janeiro de 1975), do enxugamento de superávits, de imposição de limites irrealistas de investimentos, da proibição de empréstimos, do desvio de recursos de investimentos, de atrasos nas autorizações para o lançamento de debêntures e, finalmente, das protelações sucessivas nas autorizações para captação de recursos na exterior, por exemplo, mediante ADRs; e aviltamento tarifário.<sup>243</sup>

O cenário relatado pode ser resumido na dificuldade de atendimento à demanda reprimida, justificada pela incapacidade de investimento pelo Estado, causada, principalmente: pelo tratamento inadequado da questão tarifária, dissociado dos custos dos serviços e utilizado como meio para conter o processo inflacionário; pelas restrições impostas à gestão empresarial das empresas estatais

<sup>242</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de motivos nº 231/MC, de 10 de dezembro de 1996: documento de encaminhamento da Lei Geral de Telecomunicações, comentando-a. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>.

<sup>243</sup> SIQUEIRA, Ethevaldo [et alii]. *Telecomunicações: privatização ou caos*. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 14-17. Sobre o tema, ver também: ARANHA, Márcio Lório. Ambiente normativo brasileiro de prestação de serviços em setores regulados: o caso da desestatização do Sistema Telebrás como arquétipo do Direito Administrativo de conjuntura. In: *Revista Notícia do Direito Brasileiro* 12: 103-128, 2006. Nota de rodapé, p. 106; e, VIANNA, Gaspar. *Privatização das telecomunicações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Notrya, 1993, p. 93-94.

de modo geral, que lhes limitava a flexibilidade operacional e aumentava custos; e, a acomodação resultante do monopólio, haja vista a ausência de competição.<sup>244</sup>

A resposta a essas dificuldades foram buscadas, inclusive, em recomendações oriundas de fóruns internacionais, tendo sido determinantes para as telecomunicações brasileiras as receitas consolidadas no *The Blue Book*.<sup>245</sup>

Sem adentrar no mérito, tampouco na pertinência das diversas abordagens político-econômicas em discussão à época, o caminho que pautou a reforma do setor de telecomunicações esteve cingido à necessidade de liberar o Estado de algumas das atividades que exercia, entregando-as à iniciativa privada, para, inclusive, diminuir o tamanho do aparelho administrativo. Essa estratégia esteve condensada no Programa Nacional de Desestatização<sup>246</sup>, aprovado pela Lei nº 8.031, de 1990, que colocou as privatizações no centro das reformas econômicas levadas a cabo em diversos setores da vida nacional.

<sup>244</sup> Bezerra aduz que tais justificativas estão contidas no discurso e documentos do governo do período, em especial do Presidente Fernando Henrique Cardoso. (BEZERRA, Luís Fernando Cavalcante de Holanda. *A regulação dos serviços públicos de telecomunicações no Brasil e o novo serviço público*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis, UDESC, 2010, p. 66.)

<sup>245</sup> *The Blue Book, editado pelo Telecommunication Development Bureau (BDT), órgão da União Internacional de Telecomunicações (UIT) em colaboração com a Comissão Interamericana de Telecomunicações (Citel), integrante da Organização dos Estados Americanos (OEA), sintetiza recomendações oriundas de encontros internacionais para potencializar o desenvolvimento do setor de telecomunicações. (ARANHA, Márcio Lório. Ambiente normativo brasileiro de prestação de serviços em setores regulados: o caso da desestatização do Sistema Telebrás como arquétipo do Direito Administrativo de conjuntura. In: *Revista Notícia do Direito Brasileiro* 12: 103-128, 2006. Nota de rodapé, p. 52.)*

<sup>246</sup> Segundo Odete Medauar, as noções de desestatização, desregulamentação e privatização não são precisas e aparecerem algumas das vezes usadas de modo indistinto como sinônimas. Segundo ela, Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho tentou dar contorno às ditas expressões. Para ele, a desestatização significa a existência de maior autonomia para a sociedade decidir seu próprio destino, com menos presença do Estado. Com esse sentido, abrangeria a desregulamentação e a privatização. Aquela consiste na eliminação total ou parcial de normas incidentes sobre o Mercado e as atividades econômicas, levando à simplificação e desburocratização. Por sua vez, a privatização aparece, em sentido amplo, para expressar o controle e participação da sociedade no processo produtivo, e, em sentido restrito, como transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 92. Maria Sylvania Zanella Di Pietro aduz que o termo 'privatização' pode ser apreendido em dois sentidos: um amplo, que "abrange todas de medidas com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado e que compreendem, fundamentalmente: a) desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico); b) desmonopolização de atividades econômicas; c) a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização) d) a concessão de serviços públicos (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais, como vinha ocorrendo); e) os *contracting out* (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços); é nesta última fórmula que entra o instituto da terceirização. [...]; e outro, em sentido estrito, adotado pela Lei 9.491, de 9 de setembro de 1997, que 'abrange apenas a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado'".

No bojo do Programa de Desestatização, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE)<sup>247</sup> orientou o caminho por meio do qual o Estado, deixando de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social, pela via da produção de bens e serviços, deveria se fortalecer e concentrar na função de promotor e regulador desse desenvolvimento.

Ainda, o governo já admitia que a disponibilidade de uma infraestrutura adequada para as telecomunicações era fator determinante para a inserção do país no contexto internacional e insumo para o desenvolvimento nacional. Essa ideia é reiterada no programa de governo de Fernando Henrique Cardoso, de 1994, denominado “*Mãos à Obra, Brasil*”:

A tecnologia da informação tornou-se a peça fundamental do desenvolvimento da economia e da própria sociedade. Isto significa que o atraso relativo do nosso país deverá ser necessariamente superado, como condição para retomar o processo de desenvolvimento. Não se trata apenas de alcançar uma maior difusão de um serviço já existente, por uma questão de equidade e justiça. Trata-se de investir pesadamente em comunicações, para construir uma infraestrutura forte, essencial para gerar as riquezas de que o país necessita para investir nas áreas sociais.

O setor das telecomunicações é hoje, sem dúvida, um dos mais atraentes e lucrativos para o investimento privado, em nível internacional. Trata-se de um dos setores líderes da nova onda de expansão econômica, que se formou a partir da chamada terceira revolução industrial. Pode-se contar que não faltarão investidores interessados em expandir essa atividade no mundo, em geral, e num país com as dimensões e o potencial do Brasil, em particular. O problema, que não é só do Brasil, é encontrar uma fórmula para a organização institucional do setor de telecomunicações que, ao mesmo tempo em que promova fortemente os investimentos privados, reforce o papel regulador do Estado e reserve ao setor público a atuação em segmentos estratégicos do ponto de vista social ou do interesse nacional.<sup>248</sup>

O contexto apresentado, a influência crescente da globalização da economia, a evolução tecnológica e a rapidez das mudanças no mercado e nas necessidades dos consumidores foram as motivações apontadas pelo governo para considerar inadequada a regulamentação dos serviços de telecomunicações, até então calcada em um mercado monopolístico, o que se lhe impunha a condução de uma reforma

---

<sup>247</sup> BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, 1995, p. 12.

<sup>248</sup> BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*, Lei Geral de Telecomunicações. p. 7-8. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2010.

profunda que envolvia, inclusive, rever a vedação constitucional à exploração dos serviços por empresas privadas.<sup>249</sup>

Assim que, em 15 de agosto de 1995, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 8, que alterou o inciso XI e a alínea “a” do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal, com o objetivo de

[...] flexibilizar o modelo brasileiro de telecomunicações, eliminando a exclusividade da concessão para exploração dos serviços públicos a empresas sob controle acionário estatal e buscando introduzir o regime de competição na prestação desses serviços.<sup>250 251</sup>

Marco normativo de adaptação da Constituição às demandas descritas, a Emenda consagrou que os serviços de telecomunicações, até então sujeitos à prestação direta pela União ou por concessão apenas a empresas sob seu domínio acionário, poderiam ser executados pela atividade privada. Ela também materializou a transformação da política rumo a uma regulação operacional descentralizada, ao prever a criação de um órgão regulador para as telecomunicações, e aglutinou, sob a denominação de serviços de telecomunicações, os serviços telefônicos, os telegráficos e os de transmissão de dados, mantendo o tratamento diferenciado conferido aos serviços de radiodifusão de sons e de sons e imagens.

Não obstante, o disposto no inciso XI do art. 21 da Constituição assumiu eficácia contida, posto que a sua execução somente se daria com a edição de lei posterior – “nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.

Seguiram-se, então, alterações na legislação federal para implementar a reforma alicerçada nos objetivos explicitados e compilados na Exposição de Motivos

<sup>249</sup> SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin; WIMMER, Miriam. *A regulação das telecomunicações no Brasil: passado, presente e desafios futuros*. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). *Desafios da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2009, p. 154.

<sup>250</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de motivos nº 231/MC, de 10 de dezembro de 1996: documento de encaminhamento da Lei Geral de Telecomunicações, comentando-a. p. 9. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>.

<sup>251</sup> Texto aprovado por meio da Emenda Constitucional nº 8/95:

“Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:  
a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.”

nº 231/MC<sup>252</sup>: fortalecer o papel regulador do Estado e eliminar seu papel de empresário; aumentar e melhorar a oferta de serviços, alcançando padrões de qualidade compatíveis com as exigências do mercado; em um ambiente competitivo, criar oportunidades atraentes de investimento e de desenvolvimento tecnológico e industrial; criar condições para que o desenvolvimento do setor fosse harmônico com as metas de desenvolvimento social do País; e, maximizar o valor de venda das empresas estatais de telecomunicações sem prejudicar os objetivos anteriores.

Duas propostas foram encaminhadas ao Congresso Nacional pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, que continham as balizas normativas necessárias para que se demarcasse a passagem do monopólio público para uma fase onde se daria a concorrência regulada.<sup>253</sup>

---

<sup>252</sup> A exposição de Motivos que acompanhou o texto da LGT explicita os objetivos da reforma por que passou o setor de telecomunicações: “I) fortalecer o papel regulador do Estado e eliminar seu papel de empresário. [...] o Estado promoverá um grau adequado de supervisão sobre o setor, de modo a assegurar que sejam alcançados os objetivos essenciais da reforma, a criação de um mercado de competição efetiva e a proteção dos consumidores contra comportamentos anticoncorrenciais. Adicionalmente, sintetiza a decisão de privatizar as empresas atualmente sob controle acionário da União, bem como de outorgar novas licenças para que operadores privados prestem serviços de telecomunicações no Brasil; II) aumentar e melhorar a oferta de serviços. [...] a promoção da diversidade dos serviços oferecidos à sociedade; o aumento significativo da oferta de serviços de telecomunicações no Brasil; e o alcance de padrões de qualidade compatíveis com as exigências do mercado; III) em um ambiente competitivo, criar oportunidades atraentes de investimento e de desenvolvimento tecnológico e industrial. Nesse objetivo consolidam-se três intenções básicas. A primeira delas associa-se à necessidade de atração de capitais privados através da criação de oportunidades para investimento no setor. A segunda diz respeito à construção de um ambiente que propicie o desenvolvimento da competição justa no mercado e facilite a consolidação de novos participantes. Finalmente, a terceira refere-se à geração de condições que estimulem a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico e industrial; IV) criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País [...]; V) maximizar o valor de venda das empresas estatais de telecomunicações sem prejudicar os objetivos anteriores. (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de motivos nº 231/MC, de 10 de dezembro de 1996: documento de encaminhamento da Lei Geral de Telecomunicações, comentando-a. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>)

<sup>253</sup> Sobre as decorrências da aprovação do novo dispositivo constitucional e sua regulamentação, Márcio Lório Aranha lembra que: “Após a abertura introduzida pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/1995, o Poder Executivo federal tentou regulamentar diretamente por Decreto o que chamou de *exploração de serviços de telecomunicações em base comercial*. O Decreto nº 1.719, de 28/11/1995, aprovou o *Regulamento de Outorga de Concessão ou Permissão para Exploração de Serviços de Telecomunicações em Base Comercial*. Com base nele, o Ministro das Comunicações aprovou a Portaria n. 327, de 19/12/1995, que submetia à *consulta pública prévia* as *características técnicas básicas* exigidas para a *autorização de meios de prestação de serviços de telecomunicações via satélite geostacionário*. Também fundada no Decreto nº 1.719/95, a Portaria nº 48, do Secretário de Serviços de Comunicações do Ministério das Comunicações, submetia à consulta pública prévia a proposta de ato normativo sobre *critérios e procedimentos contábeis para a prestação de Serviço Móvel Celular*. O Decreto nº 1.719/95 pretendia regulamentar a transferência da prestação de serviços públicos de telecomunicações para particulares conforme autorizado pela Emenda Constitucional nº 8/95, mas foi acusado de inconstitucionalidade, já que a Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/95) e a Lei 9.074/95, não satisfaziam ao setor de telecomunicações. Como o art. 21, XI, da Constituição Federal de 1988,

A primeira dessas propostas se materializou na Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996, conhecida por Lei Mínima, que permitiu abrir à competição alguns segmentos de mercado com alta atratividade para os investimentos privados, em virtude da demanda não atendida, caso da telefonia móvel celular, dos serviços via satélite e dos serviços limitados que possibilitam a constituição de redes corporativas.<sup>254</sup>

A segunda proposta versava sobre a reforma mais ampla do setor de telecomunicações e continha: a nova organização dos serviços, estruturando o *modus operandi* da delegação dos serviços à iniciativa privada, a partir de uma nova classificação dos mesmos (quanto ao interesse e ao regime de exploração), com exceção dos serviços de radiodifusão e TV a cabo; a criação e o funcionamento do órgão regulador; os aspectos institucionais para o setor; e, as diretrizes para modelagem da privatização das empresas estatais<sup>255</sup>. Tal proposta culminou na aprovação da Lei nº 9.472, sancionada pelo Presidente da República, em 16 de julho de 1997, conhecida por Lei Geral das Telecomunicações (LGT).<sup>256</sup>

A reforma normativo-operacional, consolidada com a edição da LGT, dotou o país de um novo modelo institucional para as telecomunicações, pautado num

---

exigia a disciplina, por lei, do regime de autorização, concessão ou permissão inseridos pela Emenda Constitucional nº 8/95, o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a vigência do Decreto nº 1.719/95, em 27 de novembro de 1996 (ADIN 1.435/DF), sob a alegação de que ele desrespeitara a reserva legal imposta pelo texto constitucional. O julgamento no Supremo Tribunal Federal ocorreu quando já em vigor a chamada Lei Mínima (Lei 9.295, de 19/07/1996), que serviu como disciplina legislativa inicial dos serviços de telecomunicações tidos por mais urgentes e de alta atratividade econômica: subfaixa “B” do serviço móvel celular; serviços via satélite; serviços de *trunking*; serviços de *paging*; e, regulação da utilização de rede pública de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado. Quando da aprovação do Decreto 1.719/95, não havia sido editada a Lei Mínima, que supria, em parte, a exigência de disciplina legal do art. 21, XI da CF/88. Cogitou-se, no julgamento, na perda de objeto da ação direta de inconstitucionalidade movida contra o Decreto 1.179/95, alegando-se a sua revogação pela Lei 9.295/96, mas prevaleceu afinal a decisão de suspensão liminar de vigência do Decreto questionado. Poucos dias após a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Decreto 1.719/95 foi revogado pelo próprio Executivo.” (ARANHA, Márcio Lório; e outros. Apresentação: Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório. In: *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações. v.1, nº1. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. p. 54.)

<sup>254</sup> BRASIL. Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996. Dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências.

<sup>255</sup> Sobre andamento e contornos do processo de privatização das empresas sob o controle estatal, ver ARANHA, Márcio Lório. *Políticas Públicas Comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA)*. Tese Doutorado. Brasília, UnB: Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, do Instituto de Ciências Sociais, 2005. p. 99.

<sup>256</sup> BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

conjunto de objetivos,<sup>257</sup> consolidados em três pilares: 1) o estabelecimento de regras claras para que se implementasse um modelo de competição<sup>258</sup>; 2) a criação de mecanismos de fomento e financiamento hábeis a possibilitar a universalização do serviço prestado em regime público; e, 3) a existência de um órgão regulador independente. A compreensão dos objetivos 2 e 3 é insumo para levar a cabo a análise pretendida neste trabalho, razão pela qual alguns apontamentos da motivação para a reforma serão apresentados a seguir.

Do que tudo o que até agora foi dito, destaque-se que a Lei nº 9.472 empreendeu a diluição das funções do Sistema Telebrás (que até então concentrava a prestação do serviço e a expedição de normas regulamentadoras) entre os atores responsáveis pela fixação de políticas setoriais, pela regulação e pela operação dos serviços de telecomunicações, permitindo o surgimento de um novo cenário caracterizado pela complexidade das relações entre o ambiente normativo e a realidade de prestação dos serviços de telecomunicações pelo concessionário privado. A LGT fixou um esquema de forças quadripartite composto: pelo agente privado ou produtor do serviço de utilidade pública; o usuário ou destinatário dos serviços; o próprio poder público, titular do serviço e também detentor da rede ou infraestrutura essencial à sua prestação; e, finalmente, o ente regulador autônomo posicionado de maneira equidistante dos demais.

É instigante adentrar no reconhecimento e análise desse sistema complexo e dinâmico de relações. Pela sua complexidade, tal tarefa requer simplificações e

---

<sup>257</sup> O art. 2º da LGT pontua alguns desses objetivos, a saber: a busca do acesso universal aos serviços básicos de telecomunicações, aderentes às necessidades do desenvolvimento social do país; aumento das possibilidades de oferta de serviços, em termos de quantidade, diversidade, qualidade e cobertura; estabelecimento de competição justa entre os prestadores de serviço; a busca de preços razoáveis para os serviços de telecomunicações; incentivo ao aumento da participação de capitais privados, nacionais e estrangeiros nas atividades de telecomunicações; a garantia do uso eficiente do espectro radioelétrico, bem como de qualquer outro meio natural limitado que seja utilizado na prestação de serviços de telecomunicações.

<sup>258</sup> “As regras básicas para assegurar que a competição seja justa seriam: o acesso não discriminatório dos clientes aos prestadores de serviços que competem entre si; plano de numeração não discriminatório; possibilidade de acesso dos concorrentes às redes abertas em condições adequadas; eliminação dos subsídios cruzados entre serviços; regulação tarifária dos operadores dominantes; direitos de passagem não discriminatórios; resolução dos conflitos entre operadores pelo órgão regulador.” (ANATEL. *Estudo técnico para atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil*. Brasília: 2008, p. 12. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=214113&assuntoPublicacao=ESTUDO%20TÉCNICO%20PARA%20ATUALIZAÇÃO%20DA%20REGULAMENTAÇÃO%20DAS%20TELECOMUNICAÇÕES%20NO%20BRASIL&caminhoRel=Cidadao-Interação%20com%20a%20Sociedade>>. Acesso em 17 set. 2011.)

recortes metodológicos específicos, já explicitados na introdução deste trabalho. De tal maneira, para não correr o risco de se perder o foco, a análise será dirigida à compreensão sobre como o marco regulatório inaugurado em 1997 reservou para os poderes estabelecidos a tarefa de universalizar os serviços concedidos ao ente privado, em especial a partir de políticas específicas custeadas com recursos do fundo público previsto na LGT.

## **2.2 A formulação e a implementação da política para as telecomunicações: o modelo geral de repartição de competências no interior do Estado**

A LGT imprimiu nova configuração institucional ao setor de telecomunicações brasileiro, a partir do norte constitucional consignado na Emenda nº 8, de 1995, assentando as bases para que se instaurasse uma convivência harmônica entre serviços explorados por agentes privados em colaboração com o Estado. Ela estabeleceu um sistema dinâmico de relações entre os órgãos políticos e o regulador, cabendo àqueles o estabelecimento das grandes decisões sobre as políticas públicas do setor, a vincular a atuação deste - vinculação que terá maior ou menor intensidade de acordo com as competências fixadas na própria Lei e que, ao final, representam a solução legislativa para complexo *trade off*<sup>259</sup> entre os imperativos da justiça social e a estabilidade regulatória.

De pronto, para a União se reservou a competência para organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, acrescentando que tal tarefa seria realizada “por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo”. Para tanto, as competências da União em matéria de telecomunicações foram criteriosamente repartidas entre o Legislativo, o Executivo e o ente regulador, conforme ilustra a figura abaixo, de forma resumida e simplificada.

---

<sup>259</sup> Ver Nota de Rodapé nº 83.

Figura 2. **Configuração institucional do setor de telecomunicações**



O motor a mover a engrenagem acima ilustrada, ou melhor, o núcleo fundamental de governança regulatória estabelecido na LGT, se daria a partir do estabelecimento de um contrato. Contrato este que fixaria os limites para a incursão do agente privado na colaboração com o Estado e seria velado em seus termos por uma autoridade independente – o ente regulador. Essa engenharia institucional deveria conferir segurança jurídica e estabilidade, de forma a proteger os investimentos privados que seriam realizados no setor e permitir que, mesmo ultrapassados os mandatos de governos eleitos, os seus termos seriam mantidos, ou, se renegociados, o seriam de maneira não arbitrária.<sup>260</sup>

Após delimitar que caberia ao Legislativo e ao Executivo o estabelecimento das políticas que norteariam a atuação da União, por meio do órgão regulador, na organização dos serviços de telecomunicações, a Lei Geral fincou como deveres do Estado<sup>261</sup>: a garantia de acesso às telecomunicações a toda a população, com tarifas e preços razoáveis e em condições adequadas; o estímulo à expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações; a adoção de medidas em prol da competição e da diversidade dos serviços; o fortalecimento do papel regulador do Estado; a criação de oportunidades de investimento e estímulo ao desenvolvimento tecnológico e industrial; e, a criação de condições para que o desenvolvimento do setor se dê em harmonia com as metas de desenvolvimento social do País.

Por oportuno, é preciso registrar que não será aprofundada a reflexão sobre a atuação no interior do Poder Legislativo. Será tomada como dada a contribuição do legislador na conformação da política pública para o setor de telecomunicações, materializada no conteúdo das matérias legislativas por ele aprovadas. Afinal, foi o

<sup>260</sup> Essa ideia foi apresentada neste trabalho nas seções 1.1.3 e 1.1.4.

<sup>261</sup> Conforme o art. 2º da LGT.

congressista, em última análise, quem fixou, em lei, as balizas que não poderiam ser ultrapassadas, delegando, tanto ao Chefe do Poder Executivo, quanto à Agência que criou, a tarefa de detalhar as políticas públicas expressamente mencionadas ou mesmo a de instituir outras políticas compatíveis com a lei, razão pela qual a análise concentrar-se-á na atuação destes últimos atores.

Contudo, é preciso ao menos registrar que, em momentos recentes da história do setor de telecomunicações foi determinante a atuação dos membros das Casas do Congresso Nacional e do Tribunal de Contas da União - TCU. Tais momentos não poderão ser olvidados sob pena de comprometer a análise pretendida, razão pela qual serão pontualmente delineados no decorrer da exposição. Ademais, vale consignar que a estrutura do Congresso Nacional brasileiro prevê três comissões permanentes principais a dedicarem-se à temática das telecomunicações: a Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática – CCTCI<sup>262</sup>, na Câmara dos Deputados; e as Comissões de Serviços de Infraestrutura – CI e de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática – CCT<sup>263</sup>, no Senado Federal, esta mais recente, criada em 2007, o que denota

---

<sup>262</sup> O art. 32, inciso III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, aprovado pela Resolução nº 17, de 1989, estabelece que a CCTCI é responsável por apreciar matérias que versam sobre: a) desenvolvimento científico e tecnológico; política nacional de ciência e tecnologia e organização institucional do setor; acordos de cooperação com outros países e organismos internacionais; b) sistema estatístico, cartográfico e demográfico nacional; c) os meios de comunicação social e a liberdade de imprensa; d) a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão; e) assuntos relativos a comunicações, telecomunicações, informática, telemática e robótica em geral; f) indústrias de computação e seus aspectos estratégicos; g) serviços postais, telegráficos, telefônicos, de telex, de radiodifusão e de transmissão de dados; h) outorga e renovação da exploração de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; i) política nacional de informática e automação e de telecomunicações; e, j) regime jurídico das telecomunicações e informática. (CONGRESSO NACIONAL. Câmara dos Deputados. Regimento Interno: Resolução nº 17, de 1989.)

<sup>263</sup> O Regimento do Senado Federal, no art. 104, lista as matérias pertinentes à Comissão de Serviços de Infraestrutura, quais sejam: transportes de terra, mar e ar, obras públicas em geral, minas, recursos geológicos, serviços de telecomunicações, parcerias público-privadas e agências reguladoras pertinentes, entre outros assuntos correlatos. Por conseguinte, o art. 104-C, incluído pela Resolução nº 1, de 2007, fica para a Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática os seguintes temas: a) desenvolvimento científico, tecnológico e inovação tecnológica; b) política nacional de ciência, tecnologia, inovação, comunicação e informática; c) organização institucional do setor; d) – acordos de cooperação e inovação com outros países e organismos internacionais na área; e) propriedade intelectual; f) criações científicas e tecnológicas, informática, atividades nucleares de qualquer natureza, transporte e utilização de materiais radioativos, apoio e estímulo à pesquisa e criação de tecnologia; g) comunicação, imprensa, radiodifusão, televisão, outorga e renovação de concessão, permissão e autorização para serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; h) regulamentação, controle e questões éticas referentes a pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico, inovação tecnológica, comunicação e informática; e outros assuntos correlatos. (CONGRESSO NACIONAL. Senado Federal. Regimento Interno: Resolução nº 93, de 1970. Brasília: Senado Federal, 2011. 2v.)

aumento de relevância da questão junto aos Senadores da República. Contudo, as Comissões não esgotam a discussão relativa às telecomunicações no parlamento brasileiro, uma vez que outras tantas comissões, no desempenho de suas competências, acabam por tangenciar temas afetos ao setor.<sup>264</sup>

Antes de visitar que atribuições precípua a Lei estabeleceu para cada ator, é imperioso destacar algumas das características constitutivas básicas do ente regulador criado e as inovações institucionais que ele trouxe consigo.

### 2.2.1 O ente regulador: a Anatel e a inovação institucional

Expressamente prevista na Constituição, a criação do regulador para as telecomunicações também esteve orientada para a concretização dos outros objetivos - a competição e a universalização. No primeiro caso, não bastaria que o mercado de serviços de telecomunicações fosse liberalizado para que a competição nele se instalasse, pois o setor necessitaria de um monitoramento constante a fim de que os operadores tradicionais não abusassem de seu poder de mercado para afastar a possibilidade de surgimento de novos competidores e que as falhas de mercado impedissem o desenvolvimento. No que se refere à universalização, a atuação de autoridade específica seria de primordial importância não apenas para o desenho das metas a serem atingidas, mas também no acompanhamento e fiscalização do cumprimento das obrigações atribuídas aos operadores. Para tanto, o novo organismo teria de reunir, entre outras qualidades, a possibilidade de editar regulamentos e normativos gerais aplicáveis aos agentes regulados, notória competência técnica e especialização, além de autonomia decisória.

O excerto a seguir, retirado da Exposição de Motivos da LGT, aborda as nuances que seriam impressas ao regulador das telecomunicações e revela os contornos do modelo de intervenção e atuação estatal almejado:

A passagem da atual condição de mercado monopolista para o novo cenário pretendido para as telecomunicações brasileiras pressupõe, para ser viabilizada, a existência de um órgão regulador, como determina o novo texto da Constituição Federal. Essa entidade terá como missões principais promover a competição justa, defender os interesses e os direitos dos consumidores dos serviços e estimular o investimento privado. [...] Em alguns países a regulação é exercida diretamente pelo governo, através de

---

<sup>264</sup> ARANHA, Márcio Lório. *Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA)*. Tese Doutorado. Brasília, UnB: Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, do Instituto de Ciências Sociais, 2005, p. 142.

um organismo do poder executivo; em outros, o regulador é uma agência semiautônoma; em outros, ainda, o órgão regulador é independente. [...]

A questão essencial passa a ser, então, definir as atribuições e poderes desse órgão regulador, com o objetivo de torná-los claros para o mercado e para a sociedade em geral. Dado o extremo dinamismo do setor de telecomunicações, é fundamental que o órgão regulador disponha de poderes para estabelecer regulamentos de forma a maximizar os benefícios, para a sociedade, das modificações propiciadas especialmente pela modernização da tecnologia. Isso significa que o órgão regulador deve ter atribuições e poderes bastante amplos, para possibilitar que a lei não tenha de ser exageradamente detalhista - e conseqüentemente restritiva.

Adicionalmente, o órgão regulador é peça-chave para inspirar ou não a confiança dos investidores na estabilidade das regras estabelecidas para o mercado. Uma entidade dotada de competência técnica e de independência decisória inspira confiança; ao contrário, uma organização sem autonomia gerencial, com algum tipo de dependência restritiva ou sem capacidade técnica, gera desconfiança e, conseqüentemente, afasta os investidores.[...]

O órgão regulador difere de outros organismos governamentais porque, em vez de simplesmente prestar um serviço ao público, tem de tomar decisões que pressupõem o exercício de poder discricionário. Para que ele seja eficiente e eficaz, portanto, é necessário que disponha de competência técnica; além disso, é fundamental que: a) desfrute de liberdade gerencial para atingir os objetivos determinados [...]; b) desfrute de autonomia, isto é, não seja passível de influências de outros órgãos do governo ou de grupos de interesse. A autonomia, associada à competência técnica que pode resultar da liberdade gerencial, tende a levar a decisões consistentes e justas, o que significa desempenho satisfatório. [...]; c) seja obrigado a prestar contas. [...]<sup>265</sup>

Em verdade, a Anatel se apresenta como uma inovação institucional para regular de forma independente os serviços de telecomunicações liberalizados. Em que pese enquadrada como autarquia<sup>266</sup>, nos termos do já consolidado Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, a ela foi conferido um dito regime especial que congrega o seu caráter inovador. A autonomia da Agência é o elemento que compõe e qualifica o regime autárquico especial<sup>267</sup> e que se traduz nas seguintes características: autonomia decisória (isto é, cabe ao órgão regulador a decisão

<sup>265</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de motivos nº 231/MC, de 10 de dezembro de 1996: documento de encaminhamento da Lei Geral de Telecomunicações, comentando-a. p. 14; 17. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>.

<sup>266</sup> “São pessoas jurídicas de Direito Público, de natureza meramente administrativa, criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras, ou serviços descentralizados da entidade estatal que as criou. Funcionam e operam na forma estabelecida na lei instituidora e nos termos de seu regulamento. As autarquias podem desempenhar atividades econômicas, educacionais, previdenciárias e quaisquer outras outorgadas pela entidade estatal-matriz, mas sem subordinação hierárquica, sujeitas apenas ao controle finalístico de sua administração e da conduta de seus dirigentes”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 62)

<sup>267</sup> “Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.” (LGT)

administrativa final sobre os assuntos de sua competência), administrativa e financeira; ausência de subordinação hierárquica; e, pelo mandato fixo e estabilidade dos Conselheiros que a dirigem. Essas características são os meios para assegurar a independência expressa no artigo 9º da LGT - “a agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência”. A autonomia da Agência era, ao mesmo tempo, o meio para inspirar confiança nos investidores privados e possibilitar uma regulação mais dinâmica e flexível do setor de telecomunicações, reflexo também de uma padronização mundial acerca da estrutura das agências reguladoras<sup>268</sup>. Ademais, conforme adiante se verá, à Anatel foram conferidos poderes normativos, ou seja, competência para regulamentar o setor de telecomunicações e poder de dirimir conflitos administrativamente.<sup>269 270</sup>

De maneira geral, o enquadramento jurídico-institucional conferido à Anatel supra descrito pode ser também complementado com o que já se disse na seção 1.1 deste trabalho.

Dois Conselhos foram previstos como órgãos superiores da Anatel - o Conselho Diretor e o Conselho Consultivo, conforme se depreende do organograma abaixo:

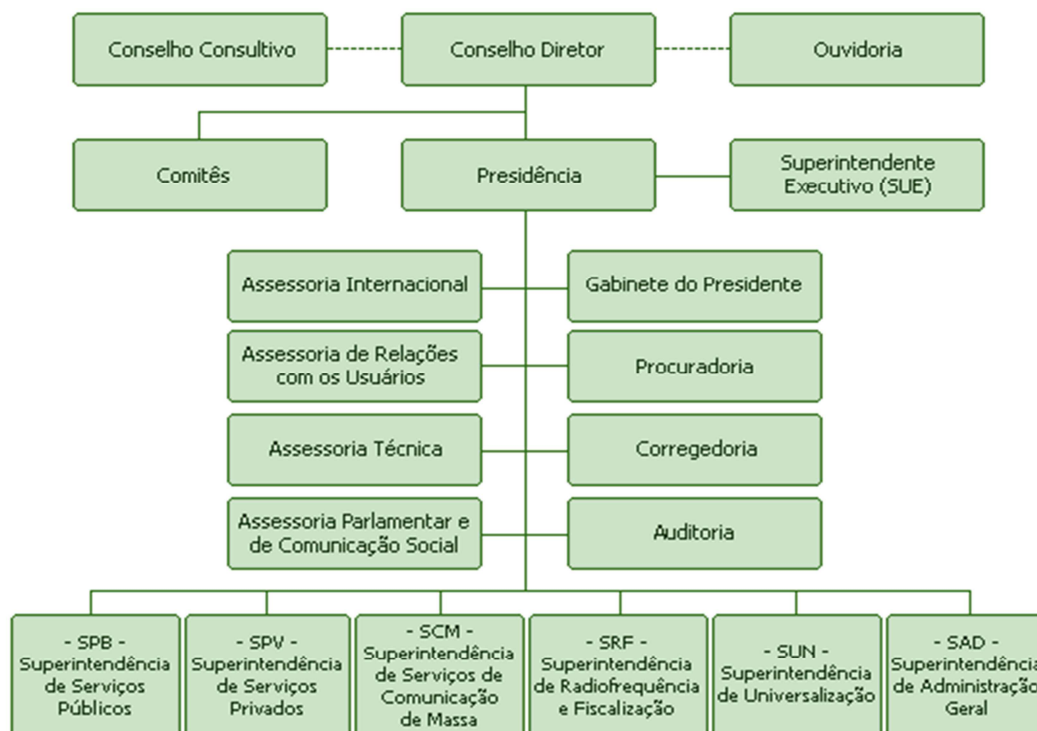
---

<sup>268</sup> “A primeira questão a ser respondida quando da elaboração de uma autoridade reguladora é sua forma e posição dentro do Poder Executivo. Não há um único ‘padrão global’ para o *design* de autoridades reguladoras; mesmo no mundo desenvolvido, os modelos regulatórios variam imensamente. [...] Apesar dessa variedade nos mercados desenvolvidos, investidores em países em desenvolvimento preferirão que a autoridade reguladora seja tão independente quanto possível do governo, à medida que isso reduz o risco de interferência política ou de captura. Portanto, a melhor prática internacional em países em desenvolvimento é criar uma autoridade reguladora que é completamente separada do ministério responsável pelas comunicações, e que, ao revés, deva prestar contas ao parlamento ou ao ministério responsável pelo desenvolvimento econômico em geral.” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 24.)

<sup>269</sup> A discussão sobre a autonomia da Anatel também se travou no âmbito do Poder Judiciário. Ver ADIN nº 1.668-5/DF, que confirmou ser constitucional o poder normativo conferido à Anatel. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN nº 1.668-5/DF. Lei Geral nº 9.472/97. Controle concentrado. Admissibilidade parcial da ação direta de inconstitucionalidade e deferimento em parte da liminar ante fundamentos retratados nos votos que compõem o acórdão.)

<sup>270</sup> Sobre o tratamento doutrinário das características institucionais conferidas à Anatel, ver seção 1.1 desta Dissertação, que traz com brevidade alguns elementos constitutivos das agências reguladoras brasileiras.

Figura 3. Organograma da Anatel.



Fonte: Anatel. Disponível em: [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)

O Conselho Diretor é o órgão máximo da Agência, um colegiado composto por cinco Conselheiros que decidem por maioria absoluta de votos. Os Conselheiros Diretores devem ser brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, escolhidos pelo Presidente da República, nomeados após sabatina e aprovação pelo Senado Federal, para cumprir mandato de cinco anos, vedada a exoneração *ad nutum*. Anualmente, é prevista a nomeação de um membro para o Conselho Diretor, como forma de permitir permanente renovação parcial e periódica do colegiado. O Conselho Diretor é presidido por um Presidente, nomeado pelo Presidente da República, que tem funções de direção, representando externamente a entidade e exercendo o comando hierárquico sobre o pessoal e o serviço. A propósito, o inciso III, do art. 22, da LGT, prevê dentre as atribuições do Conselho Diretor “propor o estabelecimento e alteração das políticas governamentais de telecomunicações”.<sup>271</sup>

<sup>271</sup> Artigos 20 a 23 do Decreto nº 2.338/1997. (BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências.)

Por seu turno, a Anatel também conta com um Conselho Consultivo, “órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência”. Ele é integrado por doze representantes indicados para mandatos não remunerados com duração de três anos, vedada a recondução, pelo Senado Federal (2 conselheiros), pela Câmara dos Deputados (2 conselheiros), pelo Poder Executivo (2 conselheiros), por entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações (2 conselheiros), por entidades representativas dos usuários (2 conselheiros), por entidades representativas da sociedade (2 conselheiros), para nomeação por Decreto do Presidente da República. Ao Conselho Consultivo, compete: requerer informações e fazer proposições sobre as questões de competência do Conselho Diretor; opinar sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas de universalização e demais políticas governamentais de telecomunicações, antes do encaminhamento das propostas pelo Conselho Diretor da Anatel ao Ministério das Comunicações; aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço em regime público; e, apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor.<sup>272</sup>

A representação judicial e a orientação normativa da Agência são exercidas pela Procuradoria, órgão subordinado à Advocacia Geral da União. A Anatel também conta com um Ouvidor, nomeado pelo Presidente da República, para mandato de dois anos, que atua com independência e deve produzir apreciações críticas sobre a atuação da Agência.<sup>273</sup>

Para desempenhar as responsabilidades que a lei lhe conferiu, a Anatel foi estruturada, inicialmente, com cinco Superintendências, responsáveis pelos serviços prestados em regime público (SPB), em regime privado (SPV), comunicações de massa (SCM), radiofrequência e fiscalização (SRF), e administração-geral (SAD).

---

<sup>272</sup> Artigos 36 a 40 do Decreto nº 2.338/1997. (BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências.)

<sup>273</sup> *Ibidem*.

Em 2001, após a edição da Lei do Fust, foi criada a Superintendência de Universalização (SUN), encarregada dos assuntos afetos à universalização dos serviços prestados em regime público.<sup>274 275</sup>

---

<sup>274</sup> ANATEL. Resolução nº 270, de 19 jul. de 2001. Altera o Regimento Interno da Anatel. Disponível em: [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br). Acesso em 10 abr. 2011.

<sup>275</sup> No âmbito interno da Anatel há clara imposição do dever de universalização, com uma Superintendência para tratar deste propósito. Vale dizer, no entanto, que de início em sua estrutura regimental, a incumbência administrativa foi entregue ao “Comitê para Universalização dos Serviços de Telecomunicações”, órgão colegiado ligado à estrutura organizacional do Conselho Diretor da Agência, recebendo como competência orientar e subsidiar o Conselho Diretor no exercício de suas competências legais em matéria de definição de políticas de universalização, nos termos da Resolução Anatel nº 96, de 1º fevereiro de 1999. A ampla composição paritária do Comitê – membros indicados por governos – estaduais e municipais, por representações universitárias, sindicais, de usuários e de prestadores de serviços, tornou-o órgão dinâmico não apenas de identificação, mas de efetiva diligência da problemática relativa à generalização das atividades das telecomunicações no país. (BOTELHO, op. cit., p. 156) O art. 3º da Resolução 96, dispõe que o Comitê “abordará as seguintes questões, encaminhando ao Conselho Diretor da Anatel os resultados de suas deliberações: I - avaliação prospectiva da importância socioeconômica dos diversos serviços de telecomunicações, especialmente do ponto de vista da implementação das políticas educacionais e de saúde; II - definição de parâmetros que permitam medir os potenciais impactos econômicos e sociais das diversas alternativas em matéria de política de universalização; III - identificação dos serviços que, a cada momento, se consideram imprescindíveis na integração da população à vida econômica e social; IV - identificação das demandas gerais e pontuais, cujo atendimento considera-se importante em termos da política de universalização; V - identificação dos objetivos pontuais de universalização, cujo atendimento geraria déficit do ponto de vista das firmas prestadoras do serviço, porém, cujo cumprimento geraria retornos sociais positivos; VI - definição de parâmetros que permitam uma avaliação objetiva a posteriori da implementação da política de universalização dos serviços; VII - identificação de alternativas tecnológicas que barateiem os custos de atendimento a localidades remotas; VIII - identificação de alternativas tecnológicas que barateiem os custos de atendimento a pessoas fisicamente incapacitadas e signifiquem um avanço no sentido do “desenho universal”; IX - alternativas metodológicas para determinar custos e benefícios sociais da implementação de objetivos de universalização específicos; X - análise de propostas de ampliação do Plano Geral de Universalização dos Serviços; XI - identificação das alternativas economicamente mais eficientes em matéria de financiamento da Universalização dos Serviços; XII - propostas de programas para agir sobre a demanda de serviços, instruindo o público e, em particular, as Pequenas e Médias Empresas, sobre o potencial da política de universalização do ponto de vista da capacidade competitiva das firmas; XIII - proposta para gerar um âmbito de debate e canais de comunicação que permitam à população em geral participar da identificação das necessidades sociais em matéria de universalização dos serviços de telecomunicações; XIV - lições da experiência internacional em matéria de universalização dos serviços, especialmente do ponto de vista da problemática colocada pelo objetivo concomitante de promover e preservar a competição. A composição do Comitê está disposta no art 4º da mesma Resolução: I - Conselheiro da Anatel - Presidente do Comitê; II - Superintendente de Serviços Públicos - Secretário do Comitê; III - um representante do Ministério da Educação; IV - um representante do Ministério da Saúde; V - um representante do Congresso Nacional; VI - de três a cinco representantes de governos estaduais ou municipais; VII - um representante de associação nacional de defesa dos interesses dos deficientes físicos; VIII - um representante de associação de moradores; IX - um representante de associação nacional de moradores de áreas de urbanização precária; X - um representante de sindicato de trabalhadores rurais; XI - um representante das Universidades Federais que realizam pesquisa sobre o setor de telecomunicações; XII - um representante dos educadores de diversos níveis (primário, colegial, universitário); XIII - um representante dos grandes usuários; XIV - um representante das prestadoras de serviços no regime público; XV - um representante das prestadoras de serviços no regime privado; XVI - um representante de classe das Pequenas e Médias Empresas; XVII - um representante de Centros de Pesquisa e Desenvolvimento do setor; XVIII - outros integrantes designados por decisão do Conselho Diretor da Anatel. Não obstante,

Em suma, o *telos* da reforma fundou-se em criar uma agência com considerável nível de autonomia no âmbito de suas competências, sem, no entanto, permitir o seu completo insulamento da política. É exatamente essa questão que se aborda neste trabalho, a partir da reflexão sobre seu papel no âmbito da universalização dos serviços de telecomunicações, tratada a seguir.<sup>276</sup>

### **2.3 A universalização das telecomunicações: uma ideia do serviço universal e a universalização consagrada na Lei Geral das Telecomunicações**

No que se refere às obrigações de universalização, da motivação para a edição da Lei Geral, é possível perceber a natureza eminentemente social, razão pela qual deveriam ser revisitadas periodicamente para o estabelecimento de planos de metas atinentes aos ditames do desenvolvimento socioeconômico nacional. Na Exposição de Motivos que acompanhou a citada Lei, dentre outros mecanismos, o governo propunha a criação de um fundo específico, em que todas as operadoras participariam do financiamento das obrigações de serviço universal, por meio de uma contribuição proporcional às suas respectivas receitas. O ente regulador seria o responsável por administrar esse fundo, definir o valor das contribuições e escolher, de forma adequada, a empresa a ser incumbida da prestação do serviço universal em cada situação específica.<sup>277</sup>

#### **2.3.1 Serviço Público e serviço universal**

A noção de serviço público enseja complexidade. Ela pode ser percebida de duas formas: em sentido amplo, como “toda prestação estatal, incluindo desde as atividades econômicas, a jurisdição, a segurança pública, o poder de polícia, a ordenação urbanística e mesmo a própria regulação estatal”; e, em sentido restrito,

[...] como as atividades dotadas de conteúdo econômico, revestidas de especial relevância social, cuja exploração a Constituição ou a Lei cometem à titularidade de uma das esferas da federação como forma de assegurar o

---

vale destacar que após a criação da Superintendência de Universalização, o Comitê de Universalização teve sua importância diminuída e, atualmente, encontra-se descontinuado pela Agência. (ANATEL. Resolução nº 96, de 1 fev. 1999. Criação do Comitê para a Universalização dos Serviços de Telecomunicações, da Anatel. Disponível em: [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br). Acesso em 10 jul. 2012.)

<sup>276</sup> BINENBOJM, Gustavo, CYRINO, André Rodrigues. Entre política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009, p. 7.

<sup>277</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de motivos nº 231/MC, de 10 de dezembro de 1996: documento de encaminhamento da Lei Geral de Telecomunicações, comentando-a. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>.

seu acesso a toda gente, permanentemente.<sup>278</sup>

Aqui, no âmbito da discussão que se pretende, ela será considerada em sua acepção restrita, mais especificamente nos termos do previsto no art. 175 da Constituição Federal, como espécie do gênero atividade econômica.

Embora não pertença ao escopo deste trabalho aprofundar a discussão doutrinária que envolve a noção de serviço público, será preciso, ao menos, nivelar um entendimento sobre ela, para que seja possível, ao final, perceber que ela afeta a caracterização da política para a universalização das telecomunicações, e, também, os contornos da organização burocrática do Estado para a sua consecução.

A noção de serviço público aparece intimamente ligada ao próprio Direito Administrativo sem que preexistia uma definição rígida que tipifique seus caracteres. Ela é, em verdade, o reflexo da evolução da sociedade e do Estado, afetada por fatores econômicos, sociais e tecnológicos<sup>279</sup>. Dromi afirma que há uma razão política para a noção de serviço público, intimamente ligada à razão de ser do Estado e ao bem comum, de tal maneira que a sua evolução está intimamente determinada pelo momentos históricos da vida econômica do Estado.<sup>280</sup>

Isto posto, recorramos, inicialmente, à escola francesa. Léon Duguit apresenta uma visão clássica da noção de serviço público, definida como

toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, porque [...] é indispensável para a realização e desenvolvimento da interdependência social [...] e não pode ser assegurada senão mediante à intervenção da força governante.<sup>281</sup>

O serviço público é, nesta acepção o fundamento e o limite do poder governamental. Ele ainda aponta que à medida que a civilização avança e se desenvolve aumenta o número de atividades suscetíveis a servir de base a serviços públicos.<sup>282</sup>

<sup>278</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005, p. 6.

<sup>279</sup> MEDAUAR, Odete. *Nova crise do serviço público*. In GRAU, Eros Roberto & CUNHA, Sérgio. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 527.

<sup>280</sup> DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 530.

<sup>281</sup> DUGUIT, Léon. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005, p. 65.

<sup>282</sup> *Ibidem*, p. 66.

Por sua vez, para Gaston Jéze o “serviço público é um procedimento técnico com o qual se satisfazem as necessidades de interesse geral”, subordinado a regime jurídico especial, caracterizado pela subordinação do interesse privado ao interesse geral<sup>283</sup>. Maurice Hauriou destaca tratar-se de “uma organização criada por uma pessoa administrativa tendo em vista a satisfação de uma necessidade coletiva”.<sup>284</sup>

Sob outro prisma, o alemão Otto Mayer aborda que “os meios estatais, tanto reais quanto pessoais, os quais estão predispostos e destinados à realização de uma determinada finalidade pública, formam sempre um serviço público”.<sup>285</sup>

Cretella Júnior, em seu Tratado de Direito Administrativo, dedicou capítulo à busca por um conceito de serviço público na doutrina brasileira e, como resultado de suas observações, conclui, com Brandão Cavalcanti, que: a noção de serviço público varia no tempo, de acordo com a necessidade da maior ou menor amplitude da intervenção do Estado, com o regime político e as tendências na ordem social e econômica; o serviço, para ser considerado público, precisa obedecer a um regime jurídico peculiar, fixado pelo Estado, e deve atender e destinar-se ao público; a intervenção do Estado, por meio de seus órgãos, constitui um dos elementos necessários à classificação dos serviços públicos; e, não se deve confundir serviço público com os serviços puramente administrativos que se compreendem numa esfera mais restrita.<sup>286</sup>

Também merecem destaque, na tentativa de se construir um patamar mínimo de compreensão da noção de serviço público, três elementos a ela subjacentes, pontuados por Dinorá Grotti: um subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade, sendo serviço público aquele prestado pelo Estado; um material, que considera a atividade exercida e, por isso, o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas; e, outro formal, que considera o regime jurídico, sendo serviço público a atividade exercida sob

---

<sup>283</sup> JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo II. Buenos Aires: De Palma, 1949, p. 18.

<sup>284</sup> JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 40.

<sup>285</sup> LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 205

<sup>286</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, vol. IV, p. 38.

regime de Direito Público derogatório e exorbitante do Direito comum<sup>287</sup>. Grotti ainda apresenta referências retiradas de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que evidenciam diferentes princípios, aplicáveis à abordagem dos serviços públicos. São eles os princípios: da continuidade; da regularidade; da igualdade ou da uniformidade; da neutralidade; da generalidade ou universalidade; da obrigatoriedade; da mutabilidade ou da adaptação constante; da modicidade; da participação dos usuários; da cortesia; da eficiência; da responsabilidade<sup>288</sup>. Na mesma linha, Dromi salienta que o serviço público exhibe notas especificadoras que ajudam a individualizar esta particular forma de atividade estatal e determinam as obrigações da Administração e os direitos dos usuários, são elas: continuidade; regularidade (conforme regras pré-estabelecidas); uniformidade (igualdade); generalidade; e obrigatoriedade. E, neste sentido, o interesse público a satisfazer por meio do serviço público justifica um regime jurídico predominantemente de Direito Público, ou seja, que transcenda o Direito Privado.<sup>289</sup>

Assim, ligado à razão de ser do próprio Estado<sup>290</sup>, o serviço público está adstrito aos objetivos que o Estado se propõe perseguir, condicionando as atribuições da Administração Pública e mesmo determinando os modos de atuação e de organização por ela adotados.<sup>291</sup>

Por oportuno, diante das modificações efetuadas no modelo de Estado, em especial a partir das privatizações e liberalização de setores da economia, conforme se depreende, inclusive, do que já se descreveu acerca do setor de telecomunicações, um novo modelo de regulação para a competição pressupõe uma transformação dos princípios de organização e regime jurídico a disciplinar o

---

<sup>287</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 42.

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 51-61.

<sup>289</sup> DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 532-535.

<sup>290</sup> “Os serviços públicos foram a expressão mais manifesta do Estado intervencionista e do Estado social do século XX, em contraposição ao Estado liberal do século XIX, essencialmente votado às tarefas da defesa e da manutenção da segurança e da ordem pública. Enquanto o Estado liberal era quase exclusivamente um Estado legislativo e administrativo, o Estado de serviços públicos é também um Estado proprietário, um Estado empresário e um Estado prestador.” (MÓREIRA, Vital. Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, agosto/setembro/outubro, 2009, p. 5.)

<sup>291</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 62.

funcionamento dos serviços públicos, sobretudo naqueles que acompanham a tradição continental europeia, como é o caso do Brasil.

A delegação da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, mediante outorga, corresponde a um processo de retirada do Estado da intervenção direta no domínio econômico, transferindo para os particulares a tarefa de prestar e explorar bens e serviços de relevância pública. Sobre esse fenômeno, Marques Neto explica:

Aquela visão essencialista e absoluta de serviço público (que o entende como uma atividade subtraída do domínio econômico confundindo-a com função estatal) perde espaço para uma noção lastreada na ideia de que, malgrado tratar-se de uma atividade econômica (passível pois de exploração econômica, inclusive com vistas ao lucro), por força de sua relevância social, seja reservada à titularidade do poder público com vistas a i) restringir o acesso à sua exploração àqueles que dele recebam uma outorga ou licença específica e ii) exigir que a sua exploração esteja subordinada a um regime sujeito a maior incidência regulatória (mormente submetida ao regime de direito público).

Ou seja, ganha força o entendimento de que o serviço público seria a atividade que, pela sua imprescindibilidade social, justifica que o poder público reserve para si o ônus de assegurar que tal atividade será posta permanentemente à disposição da coletividade, sem que isso implique necessariamente no dever ou na prerrogativa de exploração exclusiva.

É importante que se tenha em vista que o poder público, ao eleger uma dada atividade à condição de serviço público, acaba por ensejar três ordens de consequências principais i) permite a introdução de mecanismos de restrição de acesso a quem queira explorar tal atividade (sem que isso implique necessariamente em restrição absoluta); ii) faz incidir sobre os prestadores (todos ou pelo menos parte deles) uma forte incidência regulatória e iii) acarreta para o poder público titular deste serviço (aquele a cuja esfera corresponde a competência material para explorar, direta ou indiretamente, tal atividade) compromissos perante à sociedade, compromissos estes consistentes em assegurar a existência e a acessibilidade destes serviços a toda a coletividade.<sup>292</sup>

Disso, o que se tem é que a própria noção de serviço público passou por uma profunda transformação, de tal sorte que alguns autores chegam a falar que concepção tradicional de serviço público foi posta em crise<sup>293</sup>. Grotti vai afirmar que, no âmbito da União Europeia, a noção de serviço universal se apresentou como opção à tradicional noção de serviço público. Esposando entendimento de Souvirón Morenilla, a autora afirma que a utilização do qualificativo 'universal' em lugar de

---

<sup>292</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. p. 10.

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 1.  
MEDAUAR, Odete. *Nova crise do serviço público*. In: GRAU, Eros Roberto & CUNHA, Sérgio. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 527-538,

‘público’ evita a ligação ao poder público da operação atribuída ao mercado. Outrossim, o traço típico objetivo do serviço público - prestação à coletividade – estaria bem evidenciado com o qualificativo de universal<sup>294</sup>. O serviço universal entendido como

conjunto mínimo de serviços - de prestações - de uma qualidade determinada, prestados a todos os usuários - independentemente de sua situação geográfica e, à vista das condições nacionais concretas, a um preço acessível e que, baseado nos princípios da universalidade, igualdade e continuidade a fim de permitir o acesso ao mesmo a todos os usuários, constituirá uma obrigação imposta a determinados agentes, que poderá ser-lhes compensada financeiramente a partir do cálculo dos custos líquidos eventuais correspondentes e de sua divisão entre os próprios agentes do mercado sob o controle das autoridades nacionais de regulação.<sup>295</sup>

A partir desses breves apontamentos, sedimente-se o entendimento da noção de serviço público como pertencente ao âmbito das funções administrativas, como um fim ou meio para fim imediato, que se traduz em atividades públicas, funções ou prestações de interesse público e com um regime jurídico de Direito Administrativo<sup>296</sup>. Assim que, enfim, no Direito Brasileiro o serviço público acaba diretamente conformado pela lei, atribuído ao Poder Público, que, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, poderá prestá-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão.

A propósito, a LGT vinculou o conceito de universalização das telecomunicações a atributos clássicos do serviço público - a generalidade e a continuidade, impondo ao Estado o dever de disponibilizá-lo a toda a sociedade; e consignando-o a um regime jurídico dito público, derogatório do Direito comum. Antes de adentrar no tratamento conferido pela LGT à questão, vejamos como o setor de telecomunicações forjou um conceito muito próximo – como inclusive já se disse – à noção de serviço público: o tratamento do serviço universal.

### 2.3.2 Um serviço universal para as telecomunicações

Esboçar um conceito de serviço universal, no âmbito das telecomunicações, é tarefa que requer considerar uma dada realidade nacional, pois ele se caracteriza por princípios gerais hábeis a contemplar a evolução do estado da arte da

<sup>294</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 81.

<sup>295</sup> Idem. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65.

<sup>296</sup> DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 531.

tecnologia, o surgimento de novos serviços e utilidades e a própria dinâmica político-econômica em que o setor de telecomunicações está inserido (assim como a noção de serviço público). Botelho diz que o serviço universal se constitui uma definição incompleta, dinâmica, a envolver inúmeras variáveis, relativas, sobretudo, à aplicação dos princípios da justiça social e da igualdade e que, por isso mesmo, é difícil de ser administrado pelo órgão regulador. Por essa razão,

o debate sobre o serviço universal tem um foco maior em questões políticas do que econômicas, em que as estimativas de custos de obrigações de universalização antes de serem avaliadas devem responder a perguntas de cunho estritamente social ditadas pela política.<sup>297</sup>

Em que pese tais dificuldades, alguns elementos constitutivos do serviço universal podem ser delineados para o setor de telecomunicações. De maneira geral, ele pode ser entendido como uma restrição, imposta pelo poder público sobre o ofertante de serviços de telecomunicações, com o objetivo de assegurar o oferecimento de uma cesta básica de serviços em um nível de qualidade a que todos tenham condições de pagar<sup>298</sup>. Cremer, Gasmi e Grimaud apresentam quatro critérios para determinar se determinado serviço de telecomunicações deve merecer tratamento de serviço universal: ele deve ser essencial para educação, saúde pública ou segurança; subscrito pela maior parte dos usuários residenciais; prestado por meio de redes públicas de telecomunicações; e, consistente com o interesse público, a sua universalização deve ser conveniente e necessária. O serviço universal é, no âmbito das teorias da regulação, o mecanismo por meio do qual o Estado se responsabiliza a garantir condições mínimas de qualidade, continuidade e modicidade das tarifas, como o objetivo maior de garantir a fruição do serviço aos seus cidadãos.<sup>299</sup>

Por conseguinte, é possível destacar três ideias ou princípios básicos que permeiam a noção do serviço universal: a disponibilidade, entendida como a necessidade de expandir o serviço, de tal forma que, independentemente de localização geográfica ou condição socioeconômica, o serviço deve ser disponibilizado em determinadas condições de preço e qualidade; a modicidade tarifária (*affordability*), como meio para garantir que todos, particularmente os

---

<sup>297</sup> BOTELHO, Fernando Neto. *As telecomunicações e o Fust*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 45.

<sup>298</sup> CREMER, H.; GASMI, F.; GRIMAUD, A; e LAFFONT, J. J. *Universal service: an economic perspective*. *Annals of Public and Cooperative Economics* 72, 2001, p. 7.

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 5-7.

usuários com menor renda, possam ter acesso aos serviços; e, finalmente, a acessibilidade, com a utilização de tecnologias e tratamento adequado para que pessoas com deficiência usufruam dos serviços.<sup>300</sup>

Elementos do tratamento do serviço universal, no que se refere especificamente às telecomunicações<sup>301</sup>, podem ser identificados nos Estados Unidos, quando, já em 1907, Theodore Vail, então presidente da AT&T, sugeriu que a exploração unificada dos serviços de telecomunicações era mecanismo apto a possibilitar a expansão das redes para que o serviço pudesse chegar aos usuários nas diversas regiões do país<sup>302</sup>. Com o *Communications Act* de 1934, se somaria à ideia de expansão das redes a obrigatoriedade de prestação de um serviço economicamente acessível (*affordable*).

Contudo, a temática ganha corpo a partir das reformas para a liberalização do setor de telecomunicações, com o reconhecimento do serviço telefônico como um direito básico, indispensável para a coesão social e o desenvolvimento econômico. Até então, o acesso ao mesmo era uma obrigação implícita do operador estatal, e a ideia de um serviço universal estava atrelada ao próprio conceito de serviço público prestado pelo Estado<sup>303</sup>. A partir dessa perspectiva, o serviço universal se configura como “o serviço ou o conjunto de serviços mínimos definidos, que visam a assegurar o acesso de todos os usuários a prestações essenciais de uma determinada qualidade e a preços justos em face das condições específicas nacionais”, ideia inicialmente incorporada pela Comissão Europeia.<sup>304</sup>

De fato, foi o Direito Comunitário Europeu, por meio da Diretiva 2002/22/CE, 7 de março de 2002, do Parlamento Europeu e do Conselho que primeiro delimitou o entendimento do serviço universal em telecomunicações – ele é política complementar às práticas afetas aos demais serviços de telecomunicações, pois

---

<sup>300</sup> OCDE. *Rethinking Universal Service for a Next Generation Network Environment. Working Party on Telecommunication and Information Service Policies*. Abril/2006.

<sup>301</sup> Aqui não se deve confundir o seu uso quando da discussão o acerca da conceituação de serviço público.

<sup>302</sup> CREMER, H.; GASMI, F.; GRIMAUD, A; e LAFFONT, J. J. *Universal Service: An Economic Perspective. Annals of Public and Cooperative Economics* 72, 2001, p. 7.

<sup>303</sup> OESTMANN, Sonja & DYMOND, Andrew. *Acceso y Servicio Universal (ASU) - Módulo 4 Conjunto de herramientas para la reglamentación de las TIC*. União Internacional de Telecomunicações – UIT: Junho, 2009, p. 2. Disponível em: <[www.ictregulationtoolkit.org/en/Section.3126.html](http://www.ictregulationtoolkit.org/en/Section.3126.html)>.

<sup>304</sup> JUSTEN, Mônica Spezia. O serviço público na perspectiva do Direito Comunitário europeu. *In: Revista de Direito Público da Economia*, nº 01, p.137-176, jan./mar.2003, p. 155:

enquanto estes visam especificamente ao lucro, o serviço universal persegue política social cujos pressupostos se assentam na redistribuição de recursos, se constitui instrumento de intervenção pública no mercado de telecomunicações, com o fim de garantir um mínimo determinado de serviços acessíveis a todos os usuários, sem limites de localização geográfica ou de grupos sociais ou econômicos. Ademais, a referida Diretiva previu a necessidade de que o serviço universal evolua de modo a refletir os progressos tecnológicos, o desenvolvimento do mercado e as necessidades dos usuários.<sup>305</sup>

Nos Estados Unidos, a universalização dos serviços de telecomunicações encontra-se disposta no *Telecommunications Act*, na Seção 254, a partir de seis princípios básicos: 1) ele engloba serviços de qualidade que devem ser prestados a preços justos, razoáveis e acessíveis; 2) reflete a garantia de acesso aos serviços em todas as regiões do país; 3) garante a consumidores de baixa renda e aqueles em áreas rurais, insulares, e zonas de alto custo, o acesso a serviços de telecomunicações similares aos oferecidos em áreas urbanas, a preços igualmente comparáveis; 4) prevê que todos os prestadores de serviços de telecomunicações contribuam de forma equitativa e não discriminatória para o financiamento e promoção do serviço universal; 5) institui mecanismos estatais e federais que contribuam à conservação e promoção do serviço universal; 6) indica que escolas, instituições de saúde e bibliotecas devem ter acesso a serviços avançados de telecomunicações.<sup>306 307</sup>

Fiuzza e Neri lembram que, a despeito dos benefícios sociais, há também benefícios econômicos nas políticas para o serviço universal, englobados em três áreas:

---

<sup>305</sup> PARLAMENTO EUROPEU. Diretiva 2002/22/CE. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0051:0077:PT:PDF>>. Acesso em 7 maio 2012.

<sup>306</sup> EUA. *Section 254. Telecommunication Act*, 1996. Disponível em: <<http://www.techlawjournal.com/telecom/47usc254.htm>>. Acesso em: 7 maio 2012.

<sup>307</sup> As obrigações relacionadas à universalização são definidas por conselho formado por representantes da União e dos Estados. A USAC – *United States Administrative Company* é uma associação sem fins lucrativos que administra os recursos do Fundo do Serviço Universal (*Universal Service Fund - USF*), cuja contribuição é compulsória por todos as prestadoras de serviços de telecomunicação. Os recursos do Fundo são usados para financiar serviços fixos e móveis, além do provimento à Internet. (ANATEL. Estudo Comparativo de Modelos Regulatórios Nacionais. p. 31 – 32. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=207307&assuntoPublicacao=Estudo%20Comparativo%20de%20Modelos%20Regulat%F3rios%20Nacionais&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=207307.pdf>>.)

[...] as externalidades positivas de rede devido à expansão do acesso; as reduções nos custos de transação em mercados; e as reduções de custos imputáveis aos provedores de serviços de emergência e previdência aos que atualmente não têm telefone.<sup>308</sup>

Em resumo, a instituição do serviço universal, ou a universalização, como o instituto ficou consagrado na LGT, é uma política com a função precípua de provocar a expansão de redes e funcionalidades de telecomunicações, em geral, mas não obrigatoriamente, associada à prestação de serviços públicos para todos os membros da sociedade, sem distinção de renda ou localização geográfica. No Brasil, sob a denominação de serviço público, os objetivos de um serviço nacionalmente integrado e de expansão garantida estavam consignados já no Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962. Contudo, somente com a LGT que o conceito de universalização foi incorporado ao setor de telecomunicações nacional, não substituindo, todavia, o conceito de serviço público.<sup>309</sup>

### 2.3.3 A universalização das telecomunicações e os mecanismos consagrados na Lei Geral de Telecomunicações

A universalização pode ser vista também como instrumento de transferência de renda ou como política compensatória. [...] É de notar que há uma clara relação entre universalização e desenvolvimento socioeconômico.<sup>310</sup>

Os serviços de telecomunicações<sup>311</sup>, no âmbito da LGT, constituem serviço público, sendo dever da União organizar a sua exploração, o que inclui, dentre outros aspectos, disciplinar e fiscalizar a execução, comercialização, e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como a utilização dos recursos de órbita e do espectro de radiofrequências. Ocorre que a mesma Lei sofisticou a

<sup>308</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio & NERI, Marcelo Cortes. *Reflexões sobre os mecanismos de Universalização do acesso disponíveis para o setor de Telecomunicações no Brasil*. IPEA: Texto para Discussão nº 573, p. 20.

<sup>309</sup> LAENDER, Gabriel Boavista; ARANHA, Marcio Iório; LIRA, Laura Fernandes de Lima, GOMES, André Moura. *Políticas de administração do espectro acesso universal às comunicações: o caso brasileiro*. Fev, 2010, p. 2-3.

<sup>310</sup> COUTINHO, Diogo R. Entre eficiência e equidade. *Revista de Direito da FGV*. V.1 Nº2, Jun-Dez 2005, p. 151.

<sup>311</sup> De acordo com Aranha, a Lei Geral logrou em findar com a imprecisão conceitual, que igualava *serviços de telecomunicações* e *telecomunicações*, ao firmar o entendimento de que a disciplina normativa deveria estar centrada nos serviços de telecomunicações como o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”(art. 60), evidenciando a distinção entre os *serviços* e a *telecomunicação* em si. Nos termos da Lei, “o serviço de telecomunicações é, portanto, algo mais amplo; é a atividade suficiente para o funcionamento das telecomunicações”, apresentando-se como o complexo de atividades para a realização das telecomunicações, orientadas à transmissão, emissão e recepção de significados por via eletromagnética. (ARANHA, Márcio Iório. *Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA)*. Tese Doutorado. Brasília, UnB: Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, do Instituto de Ciências Sociais, 2005. p. 107.)

abordagem dos serviços de telecomunicações, dividindo-os: em função da abrangência dos interesses que atendem, em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito (art. 62); e, em função dos regimes jurídicos de prestação a que se destinam, em regimes público e privado (art. 63)<sup>312</sup>. A compreensão dessa distinção é fundamental para analisar o instituto da universalização, sobretudo pois que é definida por ocasião da própria classificação dos serviços em regimes.

Segundo o art. 17 da Resolução Anatel nº 73, de 1998, que aprovou o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, são de interesse coletivo os serviços cuja “prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias e observados os requisitos da regulamentação”. Os de interesse restrito, por seu turno, nos termos do art. 18 da referida Resolução, são os que se destinam ao “uso do próprio executante ou prestado a determinados grupos de usuários, selecionados pela prestadora mediante critérios por ela estabelecidos, observados os requisitos da regulamentação”<sup>313</sup>. Essa divisão implica, ademais, no reconhecimento de que está legalmente cindida a discussão da política para os serviços de telecomunicações no Brasil.

Os serviços em regime privado<sup>314</sup> são os não reservados expressamente para a exploração no regime público, podendo ser explorados economicamente pela iniciativa privada, baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica, como direito e não como dever, mediante prévia autorização da Anatel. Os prestadores de serviços nesse regime podem ter obrigações a cumprir, tratados no

---

<sup>312</sup> “[...]Art. 62. Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito. Parágrafo único. Os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo. Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados. Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.[...]”

<sup>313</sup> ANATEL. Resolução nº 73, de 25 nov. 1998. Aprova o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações. Disponível em: [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br). Acesso em 10 abr. 2011.

<sup>314</sup> Atualmente os maiores expoentes são o Serviço Móvel Pessoal e o Serviço de Comunicação Multimídia.

art. 135 da Lei, mas que não se confundem com as obrigações de universalização<sup>315</sup>. Os compromissos de abrangência, afetos ao regime privado, têm limites estabelecidos no art. 128 da LGT, em especial no inciso V, obrigados a respeitar relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos<sup>316</sup>. A lei ainda vincula o momento em que podem ser estabelecidos os compromissos de interesse da coletividade, qual seja o da expedição da autorização.<sup>317</sup>

Por sua vez, os serviços destinados ao regime público são os de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União se compromete a assegurar. A Lei estabeleceu que um serviço poderia ser destinado a ambos os regimes de prestação e, ainda, que os serviços em regime público poderiam ser prestados pelo agente privado, mediante concessão ou permissão<sup>318</sup>, a quem seriam imputadas obrigações de universalização e continuidade.<sup>319 320</sup>

Marques Neto afirma que

<sup>315</sup> “Art. 135. A Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade.

Parágrafo único. Os compromissos a que se refere o *caput* serão objeto de regulamentação, pela Agência, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.”

<sup>316</sup> As obrigações de universalização não podem ser estabelecidas por vontade da Anatel, pois que dependem da anuência do Poder Executivo, devendo estar previstas em um Plano de Metas de Universalização (Art. 18, inciso III da LGT).

<sup>317</sup> No regime público, as obrigações de universalização são objeto de metas periódicas, sendo possível que no decorrer do tempo, para melhor atender ao interesse público, essas metas sejam revistas, alteradas, reduzidas ou ampliadas.

<sup>318</sup> A concessão, nos termos do art. 83, parágrafo único da LGT, é definida como a delegação da prestação do serviço, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se o concessionário aos riscos empresariais, de modo que está sujeito às obrigações e prejuízos que causar, sendo remunerado pelas tarifas cobradas dos usuários ou por outras receitas alternativas. As concessões não possuem cunho de exclusividade e estarão disciplinadas em Planos Gerais de Outorgas aprovados pelo Presidente da República para os serviços prestados em regime público. De outro modo, a permissão, consoante o art.118, parágrafo único da LGT, é “o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado.” Em verdade, ela é outorgada em situação excepcional que haja comprometimento do funcionamento do serviço, quando não há tempo hábil para intervenção na concessionária ou outorga de nova concessão.

<sup>319</sup> Conforme art. 64 da LGT.

<sup>320</sup> “[...] obrigações de serviço universal como a restrição que o poder público, por meio de uma agência reguladora, impõe sobre um determinado ofertante de serviços de telecomunicações. O conjunto da restrição inclui o oferecimento de uma cesta básica de serviços, de boa qualidade e a todos os que têm disposição a pagar por ela.” (BARCELOS, Raphael Magalhães; MÜLLER, Bernardo P. *Obrigação de Serviço Universal em Telecomunicações: um estudo introdutório*. Brasília, DF, 2004.)

[...] a diferença na classificação entre serviço prestado no regime público e ou no regime privado, basicamente, revela-se na perspectiva dos ônus que são imputáveis ao prestador em regime público e da falta de ônus e uma maior liberdade que se atribui ao prestador em regime privado. Basicamente, o núcleo destes ônus consiste no dever de universalização e de continuidade. O prestador em regime público tem obrigação de levar o serviço para determinadas regiões mesmo que estas não sejam economicamente interessantes, bem como tem a obrigação de continuidade, que não é aplicável ao prestador privado.<sup>321</sup>

Isto posto, se passe à consideração de que o regime público e a universalização estão imbricados e inseridos no reconhecimento de que as forças de mercado não disseminam seus benefícios para toda a coletividade, o que requer do Estado a adoção soluções políticas adicionais a garantir acesso efetivo à prestação dos serviços. Eles revelam a sistemática adotada pelo Poder Público para preservar direitos sociais, considerando-se o fim do monopólio estatal e a introdução do regime de livre mercado e da concorrência. Botelho reforça que a universalização se constitui “*nomen iuris* atribuído ao específico dever do poder público imposto ao Estado, que deverá realizá-lo através da condução do processo de generalização dos serviços de telecomunicações”<sup>322</sup>. Na mesma linha, Tôrres explica que os mecanismos para a universalização dos serviços de telecomunicações são instrumentos públicos para tutelar valores da coletividade, mesmo que prestados por sujeitos particulares, no cumprimento de contrato com o Estado.<sup>323</sup>

A LGT definiu os objetivos básicos a serem atendidos via obrigações de universalização, consolidadas em planos de metas com esse propósito, aprovados por Decretos do Presidente da República: a) possibilitar o acesso de qualquer pessoa aos serviços de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica; b) possibilitar o acesso de qualquer instituição de interesse público aos serviços de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica; c) permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público. Esses objetivos denotam que as referidas obrigações, conforme art. 79, § 1º, da LGT, estão dirigidas para a superação de duas barreiras distintas: uma de ordem física, associada ao lugar onde se pretende levar o serviço, resultado da amplitude do território nacional; e, outra, de

<sup>321</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Direito das telecomunicações e Anatel. Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 313.

<sup>322</sup> BOTELHO, Fernando Neto. *As telecomunicações e o Fust*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 52.

<sup>323</sup> TÔRRES, Heleno Taveira. *Parecer jurídico: contribuição para o Fust nos pagamentos de interconexão e outras transferências*. São Paulo, 2005, p. 18-19.

ordem socioeconômica, relativa à eventual impossibilidade de pagamento do serviço por parte dos usuários, caso haja a disponibilidade de infraestrutura<sup>324</sup>. Com isso, elas guardam relação direta com dois princípios basilares de origem constitucional, precedentes à própria Lei: o da isonomia, nos termos do art. 5º, *caput*, da Carta Magna; e o da justiça social, como informador do exercício da atividade econômica, conforme preceitua o art. 170, *caput*, do texto constitucional.<sup>325</sup>

As obrigações de universalização são objeto de metas periódicas, como alvo de alcance espacial-temporal, e tem a sua operacionalização de maneira projetada e programática, descrita em planos específicos, periódicos e revisíveis, nos termos do art. 80 da LGT, abaixo transcrito:<sup>326</sup>

Art. 80. As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas.

§ 1º O plano detalhará as fontes de financiamento das obrigações de universalização, que serão neutras em relação à competição, no mercado nacional, entre prestadoras.

§ 2º Os recursos do fundo de universalização de que trata o inciso II do art. 81 não poderão ser destinados à cobertura de custos com universalização dos serviços que, nos termos do contrato de concessão, a própria prestadora deva suportar.

Dito de forma resumida, a universalização se configura por meio do estabelecimento de obrigações de universalização ao concessionário, consolidadas em planos específicos. Revestindo-se de caráter eminentemente social, a obrigação de universalização pode variar com o tempo, para se adaptar às condições contemporâneas, à medida que certos objetivos sejam alcançados e que a evolução

<sup>324</sup> “Art. 79 [...] § 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 socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.”

<sup>325</sup> BOTELHO, Fernando Neto. *As telecomunicações e o Fust*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 45.

<sup>326</sup> As Metas de Universalização deverão ser cumpridas pelas operadoras de telefonia fixa que atuam em regime público: as concessionárias na modalidade local, nas suas áreas de atuação – Brasil Telecom, CTBC Telecom, Oi/Telemar, Sercomtel, Telefônica – e a concessionária na modalidade longa distância – Embratel – cuja área de atuação é todo o território nacional.

da economia, do desenvolvimento regional, das questões demográficas, da distribuição de renda, dentre outros pontos, modifiquem as condições iniciais.<sup>327</sup>

Os planos de metas, nos termos do artigo supra, versam sobre a disponibilização: a) de instalações de uso coletivo ou individual; b) de atendimento das pessoas com deficiência; c) de atendimento de instituições de caráter público ou social (instituições, públicas ou privadas, de educação e saúde, por exemplo); e, d) de atendimento às áreas rurais ou de urbanização precária e regiões remotas.

A Lei acrescentou, ainda, que os planos de metas devem detalhar as fontes de financiamento das obrigações de universalização, neutras em relação à competição, no mercado nacional, entre prestadoras<sup>328</sup>, ou seja, de maneira que não deverão ser tratadas de forma dissociada de seus custos, para não comprometer a competitividade do concessionário em regime público diante dos demais operadores<sup>329</sup>. A partir da identificação dos recursos das fontes de financiamento, é possível agrupar as obrigações de universalização em duas modalidades distintas.

A primeira modalidade abriga as obrigações de universalização de cunho contratual, ou seja, estabelecidas por ocasião da celebração dos contratos de concessão em regime público, suportados a partir da exploração eficiente do próprio serviço. A essa modalidade, nominar-se-á universalização contratual (o que não significa que a outra modalidade não implique na celebração de contratos), refletida nas edições dos Planos Gerais de Metas para a Universalização (PGMU). Tanto é assim que o contrato de concessão possui cláusulas específicas sobre as metas para a universalização, em especial sobre os mecanismos para o estabelecimento de novas metas, por ocasião de sua revisão, que requer consultas públicas realizadas pela Anatel, com dois anos de antecedência à sua entrada em vigor. Sobre esta modalidade, Marques Neto destaca que a obrigação de universalização é

---

<sup>327</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de motivos nº 231/MC, de 10 de dezembro de 1996: documento de encaminhamento da Lei Geral de Telecomunicações, comentando-a. p.19. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>.

<sup>328</sup> Conforme dispõe o art. 80, §2º, da LGT.

<sup>329</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. Concorrência e universalização nas telecomunicações: evoluções recentes no direito brasileiro. In: *Revista de Direito Público da Economia*, nº 08, out/dez. 2004, p. 375.

também elemento constitutivo e compõem o próprio contrato de concessão<sup>330</sup>, assim que

[...] as obrigações de universalização previstas no plano geral de metas de universalização de um determinado serviço são detalhadas e quantificadas nos respectivos contratos de concessão. Não pode haver contrato de concessão sem que haja a definição das obrigações de universalização, não apenas porque essas obrigações são elementos essenciais do contrato de concessão (art. 93, IV, da LGT), mas principalmente porque o regime público criado pela LGT só existe em razão da necessidade de se assegurar a universalização e continuidade de algumas modalidades de serviço. Se não houver obrigação de universalização, ou seja, se não houver interesse em universalizar a prestação do serviço, este não poderá ser prestado em regime público (art. 64).

[...] grava, organicamente, e *ab initio*, a atividade pública delegada, de tal sorte que, prestando-a a contento e cumprindo as metas obrigacionais traçadas, nos termos da Lei pela Agência de regulação e pelo Poder Público delegante, mantém-se o delegatário na titularidade pacífica da execução. Abstendo-se da exação mínima no cumprimento da prestação, ou no dos encargos a ela cominados, incorre o prestador em sanções que vão desde as de caráter puramente pecuniário ou administrativo, até aquelas que afetam a substância da própria delegação.<sup>331</sup>

Por sua vez, a segunda modalidade está refletida no art. 81 da LGT, que previu o estabelecimento de obrigações a serem custeadas por meio de recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço. Os recursos para esse fim seriam oriundos das seguintes fontes: do Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e, de fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado. A Lei previu, ainda, que, enquanto não fosse instituído o referido fundo, poderiam ser utilizados: subsídios entre modalidades de serviços de telecomunicações ou entre segmentos de usuários; e, pagamento de adicional ao valor de interconexão.

A Lei nº 9.998, de 2000, criou o Fust, o fundo previsto na LGT, que merecerá tratamento específico no capítulo seguinte e que se constitui, haja vista o recorte metodológico adotado, objeto de análise neste trabalho.

<sup>330</sup> Nos termos do art. 63, § 1º, e do art. 93, inciso IV da LGT.

<sup>331</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das Telecomunicações e Anatel. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 313.

Antes de visitá-lo, é preciso estabelecer algumas ideias que permitirão melhor desbravar os caminhos, tortuosos, diga-se de passagem, que envolvem a universalização das telecomunicações com recursos do Fust.

Inicialmente, é preciso consignar que o único serviço prestado no regime público e, por consequência, objeto da política pública de universalização, é o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), conforme tratamento conferido pela própria LGT, no parágrafo único do art. 64<sup>332</sup>. Assim, universalizar o STFC não engloba expandir o serviço móvel pessoal (SMP), vulgo telefonia celular, ou mesmo a internet. Isto porque cada serviço corresponde não a uma solução específica tecnológica, mas a um conjunto de características e utilidades que determinam um parâmetro geral para o modelo de negócios das prestadoras. No caso do STFC, está compreendida a transmissão de voz por processos de comutação por circuitos e se admite a transmissão de dados até a velocidade de 64 kbps, o que permite o acesso discado (*dial up*) à internet tão somente.<sup>333</sup>

Por conseguinte, é forçoso reconhecer, a partir do que foi dito, que a universalização é uma política pública específica que opera nos limites de uma política maior a reger o setor de telecomunicações brasileiro<sup>334</sup> e reflete em grande medida o *trade off*<sup>335</sup> entre eficiência e equidade abordado ao longo da seção 1.1. desta Dissertação, uma vez que ela pressupõe elementos constitutivos das políticas redistributivas, que guardam relação com os ditames de uma justiça distributiva ou social.

---

<sup>332</sup> Nessa acepção, universalizar o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC não é o mesmo que universalizar outros serviços, como o Serviço Móvel Pessoal – SMP, o Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, ou o Serviço de Acesso Condicionado, recentemente criado pelo Congresso Nacional, por meio da Lei nº 12.485, de 2011. A tais serviços aplicam-se tecnologias distintas e, sobretudo, arcabouço regulatório e regimes jurídicos diferenciados. Enfatize-se, essa diferença gera grande impacto na ação do regulador e nos mecanismos de financiamento público para a promoção da universalização no setor de telecomunicações.

<sup>333</sup> LAENDER, Gabriel Boavista; ARANHA, Marcio Iório; LIRA, Laura Fernandes de Lima, GOMES, André Moura. *Políticas de administração do espectro acesso universal às comunicações: o caso brasileiro*. Fev, 2010, p. 2-3.

<sup>334</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>335</sup> COUTINHO, Diogo R. Entre eficiência e equidade. *Revista de Direito da FGV*. V.1 Nº2, Jun-Dez 2005, p. 143.

## 2.4 A política para a universalização e a repartição de competências entre a Anatel e o Poder Executivo Central

O Título II da LGT delimita as competências relativas ao Poder Executivo Central<sup>336</sup> e à Anatel e, por conseguinte, estabelece as balizas iniciais para a atuação e consecução da universalização dos serviços de telecomunicações. Gustavo Binenbojm salienta que essa Lei é um exemplo paradigmático da repartição de competências entre governo e regulador autônomo e representa a busca do legislador por alcançar um ponto ótimo de equilíbrio entre eficiência e legitimidade política na gestão do setor de telecomunicações.<sup>337</sup>

Os quatro incisos do art. 18 reiteram o disposto no art. 1º da Lei ao reservar à aprovação específica pelo Presidente da República, por meio da edição de decretos, no exercício de seu poder constitucional de regulamentar a fiel execução das leis, nos termos do art. 84, inciso IV, da Carta Magna, as seguintes matérias: a) instituição ou eliminação de prestação de modalidade de serviço no regime público,

---

<sup>336</sup> O Poder Executivo é dirigido, nos termos da CF pelo Presidente da República, auxiliado pelos seus Ministros. *In casu*, quando se fala em Poder Executivo Central, se quer evidenciar, portanto, a participação do Presidente e também do Ministério das Comunicações. A propósito, O Ministério das Comunicações é órgão da administração federal direta. Criado em 1967, por meio do Decreto-lei nº 200, ele incorporou as funções do extinto Conselho Nacional de Telecomunicações – Contel, assumindo o papel de coordenador central do planejamento das políticas para as telecomunicações brasileiras. O Decreto nº 7.462, de 19 de abril de 2011, fixou a estrutura organizacional do Ministério, detalhando dentre as suas áreas de competência os seguintes assuntos: a política nacional de telecomunicações; a política nacional de radiodifusão; os serviços postais, telecomunicações e radiodifusão; e, a política nacional de inclusão digital. A Pasta das Comunicações também é responsável, entre outras funções, por outorgar e fiscalizar serviços de radiodifusão e possui como entidades vinculadas a Anatel, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e a Telecomunicações Brasileiras S/A (Telebras). Dentre os órgãos pertencentes à estrutura do Ministério, convém, considerando os objetivos deste trabalho, trazer à lume as competências das Secretaria de Telecomunicações, a quem compete formular e propor políticas e diretrizes, objetivos e metas, relativos aos serviços de telecomunicações; auxiliar na orientação, acompanhamento e supervisão das atividades da Anatel; propor a regulamentação e normatização técnica para a execução dos serviços de telecomunicações; formular e propor o estabelecimento de normas, metas e critérios para a universalização dos serviços públicos de telecomunicações e para a ampliação do acesso à banda larga acompanhando o cumprimento das metas estabelecidas; formular e propor o estabelecimento de normas e critérios para alocação de recursos aos projetos e programas financiados Fust; planejar, coordenar, supervisionar e orientar, normativamente, as atividades, estudos e propostas que orientem a formulação de ações visando à universalização dos serviços de telecomunicações e à expansão do acesso à banda larga; e, supervisionar a execução das ações destinadas à universalização dos serviços de telecomunicações e à expansão do acesso à banda larga. No desempenho de suas funções, essa Secretaria conta com o apoio de dois Departamentos – o Serviço de Universalização de Telecomunicações e o de Banda Larga. Vale dizer que o Ministério ainda conta com uma Secretaria específica para tratar políticas relativas à inclusão digital do Governo Federal – a Secretaria de Inclusão Digital.

<sup>337</sup> BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Entre política e expertise: a repartição de Competências entre o Governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*. Número 16 – novembro/dezembro/janeiro - 2009 – Salvador.

com ou sem caráter de exclusividade, e definir as modalidades a ser prestadas no regime privado; b) aprovação do plano geral de outorgas dos serviços prestados no regime público; c) aprovação do plano geral de metas para universalização dos serviços prestados no regime público; e, d) autorização para a participação de empresas brasileiras em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações. Ao atribuir ao Presidente da República a competência para disciplinar referidas matérias, o legislador reconheceu o conteúdo primariamente político das mesmas, inserindo-as no espectro de responsabilidades institucionais desse ator político. Não se quer dizer, com isso, que elas não requeiram tratamento técnico-especializado. Ao contrário, são matérias que reivindicam refinado conhecimento do setor de telecomunicações, assistindo razão à lei ao fixar a participação da Anatel na propositura das mesmas, conforme se verá a seguir.

Por sua vez, para a Anatel, responsável, de forma abrangente, por organizar os serviços de telecomunicações, nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, foi estabelecido um rol de 31 competências, conforme dispõe o art. 19<sup>338</sup>, assim resumidas: implementar a política nacional de

---

<sup>338</sup> Eis a íntegra do art. 19, que fixou as competências da Anatel: “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações; II - representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo; III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III; IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; V - editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público; VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções; VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes; VIII - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas; IX - editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções; X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções; XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem; XIII - expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos; XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais; XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência; XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos; XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações; XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários; XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e

telecomunicações; representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo; *elaborar e propor ao presidente da República* (a quem compete aprovar e decretar) a inclusão ou exclusão de uma modalidade de serviço no regime público, o plano de outorgas dos serviços de regime público e o *plano de metas de universalização*; editar atos de outorga e expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação dos serviços de regime público; controlar, acompanhar e proceder à revisão das tarifas dos serviços de regime público; expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos serviços de telecomunicações e aos equipamentos que utilizarem; e para assegurar a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes; e, resolver administrativamente sobre a interpretação da legislação de telecomunicações, prover sobre os casos omissos e compor, na esfera administrativa, conflitos de interesse entre prestadores de serviços de telecomunicações.

Ora, de largada, a primeira competência da Agência, constante do inciso I, art. 19 da LGT fixa para ela a determinação geral de implementar a política nacional de telecomunicações. A propósito, em outros momentos, a Lei Geral reiterou a ideia central de que compete à Agência implementar as políticas estabelecidas pelos poderes Executivo e Legislativo, conforme se depreende da leitura: do art. 1º, *caput*, que firma competir à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das

---

repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE; XX - propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público; XXI - arrecadar e aplicar suas receitas; XXII - resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos, bem como quanto à nomeação, exoneração e demissão de servidores, realizando os procedimentos necessários, na forma em que dispuser o regulamento; XXIII - contratar pessoal por prazo determinado, de acordo com o disposto na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993; XXIV - adquirir, administrar e alienar seus bens; XXV - decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor; XXVI - formular ao Ministério das Comunicações proposta de orçamento; XXVII - aprovar o seu regimento interno; XXVIII - elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida nos termos do artigo anterior; XXIX - enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional; XXX - rever, periodicamente, os planos enumerados nos incisos II e III do artigo anterior, submetendo-os, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da República, para aprovação; XXXI - promover interação com administrações de telecomunicações dos países do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, com vistas à consecução de objetivos de interesse comum.” (grifo nosso)

políticas, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações; do art. 19, XXVIII, segundo o qual o relatório anual da Agência deve destacar o cumprimento da política para o setor; do art. 22, III, que dispõe caber ao Conselho Diretor propor o estabelecimento e a alteração das políticas governamentais de telecomunicações; do art. 26, § 1º, que fixa ser causa da perda do mandato a inobservância, pelo conselheiro, das políticas estabelecidas para o setor; entre outros.

Por conseguinte, nos incisos III e XXX, o legislador fixou a participação do ente regulador no processo de elaboração e proposição das políticas públicas para o setor, ao reservar-lhe a tarefa de elaborar e propor planos referentes às matérias restritas à aprovação pelo Presidente da República. De tal maneira, compete à Anatel propor ao Presidente da República, via Ministério das Comunicações: a instituição de modalidades de serviços em regime público; a autorização para participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações; os planos gerais de outorgas de serviços prestados no regime público; e, os planos gerais de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público<sup>339</sup>. Estes últimos, o foco de análise empírica deste trabalho, quando afetos aos recursos do Fust.

O que isso significa? Que se conferiu à Agência papel de partícipe na conformação das políticas públicas setoriais, mantendo-se, não obstante, a responsabilidade final (e política) de aprovação nas mãos do Chefe do Poder Executivo. Isto porque, o tratamento das matérias das matérias constantes do art. 18, eivadas de denso conteúdo político, requerem conhecimento técnico especializado - expertise e papel institucional esperados da Anatel. Assim, o desenho institucional traçado pela LGT, não se resume numa relação linear ou hierárquica de formulação de políticas, pelo Poder Executivo Central, a ser implementada pela Anatel. “Antes, assume uma configuração mais sofisticada na

---

<sup>339</sup> Em relação aos dois últimos, a Lei fixou que a Agência deverá submetê-los à Consulta Pública prévia.

qual [...] verifica-se uma relação de complementaridade e influência recíproca entre pautas políticas e especialização técnica”.<sup>340</sup>

Binenbojm, relativamente às decorrências da repartição de funções entre a Anatel e o Poder Executivo, em especial o que diz respeito à vinculação do Presidente da República às propostas formuladas pela Agência, formulou as assertivas a seguir:

A Lei Geral de Telecomunicações ao criar a Anatel, estabeleceu genericamente a sua vinculação às políticas públicas fixadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, arrolando ainda, em seu art. 18, os assuntos considerados de elevado teor político e sujeitos, assim, à regulamentação por meio de decreto presidencial.

Embora o art. 19, III, da LGT estabeleça a competência da Anatel para submeter ao Presidente da República proposta das medidas regulatórias [...], o Chefe do Poder Executivo não está jungido seja à iniciativa da agência, seja ao conteúdo por ela eventualmente proposto. [...] o Presidente da República pode regular as matérias de sua competência (art. 18, LGT), nos limites da lei, independentemente de proposta da ANATEL, embora tenha o dever de apreciá-la, caso formulada pela agência.

A LGT, de forma explícita ou implícita, não qualifica como *privativa* a atribuição da ANATEL para submeter ao Presidente propostas de atos regulatórios constantes do art. 18, I a IV. Assim, a agência detém a prerrogativa ou a faculdade instrumental de propor ao Presidente as alterações tópicas ou sistêmicas nesses assuntos, caso entenda necessárias, sem que por isso se exclua a possibilidade de apreciação de propostas de outros órgãos e entidades, públicas ou privadas, pelo Presidente. [...] <sup>341</sup>

Wimer e Scholze reforçam que o traço distintivo da Anatel é justamente a “especial relação de circularidade que caracteriza a dinâmica de proposição e implementação de políticas públicas de telecomunicações”. Acrescentam que, em que pese a costumeira distinção rígida entre formulação de políticas públicas e sua implementação, reservando-se, em geral, a primeira etapa à administração direta e a segunda à agência reguladora, no caso das telecomunicações, essa divisão de tarefas “assume contornos menos retilíneos”.<sup>342</sup>

<sup>340</sup> SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin; WIMMER, Miriam. *A regulação das telecomunicações no Brasil: passado, presente e desafios futuros*. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). *Desafios da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2009, p. 162.

<sup>341</sup> BINENBOJM, Gustavo, CYRINO, André Rodrigues. Entre política e *expertise*: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na lei geral de telecomunicações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. p. 23-24.

<sup>342</sup> SCHOLZE; WIMMER. op.cit., p. 161.

Em verdade, tal opção reflete a tentativa de uma composição entre política e técnica, uma vez que supõe um regime de relações institucionais entre o Governo e a Anatel com o escopo de preservar os valores democráticos e a necessidade da atuação técnica da agência reguladora. Todavia, persiste aí uma permanente tensão entre, de um lado, a “*tecnicidade* esperada na atuação da agência, e, de outro lado, a *politicidade* inerente ao regime democrático constante das prioridades do governante eleito”.<sup>343</sup>

#### 2.4.1 A tentativa de estabelecimento da política para as telecomunicações

A política para as telecomunicações pode ser identificada formalmente como aquela aprovada pelos Poderes Legislativo e Executivo, expressa no conjunto de preceitos e diretrizes estabelecidos tanto nas leis federais quanto nos decretos referentes às telecomunicações, de que são exemplos a própria LGT, a Lei do Fust, e os decretos instituidores do Plano Geral de Outorgas, do Plano Geral de Metas de Universalização e das Políticas Públicas de Telecomunicações.

A bem da verdade, a própria LGT em seus mais de 200 artigos esboçou uma política para as telecomunicações brasileiras. Não obstante, ela o fez em linhas gerais, haja vista que, conforme inclusive se evidenciou no capítulo 1, as políticas são processo que a referida lei não poderia esgotar, ainda mais se considerarmos a dinâmica inerente a setor em tela.

Em 10 de junho de 2003, conforme previsto na própria LGT, o Ministério das Comunicações editou o Decreto nº 4.733, que dispõe especificamente sobre políticas públicas de telecomunicações. Em seu art. 3º, o Decreto estabelece os seguintes objetivos para as políticas de telecomunicações: a inclusão social; a universalização; contribuir efetivamente para a otimização e modernização dos programas de Governo e da prestação dos serviços públicos; integrar as ações do setor de telecomunicações a outros setores indispensáveis à promoção do desenvolvimento econômico e social do País; estimular o desenvolvimento industrial brasileiro no setor; fomentar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico do setor; garantir adequado atendimento na prestação dos serviços de telecomunicações;

---

<sup>343</sup> BINENBOJM, Gustavo, CYRINO, André Rodrigues. Entre política e *expertise*: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na Lei Geral de telecomunicações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.

estimular a geração de empregos e a capacitação da mão-de-obra; e, estimular a competição ampla, livre e justa entre as empresas exploradoras de serviços de telecomunicações, com vistas a promover a diversidade dos serviços com qualidade e a preços acessíveis à população.

A esses objetivos gerais, o artigo 4º do mesmo Decreto, acrescentou os seguintes objetivos:

- I - assegurar o acesso individualizado de todos os cidadãos a pelo menos um serviço de telecomunicação e a modicidade das tarifas;
- II - garantir o acesso a todos os cidadãos à Rede Mundial de Computadores (Internet);
- III - o atendimento às necessidades das populações rurais;
- IV - o estímulo ao desenvolvimento dos serviços de forma a aperfeiçoar e a ampliar o acesso, de toda a população, às telecomunicações, sob condições de tarifas e de preços justos e razoáveis;
- V - a promoção do desenvolvimento e a implantação de formas de fixação, reajuste e revisão de tarifas dos serviços, por intermédio de modelos que assegurem relação justa e coerente entre o custo do serviço e o valor a ser cobrado por sua prestação, assegurado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- VI - a garantia do atendimento adequado às necessidades dos cidadãos, relativas aos serviços de telecomunicações com garantia de qualidade;
- VII - a organização do serviço de telecomunicações visando a inclusão social.

Considerando, mais uma vez, a complexidade que as políticas públicas encerram, os nove artigos do citado instrumento normativo mais uma vez pouco direcionam o regulador federal no sentido concreto das escolhas ou alocação de valores que são requisitos para a formulação das políticas públicas. De sorte que, ao redundar numa carta de intenções e diretrizes, o principal instrumento a que o Ministério das Comunicações lançou para impulsionar ou mesmo guiar a atuação do regulador independente, parece também insuficiente, em especial no que se refere aos aspectos concernentes à universalização do serviço.

As regras gerais ou princípios, que tanto o Decreto nº 4.733, quanto a LGT encerram não fornecem respostas fáceis para os problemas específicos de regulação. Até porque, em verdade, a

[...] aplicação do direito, isto é, toda concretização de normas gerais, toda passagem de um grau superior a um grau inferior da criação jurídica não é mais do que o preenchimento de um espaço vazio, o exercício de uma atividade dentro das lindes fixadas pelas normas de grau superior. A determinação dos graus inferiores pelos superiores nunca pode ser completa. Haverá sempre oportunidade para as normas inferiores de imputar às superiores um conteúdo que lhes falta. De outro modo, seria impossível o desenvolvimento do processo de criação jurídica, e a criação de normas individuais seria supérflua. Existe, igualmente, entre o conceito abstrato e a representação concreta uma diferença material, ou de conteúdo.<sup>344</sup>

Na linha do que foi dito, pode-se refutar a tese de que longe de inovarem sob o ponto de vista das decisões que adotam, as agências atuariam sob as balizas ou diretrizes<sup>345</sup> emanadas das Pastas setoriais a que estão vinculadas. O Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003, que dispõe sobre as políticas públicas de telecomunicações, com sua vagueza e abertura semântica diz pouco diante do desafio de compor metas concretas e de conciliar interesses divergentes, característicos do processo regulatório. Como um conjunto de normas abertas, cláusulas gerais e princípios indeterminados, essas diretrizes ou balizas demandam do operador da regulação papel ativo na determinação de seu sentido concreto, permitindo atribuir-lhe papel definitivo na fase de formulação das políticas a que se destinam delimitar.

Ademais, o instrumental de que se vale do Direito se manifesta como linguagem, e toda a linguagem apresenta características de incerteza e indeterminação. Somente linguagens artificiais poderiam eliminar a pluralidade de sentido das palavras<sup>346</sup>. Não obstante, é preciso reconhecer que há limites para as escolhas possíveis, uma vez que o regulador traz consigo um compromisso maior adstrito ao sistema normativo-regulatório como um todo e com a própria vontade daquele que lhe fixou as diretrizes, seja o legislador seja quem regulamentou a lei. Binenbojm reforça essa ideia ao afirmar que

[...] os *standards* funcionam como verdadeiras diretrizes democráticas a guiar o trabalho das agências preordenando finalisticamente a sua atuação. É claro que tal preordenação legal [...] não reduz a atuação das agências à mera técnica, nem exclui totalmente a possibilidade da tomada de decisões

<sup>344</sup> ROCHA, Jaqueline Mainel Rocha de. *Discricionariedade técnica e função normativa em setores regulados, e sua identificação na lei geral de telecomunicações*. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

<sup>345</sup> Não raramente definidos como *standards* pela doutrina jurídica.

<sup>346</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 157. Sugere, ainda, conferir, sobre o tema: H. L. A. Hart. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1961, p. 137.

de cunho político pelos reguladores. De fato, o dever de fundamentação técnica de suas decisões não inibe que algum conteúdo volitivo possa sempre existir na atividade regulatória. É diante da inexorabilidade de tal circunstância que se preconizam determinados mecanismos pontuais de controle externo à atuação das agências.<sup>347</sup>

Não se pode perder de vista, ainda, que as políticas regulatórias nos setores de infraestrutura possuem características problemáticas. Elas são, segundo Gaetani, implícitas, opacas e pervasive. Implícitas porque não constam de um discurso claro, articulado e destinado a balizar os atores públicos e privados. De maneira geral, elas guardam objetivos não são explicitados, tegiversando em relação a complexos dilemas regulatórios. Por segundo, são opacas porque não revelam o embate entre os interesses particulares de investidores privados e públicos da sociedade em geral. Finalmente, a opacidade auxilia decisores a evitar mobilização de interesses contrariados e sua tempestiva interveniência, e porque afetam não apenas áreas específicas, mas um conjunto de áreas de governo.<sup>348</sup>

Haja vista a realidade supra, as soluções encontradas acabam por guardar relação direta com meios deliberativos e arranjos institucionais na tentativa de resolver possíveis conflitos e conferir maior legitimidade à ação regulatória<sup>349</sup>, conforme se verá quando abordada a política para a universalização. A organização e os procedimentos que as agências reguladoras obedecem são, portanto, propositadamente estabelecidos como meios de controle sobre as políticas regulatórias.

Ainda, por essa razão também a insistência, ao menos no nível do discurso em estabelecer fronteiras nítidas entre formulação e implementação das políticas.

A propósito, em novembro de 2005, por meio do Decreto nº 5.581, o Decreto nº 4.733 foi alterado com vistas a especificar a seguinte repartição de competências entre Agência e o Ministério. O Ministério das Comunicações fica incumbido de

<sup>347</sup> BINENBOJM, Gustavo, CYRINO, André Rodrigues. Entre política e *expertise*: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na Lei Geral de telecomunicações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. p. 101.

<sup>348</sup> GAETANO, Francisco. O governo Lula e os desafios da política regulatória no setor de infraestrutura. *VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Panamá, 28-31 Oct. 2003, p. 1.

<sup>349</sup> PROSSER, Tony. *Two vision of regulation*. In: *Regulation in the age of crisis*. University College Dublin, June 2010. p. 6. Disponível em: <<http://regulation.upf.edu/dublin-10-papers/1H1.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2011.

formular e propor políticas, diretrizes, objetivos e metas, bem como exercer a coordenação da implementação dos projetos e ações respectivas, no âmbito do programa de inclusão digital. À Anatel, por sua vez, cumpre desenvolver instrumentos, projetos e ações que possibilitem a oferta de planos de serviços de telecomunicações, observando as diretrizes e metas estabelecidas pelo Ministério das Comunicações e o regime de tratamento isonômico como instrumento para redução das desigualdades sociais.

## 2.5 A evolução quantitativa das obrigações de universalização nos PGMU

As estatísticas apontam que as metas de universalização foram determinantes, sobretudo na expansão geográfica da oferta de serviços de telefonia fixa no Brasil. Por exemplo, enquanto na telefonia móvel houve expansão significativa do número de assinaturas, foi a telefonia fixa quem alcançou a totalidade dos municípios brasileiros, posto que as concessionárias do STFC estão obrigadas a ofertar acesso individual aos serviços em localidades<sup>350</sup> com mais de 300 habitantes e telefones de uso público em localidades com mais 100 habitantes.

Gráfico 1. Evolução dos acessos do STFC

### EVOLUÇÃO DOS ACESSOS DO STFC (em milhões)



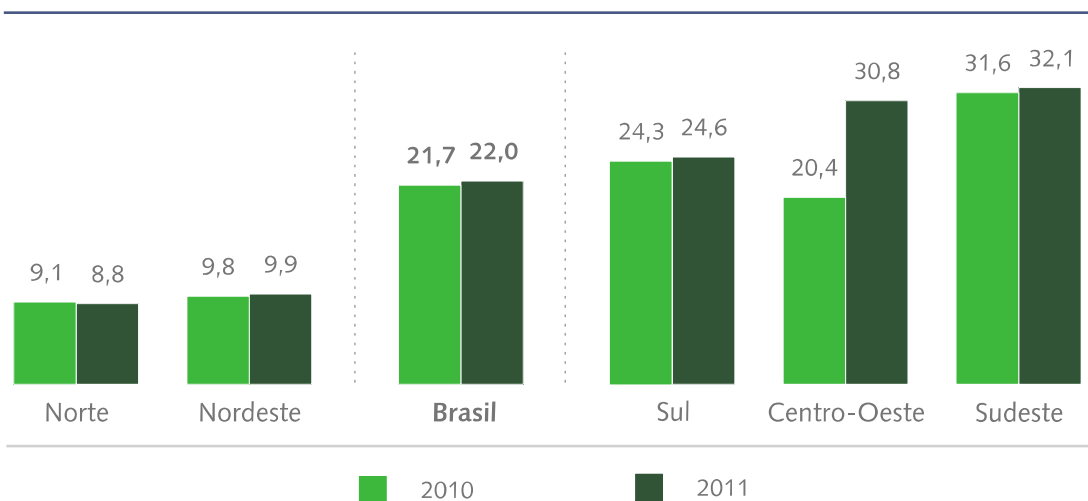
Fonte: Anatel. Relatório Anual 2011. Disponível em: <[www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)>

<sup>350</sup> Entende-se por localidade —todo o lugar do território nacional onde exista aglomerado permanente de habitantes, nos termos e critérios adotados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Gráfico 2. Densidade do STFC por região (qtd acessos/100habitantes)

**DENSIDADE DO STFC POR REGIÃO**

(acessos por 100 habitantes)

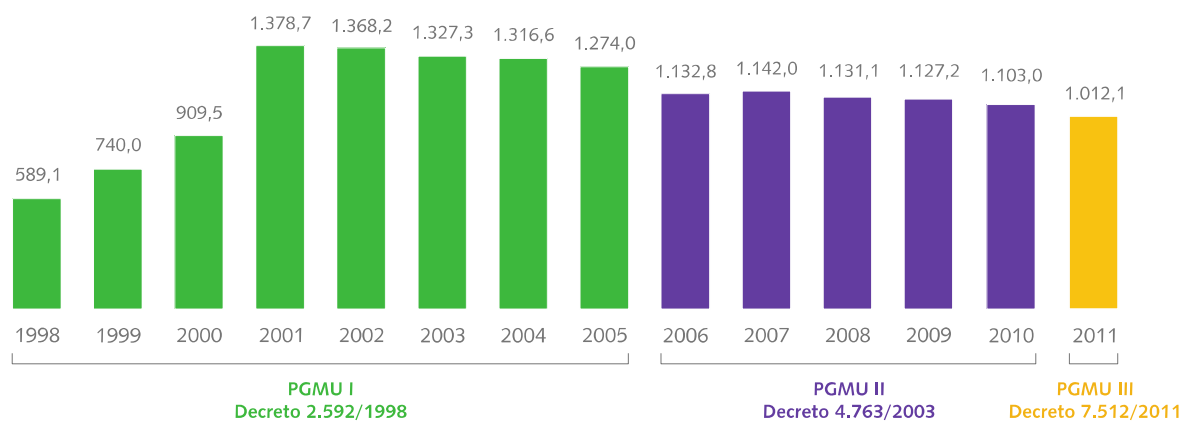


Fonte: Anatel. Relatório Anual 2011. Disponível em: <[www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)>

Gráfico 3. Evolução do número de Telefones de Uso Público

**EVOLUÇÃO DE TUPS**

(em mil)



Fonte: Anatel. Relatório Anual 2011. Disponível em: <[www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)>

A universalização dos serviços de telecomunicações é um dos pilares do modelo atual do setor. Para se promover a universalização, existem duas modalidades, a partir da origem da fonte dos recursos: a definição de obrigações de universalização nos contratos das concessionárias que prestam serviços em regime público; e, o uso dos recursos do Fust para a cobertura de obrigações adicionais, o que será visto no próximo capítulo.

Em que pese os investimentos realizados e os resultados alcançados, conforme ilustram os gráficos acima, alguns desafios ainda estão presentes, ao mesmo tempo em que urge a formulação de políticas públicas consistentes para a massificação da banda larga no país como requisito para o desenvolvimento socioeconômico nacional<sup>351</sup>, haja vista que o setor de telecomunicações é considerado importante fornecedor de insumos tanto para a indústria e para o comércio como para outros serviços, tendo função relevante no crescimento da economia e na geração de emprego.<sup>352</sup>

Em suma, resta claro, desta breve exposição, que a LGT estabeleceu para o poder público o dever de promover a expansão das telecomunicações em harmonia com metas de desenvolvimento social do país. Para tanto, dentre os mecanismos regulatórios, previu o estabelecimento de ações específicas, que podemos considerar uma política pública específica voltada para a universalização do serviço em regime público, cujos custos seriam suportados tanto pelo concessionário privado, no âmbito do Plano Geral de Metas para a Universalização, quanto pelo Fust, no âmbito dos planos, projetos e atividades por ele subsidiados. Questão de natureza eminentemente social, a política de universalização varia à medida que se apresentam as demandas socioeconômicas necessárias ao desenvolvimento nacional.

Neste íterim, considerada a universalização dos serviços de telecomunicações uma política pública setorial específica, não é demais evidenciar que à Anatel se reservou papel relevante na alocação oficial de recursos que essa política envolve. A esta altura, já parece razoável que se estabeleça, considerando-se o exemplo do setor de telecomunicações, ser equivocada - ou melhor, reducionista - a afirmação de que compete à Anatel somente a implementação das políticas públicas setoriais. É mais apropriado consignar que ela participa do

---

<sup>351</sup> Todos os desafios e questões apresentadas constam devidamente justificados com pesquisas empíricas, do Estudo técnico para atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil, páginas 78 a 82. (ANATEL. *Estudo técnico para atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil*. Brasília: 2008. p. 12. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=214113&assuntoPublicacao=ESTUDO%20TÉCNICO%20PARA%20ATUALIZAÇÃO%20DA%20REGULAMENTAÇÃO%20DAS%20TELECOMUNICAÇÕES%20NO%20BRASIL&caminhoRel=Cidadao-Interação%20com%20a%20Sociedade>>. Acesso em 17 Set 2011.)

<sup>352</sup> Definição do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), apresentado no estudo *Estrutura e Dinâmica do Setor de Serviços no Brasil*, 2006.

complexo de relações institucionais que ocorrem no seio do Estado na elaboração dessas políticas, o que não significa dizer que é ela – a Anatel, em última instância, que determina os rumos do setor de telecomunicações no país. Afinal, é da Anatel a competência para propor ao Presidente da República os contornos dos Planos de Metas e dos projetos e atividades que delineiam a política pública para a universalização das telecomunicações, instrumentos que captam e direcionam as medidas concretas para a expansão do setor, em conformidade com a necessidade social vislumbrada.

### **CAPÍTULO 3: O FUNDO DE UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES (FUST): LOCUS DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

[...] O Fust será um instrumento importante na preparação da sociedade brasileira para a era digital. O simples acesso ao serviço telefônico, essencial no passado, significa agora, o acesso à internet. A Sociedade de Informação, novo modelo social, se caracterizará pelo acesso de todos à informação a todo tempo, em qualquer lugar, de maneira fácil e econômica, cabendo ao Governo estabelecer uma base sólida para permitir o desenvolvimento social na idade da informação.

A universalização dos serviços de telecomunicações insere-se no processo de convergência de soluções promovido pelas novas tecnologias, exigindo uma nova forma de atuação governamental para o atendimento dos serviços essenciais. [...]<sup>353</sup>

No Capítulo anterior, foi descrito o modelo para o setor de telecomunicações, a partir das reformas efetuadas na década de 90, e o marco jurídico-regulatório que sedimentou o caminho para que o país expanda e universalize a prestação desses serviços. Ao lado das obrigações atribuídas via contratos de concessão às concessionárias de serviços em regime público, consignadas nos Planos Geral de Metas para a Universalização (PGMU), foi atribuído ao Estado ordenar políticas públicas a partir da constituição de um fundo específico destinado à universalização, dotado de recursos oriundos de financiamento público e privado, visando atingir metas que não seriam alcançadas exclusivamente por meio do estabelecimento de ditas obrigações contratuais.

Este capítulo se presta a descrever a criação desse fundo, suas características e objetivos, as tentativas frustradas para a sua aplicação, o papel desempenhado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) ao sedimentar conceitos jurídico-regulatórios relevantes no âmbito das obrigações de universalização, e, por último, visitar o único projeto implantado por meio de seus recursos para buscar elementos que permitam vislumbrar os caminhos que vêm percorrendo a universalização das telecomunicações e a participação da Anatel nesse contexto. Por fim, se tratará das iniciativas para a expansão e a massificação dos serviços de telecomunicações de que lançaram mão as autoridades brasileiras que, em que

---

<sup>353</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de Motivos nº 595/MC, de 7 de novembro de 2000. Diretrizes e prioridades para as aplicações do Fust.

pese perseguirem os objetivos pretendidos pelo Fust, valeram-se outros mecanismos e meios que não os previstos no âmbito do instituto da universalização.

### 3.1 O nascedouro do Fust

No capítulo anterior se viu que o art. 81 da LGT previu a criação de um fundo específico a suportar obrigações de universalização cujos custos não poderiam ser recuperados a partir da exploração eficiente dos serviços. Botelho aponta que o Fundo previsto na LGT poderia ter sido criado no âmbito da própria Lei, o que não ocorreu. Segundo ele, existira uma má vontade do Executivo Central que “pressionou suas lideranças para que isso não ocorresse, o que deixa clara a pouca disposição do Governo em efetivamente criá-lo”.<sup>354</sup>

Três anos após a edição da LGT, foi sancionada a Lei nº 9.998, em 17 de agosto de 2000, que criou o Fust. A Lei do Fust, como passou a ser conhecida, constituiu-se num marco normativo e orientador da política de universalização federal para os serviços de telecomunicações, tendo sido regulamentada pelo Decreto nº 3.624, de 5 de outubro de 2000.<sup>355</sup>

### 3.2 Apontamentos sobre a natureza jurídica do Fundo

Conforme o art. 1º da Lei 9.998/2000, o Fust é um fundo especial, criado com o objetivo específico de

[...] proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, nos termos do disposto no inciso II do art. 81 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.<sup>356</sup>

De pronto, é preciso entender o que significa constituir-se como fundo público especial. Em termos genéricos, os ‘fundos’ sintetizam o conjunto de capital e valores que integram o ativo de uma sociedade. Segundo Botelho, um fundo público é a “reunião de recursos financeiros – ou títulos e papéis da dívida pública – submetidos

<sup>354</sup> BOTELHO, Fernando Neto. *As telecomunicações e o Fust*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 147-148.

<sup>355</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.148/2005 - TCU – Plenário. p. 17. Disponível em: <www.tcu.gov.br>.

<sup>356</sup> BRASIL. Lei 9.998, de 2000. Art. 1º da Lei do Fust. Cria o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Fust. Lei do Fust.

a destino específico, mas garantidos pelo gerenciamento entregue ao Poder Público<sup>357</sup>. O mesmo autor complementa que os

[...] fundos públicos, não tendo, obviamente, natureza legal de pessoa jurídica e com esta não se confundindo [...] são, em verdade, uma rubrica, uma conta, uma referência contábil, gráfica, da separação feita, por determinação da lei, de recursos públicos cujo destino deva ser a remuneração – comandada pela lei que o institua – de determinadas e especiais atividades ligadas ao interesse coletivo.<sup>358</sup>

O fundo especial, nos termos do art. 71 da Lei nº 4.320, de 1964, “é o produto de receitas específicas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”. Machado Jr. e Reis destacam que o fundo especial

[.] não é detentor de patrimônio, porque é o próprio patrimônio, não é entidade jurídica, não é órgão ou unidade orçamentária, ou ainda, não é apenas uma conta mantida pela União, mas tão somente um tipo de gestão de recursos ou conjunto de recursos financeiros destinados aos pagamentos de obrigações por assunção de encargos de várias naturezas, bem como aquisições de bens e serviços a serem aplicados em projetos ou atividades vinculadas a um programa de trabalho para cumprimento de objetivos específicos em uma área de responsabilidade e que a Contabilidade tem por função evidenciar, como é o seu próprio objetivo, através de contas próprias, segregadas para tal fim.<sup>359</sup>

O Fust, portanto, como fundo público especial, tem a sua natureza jurídica compreendida à luz das características apontadas na Lei nº 4.320, de 1964<sup>360</sup>: possui receitas e despesas especificadas pela entidade jurídica instituidora do fundo; tem as suas receitas legalmente vinculadas a fins ou serviços específicos; possui normas peculiares quanto à aplicação de sua arrecadação; o saldo positivo apurado em balanço é transferido para o exercício seguinte; está adstrito a normas específicas de controle, prestação e tomadas de contas; manutenção da

<sup>357</sup> BOTELHO, Fernando Neto. *As telecomunicações e o Fust*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 72.

<sup>358</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>359</sup> MACHADO JR., J. Teixeira & REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada*. 31. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2002, p. 159-161.

<sup>360</sup> Artigos da Lei nº 4.320/64, sobre fundo especial:

“Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Art. 72. A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais.

Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.

Art. 74. A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem, de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.”

competência específica para fiscalização pelo TCU ou órgão equivalente; e, está vinculado a um órgão integrante da estrutura administrativa da entidade jurídica.<sup>361</sup>

A natureza jurídica do Fust foi objeto de discussão por ocasião de Consulta formulada pelo Ministro das Comunicações ao TCU, que, por intermédio da 1ª Secretaria de Controle Externo (1ª Secex), confirmou ser o Fust um fundo especial, nos termos da Lei nº 4.320, de 1964, considerando que: suas receitas e despesas estão especificadas nos artigos 5º e 6º da Lei nº 9.998, de 2000; a finalidade primordial está adstrita a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, nos termos do caput, art. 1º da Lei 9.998, de 2000; existem normas peculiares de aplicação das receitas na Lei nº 9.998, de 2000; o saldo positivo apurado em um exercício deverá ser transferido a crédito do mesmo Fundo para o exercício seguinte, nos termos do art. 11 da Lei nº 9.998, de 2000; existem normas específicas de controle e prestação de contas, haja vista conteúdo do artigo 4º, inciso III, art. 8º e art. 10º, §3º; por último, está vinculado à Anatel, a quem compete implementar, acompanhar e fiscalizar os programas, projetos e atividades que utilizarem seus recursos, nos termos do que prevê o art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.998, de 2000.<sup>362</sup>

### **3.3 Receitas e aspectos tributários da contribuição ao Fust**

As receitas do Fust, conforme definido no art. 6º da Lei nº 9.998, de 2000, são compostas por: dotações designadas na lei orçamentária anual (LOA) da União e seus créditos adicionais; 50% dos recursos do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel) e parte dos preços públicos provenientes da outorga dos serviços de telecomunicações ou de uso de radiofrequência; contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado; doações; e, outras que lhe vierem

---

<sup>361</sup> MACHADO JR., J. Teixeira & REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4320 comentada*. 31. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2002, p. 163.

<sup>362</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO nº 1.107/2003 – Plenário. TC nº 005.302/2003-9. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto. Ementa: Consulta. Ministro de Estado das Comunicações. Dúvidas na interpretação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à aplicação dos recursos do Fust. Conhecimento. Resposta ao interessado. Encaminhamento de cópia do Acórdão, bem como do Relatório e Voto ao interessado, às Comissões de Fiscalização Financeira e Controle e de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados e às Comissões de Fiscalização e Controle e de Serviços e Infraestrutura do Senado Federal. Arquivamento.

a ser destinadas<sup>363</sup>. Destaca-se que, desde a criação do Fundo, as receitas mais significativas têm sido as oriundas da contribuição de 1% sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, sobre a qual se apresentam alguns apontamentos.

Sem adentrar em profundidade na discussão jurídico-tributária, reconhece-se<sup>364</sup> que a contribuição para o Fust como contribuição de intervenção no domínio econômico (Cide), cuja criação é expressamente permitida e determinada pelo no art. 149 da Constituição Federal de 1988<sup>365</sup>. Como espécie de tributo, nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional, a contribuição guarda os elementos básicos constitutivos deste - é de prestação pecuniária compulsória, exigida pelo Estado em virtude do seu poder de Império, mediante atividade administrativa plenamente

<sup>363</sup> As receitas que constituem o Fust estão discriminadas no artigo 6º da Lei 9.998, de 2000:  
 I – dotações designadas na lei orçamentária anual da União e seus créditos adicionais;  
 II – cinquenta por cento dos recursos a que se referem as alíneas c, d, e e j do art. 2º da Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, com a redação dada pelo art. 51. da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, até o limite máximo anual de setecentos milhões de reais;  
 III – preço público cobrado pela Agência Nacional de Telecomunicações, como condição para a transferência de concessão, de permissão ou de autorização de serviço de telecomunicações ou de uso de radiofrequência, a ser pago pela cessionária, na forma de quantia certa, em uma ou várias parcelas, ou de parcelas anuais, nos termos da regulamentação editada pela Agência (50% do Fistel referentes aos pagamentos relativos: “[...] c) ao exercício do poder concedente dos serviços de telecomunicações, no regime público, inclusive pagamentos pela outorga, multas e indenizações; d) ao exercício da atividade ordenadora da exploração de serviços de telecomunicações, no regime privado, inclusive pagamentos pela expedição de autorização de serviço, multas e indenizações; e) ao exercício do poder de outorga do direito de uso de radiofrequência para qualquer fim, inclusive multas e indenizações; e [...] j) decorrentes de quantias recebidas pela aprovação de laudos de ensaio de produtos e pela prestação de serviços técnicos por órgãos da Agência Nacional de Telecomunicações);  
 IV – contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins;  
 V – doações;  
 VI – outras que lhe vierem a ser destinadas.”

<sup>364</sup> “Sobre a natureza tributária da contribuição para o Fust ver: ARAÚJO, Alexandre Bleggi. *A Contribuição para o Fust*. Revista Dialética de Direito Tributário, 2001, nº 69; COIMBRA, Paulo Roberto & OLIVEIRA, Saryta de Kássia. *Contribuição ao Fust*. RDDT, 2002. Nº 83; MARTINS, Natanael. *As contribuições ao Fust e ao Funtel*. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001, 347 p.; e, PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 112-113.” In: XAVIER, BERNARDES, BRAGANÇA. *Parecer jurídico*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=207307&assuntoPublicacao=Estudo%20Comparativo%20de%20Modelos%20Regulat%F3rios%20Nacionais&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=207307.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2012.

<sup>365</sup> “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”

vinculada e não se constitui sanção em função de ato ilícito<sup>366</sup>. A Cide representa “um instrumento de atuação da União na área econômica, de sorte a não permitir a sua utilização com a finalidade arrecadatória”<sup>367</sup>, isto porque ela se caracteriza pela finalidade interventiva específica, atribuindo-se ao ente estatal a faculdade de intervir sobre certa atividade econômica – neste caso o setor de telecomunicações, por meio da instituição de cobrança desta espécie tributária, em face de algum tipo de participação ou atuação naquele setor, de tal maneira que entre a sua arrecadação e aplicação exista um atrelamento de causalidade.<sup>368</sup>

A partir da Lei nº 9.998, de 2000, se podem identificar os elementos constitutivos da obrigação tributária em que contribuição ao Fust se traduz. O *fato gerador* consiste na obtenção de receita decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado. A *base de cálculo* consiste, conforme o inciso IV do artigo 6º da Lei nº 9.998/2000, na receita operacional bruta decorrente da prestação de serviços de telecomunicações, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS), o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). A *alíquota* definida foi de 1% (um por cento) e o vencimento passou a ser exigível 30 (trinta) dias após a regulamentação da Lei, efetivada com a edição do Decreto nº 3.624/2000, devendo ser recolhida até o dia 10 de cada mês, sob pena de multa de 2% (dois por cento) e juros de 1% (um por cento) ao mês, inscrição do inadimplente no Cadin (Cadastro Informativo de Créditos não quitados do Setor Público Federal) e de seu débito na Dívida Ativa da União.<sup>369</sup>

---

<sup>366</sup> Nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN), “tributo é toda prestação pecuniária compulsória em moeda cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

<sup>367</sup> HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 332.

<sup>368</sup> COIMBRA, Paulo Roberto. Contribuição ao Fust. *In: Revista Dialética de Direito Tributário* nº 83, ago. 2002, p. 127.

<sup>369</sup> *Ibidem*.

Os *contribuintes* são as prestadoras de serviços de telecomunicações em ambos os regimes público e privado e o *sujeito ativo* é a Anatel, nos termos do art. 119 do Código Tributário Nacional.<sup>370</sup>

A tabela a seguir ilustra a arrecadação do Fust, por fonte, e corrobora a importância da contribuição devida pelas prestadoras de serviços de telecomunicações, haja vista que ela se constitui em mais de 50% das receitas do Fundo. Ainda, é possível perceber que, desde a sua criação, o Fundo não contou com aportes adicionais advindos de dotações orçamentárias específicas ou mesmo doações.

Tabela 2 – Receitas do Fust, por origem dos recursos

(R\$ 1,00)

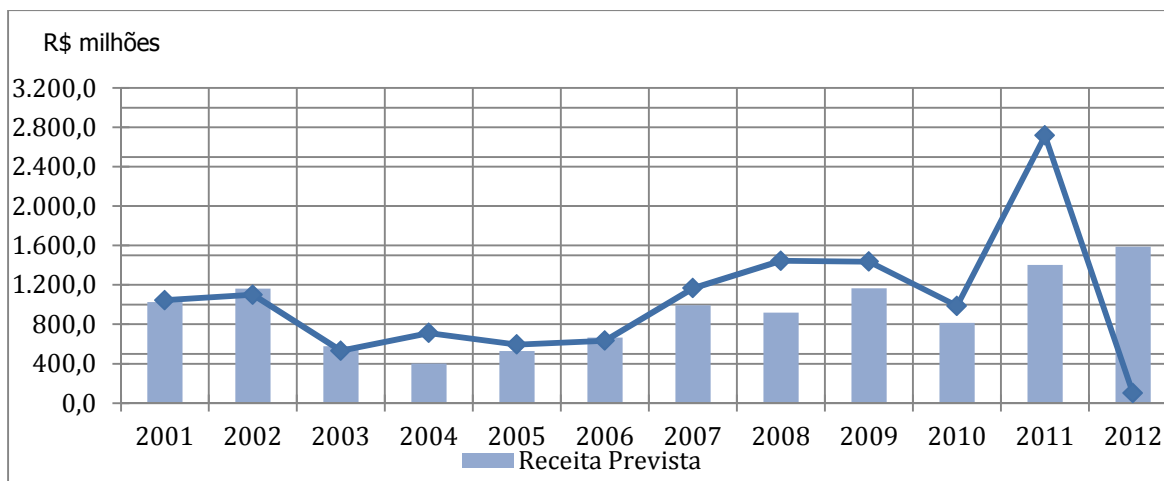
ANO	RECEITAS POR FONTES			TOTAL
	Alíneas II e III, art. 6º 50% Fistel e preços públicos Fontes 129, 174, e 250	Alíneas IV, art. 6º Contribuição 1% Fonte 172	Alíneas I e V, art. 6º Dotações Orçamentárias e Doações	
2001	700.000.000,00	344.691.357,46	0	
2002	700.000.000,00	399.941.675,78	0	1.099.941.675,78
2003	100.009.918,31	430.304.648,05	0	530.666.657,46
2004	221.532.266,22	489.415.312,13	0	711.206.806,65
2005	71.596.507,96	523.151.405,17	0	595.110.563,13
2006	131.209.649,37	502.392.734,22	0	634.008.750,02
2007	564.544.158,95	601.156.609,46	0	1.166.155.868,41
2008	700.139.150,60	689.093.125,54	0	1.444.008.939,17
2009	700.019.651,22	702.973.413,02	0	1.436.386.643,32
2010	181.983.498,38	765.539.884,76	0	986.609.120,46
2011	1.776.815.498,19	902.168.816,93	0	2.717.934.706,94
2012	14.210.093,02	84.081.348,93	0	100.374.098,80
	<b>6.032.184.856,15</b>	<b>6.434.910.331,45</b>	<b>0</b>	<b>12.467.095.187,60</b>

Fonte: Anatel. Dados atualizados até Janeiro de 2012.

<sup>370</sup> Apesar de a Lei 9.472, de 1997, não delegar poderes à referida Agência para arrecadação tributária e de a Lei 9.998, de 2000, não ter também expressamente atribuído a atividade arrecadatória da contribuição ao Fust à Anatel, mas apenas a implementação, acompanhamento, fiscalização, elaboração de proposta orçamentária e prestação de contas da aplicação de seus recursos, o Decreto nº 3.624/2000, art. 3º, inciso IV, delegou tal função à Anatel – segundo o qual compete à Anatel “arrecadar a contribuição para o Fust de que trata o inciso IV do art. 7º deste Decreto, na forma indicada pelo art. 8º, bem como aplicar a multa e as sanções previstas nos §§ 1º e 2º do art. 8º”.

Ainda, o gráfico abaixo ilustra o volume de arrecadação anual do Fundo, comparando-a com a respectiva previsão de receita, e evidencia que, ano a ano, a arrecadação tem superado a receita prevista.

**Gráfico 4. Receita Total Prevista x Arrecadada**



Fonte: Anatel. Dados atualizados até janeiro 2012.

Passados quase 12 anos de sua criação, o Fust soma significativos R\$ 12,5 bilhões de reais arrecadados<sup>371</sup>, uma média de R\$ 1 bilhão de reais por ano a serem empregados para cobrir parcela de custo atribuível ao cumprimento de obrigações de universalização.<sup>372</sup>

Nos próximos tópicos serão explorados os mecanismos previstos para a operacionalização dos recursos do Fundo, após o que se evidenciarão as tentativas frustradas para a aplicação dessa soma bilionária de recursos.

### 3.4 Finalidades e destinação dos recursos: a ampliação da universalização?

A finalidade dos recursos do Fust, nos termos do art. 1º da Lei 9.998, de 2000, é cobrir a parcela - ou seja, parte - do custo exclusivamente decorrente do cumprimento de obrigações de universalização de serviços de telecomunicações que não possa ser restituída com a exploração eficiente do serviço. Nesse sentido, a utilização dos recursos do Fundo exige a definição de um dever específico, qual seja

<sup>371</sup> Valores atualizados até janeiro de 2012. (Fonte: Anatel.)

<sup>372</sup> Conforme o Relatório Anual Anatel 2001, a variação identificada em relação à arrecadação do ano de 2010 explica-se, principalmente, pelo aumento de arrecadação referente à receita de outorgas de autorização de uso de radiofrequência para a prestação de serviços de telecomunicações, mais precisamente a decorrente da antecipação de pagamento, no valor de R\$ 2,1 bilhões, de lotes da Banda H e de sobras de radiofrequência do Serviço Móvel Pessoal relativos à licitação realizada em 2010. (ANATEL. Relatório Anual 2011. p. 87.)

o dever de universalizar serviços de telecomunicações, o cumprimento deste dever e a inexistência de possível reposição dos custos referentes à sua execução com a exploração do serviço objeto de universalização.<sup>373</sup>

Especificamente, os recursos do Fust foram destinados a subsidiar programas, projetos e atividades enumerados na forma de treze diferentes objetivos, nos termos do artigo 5º da Lei que o instituiu:

Art. 5º. Os recursos do Fust serão aplicados em programas, projetos e atividades que estejam em consonância com plano geral de metas para universalização de serviço de telecomunicações ou suas ampliações que contemplarão, entre outros, os seguintes objetivos:

I – atendimento a localidades com menos de cem habitantes;

II – (vetado)

III – complementação de metas estabelecidas no Plano Geral de Metas de Universalização para atendimento de comunidades de baixo poder aquisitivo;

IV – implantação de acessos individuais para prestação do serviço telefônico, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde;

V – implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, em condições favorecidas, a instituições de saúde;

VI – implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino e bibliotecas, incluindo os equipamentos terminais para operação pelos usuários;

VII – redução das contas de serviços de telecomunicações de estabelecimentos de ensino e bibliotecas referentes à utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso do público, inclusive da internet, de forma a beneficiar em percentuais maiores os estabelecimentos freqüentados por população carente, de acordo com a regulamentação do Poder Executivo;

VIII – instalação de redes de alta velocidade, destinadas ao intercâmbio de sinais e à implantação de serviços de teleconferência entre estabelecimentos de ensino e bibliotecas;

IX – atendimento a áreas remotas e de fronteira de interesse estratégico;

X – implantação de acessos individuais para órgãos de segurança pública;

XI – implantação de serviços de telecomunicações em unidades do serviço público, civis ou militares, situadas em pontos remotos do território nacional;

XII – fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a instituições de assistência a deficientes;

---

<sup>373</sup> BOTELHO, Fernando Neto. *As telecomunicações e o Fust*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 158.

XIII – fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a deficientes carentes;

XIV – implantação da telefonia rural.

§ 1º Em cada exercício, pelo menos trinta por cento dos recursos do Fust serão aplicados em programas, projetos e atividades executados pelas concessionárias do Sistema Telefônico Fixo Comutado – STFC nas áreas abrangidas pela Sudam e Sudene.

§ 2º Do total dos recursos do Fust, dezoito por cento, no mínimo, serão aplicados em educação, para os estabelecimentos públicos de ensino.

§ 3º Na aplicação dos recursos do Fust será privilegiado o atendimento a deficientes.

Os incisos do art. 5º revelam hipóteses, exemplos não exaustivos ou, como afirma Botelho, treze “metas legais-ampliadas de universalização das telecomunicações”, aptas a concretizar o que previra a LGT, e que constituem a vontade universalizante do Poder Legislativo federal<sup>374</sup>. Elas podem ser consideradas metas ampliadas, pois vinculam os recursos do Fust e os serviços de telecomunicações a outras ações e/ou políticas governamentais significativas afetas, por exemplo, à saúde, educação, segurança pública, integrando a universalização dos serviços de telecomunicações a programas, projetos e atividades de dimensões maiores.

Nesse sentido, é preciso reconhecer que, se à época da edição da LGT, em 1997, o foco das obrigações de universalização esteve centrado nos serviços de telefonia fixa, como comprovam as obrigações de universalização constantes do primeiro PGMU<sup>375</sup>, a seu tempo, a Lei do Fust, ampliou o foco de tais obrigações<sup>376</sup>. Dentre os objetivos, programas, projetos e atividades a serem financiados pelo fundo, referidos no art. 5º, está incluída a implantação de acessos para a utilização de redes digitais de informação, inclusive internet, e, em casos específicos, até mesmo o fornecimento de equipamentos terminais. Uma vez que ampliou a abrangência da universalização e envolveu outras áreas de governo, a formulação

---

<sup>374</sup> BOTELHO, Fernando Neto. *As telecomunicações e o Fust*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 190-191.

<sup>375</sup> Aprovado pelo Decreto nº 2.592, de 1998. (BRASIL. Presidência da República. Aprova o Plano Geral de Metas para a universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público.

<sup>376</sup> Além de Botelho (2001), o Parecer da SEFID no âmbito do TC nº 013.158/2001-1 o Acórdão nº 2.148/2005-TCU-Plenário, os parágrafos 118-131, retomam essa ideia.

das políticas relativas ao Fust passou a exigir “forte coordenação e integração entre segmentos governamentais relevantes”.<sup>377</sup>

Para marcar ainda mais essa expansão do foco a universalização, Botelho retoma manifestações do Deputado Walter Pinheiro, por ocasião da sessão do Plenário da Câmara dos Deputados de 8 de dezembro de 1999, que aprovou o Projeto que, após passar pelo Senado Federal, culminou na Lei nº 9.998, de 2000:

[...] o projeto traz inovações importantíssimas do ponto de vista de seu conceito universal e de sua abrangência, bem como a introdução e a possibilidade de renovação de ferramentas tecnológicas, não só do ponto de vista das telecomunicações, como também da educação, da saúde, da segurança pública e da Justiça. Portanto, o projeto reveste-se de uma importância sem igual.<sup>378</sup>

Muitos têm trabalhado o conceito de universalização nessa área sob a ótica pura e simples da instalação de telefone público, como se para a população de baixa renda, nos pontos mais longínquos, nas pequenas localidades, a única ferramenta capaz de ser utilizada fosse o orelhão. Esqueceram que a internet é de importância fundamental para o desenvolvimento, que a educação pode se beneficiar dessa tecnologia que pode levar a milhares de brasileiros a informação de forma instantânea. A saúde pode ser melhorada em diversos cantos, na medida em que novas ferramentas das telecomunicações sejam incorporadas a esse mecanismo. Assim, poderíamos falar de desenvolvimento científico tecnológico, de previsões de intempéries, do tempo, da avaliação da agricultura [...] Ele traz questões importantíssimas, que quero salientar, como a antecipação de metas; a possibilidade de acessos individuais; a implementação de redes digitais para informação destinada ao uso público, inclusive da internet.<sup>379</sup>

Ainda assim, a Exposição de Motivos nº 595, de 7 de novembro de 2000, por meio da qual o Ministério das Comunicações encaminhou ao Presidente da República a proposta de política para do Fust, explicita que o fundo seria importante instrumento na preparação da sociedade brasileira para a era digital, e, ainda mais, que o “simples acesso ao serviço telefônico, essencial no passado, significa agora, o acesso à internet” (agora, leia-se ano 2000).

Há consenso de que a universalização do acesso público à internet caminho necessário para permitir a difusão do conhecimento, distribuir oportunidades e integrar as comunidades, especialmente a legião de jovens cujos domicílios não dispõem de computador e telefone, à Sociedade da Informação que, a exemplo do que ocorre em todo o mundo, apresenta relevante avanço no Brasil.<sup>380</sup>

<sup>377</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.148/2005 - TCU – Plenário. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Parágrafos 118-131.

<sup>378</sup> Deputado Walter Pinheiro. Sessão de 8 de dezembro de 1999; *apud* BOTELHO, Fernando Neto. *As telecomunicações e o Fust*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 149.

<sup>379</sup> *Ibidem*, p. 151

<sup>380</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de Motivos nº 595, de 7 de novembro de 2000.

O Fust nasceu marcado com uma perspectiva maior para a universalização das telecomunicações. O TCU reconheceu esse alargamento nos objetivos da universalização, mas destacou inexistir qualquer inconsistência entre a Lei do Fust e a LGT na prescrição do conceito da universalização. O Tribunal contrapôs o argumento de que as dificuldades na aplicação do Fust, como adiante se verá, estariam relacionadas à evolução do conceito de universalização da LGT (associada ao serviço telefônico) para a Lei do Fust (associada à internet).<sup>381</sup>

A Lei do Fust representou, portanto, uma inovação no sentido de explicitar objetivos antes implícitos na LGT e, ainda, de trazer eleitos outros beneficiários prioritários da política para a universalização, o que acabou por legitimar e demandar “uma participação efetiva de outros Ministérios na formulação de políticas, ao passo que na universalização do serviço telefônico eram suficientes as atuações do Ministério das Comunicações e da Anatel”<sup>382</sup>. A bem da verdade, o Fust nasceu marcado com o escopo de expandir redes digitais de informação, em especial para estabelecimentos públicos de ensino. Adiante essa afirmação será evidenciada com toda a sua força.

Isto posto, se passa à avaliação dos mecanismos no seio Estado para a realização dos objetivos que, de largada, a Lei estabeleceu.

### **3.5 Repartição de Competências: a retomada da LGT**

O legislador ordinário, ao longo da Lei nº 9.998, de 2000, decidiu, no que se refere à universalização, por uma “tripla delegação de competência normativa, entregando a diferentes níveis da Administração Pública Federal porções específicas do poder de edição complementar sobre as mesmas”.<sup>383</sup> De tal forma, ora delegou à Chefia do Poder Executivo o poder regulamentar-normativo da lei; ora a órgão ainda centralizado do Executivo - o Ministério das Comunicações, ora à Anatel.

Tais delegações enfeixam e sintetizam a descentralização de complexos poderes normativo-complementares, induzindo à convicção de que, por exigí-lo a dinâmica do funcionamento do Fust e do estabelecimento das obrigações de universalização, não se poderia, por pura lógica, e adequada política legislativa, hermetizar, antecipadamente ou no corpo da norma

<sup>381</sup> Ainda, tal tese é compartilhada por VEDANA, 2004, p. 4.

<sup>382</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.148/2005 - TCU – Plenário. p. 17. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>. p. 3.

<sup>383</sup> BOTELHO, Fernando Neto. *As telecomunicações e o Fust*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 160.

instituidora do Fust, a disciplina das possibilidades, essencialmente dinâmicas e mutáveis, da execução das finalidades do fundo. Por isso, inclusive, a delegação de competência não apenas se torna variada a graus diversos da administração pública, mas se faz comedida e proporcional ao nível dessas mesmas esferas delegatárias.<sup>384</sup>

Nesse sentido, à União Federal, especificamente à Chefia do Poder Executivo, a Lei do Fust conferiu o poder regulamentar genérico<sup>385</sup>. No exercício desse Poder, foi exarado o Decreto nº 3.624, de 5 de outubro de 2000, que regulamentou a Lei do Fust.

Ao Ministério das Comunicações e à Anatel, por sua vez, foi entregue o poder de edição de normas administrativas pertinentes a aspectos da dinâmica do fundo, razão pela qual será preciso dissecar as competências atribuídas a cada um.

Para o Ministério das Comunicações, no art. 2º, a Lei previu a competência de “formular as políticas, as diretrizes gerais e as prioridades que orientarão as aplicações do Fust, bem como definir os programas, projetos e atividades financiados com recursos do Fundo”<sup>386</sup>. Assim, o papel atribuído à Pasta das Comunicações no emprego do Fust envolve a deliberação estratégica sobre o emprego dos recursos, em especial a definição de prioridades até a seleção das atividades, programas e projetos que deverão ser financiados com emprego dos recursos do Fundo.

Para a Anatel, por sua vez, foi entregue a gestão do Fundo, refletida nas seguintes competências, nos termos do art. 4º da Lei: a) implementar, acompanhar e fiscalizar os programas, projetos e as atividades; b) elaborar e submeter, anualmente, ao Ministério das Comunicações a proposta orçamentária do Fust, para inclusão no projeto de lei orçamentária anual; e, c) prestar contas da execução orçamentária e financeira do Fust. Essas atribuições conferem à Anatel, portanto, tanto o dever de fiscalizar a aplicação dos recursos do Fust, quanto e, principalmente, o de encaminhar a própria destinação, consoante os projetos e programas definidos pelo Ministério, previamente por ela elaborados, conforme se verá. Seu papel é implementar os programas, ou seja, pôr em prática, acompanhar e fiscalizar a execução.

---

<sup>384</sup> Ibidem, p. 160.

<sup>385</sup> Nos termos do art. 14 da Lei 9.998, de 2000: “o Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de trinta dias da sua publicação”.

<sup>386</sup> BRASIL. Lei 9.998, de 2000. Lei do Fust. art. 2º.

Em tempo, ao se estabelecer dita repartição de funções, se está diante das dificuldades já apontadas no Capítulo 1.

### **3.6 A elaboração dos Planos de Metas custeados pelo Fust: mesmo modelo da LGT**

A Lei do Fust seguiu o mesmo *telos* da LGT ao repartir as competências entre o Ministério das Comunicações e a Anatel. Àquele determinou a formulação das políticas, diretrizes e prioridades, a essa, de forma geral, além da implementação ou consecução da política, a elaboração dos Planos de Metas a serem encaminhados ao Ministério para posterior submissão ao Presidente da República<sup>387</sup>. Tal qual a LGT, embora preveja uma delimitação dos espaços de formulação e implementação das políticas setoriais, ao prever a participação da Agência na elaboração dos Planos de Metas os limites constitutivos de tal demarcação tornaram-se menos retílineos e mais obscuros, isto porque à Anatel compete elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, os planos de metas que contém as obrigações de universalização, além da gestão do Fust.<sup>388</sup>

<sup>387</sup> Ver neste trabalho, seção 2.2. Em tempo, o legislador fixou a participação do ente regulador no processo de elaboração e propositura das políticas públicas não só afetas à universalização, mas também as referentes à instituição de modalidades de serviços em regime público e seus respectivos planos gerais de outorga e à autorização para participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.

<sup>388</sup> Vale enfatizar que a repartição de funções, em especial sobre que autoridade seria responsável por gerir o fundo foi tema alvo e controversias, quando do desenho do Fust pelo Legislativo, conforme denotam os trechos das notícias a seguir.

TELETIME. 23 Jun 1999. Executivo nomeará conselho gestor do Fust. "O Fust será gerido por um conselho gestor composto por dois representantes do Ministério das Comunicações, dois da Anatel e um representante das empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações. Estes conselheiros serão nomeados pelo Poder Executivo. A presidência deste conselho será de um dos conselheiros do Ministério das Comunicações, que também ficará encarregado de prestar apoio administrativo, técnico e financeiro ao fundo. Segundo o próprio relator do Fust, Salvador Zimbaldi, esta decisão foi tomada para atender interesses políticos. O conselho gestor deverá prestar contas, publicando no prazo de até 60 dias um demonstrativo das receitas e aplicações do fundo, informando, entre outras coisas, que entidades foram beneficiadas e como se deu a aplicação do dinheiro. Disponível em: <<http://www.teletime.com.br/23/06/1999/executivo-nomeara-conselho-gestor-do-fust/tt/25598/news.aspx>>.

TELETIME. 15 Set 1999. Ministério sai enfraquecido. Uma das maiores críticas que o substitutivo do Fust recebeu foi sobre o fato de a gerência do Conselho Gestor caber ao Ministério das Comunicações. Por isso mesmo, o relator modificou o projeto retirando o parágrafo que determinava que o apoio logístico, administrativo, técnico e financeiro, incluindo atividades de secretaria, ficasse a cargo do Minicom. Quem fez as críticas mais duras foi o deputado Alberto Goldman, que considerou que uma participação tão ativa do ministério contraria os princípios da Lei Geral de Telecomunicações. A LGT, que criou a Anatel, praticamente elimina o poder do Minicom sobre as telecomunicações. "Estão dando sobrevida ao Ministério das Comunicações, retirando competências que a Lei Geral determinou que seriam da agência". Os deputados Walter Pinheiro (PT/BA) e Arolde de Oliveira (PFL/RJ) também concordaram com as opiniões de Goldman."

A propósito, também se previu um amplo processo de participação direta da sociedade no desenho das metas de universalização. A Anatel está obrigada a submeter as propostas de metas de universalização à consulta pública e à apreciação pelo Conselho Consultivo.<sup>389</sup>

Justamente essa condição leva a considerar que a Anatel se constitui espaço público<sup>390</sup> para a discussão da política que orienta a expansão dos serviços prestados em regime público. Muitos dos objetivos a serem alcançados, a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários, a determinação do intervalo de tempo em que se espera atingir resultados estabelecidos são resultado da intermediação de interesses que se processa por meio da Agência e se materializa nas propostas por ela elaboradas. Ainda, no mais das vezes, as diretrizes emanadas do Poder Legislativo e do Poder Executivo, de conteúdo marcadamente abrangente e superficial e contendo as dificuldades próprias do contexto simbólico-linguístico em que estão inseridas, permitem e delegam, mesmo que não expressa e reveladamente, possibilidades para a conformação de interesses e alocação de valores envolvidos nas políticas públicas para a universalização.

Como já se disse, o que isso significa? Que a Agência é partícipe na conformação da política pública setorial, mantendo-se, não obstante, a responsabilidade final de aprovação nas mãos do Chefe do Poder Executivo. Esse esquema revela que o tratamento da matéria, eivada de denso conteúdo político, requer conhecimento técnico especializado, de maneira que não há que se falar há uma complexidade que não se resume a uma relação linear ou hierárquica, mas, ao contrário, “assume uma configuração mais sofisticada na qual [...] verifica-se uma relação de complementaridade e influência recíproca entre pautas políticas e

---

<sup>389</sup> O Conselho Consultivo é o órgão de participação institucionalizada da sociedade, integrado por doze Conselheiros, indicados para mandatos não remunerados: pelo Senado Federal (2), pela Câmara dos Deputados (2), pelo Poder Executivo (2), por entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações (2), representativas dos usuários (2), representativas da sociedade (2), todos nomeados pelo Presidente da República. Ver seção 2.2.1.

<sup>390</sup> O espaço público foi definido na seção 1.4, como local para a ação e a expressão de opiniões vistas e ouvidas por todos, a qual depende da aparência e, com isso, da existência de uma esfera pública. (ARANHA, Márcio Lório. *Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA)*. Tese Doutorado. Brasília, UnB: Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, do Instituto de Ciências Sociais, 2005)

especialização técnica”<sup>391</sup>. Persiste, não obstante, uma tensão entre, de um lado, a tecnicidade esperada na atuação da Agência, e, de outro lado, a “politicidade” inerente às prioridades do governante democraticamente eleito.<sup>392</sup>

Após aprovação pelo Presidente da República, na forma de Decretos presidenciais, a Agência passa a adotar os procedimentos previstos na regulamentação para a atribuição da responsabilidade pela implementação das metas, por parte de prestadora elegível.

### **3.7 Procedimentos para seleção das prioridades: o relacionamento com os demais ministérios**

Somente em junho de 2008, o Ministério das Comunicações disciplinou, por meio da Norma nº 01/2008, os procedimentos para a seleção dos projetos com vistas à aplicação de recursos do Fust. Com a Norma, ele repartiu competências entre seus órgãos internos e delimitou que as proposta de programas, projetos e atividades devem ser encaminhados pelas entidades beneficiárias, via Termo de Referência<sup>393</sup>, até o dia primeiro de março de cada ano, para que possam ser incluídas na proposta orçamentária anual. Ainda, balizou que as propostas encaminhadas seriam avaliadas levando-se em consideração os seguintes critérios:

- I - *impacto econômico*, com a observância dos seguintes aspectos:
  - investimento por beneficiário ou ponto de atendimento; custo operacional por beneficiário ou ponto de atendimento; valor total do investimento; custo operacional total da proposta;

<sup>391</sup> SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin; WIMMER, Miriam. *A regulação das telecomunicações no Brasil: passado, presente e desafios futuros*. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). *Desafios da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2009, p. 162.

<sup>392</sup> BINENBOJM, Gustavo, CYRINO, André Rodrigues. Entre política e *expertise*: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na Lei Geral de telecomunicações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.

<sup>393</sup> Nos termos do Anexo I da Norma, o Termo de Referência deve: conter descrição resumida do programa, projeto ou atividade; prever sucintamente os benefícios tangíveis e intangíveis que se espera alcançar com a aplicação dos recursos do Fust no programa, projeto ou atividade apresentados; identificar os beneficiários diretos do programa, projeto ou atividade; descrever, se for o caso, a integração da proposta com outros programas, projetos ou atividades em curso ou previsto; conter cronograma anual, estabelecendo quais as metas a serem implantadas em cada período; informar se o programa, projeto ou atividade contará com recursos orçamentários próprios do solicitante, discriminando valor, aplicação e modo de interação com os recursos do Fust; descrever o tipo de serviço que deseja ter disponibilizado; discriminar ou relacionar a distribuição geográfica dos pontos de presença e as respectivas condições de infraestrutura para receber o serviço, quando for o caso; entre outros itens.

- II - *impacto social*, com a observância dos seguintes aspectos: número de beneficiários; rendimento mensal dos beneficiários; taxa de escolarização dos beneficiários; número de beneficiários portadores de alguma deficiência; região geográfica atingida pelos programas, projetos ou atividades; objetivo dos programas, projetos ou atividades; e,
- III - *viabilidade*, com a observância dos seguintes aspectos: conformidade com a regulamentação que rege o Fust; viabilidade técnica.<sup>394</sup>

De acordo com a Norma, a aprovação dos programas, projetos e atividades se dará por meio de portaria do Ministro de Estado das Comunicações, após submissão à consulta pública.

Por sua vez, em decorrência dos poderes que lhe foram conferidos, o Conselho Diretor da Anatel editou os seguintes normativos: a Resolução nº 247, de 14 de dezembro de 2000, que aprovou o Regulamento de Arrecadação da Contribuição das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações para o Fust; e, a Resolução nº 269, de 9 de julho de 2001, que aprovou o Regulamento de Operacionalização da Aplicação de Recursos do Fust.

Por meio da Resolução nº 269, de 2001, foram sedimentados importantes procedimentos e definições que merecem ser visitadas. De início, a Agência destaca no Regulamento o envolvimento de outros atores que não os velhos conhecidos do setor de telecomunicações na consecução da política para o Fundo. Nesse sentido, ela define as entidades beneficiadas como “entidades ou órgãos no interesse de quem são aplicados recursos do Fust, para a consecução das metas previstas nos Planos de Metas para a Universalização de Serviços de Telecomunicações”.<sup>395</sup>

Referido Regulamento prevê dois procedimentos específicos para a contratação da prestadora utilizando recursos do Fust: o procedimento licitatório, regra geral; e a imputação de obrigações, aplicável aos casos de inexigibilidade ou dispensa do procedimento licitatório ou quando este resultar deserto ou frustrado.

---

<sup>394</sup> BRASIL. Art. 7º da Norma MC nº 01/2008, publicada no Diário Oficial da União de 4 de junho de 2008.

<sup>395</sup> Art. 2º, inciso VII. (ANATEL. Resolução nº 269, de 9 Jul. 2001. Aprova o Regulamento de Operacionalização da Aplicação de Recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Fust. Disponível em: [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br). Acesso em 10 abr. 2011.

No caso da imputação, o Regulamento o descreveu em cinco fases distintas, reflexo do Contrato de Concessão, que também traz descrição desse procedimento, nos seguintes termos:

Cláusula 7.3. - A Concessionária assume a obrigação de implementar metas de universalização não previstas no presente Contrato e que venham a ser requeridas pela Anatel, [...], respeitado o seguinte procedimento para definição do montante e critério de ressarcimento:

I - a Anatel consultará a Concessionária sobre os custos totais da implantação das metas adicionais pretendidas e sobre a parcela destes que não poderá ser amortizada pela receita de exploração, [...];

II - se decorrido o prazo fixado na consulta, inexistir manifestação da Concessionária, a Anatel tomará as providências necessárias para determinar os ônus e custos da implementação destas metas bem como para estimar a correspondente geração de receita;

III - se respondida a Consulta pela Concessionária, a Anatel avaliará se os custos e as estimativas de receitas apresentados são adequados e compatíveis, levando em conta as tecnologias disponíveis, o preço dos insumos e mão-de-obra, as características geográficas e socioeconômicas da demanda a ser atendida, os preços praticados no mercado além de outras variáveis que considere relevantes;

IV - não considerando razoáveis os custos e/ou a estimativa de receita propostos, a Anatel poderá, motivadamente, imputar a implementação das metas à Concessionária, estabelecendo o valor do ressarcimento, observado o disposto no Capítulo XXX; e

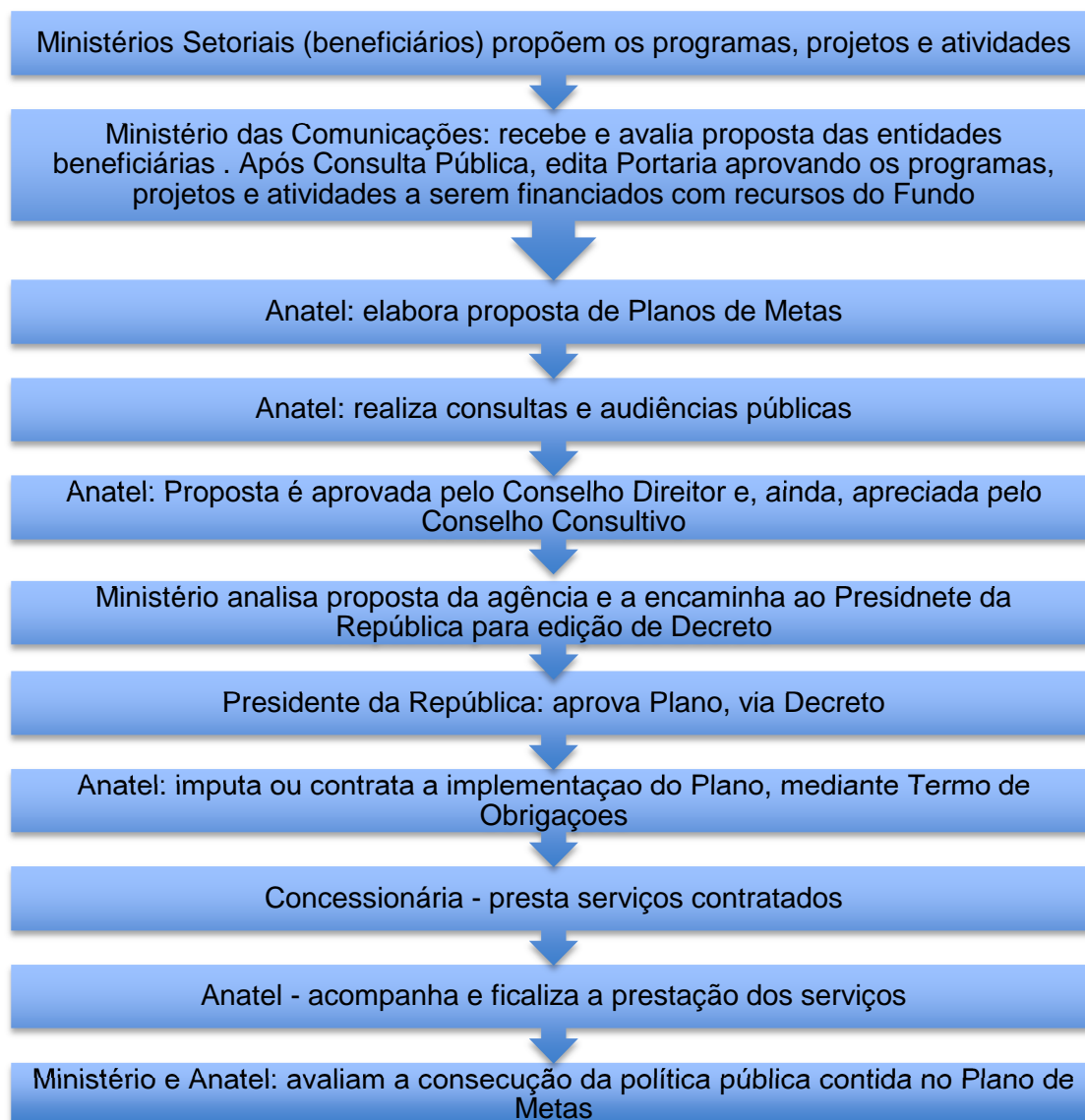
V - estando os valores de ressarcimento adequados e compatíveis no entendimento da ANATEL, esta confirmará à Concessionária a imputação da implementação destas metas específicas, nos termos da proposta de ressarcimento encaminhada pela Concessionária.

§ 1º - Se, após o procedimento previsto nesta cláusula, a Anatel considerar inconveniente ou inviável a implementação da meta específica de universalização através da Concessionária, contratará junto a outrem a incumbência, podendo fazê-lo por meio de outorgas específicas [...].

Cláusula 7.4. A adoção dos procedimentos previstos na cláusula anterior constitui faculdade da Anatel, que poderá adotá-lo a seu critério e consoante o melhor atendimento do interesse público, não assistindo à Concessionária direito de preferência na implementação destas metas.

Qualquer dos procedimentos de seleção que se estabeleça, a Agência, ao final celebra Termos de Obrigações com a prestadora selecionada. Considerando o que até aqui foi exposto, para a utilização dos recursos do Fust, a Lei e a regulamentação posterior previram uma série de etapas resumidas na figura a seguir:

Figura 4. **Etapas para implementação de Planos de Metas com recursos do Fust**



Apesar dos mais de R\$ 12 bilhões recolhidos ao Fust desde a sua criação, até o momento somente uma vez as etapas supra referidas chegaram a ser consumadas, embora não se possa dizer que houve aplicação efetiva de recursos. Como se verá adiante, o único projeto viabilizado com recursos do Fundo envolve quantias irrisórias, face aos valores arrecadados. Essa situação tem sido motivo de questionamentos pela sociedade, pelas prestadoras de serviços de telecomunicações, principais contribuintes do Fundo, pela mídia especializada e por diversos setores do governo. Antes de apontar como se deu a execução desse único Plano de Metas, será preciso explicitar as tentativas de aplicação dos recursos do Fundo e os imbrólios políticos, jurídicos e institucionais que elas ensejaram.

### **3.8 Os Planos de Metas para a Universalização – PMU e as tentativas de aplicação do Fust: necessidade de definição de uma política para os serviços de telecomunicações em regime público**

O Ministério das Comunicações e a Anatel efetuaram tentativas para a aplicação dos recursos do Fust. Porém, como já se disse, a efetiva utilização dos recursos esbarrou ao longo do tempo em questões legais, institucionais e políticas, o que acabou por revelar que, o que antes era a panaceia para resolver inúmeros problemas sociais, se percebe, nos dias atuais, como um grande engodo.

Aqui, ao visitar os caminhos tortuosos dos quase 12 anos, desde a criação do Fust, em especial as tratativas entre o Ministério das Comunicações e a Anatel e o caminho sedimentado pelo TCU, se perceberá que as tentativas não exitosas, sob o ponto de vista da execução dos recursos do Fundo, acabaram por orientar a política de universalização das telecomunicações por caminhos outros que não aqueles originalmente previstos quando da edição da LGT e da Lei do Fust. Mais ainda, por esse ‘novo caminho’ as funções da Anatel aparecem em contexto distinto do previsto no quadro jurídico institucional para a universalização dos serviços de telecomunicações.

As iniciativas frustradas de levar a cabo a universalização por meio do Fust acabaram por sedimentar um entendimento jurídico-regulatório para que os ideais previstos quando da criação do Fundo saíssem do papel, da letra, da vontade, do discurso.

As manifestações do TCU são um guia para que a história recente do Fust seja visitada. Em 2005, o Tribunal levou a cabo auditoria com o objetivo de verificar as dificuldades, limitações e barreiras que impediam a aplicação dos recursos do Fust, exarando o Acórdão nº 2.148/2005 - TCU – Plenário<sup>396</sup>, que se constitui fonte primordial de informações que serão retomadas neste trabalho, complementadas por normativos adicionais e pelo material colhido ao longo da pesquisa empreendida sobre o tema.

---

<sup>396</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão Nº 2.148/2005 - TCU – Plenário. p. 17. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>.

### 3.8.1 Projetos aprovados pelo Ministério das Comunicações: muitas Portarias, poucas definições

Após a aprovação da Lei do Fust, o então Ministro das Comunicações, Pimenta da Veiga, encaminhou ao Presidente da República, por meio da Exposição de Motivos nº 595, de 7 de novembro de 2000, uma proposta de política para aplicação do Fust, sinalizando diretrizes e prioridades para a destinação dos recursos. O referido documento apontava como áreas prioritárias a educação, a saúde, a segurança pública, as regiões remotas e de fronteiras e a assistência a pessoas com deficiência deficientes, indicando, por conseguinte, a edição de sete grandes programas: o Programa de Educação (com a participação do MEC), o Programa de Saúde (com a participação do Ministério da Saúde), o Programa de Telecomunicações, o Programa de Atendimento a Deficientes (com a participação do Ministério da Previdência), o Programa de Segurança Pública (com a participação do Ministério da Justiça), o Programa para Regiões Remotas e de Fronteiras (com a participação do Ministério da Defesa) e, por último, o Programa Bibliotecas Públicas (com a participação do Ministério da Ciência e Tecnologia).

No citado documento, é possível perceber a proeminência dos objetivos relativos à educação, uma vez que este era o único a conter referências explícitas de metas e público-alvo –

em parceria com o Ministério da Educação será elaborado programa de governo cujos projetos irão permitir acesso à informática, no prazo de dois anos, a todas as 13 mil escolas públicas de ensino médio existentes no País, abrangendo 7 milhões de alunos.<sup>397</sup>

Tanto é assim que o Programa Educação foi o primeiro a ser definido, por meio da Portaria nº 2 do Ministério das Comunicações, publicada no Diário Oficial da União de 18 de janeiro de 2001, com o objetivo de disseminar recursos de telecomunicações e informática para as escolas públicas federais, estaduais e municipais, a partir de três grandes projetos: um destinado ao atendimento de escolas do ensino fundamental; o segundo às do ensino médio; e, o último às instituições federais, estaduais e municipais de ensino profissionalizante<sup>398</sup>. Na seção seguinte serão abordadas as tentativas, frustradas, consigne-se, de

---

<sup>397</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de Motivos nº 595/MC, de 7 de novembro de 2000. Diretrizes e prioridades para as aplicações do Fust. p. 12. Referida ideia também foi reforçada pelo Tribunal de Contas da União.

<sup>398</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Portaria nº 2, de 17 de janeiro de 2001.

implementação do Programa Educação.

Em 17 de abril de 2001, por meio da Portaria nº 196, o Ministério definiu o Programa Saúde, com o objetivo de propiciar, observado o estabelecido nos incisos IV e V do art. 5º da Lei nº 9.998, de 2000, serviços e recursos tecnológicos com vistas a ampliar e aprimorar as formas de acesso da população a serviços de saúde. O Programa previa atendimento às instituições de saúde vinculadas ao Sistema Único de Saúde (SUS), em todo país, de maneira a contribuir para o desenvolvimento das ações na área da saúde e beneficiar os cidadãos que busquem tais serviços, por meio dos seguintes projetos: I – Saúde da Família; II - Centrais de Regulação e Informação em Saúde; III - Central de Transplantes de Órgãos; e, IV - Cartão Nacional de Saúde.<sup>399</sup>

Pouco menos de um mês depois, foi a vez do Programa Bibliotecas, aprovado por meio da Portaria nº 245, de 10 de maio de 2001, destinado a permitir, em consonância com os objetivos estabelecidos nos incisos IV, VI, VII e VIII do art. 5º da Lei nº 9.998, de 2000, o acesso a informações digitalizadas de bibliotecas públicas federais, estaduais e municipais e a implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação, inclusive internet, nas bibliotecas de entidades públicas federais, estaduais e municipais, de centros de difusão cultural e científica e de organizações da sociedade civil de interesse público. Em seu bojo, foram previstos os projetos denominados: I – Bibliotecas Públicas Federais, Estaduais e Municipais; II – Bibliotecas de Centros de Difusão Cultural e Científica; e, III - Bibliotecas de Organizações do Terceiro Setor.<sup>400</sup>

No mesmo dia, a Portaria nº 246 definiu o Programa de Atendimento a Deficientes, dispondo sobre a implantação de acessos individuais dos serviços de telecomunicações e equipamentos de interface em benefício das pessoas com deficiência e de instituições de assistência a essas pessoas, observando-se os objetivos estabelecidos nos incisos XII e XIII do art. 5º da Lei nº 9.998, de 2000, por meio dos seguintes projetos: I – Projeto Atendimento a Pessoas Carentes

---

<sup>399</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Portaria nº 196, de 17 de abril de 2001. Publicada no DOU 18/04/2001.

<sup>400</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Portaria nº 245, de 10 de maio de 2001. Publicada no DOU de 30/05/2001.

Portadoras de Deficiência; e, II – Projeto Atendimento a Instituições de Assistência a Pessoas Portadoras de Deficiência.<sup>401</sup>

Já em 2002, em 23 de maio, mais uma Portaria, de número 834, aprovou novo programa para o Fust, o Programa Regiões Remotas e de Fronteira, com vistas à disponibilização de serviços em unidades do serviço público civil ou militar situadas em pontos remotos do território nacional, em benefício, portanto, de organizações militares que prestam assistência a populações carentes isoladas e à comunidade científica que desenvolve pesquisas em regiões remotas, em consonância com os objetivos estabelecidos nos incisos IX e XI do art. 5º da Lei nº 9.998, de 2000, por meio dos seguintes projetos: I - Assistência Cívico-Social e de Saúde; II - Apoio à Comunidade Científica de Pesquisa; III - Integração de Unidades Militares em Áreas de Fronteira; e, IV - Integração de Localidades Remotas e de Interesse Estratégico.<sup>402</sup>

Por conseguinte, em 1º de outubro daquele ano, o Ministério, por meio da Portaria nº 1.979, definiu o Programa Telecomunicações, afeto à disponibilidade e utilização de terminais de uso coletivo e acessos individuais do STFC, destinado ao uso do público em geral, para atendimento de localidades com menos de cem habitantes, propriedades rurais isoladas, famílias de baixo poder aquisitivo e pessoas carentes portadoras de deficiência, em atendimento aos objetivos estabelecidos nos Incisos I, III, XIII e XIV do art. 5º da Lei nº 9.998, de 2000. O Programa continha os seguintes Projetos: I - Localidades com Menos de Cem Habitantes; II - Propriedades Rurais Isoladas; e, III - Famílias de Baixo Poder Aquisitivo.<sup>403</sup>

Finalmente, a Portaria nº 2.272, de 24 de outubro de 2002, definiu o Programa de Segurança Pública, destinado a disponibilizar serviços de telecomunicações em órgãos de segurança pública, em consonância com os objetivos estabelecidos no inciso X do art. 5º da Lei nº 9.998, de 2000, por meio dos seguintes projetos: I - Integração das Unidades Policiais; II - Integração das

---

<sup>401</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Portaria nº 246, de 10 de maio de 2001. Publicada no DOU de 30/05/2001.

<sup>402</sup> Idem, Portaria nº 834, de 23 de maio de 2002. Publicada no DOU de 24/05/2002.

<sup>403</sup> Idem, Portaria nº 1.979, de 1º de outubro de 2002. Publicada no DOU de 03/10/2002.

Unidades de Apoio à Segurança Pública; e, III - Integração do Sistema Penitenciário.<sup>404</sup>

Passados, portanto, pouco mais de 2 anos da edição da Lei, o Ministério das Comunicações conseguiu aprovar 7 (sete) programas, com a previsão de execução de 22 (vinte e dois) projetos a serem financiados com os recursos do Fundo. O TCU aponta que tais definições, deveras ambiciosas, não vieram acompanhadas do detalhamento necessário, tampouco da imprescindível avaliação de capacidade de financiamento das iniciativas previstas frente à arrecadação do Fundo.

Os Ministérios interessados elaboraram termos de referência, os programas propostos foram definidos em portarias, mas conforme registrou a equipe, não houve a realização de estudos comparativos entre as demandas constantes de cada um dos termos de referência apresentados e seus respectivos custos de implementação. Tampouco existiu avaliação qualitativa e quantitativa dos recursos demandados por cada um dos programas propostos em relação ao montante disponível no Fundo e à previsão de sua arrecadação. Repise-se que os recursos existentes no Fust, apesar de significativos, seriam insuficientes para implementar e manter os diversos programas definidos pela Política de universalização (fl. 193, vol. 1).<sup>405</sup>

Os projetos, em sua maioria, se reduzem a macro-objetivos e pouco dizem acerca de prioridades e metas para a destinação efetiva dos recursos. A seguir, para ilustrar a superficialidade dos programas aprovados pela Pasta das Comunicações, segue a descrição do Projeto de Integração das Unidades Policiais, anexo à Portaria nº 2.272, de 24 de outubro de 2002.

## **ANEXO I**

### **PROJETO DE INTEGRAÇÃO DAS UNIDADES POLICIAIS**

#### **1 - DESCRIÇÃO RESUMIDA DO PROJETO**

Disponibilizar acessos a serviços de telecomunicações para intercâmbio de informações entre as unidades do Sistema de Segurança Pública.

#### **2 - OBJETIVO**

O objetivo do projeto é prover o acesso ao serviço de telecomunicações às organizações integrantes do Sistema de Segurança Pública. Os acessos permitirão a integração de unidades móveis, dos patrulheiros, dos centros integrados de atendimento e despacho e demais unidades do Sistema.

#### **3 - BENEFÍCIOS A SEREM ALCANÇADOS**

---

<sup>404</sup> Ministério das Comunicações. Portaria nº 2.272, de 24 de outubro de 2002. Publicada no DOU de 25/10/2002.

<sup>405</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.148/2005 - TCU – Plenário. p. 17. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>. Parágrafo 7.

A implantação do projeto permitirá a integração das informações e da operação de unidades de segurança pública.

#### 4 - ABRANGÊNCIA DO PROJETO

A abrangência do projeto será nacional.<sup>406</sup>

Justamente essa variada e pouco elucidativa lista de áreas e projetos a serem desenvolvidos no âmbito do Fundo acabou por gerar expectativas irreais em relação à política de universalização dos serviços de telecomunicações e dificultou a sua implementação a partir dos recursos do Fust, conforme se abordará a seguir.

#### 3.8.2 O Programa Educação: a licitação anulada pela Anatel

A criação do Fust ocorrera no ano de 2000 e, no segundo semestre daquele ano, as instituições responsáveis debruçaram-se na regulamentação dos mecanismos aptos a instrumentalizar a aplicação da Lei, de que são exemplos o Decreto nº 3.624, de 5 de outubro de 2000, e as Resoluções exaradas pela Anatel, já comentados. De tal sorte que, em 2001, se identificam as primeiras iniciativas concretas para a destinação dos recursos do Fundo.

O Programa Educação foi o primeiro projeto a ser definido, em 18 de janeiro de 2001, com o objetivo de disseminar recursos de telecomunicações e informática para as escolas públicas federais, estaduais e municipais, o que se daria a partir de três grandes projetos: um destinado ao atendimento de escolas do ensino fundamental; o segundo às do ensino médio; e, o último às instituições federais, estaduais e municipais de ensino profissionalizante.<sup>407</sup>

Em 2 de fevereiro daquele ano, os Decretos n. 3.753 e 3.754<sup>408</sup> aprovaram, respectivamente, dois Planos: o Plano de Metas para a Universalização dos Serviços de Telecomunicações em Escolas Públicas de Ensino Profissionalizante; e, o Plano de Metas para a Universalização dos Serviços de Telecomunicações em Escolas Públicas de Ensino Médio. Partindo da utilização dos recursos do Fundo, ambos os Decretos previram como objeto dos Planos que aprovaram a “implantação, disponibilidade e manutenção de acessos e equipamentos terminais, para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso

---

<sup>406</sup> Ministério das Comunicações. Portaria nº 2.272, de 24 de outubro de 2002. Anexo I. Publicada no DOU de 25/10/2002.

<sup>407</sup> Ministério das Comunicações. Portaria nº 2 do Ministério das Comunicações, de 17 de janeiro de 2001.

<sup>408</sup> BRASIL. Decretos n. 3.753 e 3.754, de 2001.

público, inclusive da internet”. O objeto dos planos, como visto, incluía fornecer equipamentos para visualização, digitalização e impressão de textos e imagens, prover rede local e interna e o que for necessário à sua instalação e funcionamento. Juntos, os Planos previam a compra de 290 mil computadores, o que representava, à época, praticamente toda a produção anual brasileira, totalizando cerca de R\$ 1,5 bilhão.<sup>409</sup>

Em 17 de julho do mesmo ano, a Agência abriu procedimento licitatório, na forma do Edital de Licitação nº 001/2001/SPB-ANATEL, com o objetivo de selecionar prestadora para a implementação das metas de universalização previstas. Duramente criticado, o procedimento de licitação foi objeto de liminares que suspenderam sessões de apresentação de propostas<sup>410</sup> e de representação junto ao TCU pelos deputados federais Sérgio Miranda de Matos Brito e Walter de Freitas Pinheiro, que apontaram as seguintes possíveis irregularidades:<sup>411</sup> afastamento da aplicação da Lei nº 8.666, de 1993; limitação à participação das concessionárias do STFC,<sup>412</sup> para prestar serviços que estas não possuíam concessão; restrição à aquisição de produtos fornecidos exclusivamente pela Microsoft<sup>413</sup>, em detrimento de *softwares* livres; necessidade de criação de uma modalidade de serviço de telecomunicações específica para a aplicação dos recursos com os fins pretendidos; previsão de aquisição de bens e serviços de informática e de serviços de valor adicionado, o que não seria alcançado pela LGT; o programa ultrapassaria o exercício de 2001 e não encontrava amparo no Plano Plurianual (PPA) vigente e a

<sup>409</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.095/2001 – Plenário, de 24 de janeiro de 2001. Processo 013.158/2001-1. Relator: Iram Saraiva. Ementa: Representação formulada por Parlamentares. Possíveis irregularidades na Anatel. Licitação para seleção de prestadora para implantação de metas para a universalização de serviços de telecomunicações em escolas públicas de ensino médio e profissionalizante. Não observância da Lei 8.666/93. Desrespeito ao plano plurianual e à lei de responsabilidade fiscal. Conhecimento. Procedência. Suspensão cautelar da licitação. Diligência. Determinação.

<sup>410</sup> SILVA, Valter Rodrigues. *Fundo de universalização dos serviços de telecomunicações*. Monografia de Especialização. Orientador: Mário Lório Aranha. UnB, Brasília, dezembro de 2004, p. 32.

<sup>411</sup> TCU. Op. cit..

<sup>412</sup> “O Edital limita a participação de concorrentes às concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, prestado em regime público, que são apenas seis: Embratel, Telemar, Brasil Telecom, Telefônica, Telemar e Sercomtel, devendo, ainda, ser respeitada a área de atuação de cada uma delas”. (TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.095/2001 – Plenário, de 24 de janeiro de 2001. p. 3)

<sup>413</sup> “Restringe-se o fornecimento dos serviços operacionais, no caso dos computadores tipos A e B - que constituem a imensa maioria dos computadores a serem adquiridos, a uma única empresa, a Microsoft, reforçando o caráter monopolista que já é inerente a essa empresa, em detrimento dos softwares livres, como o Linux, opção que é restringida a um grau quase marginal, revelando-se profunda quebra do princípio da isonomia, que é um dos pilares do processo licitatório” (ibidem. p. 26).

Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 2000, determina que a compatibilidade com o PPA é condição prévia para a licitação (art. 16, § 4º); e, ainda, a ausência de previsão de mecanismo de desoneração da utilização dos recursos do Fundo e de um projeto pedagógico<sup>414</sup> amplo a nortear a execução do projeto.<sup>415</sup>

A Revista Com Ciência – Revista Eletrônica de Jornalismo publicou em 10 de abril de 2002 que as críticas dos deputados Sérgio Miranda e Walter Pinheiro residiam, sobretudo, no monopólio da empresa de *software* Microsoft e das concessionárias de telecomunicações conferido no edital lançado pela Anatel.<sup>416</sup>

A Corte de Contas reconheceu, por meio do Acórdão nº 1.095/2001 – Plenário, aspectos que mereceriam correções por parte da Anatel e determinou, cautelarmente, que a Licitação fosse suspensa até que o Tribunal avaliasse os esclarecimentos que a autarquia apresentaria.

O Relatório constante do Acórdão nº 1.308/2001-Plenário<sup>417</sup> pontua que as informações apresentadas pela Agência foram encaminhadas para análise por diferentes órgãos do Tribunal, considerando-se suas competências específicas<sup>418</sup>. Aponta, também, divergência de motivação entre os entendimentos das Secretarias de Controle Externo (1ª Secex) e de Fiscalização de Desestatização e Regulação (Sefid):

[...] No entender da 1ª Secex, [...] a licitação em tela deve ser regida pela Lei nº 8.666/93, uma vez que o seu objeto não se enquadra nas exceções previstas na Lei Geral das Telecomunicações - LGT, que permitem à Agência a utilização de procedimentos diversos daqueles previstos na Lei das Licitações. [...] Quanto à limitação da concorrência, manifesta-se de acordo com a posição da Anatel no sentido de que a licitação em comento

<sup>414</sup> “Não há qualquer preocupação com o treinamento de professores nem com a discussão sobre o uso da informática de modo mais criativo [...] Espera-se que uma proposta de universalização das telecomunicações na área educacional seja acompanhada do devido projeto pedagógico, que só existe no discurso da Anatel como desculpa para eximir-se da responsabilidade das especificações técnicas do edital” (TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.095/2001 – Plenário, de 24 de janeiro de 2001. p. 73).

<sup>415</sup> Relatório constante do Acórdão nº 1.095/2001 – Plenário, de 24 de janeiro de 2001.

<sup>416</sup> SILVA, Valter Rodrigues. *Fundo de universalização dos serviços de telecomunicações*. Monografia de Especialização. Orientador: Mário Lório Aranha. UnB, Brasília, dezembro de 2004, p. 33.

<sup>417</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.308/2002. Relator Iram Saraiva. Ementa: Representação formulada por Parlamentares. Possíveis irregularidades na Anatel. Licitação para seleção de prestadora para implantação de metas para a universalização de serviços de telecomunicações em escolas públicas de ensino médio e profissionalizante. Não observância da Lei 8.666/93. Desrespeito ao plano plurianual e à Lei de Responsabilidade Fiscal. Representação já considerada precedente. Diligência. Licitação anulada. Perda do objeto. Arquivamento.

<sup>418</sup> 1ª Secex, 6ª Secex, Adfis, Sefid e Setec.

deve restringir-se às prestadoras de serviços de telecomunicações, sustentando, entretanto, a possibilidade da participação também de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações no regime privado (as autorizadas), uma vez que não seria razoável que a mesma lei que prevê a possibilidade de imposição de metas de universalização a uma empresa, a impeça de assumir tais metas de modo espontâneo. [...]

Posicionamento diverso manifestou a Sefid. Esta unidade técnica entende que somente os serviços de telecomunicações prestados em regime público podem ser objeto de obrigações de universalização [...] Contudo, segundo a Sefid, a descrição, no edital, do serviço a ser implantado como obrigação de universalização não corresponde à descrição de STFC contida no regulamento pertinente, tratando-se da descrição de um Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações - SRTT, [...] prestado em regime privado.[...]

Em conclusão, da análise efetuada no âmbito das unidades técnicas desta Casa, observa-se que tanto a 1ª Secex quanto a Sefid opinam pela anulação do edital em comento. A Sefid por considerar o objeto ilícito, vez que as obrigações que se pretende atribuir às concessionárias não dizem respeito à prestação de STFC. A 1ª Secex, apesar de não declarar a licitude do objeto na sua instrução, não o considera ilícito e entende que o edital deve ser anulado por não prever a aplicação da Lei nº 8.666/93 ao certame.<sup>419</sup>

Diante dos pareceres exarados nos autos da Representação pelas diversas unidades técnicas do TCU, a Anatel decidiu pela anulação da Licitação, nos termos do Ato nº 27.130, de 12 de julho de 2002, aprovado pelo Conselho Diretor, o que ensejou o arquivamento da representação no âmbito do Tribunal, face à perda do objeto, sem que houvesse pronunciamento definitivo do Tribunal a respeito da legalidade da licitação e das questões suscitadas pela Secex e pela Sefid.<sup>420</sup>

Examinando a Licitação nº 001/2001/SPB/ANATEL, Faraco aduz que a Anatel tornou o acesso aos recursos do Fust um privilégio das concessionárias do STFC, a partir da concepção de que somente as empresas atuantes em regime público poderiam receber recursos do Fust, argumento verdadeiro. Contudo, para o autor, não reside razão em restringir a utilização do Fust apenas às concessionárias do STFC, pois, uma empresa não concessionária poderia ser selecionada e receber outorga da concessão específica do serviço objeto das metas de universalização. De tal maneira, Faraco aponta existirem dois erros nos encaminhamentos dados pela Anatel: primeiro em razão de que o objeto dos Planos de Metas era afeto a redes digitais de informação, inclusive internet, e não o STFC; o outro consistiu em não considerar que a LGT, em seu art.18, prevê a possibilidade de que outros serviços

---

<sup>419</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.308/2002-Plenário.

<sup>420</sup> Ibidem.

sejam prestados no regime público, mediante Decreto do Poder Executivo.<sup>421</sup>

### 3.8.3 Manifestação do TCU: um caminho jurídico-regulatório para a aplicação dos recursos do Fundo

Considerando as dúvidas suscitadas nos pareceres supra referidos, o Ministério das Comunicações formulou Consulta ao TCU a respeito de dúvidas sobre aspectos da interpretação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à aplicação dos recursos do Fust no oferecimento de serviços de telecomunicações a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde, inclusive a disponibilização de computadores e programas que possibilitariam o acesso às redes digitais, em face do contido, em especial, na Lei do Fust, na LGT e na Lei de Licitações, a Lei nº 8.666, de 1993.

#### Pergunta 1

Considerando que o Poder Executivo promova a contratação, com recursos do Fust, de uma das seguintes hipóteses de objeto:

Objeto 1 - Contratação da empresa que irá implantar, manter e operar o serviço de acesso para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde. Este serviço deverá ser composto de (1) provimento de conexão em banda larga nas interligações dos equipamentos terminais com os provedores de acesso a redes digitais de informação e à internet; (2) provimento de acesso a redes digitais de informações e à internet; (3) provimento de equipamentos terminais para operação do serviço e respectivos softwares que o viabilizem; (4) administração e operação dos sistemas e dos serviços disponibilizados;

Objeto 2 - Contratação da empresa que irá implantar, manter e operar o serviço de acesso para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde. Este serviço deverá ser composto de (1) provimento de conexão em banda larga nas interligações dos equipamentos terminais, já possuídos pelos usuários, com os provedores de acesso a redes digitais de informação e à internet; (2) provimento de acesso a redes digitais de informação e à internet; (3) administração e operação dos sistemas e dos serviços disponibilizados.

#### Pergunta-se:

1.1 Os objetos 1 e 2 devem ser licitados com base na Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993, ou se aplica a exceção do Artigo 210 da Lei nº 9.472, de 16 de junho de 1997 - LGT?

1.2 Em relação aos objetos 1 e 2, é possível que da licitação participem, desde que tecnicamente qualificadas, quaisquer das prestadoras de serviços de telecomunicações, nos regimes público e privado, e além disso,

---

<sup>421</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. Concorrência e Universalização nas Telecomunicações: Evoluções Recentes no Direito Brasileiro. In: *Revista de Direito Público da Economia*, nº 08, out/dez. 2004, p. 18-19.

outras empresas prestadoras de serviços e fornecedoras de equipamentos e bens de informática?

1.3 Os objetos 1 e 2 podem ser licitados no mesmo certame e contratados ao mesmo provedor, sendo executados conforme os usuários dispõem ou não de equipamentos terminais?

1.4 Os objetos 1 e 2 podem ser licitados em lotes delimitando cidades, estados ou determinadas regiões do País?

1.5 As provedoras de serviços de telecomunicações, concessionárias ou autorizadas, estariam habilitadas a disputar a contratação dos objetos 1 e 2 em qualquer lote, local ou região? Mesmo quando estejam abrangidas localidades não incluídas em suas áreas de outorga?

#### Pergunta 2

À luz da Cláusula 7.3 dos contratos de concessão do STFC (Serviço de Telefonia Fixo Comutado), a seguir transcrita, é possível, sem a realização de certame licitatório, a aplicação de recursos do Fust, mediante a imputação de metas adicionais de universalização às concessionárias, para atender aos objetivos previstos no artigo 5º da Lei nº 9.998/2000? Caso seja possível a imputação anteriormente referida, ficaria excluída a possibilidade de realização simultânea de certame licitatório para a contratação dos objetos 1 e 2 (Pergunta 1)?

[...]

#### Pergunta 3

Considerando a necessidade frequente de atualizações tecnológicas em equipamentos de informática; e

Considerando a necessidade de se otimizar a aplicação dos recursos do Fust evitando-se a aquisição de equipamentos que venham a se tornar obsoletos em um curto espaço de tempo;

Pergunta-se:

3.1 É possível que na contratação do objeto 1 (Pergunta 1) os bens de informática envolvidos sejam contratados pelo provedor através de comodato, leasing, locação, visando sua constante atualização por parte do fornecedor?

#### Pergunta 4

Considerando as tecnologias largamente utilizadas atualmente de conexão à internet com transmissão em altas velocidades, algumas delas sem a necessidade de utilização das redes das atuais empresas de telefonia (públicas e privadas);

Pergunta-se:

4.1 O Tribunal de Contas da União considera lícita a inclusão de especificação técnica no Edital com a determinação de uma velocidade mínima desejada, por exemplo 256 kbps, para o suporte de telecomunicações?

#### Pergunta 5

Considerando que inúmeros estabelecimentos de ensino público são de responsabilidade do governo municipal e que vários estados e municípios possuem empresas públicas de processamento de dados;

Pergunta-se:

5.1.A legislação vigente permite a transferência dos recursos do Fust de forma descentralizada, mediante convênios firmados entre o Ministério das Comunicações/ANATEL e as unidades da federação para que estas implementem seus próprios projetos de acordo com suas realidades?

5.2. Este procedimento poderia ser estendido à esfera municipal e aos entes públicos da administração direta e indireta?

Pergunta 6

Considerando que a prestação dos objetos 1 e 2 (Pergunta 1) seria feita a título gratuito aos usuários de estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde, portanto, sem gerar qualquer parcela de custos recuperáveis para o provedor, seria possível a utilização dos recursos do Fust para fazer face à totalidade dos custos de provimento daqueles serviços?

Pergunta 7

Considerando o prazo fixado no artigo 8º da Lei nº 9.998/2000, a contratação poderia prever a gradativa desoneração do comprometimento do Fust com a remuneração dos custos durante o prazo de duração da prestação?"

Nos autos do processo da Consulta, existem dois posicionamentos distintos quanto aos caminhos para a aplicação dos recursos do Fust e, conseqüentemente, de resposta ao Ministério.

De um lado, a 1ª Secex e o Ministério Público entendem que a contratação objeto da Consulta deveria ser regida pela Lei nº 8.666, de 1993, uma vez que: o Fust é fundo especial, nos termos da Lei nº 4.320, de 1964, e, como tal deve se subordinar à Lei nº 8.666, de 1993; no caso dos objetos da Consulta, não se trata de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, caso em que seria aplicável a Lei nº 9.472, de 1997, mas sim da implementação de um programa de governo que envolve a contratação de um serviço de telecomunicação que é prestado mediante autorização em regime privado como SRTT (Serviço de Redes de Transporte de Telecomunicações); as prestadoras submetidas ao regime privado não estão obrigadas a cumprir metas de universalização, fixadas unilateralmente, mas nada impede que, tendo interesse em prestar o serviço, assumam obrigações contratuais por vontade própria. Eis um excerto da manifestação do Ministério Público da Corte de Contas contido no Acórdão nº 1.107/2003-Plenário-TCU:

[...] consignamos nosso entendimento no sentido de que não se tratando de novas outorgas, mas da contratação de prestadora de serviço de telecomunicações já delegatária do serviço público, as licitações destinadas à seleção das empresas deveriam ser regidas pela Lei de Licitações (Lei 8.666/93) e não pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT - Lei 9.472/97). Contudo, nada obsta que o Poder Público realize licitações para novas outorgas dos serviços de conexão a redes digitais de informação com base na Lei Geral de Telecomunicações.

Afirmamos também que as licitações deveriam estar abertas à participação das empresas de telecomunicações habilitadas pelo Poder Público a prestar os serviços, independentemente de estarem submetidas ao regime público (concessionárias ou permissionárias) ou privado (autorizatórias), previstos na LGT. Mesmo porque o serviço que se pretende contratar - conexão à internet por banda larga, com velocidade de transmissão acima de 128 Kbits/s - não se enquadra no Serviço de Telefonia Fixa Comutada (STFC), único atualmente prestado no regime público.<sup>422</sup>

Por seu turno, a Sefid entendeu que os objetos alvos da consulta deveriam ser operacionalizados nos termos da LGT, uma vez que o Fust destina-se ao financiamento de obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, as quais somente podem ser atribuídas aos prestadores em regime público. Continuando, a Secretaria afirmou apenas às prestadoras em regime público poderiam ser imputadas obrigações de universalização. Nesses termos, os objetos da consulta deveriam constituir uma nova modalidade de serviço em regime público, a ser objeto de outorgas licitadas a todas as empresas que desejarem se tornar concessionárias do referido serviço. Neste sentido, sugeriu a realização de licitação de outorga de novo serviço em regime público. Eis alguns excertos de tal entendimento, contidos no relatório anexo ao Acórdão nº 1.107/2003-Plenário-TCU:

[...] 81. Se não houver nenhuma prestadora em regime público, a LGT impõe a realização de licitação para atribuir uma outorga de serviço público para que se possa universalizar o serviço. Se já houver prestadora em serviço público, é porque já houve a realização de amplo certame para a escolha de quem se incumbirá de implementar as obrigações. [...] Considerando: que os serviços de telecomunicações passíveis de financiamento com recursos do Fust são aqueles cuja existência, continuidade e universalização são assegurados pela União e, nessa condição, devem ser prestados em regime público; somente às prestadoras em regime público são imputáveis obrigações de universalização; a delegação de serviços prestados em regime público se dá mediante outorga de concessão; os serviços especificados no objeto da consultas não se enquadram na modalidade de Serviço de Telefonia Fixa Comutada (STFC);

<sup>422</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.107/2003 – Plenário. TC 005.302/2003-9. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto. Ementa: Consulta. Ministro de Estado das Comunicações. Dúvidas na interpretação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à aplicação dos recursos do Fust. Conhecimento. Resposta ao interessado. Encaminhamento de cópia do Acórdão, bem como do Relatório e Voto ao interessado, às Comissões de Fiscalização Financeira e Controle e de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados e às Comissões de Fiscalização e Controle e de Serviços e Infraestrutura do Senado Federal. Arquivamento.

atualmente, a única modalidade de serviço de telecomunicações prestado em regime público é o STFC:

B. a contratação pelo poder executivo referida na Consulta formulada [...] significa a delegação de concessão pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) de uma nova modalidade de serviço de telecomunicações a ser prestado pelo menos em regime público;

C. tal outorga de concessão se dá mediante licitação regida pela Lei nº 9.472, de 16/7/1997, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) e não pela Lei nº 8.666, de 21/6/1993 (pergunta 1.1) [...] <sup>423</sup>

Em resumo, a diferença nos pareceres das unidades do TCU reside no fato de que, na concepção elaborada pela 1ª Secex e do Ministério Público, as empresas autorizadas (regime privado) poderiam participar de uma licitação para assumir obrigações de universalização ainda que operando em regime privado, ocasião em que se aplicaria a Lei nº 8.663, de 1993. Para a Sefid, contudo, as normas legais evidenciariam que só poderiam assumir obrigações de universalização as prestadoras detentoras de outorga de concessão em regime público. Inexistindo prestadora em regime público, para a contratação do objeto da consulta deveria ser promovida licitação para outorga de concessão, regida nos termos do art. 210 da LGT.

O TCU, em resposta à Consulta, proferiu o Acórdão nº 1.107/2003-Plenário-TCU <sup>424</sup>, na Sessão de 13 de agosto de 2003, corroborando o entendimento da Sefid e informando ao Ministério das Comunicações que, como a finalidade da aplicação dos recursos do Fust é a universalização de serviços de telecomunicações, nos termos do art. 64, da LGT, as obrigações de universalização custeadas pelo Fundo somente poderiam ser atribuídas às prestadoras em regime público. Assim, os objetos da Consulta formulada pelo Ministério das Comunicações deveriam constituir uma nova modalidade de serviço em regime público, para que possam ser utilizados recursos do Fust. <sup>425</sup>

---

<sup>423</sup> TCU.. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.107/2003 – Plenário.

<sup>424</sup> Ibidem.

<sup>425</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão Nº 2.148/2005 - TCU – Plenário. p. 17.

### 3.8.4 A tentativa de criação de um novo serviço em regime público: o SCD, mais uma vez o Fust para levar telecomunicações às escolas

Diante das orientações do Tribunal de Contas, mesmo sem qualquer orientação formal do Ministério das Comunicações<sup>426</sup>, a Anatel buscou viabilizar a criação de um novo serviço prestado em regime público, apto, portanto, a receber recursos do Fust. Neste sentido, ela realizou três Consultas Públicas entre novembro de 2003 e março de 2004, visando à criação do Serviço de Comunicações Digitais (SCD). As Consultas Públicas n. 480, 493 e 494 versavam sobre propostas de Regulamento do Serviço (RSCD), do Plano Geral de Outorgas – (PGO-SCD) e do Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU-SCD), estes dois a serem submetidos ao Ministério das Comunicações para encaminhamento ao Presidente da República.<sup>427</sup>

Conforme o artigo 4º da Consulta Pública nº 480, o Serviço de Comunicações Digitais “é o serviço de telecomunicações de interesse coletivo destinado ao uso do público em geral, que por meio de transporte de sinais digitais permite o acesso às redes digitais de informações destinadas ao acesso público, inclusive da internet”<sup>428</sup>. O objetivo primordial era permitir o acesso às redes digitais de informações, incluída a internet, por meio de provimento de conexão em banda larga para as instituições públicas de saúde, para unidades de interesse estratégico localizadas em áreas remotas, para órgãos de Segurança Pública e, também, o provimento de equipamentos e softwares às escolas públicas, bibliotecas e instituições de

---

<sup>426</sup> “Veja-se que a Anatel, instada a se pronunciar a respeito das orientações expedidas pelo MC após o TCU ter se manifestado em relação à Consulta, apenas informou que ‘a instituição do Serviço de Comunicações Digitais foi motivada em razão do TCU ao responder Consulta formal encaminhada pelo Excelentíssimo Sr. Ministro das Comunicações por intermédio do Aviso nº 67/2003-MC, de 24.03.2003, a respeito dos recursos do Fust. O referido Acórdão determinou a necessidade de definição de uma nova modalidade de serviço de telecomunicações a ser prestado em regime público, notadamente em seus itens 9.2.1 a 9.2.1.2’. Esse fato caracteriza a falta de iniciativas do Ministério das Comunicações, tanto na supervisão em relação à Agência Reguladora, quanto na definição clara e precisa da política de universalização. Além disso, demonstra a superficialidade da interlocução havida entre o Ministério das Comunicações, as demais Pastas interessadas e a Anatel sobre a criação desse novo serviço.” (TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão Nº 2.148/2005 - TCU – Plenário.)

<sup>427</sup> Além das Consultas Públicas, a Anatel realizou sete audiências públicas sobre os termos das consultas, entre 23 de janeiro e 18 de fevereiro de 2004, nas cidades de Recife (PE), Porto Alegre (RS), Rio de Janeiro (RJ), São Paulo (SP), Belo Horizonte (MG), Brasília (DF) e Manaus (AM).

<sup>428</sup> ANATEL. Consulta Pública nº 480/2003. Proposta de Regulamento do Serviço de Comunicações Digitais.

assistência a pessoas com deficiência.<sup>429</sup>

Pela proposta, o SCD seria prestado em regime público, com definição aberta à evolução tecnológica<sup>430</sup>. Em verdade, ele estava dirigido à inclusão digital de escolas, bibliotecas, hospitais, áreas fronteiriças e instituições que atendem a pessoas com deficiência, entre outros, prevendo o atendimento a cerca de 300 mil pontos em todo o País, custeados com recursos do Fust, sendo cerca de 170 mil desse total escolas de ensino médio e, outros 15 mil, bibliotecas<sup>431</sup>. Enfatize-se, a proposta de criação do SCD perseguia os objetivos essenciais traçados no Programa Educação, priorizando o atendimento a cerca de 100 mil escolas da zona rural, que têm cerca de 40 milhões de alunos.<sup>432</sup>

Faraco aponta algumas críticas ao trabalho desenvolvido pela Agência, que deveria ter melhor especificado o fim a que se destinava o SCD, acrescentando, no entanto, que, apesar da falta de precisão, o PGMU proposto para o SCD guardava a congruência com o art. 5º da Lei do Fust, em especial quanto à previsão de atendimento às instituições discriminadas nesse dispositivo legal.<sup>433</sup>

A proposta de criação do SCD foi cercada de polêmicas, sobretudo por contar com planos de metas e outorgas ousados e por prever a participação das concessionárias do STFC<sup>434</sup>. O Tribunal de Contas resumiu alguns imbrólios no Relatório do Acórdão nº 2.148/2005-Plenário:

O PGO proposto pela CP 493 foi um ponto crucial para o não apoio das principais entidades representativas das empresas do setor. A ABRAFIX, defendendo os interesses das empresas de telefonia fixa, queria a divisão geográfica coincidente com o PGO do STFC, de apenas 3 regiões em todo o território brasileiro. Já a TELCOMP, representante de prestadoras de diversos serviços de telecomunicações, queria que o PGO tivesse 64 regiões e, além disso, pediu que fosse impedida a participação das concessionárias. Houve ainda críticas de outras associações, como a ABTA e representantes de provedores de internet que desejavam também uma divisão geográfica com mais regiões, para permitir a disputa por empresas

<sup>429</sup> Nesses termos, significava um marco brasileiro para a consecução dos objetivos e metas fixados pela Cúpula Mundial da Sociedade da Informação, realizada em Genebra, na Suíça, em 2003.

<sup>430</sup> Muito similar ao Serviço de Comunicações Eletrônicas, definido pela Comunidade Europeia.

<sup>431</sup> ANATEL. Comunicado à Imprensa. Brasília, 6 de outubro de 2004.

<sup>432</sup> O Estado de São Paulo. Anatel Apresenta plano de inclusão digital. Objetivo é viabilizar o acesso à internet em escolas públicas de todo o País. 9 de outubro de 2004.

<sup>433</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. Concorrência e Universalização nas Telecomunicações: Evoluções Recentes no Direito Brasileiro. In: *Revista de Direito Público da Economia*, nº 08, out/dez. 2004, p. 28.

<sup>434</sup> TELETIME. Fernanda Pressinott. *Notícia*: confusão digital, veiculada em 30 de abril de 2004. Disponível em: <www.teletime.com.br>.

menores.

A Anatel, entretanto, ao propor o PGO com 11 regiões, tentou contrabalançar o objetivo de fomentar a competição com o de garantir economia de escala e viabilidade econômica. Cabe ressaltar ainda que a Anatel discutia inicialmente a divisão em apenas 7 regiões e no final acabou prevalecendo a determinação do Ministério das Comunicações, de propor as 11 regiões.

Outros atores também procuraram defender seus interesses. A Rede Nacional de Ensino e Pesquisa – RNP –, em conjunto com o MEC, sugeriu que parcela dos recursos do Fust fosse aplicada na viabilização de conexão entre as redes das Concessionárias do SCD e a rede da RNP.

Já os provedores de acesso à internet viram uma séria ameaça no SCD. Primeiro, porque seriam necessários grandes investimentos iniciais – afastando assim os pequenos provedores. Segundo, porque as futuras Concessionárias do SCD impediriam a conquista de novos mercados pelos provedores hoje estabelecidos, na medida em que elas chegariam a pequenas localidades ainda não atendidas por provedores de acesso, localidades essas onde, sem o aporte de recursos do Fust, não há viabilidade econômica para o provimento de acesso à internet.

Fica claro, assim, que muitas das críticas ao SCD não representam qualquer impropriedade, refletindo apenas defesas de interesse individual dos atores envolvidos. Cabe, nesses casos, tão somente à Agência a escolha da melhor opção, em consonância com as diretrizes de políticas públicas de telecomunicações definidas pelo Ministério das Comunicações.<sup>435</sup>

Dentro da própria Anatel existiam controvérsias em relação ao novo serviço. Já na aprovação dos textos para as Consultas Públicas, dois conselheiros, José Leite Pereira e o então Presidente Luiz Shymura, eram contrários à criação de novo serviço, “questionando principalmente a fórmula proposta de criar um novo serviço em vez de uma modalidade de um serviço já existente, no caso o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM)”. Outra divergência interna se travou em relação ao âmbito prestação do serviço<sup>436</sup>. De acordo com a Superintendência de Universalização, o atendimento aos beneficiários do Fust seria apenas uma das finalidades do Serviço. Não obstante, o Relator da matéria, o Conselheiro Rubens Donati Jorge, restringiu que essa seria a única destinação do SCD. A falta de consenso entre os Conselheiros da Agência restou manifestada na opção por não

<sup>435</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.148/2005 - TCU – Plenário. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>.

<sup>436</sup> Em auditoria, o TCU constatou a existência de cinco propostas de Regulamento do Serviço de Comunicações Digitais – SCD: uma primeira, que se tratou apenas de uma discussão de ideias, não tendo sido formalizada por ato administrativo da Agência. Uma segunda formulada pela Superintendência de Universalização – SUN, que foi à Consulta Pública (CP 480); uma terceira, que incorporou as contribuições da consulta pública; uma quarta, novamente da SUN, que introduziu, além das sugestões da CP 480, algumas considerações formuladas pelo Conselho Diretor da Anatel; e, finalmente, uma quinta proposta, que deveria ter sido enviada ao Ministério das Comunicações, mas acabou não sendo deliberada pelo Conselho Diretor. (TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão Nº 2.148/2005 - TCU – Plenário. Relatório. Parágrafo 187.)

deliberar o Regulamento do Serviço, documento que descrevia suas características gerais e âmbito de prestação, de tal forma que foram encaminhados para o Ministério das Comunicações somente minutas de Exposição de Motivos e de Decretos – especificamente minutas do Plano Geral de Outorgas e do Plano Geral de Metas para a Universalização do SCD.<sup>437</sup>

Ao receber a documentação elaborada pela Anatel, o Ministério das Comunicações, em vez de sugerir ao Presidente da República a instituição do novo serviço, por meio de Decreto, “decidiu não levá-la à frente e devolver o processo à Anatel, para que a Agência realizasse uma reavaliação”, alegando, sobretudo, que a premissa de desoneração dos recursos do Fust não havia sido considerada<sup>438</sup>. Desde então, as divergências entre aquela Pasta e a Agência culminaram na interrupção da proposta de criação do SCD até os dias atuais.<sup>439</sup>

Avaliando o material produzido e as discussões que se seguiram ao encaminhamento dos referidos documentos ao Ministério das Comunicações, o TCU concluiu que o material produzido pela Agência “não foi suficientemente claro para caracterizar objetivamente o serviço que seria criado, indicando, mais uma vez, não

---

<sup>437</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.148/2005 - TCU – Plenário. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>.

<sup>438</sup> A desoneração de recursos representa a possibilidade das empresas beneficiadas pelo Fust, com o decorrer do tempo, passarem a depender cada vez menos do mencionado fundo. O parágrafo único do art. 8º regulamenta a desoneração dos recursos do Fundo, nos seguintes termos: “Art. 8. Durante dez anos após o início dos serviços cuja implantação tenha sido feita com recursos do Fust, a prestadora de serviços de telecomunicações que os implantou deverá apresentar balancete anual, nos moldes estabelecidos pela Anatel, detalhando as receitas e despesas dos serviços. Parágrafo único. A parcela da receita superior a estimada no projeto, para aquele ano, com as devidas correções e compensações, deverá ser recolhida ao Fundo”.

<sup>439</sup> O TCU aponta que a expectativa do Ministro Eunício em torno da aprovação do Projeto de Lei das Agências pode ter contribuído para que “em um primeiro momento o Ministério adotasse uma postura passiva em relação ao SCD, não apoiando a Anatel no enfrentamento dos diversos interesses envolvidos; e sendo até inconsistente ao alegar a não consideração da premissa de desoneração nos estudos realizados pelo CPqD”. (TCU. Tribunal de Contas da União - TCU. Acórdão nº 2.148/2005 – Plenário. “Auditoria operacional com o objetivo de verificar as dificuldades, limitações e barreiras que impedem a aplicação dos recursos do Fust. Ausência de atuação eficaz do Ministério das Comunicações, no estabelecimento de políticas, diretrizes e prioridades que orientarão a aplicação dos recursos, conforme determina a Lei nº 9.998/2000, que criou o fundo. Ausência de definição dos programas, projetos e atividades que receberão recursos do Fust. Falta de integração das ações relativas à inclusão digital. Problemas na formulação do SCD. Constatação de que a atual legislação não impede a utilização dos recursos do Fust. Determinações ao Ministério das Comunicações e à Anatel. Recomendações à Casa Civil da Presidência da República. Determinação para que a Sefid realize o monitoramento da deliberação. Ciência a diversas comissões da Câmara e do Senado. Ciência ao Ministério Público da União.” p. 17)

ter havido consenso suficiente na Agência para aprovar o SCD<sup>440</sup>. Ainda, aduziu a Corte de Contas que a falta de consenso no âmbito do ente regulador “pode ser atribuída, em grande medida, à deficiência – do Ministério das Comunicações – na formulação das políticas e definição dos programas para aplicação dos recursos do Fust<sup>441</sup>. Neste sentido, falta de consenso e deficiência na orientação ministerial compõem o binômio que levou à paralisação de ações que permitissem à finalização do processo de criação do SCD.<sup>442</sup>

### 3.8.5 A Auditoria operacional do TCU: a Lei não impede o Fust, falta uma política

Diante da inoperância estabelecida a partir da paralisação do processo de criação do SCD, o TCU debruçou-se em 2005 na realização de uma auditoria operacional com o objetivo de avaliar os processos de formulação e implementação das políticas públicas relacionadas ao Fust no âmbito do Poder Executivo – notadamente, Ministério das Comunicações, na dimensão de formulação, e Anatel, no que concerne à elaboração e à gestão da regulação necessária para modelagem e para implementação de serviço de telecomunicações que viabilizasse a utilização dos recursos do Fust.

Os resultados encontrados pela Corte de Contas podem ser resumidos na assertiva: inexistência de “políticas públicas, diretrizes gerais e prioridades, formuladas ou em discussão, no âmbito do Ministério das Comunicações, que possam orientar de forma efetiva a aplicação dos recursos do Fust, nos termos da Lei”. Segundo o Tribunal, a definição de prioridades foi superficial e genérica, revelando, inclusive, descompasso entre os programas definidos pelo Ministério e as

---

<sup>440</sup> TCU. Tribunal de Contas da União - TCU. Acórdão nº 2.148/2005 – Plenário. “Auditoria operacional com o objetivo de verificar as dificuldades, limitações e barreiras que impedem a aplicação dos recursos do Fust. Ausência de atuação eficaz do Ministério das Comunicações, no estabelecimento de políticas, diretrizes e prioridades que orientarão a aplicação dos recursos, conforme determina a Lei nº 9.998/2000, que criou o fundo. Ausência de definição dos programas, projetos e atividades que receberão recursos do Fust. Falta de integração das ações relativas à inclusão digital. Problemas na formulação do SCD. Constatação de que a atual legislação não impede a utilização dos recursos do Fust. Determinações ao Ministério das Comunicações e à Anatel. Recomendações à Casa Civil da Presidência da República. Determinação para que a Sefid realize o monitoramento da deliberação. Ciência a diversas comissões da Câmara e do Senado. Ciência ao Ministério Público da União.”

<sup>441</sup> Ibidem.

<sup>442</sup> A indefinição dessas premissas limita os resultados dos estudos de viabilidade econômica realizados, bem como impedem a priorização dos recursos orçamentários entre as ações que buscam atender aos objetivos da Lei do Fust. Assim, o Ministério das Comunicações, ao não avançar na definição dessas três premissas, foi deficiente na orientação à Anatel, dificultando o processo de criação do SCD.

leis orçamentárias do período. De fato, a Exposição de Motivos nº 595, documento em que estariam consubstanciadas as políticas, diretrizes e prioridades para aplicação dos recursos do Fust, foi bastante genérica e superficial, não tendo atingido os objetivos a que se propunha, conforme se viu o item 3.8.1 deste trabalho, repetindo, em parte, dispositivos constantes da própria lei de criação do Fundo.

Ainda, verificou que o Ministério das Comunicações “não adotou iniciativas de supervisão e interlocução para criação de uma modalidade de serviço de telecomunicação adequada para o Fust e também para construção de uma política de universalização consistente”. Três seriam as causas para a deficiente atuação do Ministério:

(1) falta de um corpo técnico de assessoramento ministerial capacitado para discutir as complexas políticas envolvidas na discussão da universalização<sup>443</sup>; (2) constantes mudanças no comando ministerial<sup>444</sup>; (3) incapacidade do Ministério das Comunicações em manter uma interlocução sustentável com outros Ministérios, pela difusão de diversos núcleos de discussão de políticas de inclusão digital no âmbito governo, sem que haja uma coordenação pela Casa Civil.

Ademais, as fragilidades e inconsistências em relação à concepção e à definição clara e precisa de prioridades da política de universalização, persistem quando analisadas sob o prisma orçamentário, isto porque apesar de existirem programas definidos mediante portarias, eles não correspondiam a ações consignadas no Orçamento, o que denota o “descolamento entre o planejamento, precariamente realizado, e aquilo que em tese seria executado”.<sup>445</sup>

A Corte de Contas ainda constatou a inexistência de integração entre as iniciativas de inclusão digital do Poder Executivo federal, acarretando dispersão e o

---

<sup>443</sup> A razão para essa deficiência teria sido o processo de quase extinção por que passou o Ministério das Comunicações, o que acarretou a transferência de seu quadro de pessoal para a Anatel.

<sup>444</sup> “A partir de 2003, houve uma grande rotatividade, pois em menos de três anos o Ministério foi dirigido por três Ministros, que por sua vez trocaram seus principais assessores. Uma grave deficiência verificada em todas as gestões diz respeito à não explicitação formal das prioridades em relação ao Fust. Houve apenas, em 2001, um processo inicial de interlocução do Ministério das Comunicações com os demais Ministérios envolvidos. Apesar disso, nenhuma das gestões ministeriais chegou a formalizar concretamente as prioridades, estabelecendo relações de custo-benefício em cada programa a ser atendido pelo Fust.” (TCU.Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.148/2005 - TCU – Plenário. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>.)

<sup>445</sup> “As leis orçamentárias desse período, mais uma vez, refletiram a falta de definição da Política de universalização dos serviços de telecomunicações. Apesar de o PPA 2004-2007 ter previsto a aplicação de mais de R\$ 900 milhões nas ações orçamentárias do Programa de Universalização dos Serviços de Telecomunicações, as LOA 2004 e LOA 2005 e o projeto de LOA 2006 previram somente cerca de R\$ 80 milhões, quantia equivalente a 9% da previsão inicial, sendo que os outros 91% foram destinados à reserva de contingência.”

baixo impacto das iniciativas. Ela reiterou que a legislação vigente não impediria a utilização de recursos do Fust, haja vista, conforme já se comentou, que o problema não reside no conceito de universalização, mas na falta de integração e de articulação entre os atores envolvidos.

Segundo o Tribunal, a desorientação do Executivo culminou em despertar interesses ainda mais difusos para utilização dos recursos do Fust. Esse desconcerto teria criado, inclusive, a descrença de que os recursos pudessem de fato ser aplicados. O trecho a seguir traduz essa ideia:

[...] o Ministério das Comunicações reconhece a grande interferência dos atores econômicos do mercado de telecomunicações nas decisões relevantes de política, [...]

Até o momento tem ocorrido uma espécie de jogo de soma zero, em que ninguém ganha, a não ser o superávit fiscal. Ou seja, alguns agentes do setor de telecomunicações não conseguem usar o Fust para benefícios a seu grupo de interesse, mas tem poder suficiente para vetos e evitar que outros usem o fundo

Essas interferências, todavia, ocorrem nessa magnitude ante a falta de definição por parte do Executivo Federal de uma política de universalização bem definida, na qual estejam claramente estabelecidas as áreas prioritárias para a aplicação dos recursos do Fust, bem como esteja indicada a necessidade de instituição de um novo serviço de telecomunicações a ser prestado em regime público como meio de serem alcançados diversos dos objetivos propostos pela Lei do Fundo.<sup>446</sup>

Ao final, o Tribunal, dentre outras determinações e recomendações, determinou ao Ministério das Comunicações formular políticas, diretrizes e prioridades para aplicação dos recursos do Fust e elaborar, em conjunto com a Anatel, estudos técnicos e de viabilidade econômico-financeira necessários para se imputar metas de universalização, relacionadas aos recursos do Fust, às concessionárias de serviços de telecomunicações.

De todo o exposto, se tem que, desde a criação do Fust até o final de 2005, foi decisiva atuação do Tribunal de Contas da União. Afinal, foi o TCU quem sinalizou, juridicamente, o caminho que deveria ser seguido, em resposta à consulta feita pelo próprio Ministério das Comunicações. Também foi ele quem reiterou inexistirem divergências entre a Lei do Fust e a LGT, consignado que

[...] a principal causa da ausência de aplicação desses recursos até o momento foi a incapacidade do governo, principalmente do Ministério das

---

<sup>446</sup> TCU.Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.148/2005 - Plenário. Parágrafos 90-91.

Comunicações, em definir, de forma adequada, as políticas, diretrizes gerais e prioridades para a utilização desses recursos.

A seguir, serão descritos os caminhos que levaram a implementação do primeiro Plano de Metas suportado com recursos do Fundo, ao mesmo tempo em que serão pontuados como, por outros meios e institutos, foram parcialmente buscados os objetivos constantes do Programa Educação, que contaria com recursos do Fust.

### 3.8.6 Os estudos do Ministério das Comunicações: a matriz de risco e a busca de um caminho

Já durante os trabalhos de auditoria do TCU, o Ministério das Comunicações iniciou, com auxílio do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações (CPqD), trabalho com vista a analisar os caminhos possíveis à aplicação efetiva dos recursos do Fust, em especial aqueles voltados a implementação de redes digitais de informação. O próprio TCU cita trecho da Nota Técnica MC/STE/DESUT nº 026, de 30/08/2005, que contem alguns elementos do trabalho que vinha sendo realizado. De primeiro, foram enumeradas algumas alternativas para a aplicação dos recursos do Fundo, a saber: a instituição de um novo serviço em regime público, tal qual o SCD; a alteração da Lei que criou o Fundo, ampliando a sua aplicação para os serviços prestados em regime privado; a imputação de metas para as concessionárias do STFC e duas hipóteses de licitação, uma centralizada pela Anatel e outra descentralizada, via convênios com Estados e Municípios. Elencados tais caminhos, o Ministério mapeou e qualificou a existência de três áreas de risco que dificultariam a utilização dos recursos do Fust: (a) riscos políticos, decorrentes da capacidade de mobilização e bloqueio de iniciativas por parte de atores envolvidos; (b) riscos jurídicos, inerentes à complexidade da legislação de telecomunicações e à possibilidade de contestação judicial; e (c) riscos operacionais, decorrentes do grande volume de recursos do Fust e da necessidade de coordenação de diversos órgãos públicos.

A tabela a seguir traz os riscos considerados para cada hipótese aventada pelo Ministério das Comunicações.

Tabela 3 – Matriz de Riscos

Linha de Ação	Riscos				
	Políticos	Jurídicos	Operacionais	Agregados	
Instituição de um novo serviço público de telecomunicações (SCD)	Alto	Alto	Alto	Alto	
Alteração da Lei do Fust	Via projeto de Lei	Médio	Baixo	Alto	Médio
	Via Medida Provisória	Alto	Baixo	Médio	Médio
Imputação de metas para as concessionárias do STFC	Alto	Baixo	Baixo	Médio	
Licitação	Centralizada (Anatel)	Médio	Baixo	Médio	Médio
	Descentralizada (convênios - estados e municípios)	Alto	Alto	Médio	Alto

Fonte: Nota Técnica/MC/STE/DESUT nº 026, de 30/08/2005, citada no Acórdão nº 2.148/2005

Do exposto, a instituição de um novo serviço de telecomunicações (SCD) teve todos os riscos graduados como altos. O TCU contesta<sup>447</sup> o resultado e o critério utilizado para essa graduação, mas, de fato, ela foi determinante para a consecução dos rumos que o Fust tomaria a partir dali.

### 3.9 O Plano de Metas para assistência a pessoas com deficiência auditiva: um caso de sucesso?

Mapeadas as necessidades de universalização no Brasil, com o auxílio de Consultoria do CPqD, o Ministério das Comunicações optou por um novo Programa de Atendimento às Pessoas com Deficiência, aprovado na forma da Portaria MC nº 263, de 27 de abril de 2006, com o objetivo de disponibilizar acessos individuais aos serviços de telecomunicações e equipamentos de interface às pessoas com deficiência.

Sem qualquer remissão aos programas que se seguiram à aprovação da Lei do Fust, a Portaria supra contemplava dois projetos: um de atendimento às instituições de assistência às pessoas com deficiência auditiva; e, outro, de atendimento aos núcleos e centros especiais de atendimento às pessoas com necessidades educacionais especiais ou equivalentes.

A Anatel efetuou consulta pública e submeteu o assunto aos Conselhos Diretor e Consultivo, após o que encaminhou ao Ministério a proposta de Plano de Metas contemplando o projeto de atendimento às instituições de assistência às pessoas com deficiência auditiva. Em 7 de fevereiro de 2007, objetivando regulamentar esse projeto, o Presidente da República expediu o Decreto nº 6.039,

<sup>447</sup> TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.148/2005 - Plenário. Parágrafos 86-88.

aprovando o Plano de Metas para a Universalização (PMU I), cujo objetivo consiste no

[...] fornecimento de acessos individuais ao STFC, o pagamento mensal da assinatura básica e o fornecimento, instalação e manutenção de equipamentos de interface que permitam a comunicação entre pessoas com deficiência auditiva, nas dependências de instituições de assistência a essas pessoas, independentemente da sua localização geográfica.

Conhecido por PMU I, o Plano prevê benefícios para as instituições cadastradas no Sistema Nacional de Informações sobre Deficiência (Sicorde) da então Subsecretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD)<sup>448</sup>, órgão vinculado à Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), da Presidência da República. Por meio do Plano, garantir-se-ia às instituições: a instalação gratuita de uma linha telefônica fixa em sua sede; o fornecimento, instalação e manutenção de equipamentos de interface que permitem o uso do telefone fixo pelas pessoas com deficiência auditiva; e, a isenção mensal do valor da assinatura básica, o que inclui a utilização de uma franquia de minutos em chamadas locais.

O artigo 11 do Decreto nº 6.039, de 2007, previu metas trimestrais de atendimento às instituições, de tal sorte que todas deveriam estar atendidas em até nove meses, contados da celebração do Termo de Obrigações entre a Anatel e a concessionária de telefonia fixa contratada, o que se realizou em 5 de setembro de 2007.

O projeto inicial previa o atendimento a 782 instituições, beneficiando mais de 19 mil pessoas com deficiência auditiva, de acordo com números constantes do Termo de Referência proposto pela Secretaria Especial de Direitos Humanos. Contudo, as previsões iniciais de atendimento não se materializaram. Algumas razões podem ser estabelecidas:

- o documento de adesão apresentado pela Anatel em nome da SEDH previa uma série de obrigações o que pode ter “assustado” instituições que, na maior parte dos casos não possuem estrutura e assessoria jurídica;

---

<sup>448</sup> Atual Secretaria Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPDPD).

- a implementação do projeto ocorreu mais de 2 anos após as primeiras sondagens realizadas pela SEDH;
- o STFC e a tecnologia empregadas no projeto estavam defasadas frente às necessidades das pessoas com deficiência auditiva, que reclamaram, cada vez mais recursos afetos ao Serviço Móvel Pessoal (telefonia celular) e a internet, que lhes possibilita conversas sem intermediação de chamadas.

Ainda assim, no decorrer dos procedimentos de adesão das instituições, a Anatel e a SEDH vislumbraram que muitas destas eram escolas, não enquadradas no critério de “instituições de assistência específica às pessoas com deficiência”, o que fez com que grande parte das instituições restasse impossibilitada de aderir ao projeto. De fato, pelos motivos apontados, a previsão inicial do projeto não se concretizou. Das 782 instituições previstas, pouco mais de 100 aderiram ao PMU I. Mesmo após a execução, houve desistência de instituições, conforme ilustra a tabela a seguir.

Tabela 4 – Instituição Beneficiadas pelo PMU I

<b>Concessionária**</b>	<b>Nº de Instituições Beneficiárias Previstas</b>	<b>Nº de Instituições Beneficiárias Efetivamente Atendidas***</b>
Brasil Telecom	15	6
CTBC	6	3
Telefônica	6	3
Oi / Telemar	94	79
<b>Total</b>	<b>121</b>	<b>91</b>

Fonte: Superintendência de Universalização – Anatel.

Como se percebe, o primeiro Projeto a aplicar recursos do Fust não alcançou os resultados esperados, ainda mais se comparado à magnitude dos recursos arrecadados. A tabela a seguir ilustra os desembolsos relativos ao PMU I.

Tabela 5. Uso dos Recursos do Fust – PMU I

<b>Uso de Recursos do Fust – PMU I</b>				
	R\$ 1,00			
<b>Concessionária</b>	2007	2008	2009	2010
	(out-dez)			
<b>Oi/Telemar</b>	(75.643,83)	(33.484,56)	5.464,05	5.188,13
<b>Oi/Brasil Telecom</b>	(13.983,27)	(332,18)	409,52	258,80
<b>Telefônica</b>	(1.372,39)	(1.157,86)	(1.085,53)	45,29
<b>CTBC</b>	(9.073,37)	432,93	116,30	118,00
<b>Total</b>	(100.072,86)	(34.541,67)	4.904,34	5.610,22

Fonte: Anatel. Relatório Anual 2011. Os valores positivos referem-se à devoluções a serem efetuadas pelas concessionárias, em obediência ao instituto da desoneração estabelecido na Lei do Fust.

### **3.10 O Plano de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado em localidades com menos de 100 habitantes**

Vale dizer que, em 2007, ano que fora iniciada a implementação do PMU I, o Ministério das Comunicações aprovou, por meio da Portaria nº 555, de 28 de setembro de 2007, política para complementar o atendimento do Plano Geral de Metas para a Universalização (PGMU), com a implantação de terminais de acessos públicos (orelhões) em localidades com menos de 100 habitantes. Vale dizer que a Portaria nada especificou acerca de metas ou delimitação do Projeto.

Ademais, o Termo de Referência que a embasou foi elaborado a partir de dados da própria Agência, permanecendo omissos acerca de requisitos para a sua implementação. Diante disso, coube, de fato, à Agência estabelecer como se daria o atendimento dessa parcela da população, de modo que, em 8 de outubro de 2009, o Conselho Diretor da Anatel aprovou uma minuta do que seria o PMU II, remetendo-a aos cuidados do Ministério das Comunicações.

Em novembro do mesmo ano, o Ministério das Comunicações restituiu o processo à Anatel, alegando ser conveniente analisar em que medida as metas propostas no PMU II poderiam estar contempladas na terceira edição do PGMU, àquela altura em fase de elaboração pela Anatel. Contudo, até o presente, não houve andamento no projeto de consecução do Plano.

### 3.11 Efeito prático: destinação dos recursos para as metas de superávit fiscal

Passados quase 12 anos desde a sua criação, o Fundo soma a arrecadação de significativos R\$ 12,5 bilhões de reais<sup>449</sup>, sem que praticamente nada tenha sido, de fato, aplicado. Ano a ano, os recursos do Fundo têm sido direcionados às metas econômico-fiscais orçamentárias, situação que gera questionamentos, tanto pela sociedade, pelas prestadoras de serviços de telecomunicações, principais contribuintes do Fundo, pela mídia especializada, quanto por setores do próprio governo.

Botelho afirma que a omissão no desempenho dos objetivos do Fundo equivaleria a um duplo descumprimento da lei: a falta de atendimento de finalidades público-administrativas e má-gestão dos recursos públicos a esse fim disponíveis.<sup>450</sup>

A esta altura, este trabalho não visa apontar quem seria o culpado, tampouco a descortinar uma saída ou solução para a lide de questões que o Fust encerra. No tópico seguinte, apontar-se-á como outras soluções foram adotadas pelo governo federal e que, em resumo, visam atender demandas que por meio do Fust poderiam ter sido satisfeitas.

### 3.12 Objetivos do Fust por vias transversas: negociações conduzidas pelo governo federal, a substituição de um espaço público e a governança regulatória

A bem da verdade, as discussões em torno do Fust sempre se assentaram no reconhecimento de sua importância para a expansão de redes digitais (acesso à internet) para as escolas públicas brasileiras.

Tanto é assim que este foi o objeto do primeiro programa para o Fundo – o Programa Educação<sup>451</sup>, que esbarrou em questões jurídico-regulatórias que culminaram na anulação da Licitação lançada pela Anatel e sua completa

<sup>449</sup> Fonte: Anatel. Dado atualizado até janeiro de 2012.

<sup>450</sup> BOTELHO, Fernando Neto. As telecomunicações e o Fust. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 178.

<sup>451</sup> Aprovado pelos Decretos n. 3.753 e 3.754, de 2 de fevereiro 2001, envolveria cerca de R\$ 1,5 bilhão, prevendo a “implantação, disponibilidade e manutenção de acessos e equipamentos terminais, para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet”, com o objetivo de beneficiar todas as escolas públicas do país. Ainda, que o objeto do Plano incluía os equipamentos que permitam visualização, digitalização e impressão de textos e imagens, a rede local e interna e o que for necessário à sua instalação e funcionamento. A previsão de compra de 290.000 computadores representava, à época, praticamente toda a produção anual brasileira.

inoperância<sup>452</sup>. Também o lançamento de um novo serviço em regime público – o SCD estava desenhado para atingir esse objetivo. Contudo, como se viu no decorrer da exposição supra, a expansão de redes digitais de informação para os estabelecimentos públicos de ensino é objetivo de política pública que, via Fust, não se concretizou, haja vista as disputas e os imbróglios jurídico-regulatórios relatados.

Em tempo, é preciso destacar que o país conta, hoje, com políticas públicas cujo escopo é impulsionar a expansão das redes digitais de informação, inclusive para os estabelecimentos públicos de ensino, conforme a seguir se delineará. Não obstante, os meios pelas quais elas foram estabelecidas e vem sendo concretizadas merecem reflexão pois ao abandonarem os mecanismos legais previstos tanto na LGT quanto na Lei do Fust elas acarretam sensíveis alterações no espaço regulatório do setor e, por fim, diminuem o espaço público manejado pela Anatel e a própria participação da Agência na consecução da política pública setorial.

Antes, no entanto, de tratar das iniciativas recentes por meio das quais o governo federal tem levado a cabo não uma política de universalização, nos termos descritos neste e no capítulo anterior, mas uma política de massificação da banda larga ou de inclusão digital é preciso voltar os olhos para a forma de custeio das obrigações de universalização, desvendada no Capítulo 2, qual seja a que se dá via obrigações contratuais, por meio dos PGMU.

Repise-se que os PGMU (tais quais os PMU custeados pelo Fust) são elaborados pela Anatel, por ela submetidos a audiências e consultas públicas, além de apreciados pelo Conselho Consultivo da Agência, órgão de participação institucionalizada da sociedade, e, finalmente, aprovados pelo Poder Executivo. Como já se mencionou, como o único serviço prestado em regime público é o STFC, as sucessivas edições do PGMU trouxeram metas referentes a esse serviço, explicitando obrigações às concessionárias relativas à disponibilidade de instalações de uso individual ou coletivo, ao atendimento das pessoas com deficiência e áreas

---

<sup>452</sup> Em discussão recente, o Congresso Nacional reforça esse objetivo para o emprego dos recursos do Fundo. O Senado aprovou o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 103, de 2007, de autoria do Senador Aloizio Mercadante, alterando a Lei do Fust para dispor sobre o acesso a redes digitais de informação em estabelecimentos de ensino. Nesse interim, fixou o compromisso de que todas as escolas deveriam estar conectadas à internet até o final de 2013. O projeto tem o objetivo de torna mais flexível a aplicação dos recursos do Fundo, de modo a desfazer os impasses regulatórios que dificultam a utilização dessas disponibilidades, independentemente do regime jurídico a que estejam submetidos; o que permite a contratação de acesso em banda larga à internet, usualmente oferecido por meio do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM).

rurais, regiões remotas ou instituições de caráter público ou social, como escolas, centros de saúde e bibliotecas públicas, para os serviços prestados em regime público.

As primeiras obrigações de universalização no primeiro PGMU, aprovado pelo Decreto nº 2.592, de 15 de maio de 1998, com metas para até o ano de 2005, foram estabelecidas no bojo do processo de desestatização do Sistema Telebrás. As empresas, ao proferirem seus lances nos leilões de privatização, conheciam os deveres do serviço universal que lhes seriam imputados, razão pela qual se diz que parte do custo da universalização esteve refletida nos valores arrecadados pelo Estado quando da desestatização do Sistema Telebrás. Em verdade, as metas estabelecidas no primeiro PGMU eram reflexo dos estudos e estimativas realizados quando da elaboração do Programa de Recuperação e Ampliação do Sistema de Telecomunicações e do Sistema Postal (Paste), divulgado pelo Ministério das Comunicações no final de setembro de 1995, que detalhou os projetos de investimento no setor e estimou a sua extensão até 2003.

As metas constantes do PGMU têm revisão quinquenal fixada nos respectivos contratos de concessão do serviço, obedecido o processo que se inicia dois anos antes de seu término e descrito nos referidos contratos. Assim, dois anos antes da edição de um novo Plano de Metas, a Anatel deve lançar consulta pública e propor ao Ministério das Comunicações minuta de Decreto a balizar novas obrigações para os cinco anos seguintes.<sup>453</sup>

Um segundo PGMU foi proposto pela Anatel e aprovado por meio do Decreto nº 4.762, de 27 de junho de 2003, com metas vigentes até o final de 2010. Também no segundo PGMU, as prioridades estabelecidas estiveram voltadas,

---

<sup>453</sup> A cláusula 3.2 dos Contratos de Concessão do STFC dispõe que: “**3.2 [...] Contrato poderá ser alterado em 31 de dezembro de 2010, 31 de dezembro de 2015 e 31 de dezembro de 2020 para estabelecer novos condicionamentos, novas metas para a universalização e para qualidade, tendo em vista as condições vigentes à época, definindo-se, ainda, no caso de metas de universalização, os recursos complementares, nos termos do art. 81 da Lei nº 9.472, de 1997.**

§1º (...) a Anatel, 24 (vinte e quarto) meses antes das alterações previstas na respectiva cláusula, fará publicar consulta pública com sua proposta de novos condicionamentos e de novas metas para qualidade e universalização do serviço, submetidas estas últimas à provação, por meio de Decreto, do Presidente da República, nos termos do at. 18, inciso III, da Lei nº 9.472, de 1997.” (grifo meu)

primordialmente, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual do STFC em áreas urbanas.

### 3.12.1 *Backhaul*: inflexão na política de universalização

O ano de 2008, não obstante, marcou importante inflexão no estabelecimento das metas de universalização. Em 4 de abril de 2008, após longo processo de negociação entre o governo federal e as concessionárias do STFC, foi editado o Decreto nº 6.424, que incluiu no PGMU obrigação de implantação de rede de transmissão de suporte para a banda larga, denominada *backhaul*<sup>454</sup>. De acordo com a meta, até o final de 2010, todos os municípios brasileiros deveriam contar com a referida infraestrutura, de modo a alavancar a oferta de serviços que exigem maior capacidade de transmissão, como o acesso à internet em banda larga. Com essa alteração, uma nova leitura da legislação vigente permitiu inserir no contexto do PGMU metas concernentes à ampliação de redes digitais de informação, a partir da percepção de que as redes destinadas à prestação de serviços em regime público deveriam, também, servir de suporte para a prestação de outros serviços. As metas incluídas no PGMU previam que, até 31 de dezembro de 2010, todas as sedes dos municípios brasileiros deveriam contar com o *backhaul* instalado, com capacidades proporcionais à respectiva população: os municípios com até 20 mil habitantes contariam com capacidade mínima de 8 Mbps; aqueles municípios com população entre 20 e 40 mil habitantes com 16 Mbps; os com população entre 40 e 60 mil habitantes, com 32 Mbps; e, os acima de 60 habitantes com 64 Mbps<sup>455</sup>. Ainda, referidas capacidades estariam sujeitas a alterações em face da evolução tecnológica.

Com a implementação do *backhaul*, o objetivo do Ministério das Comunicações, frise-se, era instrumentalizar a disseminação de redes em banda larga. Segundo a Nota Técnica/MC/STE/DESUT/Nº 006/2007, para que tal objetivo fosse atingido, “[...] a barreira primária é justamente a infraestrutura de telecomunicações que [...] pode ser entendida como a soma sinérgica de duas infraestruturas essenciais: [...] o *backhaul* internet em banda larga [...] e [...] as redes

---

<sup>454</sup> “a infraestrutura de rede de suporte do STFC para conexão em banda larga, interligando as redes de acesso ao *backbone* das operadoras”.

<sup>455</sup> LAENDER, Gabriel Boavista; ARANHA, Marcio Iório; LIRA, Laura Fernandes de Lima, GOMES, André Moura. *Políticas de administração do espectro acesso universal às comunicações: o caso brasileiro*. Fev, 2010, p. 8-9.

de acesso”. Partindo dessa constatação, o Ministério, em contrapartida à exigência do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, empreendeu junto às concessionárias do STFC e à Anatel um amplo processo de negociação que culminou numa troca de metas de universalização. Desobrigadas de oferecerem os Postos de Serviços de Telecomunicações (PST) em área urbana, as concessionárias deveriam instalar o *backhaul*.

Os PST urbanos estavam previstos no art. 3º do PMGU, aprovado por meio do Decreto nº 4.769, de 2003, definidos como o conjunto de instalações de uso coletivo, mantidos pela concessionária, constituídos de pelo menos quatro Telefones de Uso Público (TUP) e quatro Terminais de Acesso Público (TAP), estes permitiriam o acesso discado, em banda estreita, à internet. A ideia de implementar mudanças na infraestrutura do STFC originou-se da percepção de que a velocidade de acesso às redes de dados de 64 Kbit/s e a obrigação de implantação de PST seria insuficiente para promover a inclusão digital.

A viabilidade jurídica da substituição de metas esteve sedimentada na defesa de que a nova meta de universalização estaria adstrita ao STFC, uma vez que este serviço inclui não só a fruição do serviço de telefonia pelos usuários, mas também a disponibilização da capacidade excedente de sua rede para dar suporte à prestação de outros serviços de telecomunicações. Assim, o provimento de serviços de banda larga não estaria nela incluída, permanecendo adstrita ao regime privado por prestadores do serviço de interesse coletivo denominado Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), regido pela Resolução nº 272/2001, da Anatel<sup>456</sup>. Nesse sentido, Duarte e Silva explicam que a prestação do STFC proporciona não apenas

[...] a ampliação da capacidade das suas próprias redes pode ser legitimamente inserida no rol de atribuições das concessionárias de STFC. Este serviço, além da importante função de propiciar a usuários finais a comunicação pessoal, funciona como rede básica para o oferecimento de outros serviços de telecomunicações. Essa outra aplicação ocorre por intermédio da exploração industrial das redes do STFC.<sup>457</sup>

<sup>456</sup> FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação no contexto da sociedade em rede e políticas públicas de acesso à internet no Brasil. In: *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 3, nº 1, p. 205-280 (2011); ANATEL. Resolução nº 272, de 9 ago. de 2001. Aprova o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia. Disponível em: [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br). Acesso em 10 abr. 2011.

<sup>457</sup> DUARTE, Denianne de Araújo; SILVA, Lívia Denise Rêgo. *Backhaul* ameaçado, consumidor atento. In: *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. Universidade de Brasília Vol 1, nº 1, 2009.

Em tempo, o processo de negociação foi condição essencial para que a troca de metas se estabelecesse. Isto porque a cláusula 3.2, § 1º, dos Contratos de Concessão do STFC determinava que a proposta de novas metas para universalização do serviço devem ser submetidas à Consulta Pública ao menos 24 meses antes de efetivada a alteração. Para que a nova meta fosse implementada sem a necessidade de observância do prazo estipulado em contrato, ela se deu mediante a adesão voluntária da concessionária, ficando caracterizada a alteração consensual e não impositiva e unilateral do contrato.

Vale dizer que essa inflexão nas obrigações de universalização não passou despercebida entre os atores do setor de telecomunicações. Ao contrário, ela foi objeto de contestações e controvérsias. Duas delas merecem ser pontuadas. A primeira de que tal política estaria beneficiando um serviço prestado em regime privado, o SCM, e não o STFC, este sim prestado em regime público e objeto das metas de universalização<sup>458</sup>. A segunda referiu-se ao tratamento conferido aos equipamentos que constituem a rede denominada *backhaul*, que não teriam sido enquadradas pela Anatel no rol dos bens reversíveis à União especificados no contrato de concessão<sup>459</sup>.

Como o objeto do estudo aqui empreendido nas são as obrigações de universalização constantes do PGMU, mas aquelas custeadas por meio dos recursos do Fust, se nos interessa um outro evento, concomitante à inclusão do *backhaul* no PGMU então vigente.

### 3.12.2 O Programa Banda Larga nas Escolas

O Programa Banda Larga nas Escolas surgiu como consequência da alteração do PGMU em 2008 e, em que pese os documentos oficiais tratem do Programa Banda Larga nas Escolas como um processo distinto do da troca de metas, eles caminharam lado a lado, no bojo das negociações empreendidas entre o governo e as concessionárias da telefonia fixa, de tal maneira que Gustavo Gindre

---

<sup>458</sup> Sobre a questão, ver: DUARTE, Denianne de Araújo; SILVA, Lívia Denise Rêgo. *Backhaul* ameaçado, consumidor atento. In: *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. Universidade de Brasília Vol 1, nº 1, 2009.

<sup>459</sup> Justamente fundada nesses argumentos, em especial de que a infraestrutura do *backhaul* não teria sido claramente definida como bem reversível, a Pró-Teste, associação de defesa do consumidor ingressou com ação judicial e obteve liminar na justiça federal que suspendeu por alguns meses a troca de metas de instalação de PSTs por ampliação do *backhaul*.

fala em um “acordo subterrâneo”<sup>460</sup>. Esse reconhecimento é relevante, pois as nuances do processo de troca de metas trazem intercorrências para a aplicação dos recursos do Fust e para a própria dinâmica regulatória do setor de telecomunicações.

Em verdade, para fazer com que

[...] a troca de obrigação fosse equânime, também foi acrescentado, ao Termo de Autorização para Exploração do Serviço de Comunicação Multimídia de cada operadora de telefonia fixa, um Aditivo com a obrigação de conectar todas as escolas públicas urbanas nas respectivas áreas de atuação, dando origem ao Programa Banda Larga nas Escolas.<sup>461</sup>

O Programa Banda Larga nas Escolas previu o acesso à internet em banda larga para todas as mais de 55 mil escolas públicas urbanas do Brasil até o final de 2010, sendo que o serviço seria mantido de forma gratuita até o ano de 2025. Ele foi resultado de uma

[...] articulação da Presidência da República, Casa Civil, Ministério da Educação, Ministério do Planejamento, Ministério das Comunicações, da Anatel e Dataprev juntamente com as operadoras de telefonia fixa (Oi/Telemar, Brasil Telecom, Telefônica, Sercomtel e CTBC).<sup>462</sup>

O Plano foi desenhado como obrigação de interesse coletivo assumido voluntariamente pelas prestadoras do SCM que no mesmo grupo societário detinham concessão do STFC e que também assumiram o *backhaul* nas sedes dos municípios como nova meta de universalização. Ora, é preciso esclarecer que com

<sup>460</sup> “O acordo subterrâneo. A mudança dos contratos de concessão teve que contar com a concordância das teles. Caso contrário, ficaria valendo a obrigação inicial dos PSTs. Para convencer as teles, um estudo da Anatel comprovou que o custo de instalação dos *backhauls* nos municípios que ainda não o possuem seria o mesmo da instalação dos PSTs. Seria trocar seis por meia dúzia, sem onerar o caixa destas empresas. E é óbvio que as teles perceberam, também, que a futura prestação de serviços de banda larga lhes trará muito mais receita do que a administração de postos telefônicos. Tudo certo, eis que surge um novo elemento. Além da troca dos PSTs pelos *backhauls*, o governo negociou um segundo acordo com as teles, que prevê a instalação de conexão de 1 Mbps em cada uma das 56 mil escolas públicas urbanas brasileiras, sem custos para os governos (federal, estaduais e municipais) pelo menos até 2025 (quando vencem os atuais contratos de concessão). Até 2010 todas essas escolas deverão estar com a conexão funcionando. (GINDRE, Gustavo. *Governo troca política de inclusão digital ampla por banda larga nas escolas*. 09/04/2008. Observatório do Direito à Comunicação. Disponível em: <[http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com\\_content&task=view&id=3090](http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com_content&task=view&id=3090)>. Acesso em 11 jun. 2012.)

<sup>461</sup> BIELSCHOWSKY, Carlos Eduardo; RIBEIRO, José Guilherme; e MACIEL, Wellington Mozarth Moura. *Banda Larga nas escolas públicas urbanas brasileiras*. In: LUSTOSA, Paulo Henrique Lustosa (Relator); José de Souza Paz Filho (coord.). *Alternativas de políticas públicas para a banda larga*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Série cadernos de altos estudos, nº 6.

<sup>462</sup> MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Disponível em: <<http://www.inclusaodigital.gov.br/links-outros-programas/programa-banda-larga-nas-escolas/>>. Acesso em: 11 maio 2012.

esse Programa o governo não alterou o regime de prestação do SCM, tampouco incluiu o atendimento às 55 mil escolas brasileiras no âmbito das obrigações de universalização constantes do PGMU e dos contratos de concessão da telefonia fixa vigentes. Por tratar-se de acesso a serviço prestado em regime privado, o atendimento às escolas foi operacionalizado por meio de termos aditivos às autorizações do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) e do Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações (SRTT).<sup>463</sup>

O Programa também previu para as operadoras o ônus da doação do primeiro modem às escolas. Os computadores seriam oferecidos no âmbito de outros programas do governo federal, como o Programa Nacional de Informática na Educação (Proinfo), que tem como objetivo fundamental a informatização do ensino, mediante a instalação de computadores e a capacitação de professores da rede pública em todo o país.<sup>464</sup>

### 3.12.3 A edição do PGMU III: demanda por banda larga via Termos de Compromisso

O movimento iniciado em 2008 continuou e se aprofundou. Tanto que, em 2011, a aprovação do terceiro PGMU, por meio do Decreto nº 7.512/2011, com metas para o período de 2011 a 2015, se dá em concomitância à conclusão de negociações conduzidas pelo Ministério das Comunicações que culminaram em termos de compromisso, firmados com as empresas do grupo Oi/Telemar, Telefônica, CTBC e Sercomtel, para a oferta de serviços em banda larga, em velocidade de 1 Mbps, ao valor de R\$ 35, conforme se detalhará nos parágrafos seguintes.

De início, é preciso destacar que a aprovação do PGMU III sofreu sucessivos adiamentos, decorrentes de negociações que envolveram, além dos objetivos do Plano em si, a consecução do Programa Nacional de Banda Larga, aprovado pelo Decreto nº 7.175, de 2010.

O PGMU III estabeleceu metas para o período de 2011 a 2015, e, dentre suas inovações, é premente o tratamento conjunto da oferta da telefonia fixa tradicional e

---

<sup>463</sup> DUARTE, Denianne de Araújo; SILVA, Lívia Denise Rêgo. *Backhaul* ameaçado, consumidor atento. In: *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. Universidade de Brasília Vol 1, nº 1, 2009.

<sup>464</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Informativo, de 2 de março de 2010. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=15808](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=15808)>. Acesso em 11 jun. 2012.

da banda larga. Neste sentido, o Plano fixou não para as empresas, mas para a Anatel, determinações e ações necessárias à consecução da expansão desse serviço<sup>465</sup>. O Plano também atrelou o atendimento de áreas rurais e regiões remotas a partir da utilização das subfaixas de radiofrequência de 451 MHz a 458 MHz e de 461 MHz a 468 MHz, a serem licitadas pela Agência<sup>466</sup>. Ainda, o PGMU III previu alterações no Acesso Individual Classe Especial (Aice), redesenhado com foco no atendimento aos inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do governo federal, de forma a universalizar progressivamente o acesso individualizado por meio de condições específicas para oferta, utilização, aplicação de tarifas, modalidade de pagamento, tratamento das chamadas, qualidade e função social.

Contudo, considerando os fins desta pesquisa, interessa não delimitar o conteúdo do PGMU III, mas a sua intrínseca relação com os objetivos do PNBL<sup>467</sup>. A propósito, aprovado pelo Decreto nº 7.175, de 2010, o objetivo do PNBL é expandir a infraestrutura e os serviços de telecomunicações, promovendo o acesso pela

---

<sup>465</sup> “Art. 3º A Anatel deverá, para fins de ampliação do acesso às telecomunicações e em cumprimento ao art. 2º da Lei nº 9.472, de 2997, licitar, até 30 de abril de 2012, a expedição de autorização de uso das subfaixas de radiofrequência de 451 MHz a 458 MHz e de 461 MHz a 468 MHz, de modo a exigir dos vencedores contrapartidas na forma de atendimento a áreas rurais e regiões remotas, observados os seguintes princípios: I - ampliação progressiva da penetração de serviços de telecomunicações de voz e de telecomunicações de dados nas áreas rurais e nas regiões remotas, por meio de critérios de seleção, previstos em edital, da melhor proposta na licitação, baseados em menor preço dos planos de serviço ao consumidor final; II - atendimento para acesso à Internet em banda larga, de forma gratuita, em todas as escolas públicas rurais situadas na área de prestação do serviço, durante a totalidade do prazo de outorga, nas condições previstas em edital de licitação; III - estabelecimento de obrigação de fornecer infraestrutura a baixo custo às prestadoras sujeitas às metas de acesso rural aprovadas por este Decreto, a preços fixados segundo metodologia estipulada em edital; e IV - compromissos de abrangência geográfica mínima de trinta quilômetros a partir de localidades atendidas com acessos individuais do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC.

Art. 4º A Anatel deverá licitar, até 30 de abril de 2012, a expedição de autorização de uso das subfaixas de radiofrequências de 2.500 MHz a 2.690 MHz para fins de ampliação de acesso às telecomunicações em banda larga móvel de alta velocidade, com tecnologia de quarta geração.

<sup>466</sup> O PGMU III previu alterações no Acesso Individual Classe Especial (Aice), redesenhado com foco no atendimento aos inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, de forma a universalizar progressivamente o acesso individualizado por meio de condições específicas para oferta, utilização, aplicação de tarifas, modalidade de pagamento, tratamento das chamadas, qualidade e função social. Por ser destinado à população de menor renda, esse plano terá assinatura de R\$ 9,50 sem impostos e entre R\$13,30 e R\$15,13 com impostos, dependendo da alíquota do ICMS – que varia de 25% a 35% – sendo mais barato que o plano básico das concessionárias do STFC. (ANATEL. Relatório Anual 2011.)

<sup>467</sup> O art. 1º do Decreto nº 7.175/2010 elenca os objetivos específicos do programa: I - massificar o acesso a serviços de conexão à Internet em banda larga; II - acelerar o desenvolvimento econômico e social; III - promover a inclusão digital; IV - reduzir as desigualdades social e regional; V - promover a geração de emprego e renda; VI - ampliar os serviços de Governo Eletrônico e facilitar aos cidadãos o uso dos serviços do Estado; VII - promover a capacitação da população para o uso das tecnologias de informação; e VIII - aumentar a autonomia tecnológica e a competitividade brasileiras.

população e buscando as melhores condições de preço, cobertura e qualidade. O programa foi estruturado a partir de quatro pilares básicos: a) consolidação de uma rede estatal que funcionaria como alternativa concorrencial no mercado com oferta prioritária no atacado e possibilidade de prestação direta ao usuário final onde não houvesse interesse da iniciativa privada, mediante meta de preço de R\$ 35,00 no serviço ao público e preço no atacado de R\$ 230,00, por 1 Mbps; b) revitalização da Telebras, a funcionar também como instrumento regulador do mercado de fornecimento de meios físicos a provedores de acesso à internet<sup>468</sup>; c) política industrial para a área tecnológica; e, d) desonerações fiscais e de encargos.<sup>469</sup>

A meta primordial do plano é proporcionar o acesso à banda larga a 40 milhões de domicílios brasileiros até 2014 à velocidade de no mínimo 1 Mbps. Para tanto, sob gestão da então recriada Telebrás, o PNBL previu a construção de uma rede nacional, partindo da utilização das fibras ópticas sob domínio da União. Não obstante, em 2011, considerando as dificuldades para suportar os investimentos necessários à realização do Plano, “o governo federal optou pela negociação de um Termo de Compromisso com as empresas de telecomunicações”, que se comprometeram, voluntariamente, a prover o serviço de ‘banda larga popular’ a 1Mbps<sup>470</sup>. O desenho inicial do PNBL foi realizado no âmbito da Secretaria de Assuntos Estratégicos e da Casa Civil da Presidência da Presidência, no final do governo Lula, em 2010. Os Termos de Compromisso, de outra forma, são resultado da liderança do Ministério das Comunicações, já por ocasião do governo de Dilma Rouseff.

O ponto a se destacar neste momento, retomando-se as categorias de análise estabelecidas nos capítulos anteriores, é de que a política para a universalização

---

<sup>468</sup> Segundo o art. 4º, as atribuições da Telebrás são: implementar a rede privativa de comunicação da administração pública federal; prestar apoio e suporte a políticas públicas de conexão à internet em banda larga para universidades, centros de pesquisa, escolas, hospitais, postos de atendimento, telecentros comunitários e outros pontos de interesse público; prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos; e, prestar serviço de conexão à internet em banda larga para usuários finais, apenas e tão somente em localidades onde inexistir oferta adequada daqueles serviços.

<sup>469</sup> Para mais informações sobre o PNBL, ver: ARANHA, Márcio Lório *et al.* Direito, Estado e telecomunicações: a força gravitacional da banda larga. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 3, nº 1, p. 1-42, 2011. Disponível em: <<http://www.getel.org/GETELSEER/index.php/rdet/article/view/64/58>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

<sup>470</sup> POSSAMAI, Ana Júlia. *Banda Larga como direito ou mercadoria? Um debate teórico acerca da inclusão digital no Brasil*. Simpósio Nacional sobre Democracia e Desigualdade. Brasília, 23 a 26 de abril de 2012. Brasília, UnB.

tem sua trajetória atravessada sistematicamente por movimentos conjunturais decorrentes da:

[...] a) falta de uma visão estratégica de longo prazo, até pelo menos 2025, quando se encerram os atuais contratos de concessão das prestadoras de serviço de telefonia fixa comutada em regime público; b) da dispersão da liderança exercida pelo poder executivo no processo; c) do desrespeito à hierarquia dos atores do poder executivo envolvidos no processo, dada ao papel marginal reservado ao Ministério das Comunicações; d) do escasso diálogo com o poder legislativo; e) da falta de um diálogo amplo com a sociedade; f) do diálogo áspero com o setor privado, contaminado por visões ideológicas ainda decorrentes da disputa de dez anos passados pelo Sistema Telebrás; e, g) da falta de definição clara para metas regulamentares, regulatórias, físicas e financeiras.

Ganha relevância e chama a atenção a concomitância da edição do PGMU III e as negociações que culminaram nos termos de compromisso firmados entre o governo federal para a oferta de banda larga pelas empresas do grupo Oi/Telemar, Telefônica, CTBC e Sercomtel, por meio dos quais essas empresas assumiram, voluntariamente, o compromisso de oferecer planos de internet banda larga a baixo custo - com taxa de transmissão mínima de 1 Mbps para download, em tecnologia fixa ou móvel, a um preço máximo fixado em R\$ 29,90, ou R\$ 35,00 com imposto<sup>471</sup>.

---

<sup>471</sup> CONVERGÊNCIA DIGITAL. 07 Abr 2011. PGMU: Governo abriu mão de política pública por obrigações frágeis. “Como no conto em que a criança se espanta com a nudez do rei, o voto da conselheira da Anatel e relatora, Emília Ribeiro, sobre o Plano Geral de Metas de Universalização tem o mérito de apontar para o óbvio: ao negociar com as concessionárias, o governo abriu mão de manter uma política pública para a banda larga em troca de obrigações pouco consistentes. [...] Em troca, aceitou a promessa das concessionárias de ofertas de internet a preços mais acessíveis. A Oi, que atua na maior parte do país, se comprometeu a oferecer pacotes de 600 kbps, com franquia mensal de 200 MB, a R\$ 35. Caso esses pacotes sejam vendidos em venda casada com a telefonia fixa, a empresa eliminaria o limite mensal.[...] Em resumo, o relatório indica que governo e Anatel fazem mau negócio ao modificarem a proposta inicial do PGMU 3 pelos duvidosos ganhos com as ofertas das empresas e das premissas adotadas na negociação. Mas é possível, como na história de Hans Christian Andersen que a roupa bonita e cara só possa ser enxergada pelos mais inteligentes e astutos. Disponível em: <<http://insight-laboratoriodeideias.blogspot.com.br/2011/04/pgmu-governo-abriu-mao-de-politica.html>>. Acesso em: 22 maio 2012.

TELE.SÍNTESE. Negociações sobre PGMU e PNBL ainda estão longe de consenso. “Os representantes da Oi e o secretário-executivo do Ministério das Comunicações, Cezar Alvarez, mantiveram, durante toda a tarde desta segunda-feira (27) reunião em torno do texto final do Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU III) e do termo aditivo formalizando a participação das operadoras no Plano Nacional de Banda Larga (PNBL). [...] A previsão do governo é publicar o PGMU e a participação das empresas no PNBL no Diário Oficial da União da próxima quinta-feira (30), mas há dificuldades. Isto porque a presidente Dilma Rousseff, em audiência com o ministro das Comunicações, Paulo Bernardo, na última sexta-feira (24), exigiu a inclusão de um cronograma de aumento progressivo da velocidade ofertada pelas empresas até 2014, começando com 1 Mbps até 5 Mbps, ao final do período. [...] As negociações foram recomeçadas na sexta-feira, prosseguiram no sábado, mantiveram-se hoje e devem continuar amanhã. A reunião com os representantes da Telefônica somente foi iniciada no início da noite de hoje.

Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/index.php/plantao/7589-negociacoes-sobre-pgmu-ainda-estao-longo-de-consenso>>. Acesso em 22 maio 2012.

Pelo termo, caberá à Anatel aferir se a oferta do serviço está de acordo com o estabelecido nos termos de compromisso, por meio da análise de documentos enviados pelas empresas periodicamente e por ações de fiscalização.

Em suma, tanto ‘Banda Largas Nas Escolas’ quanto os ‘Termos de Compromisso para a Banda Larga Popular’ supra descritos têm atributos em comum

TELE.SÍNTESE. Análise 297. 16 Jun 2011. Casa Civil manda Anatel segurar contrato de concessão. Três instrumentos contratuais e jurídicos estão em jogo nas discussões entre as concessionárias, o Ministério das Comunicações e a Anatel: o PGMU (Plano Geral de Metas de Universalização III); o PNBL (Plano Nacional de Banda Larga) e o contrato de concessão. Embora diferentes, as peças acabaram se misturando a tal ponto que a própria Casa Civil interveio junto à Anatel para não publicar o novo contrato de concessão, aprovado pelo conselho diretor no ano passado.[...] Termo de Compromisso. Apesar do tuitaço incentivado por diferentes entidades de defesa do consumidor contra a participação das teles no PNBL, o fato é que o ministro Paulo Bernardo está conseguindo arrancar das operadoras uma proposta muito melhor para a população brasileira do que a oferta inicial das empresas, e mesmo do que a Telebrás poderia oferecer em tão pouco tempo. [...] Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/index.php/component/content/article/45-telesintese-analise/telesintese-analise/17624-telesintese-analise-297>>. Acesso em 22 maio 2012.

TELE.SÍNTESE. 9 Jun 2011. Banda larga: concessionárias fecham oferta. Em debate, apenas o documento de adesão. Do ponto de vista das concessionárias, a negociação da oferta voluntária de serviço de banda larga popular de 1 Mbps a R\$ 35, com impostos, e a R\$ 29,90, sem impostos, está concluída. “Atendemos a todos os parâmetros colocados pelo governo”, diz um executivo. Segundo outro diretor de concessionária, as negociações estão praticamente encerradas quanto ao tipo de oferta e ao cronograma. A única questão pendente é o documento pelo qual as concessionárias anunciarão o compromisso assumido com o governo. “Como se trata de uma oferta voluntária e não de uma obrigação, uma vez que a banda larga é serviço privado, não faz sentido ser um aditivo de contrato”, explica a fonte. De acordo com ela, o governo pensou em fazer um aditivo ao contrato de SCM, o que não faria sentido pois a oferta, além da rede fixa, envolve a rede móvel, que não se enquadra naquele serviço. O que preocupa as operadoras é o governo transformar uma oferta “espontânea” em obrigação – as operadoras foram “convocadas” a fazer a oferta pelo governo e a própria presidenta Dilma Rousseff solicitou que a velocidade subisse de 512 kbps para 1 Mbps. [...] Apesar da discussão ainda não estar finalizada, as concessionárias acreditam que a negociação vai levar a um documento adequado, que atenda ambas as partes. “Os advogados estão trabalhando nisso”, comenta um executivo. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/index.php/component/content/article/45-telesintese-analise/telesintese-analise/17623-telesintese-analise-296>>. Acesso em: 22 maio 2012.

TELETIME. Editorial. A cor do gato. “[...] o ministro das Comunicações Paulo Bernardo tenta justificar a negociação com as empresas concessionárias de telefonia fixa para que elas cumpram o papel de massificar a banda larga, em lugar do projeto estatal original de fazer isso pela atuação direta e indireta da Telebrás. Ao priorizar a solução de mercado, o governo toma um rumo diferente de quando o Plano Nacional de Banda Larga (PNBL) foi lançado, no final de 2009. A questão que se coloca é se a cor do gato de fato importa. [...] Essa discussão passa pela essencialidade da banda larga. A figura do serviço público, só usada para telefonia fixa, tem um princípio jurídico bem estabelecido na Lei Geral de Telecomunicações que prevê a universalidade, a prestação continuada e garantida pelo estado, e o estabelecimento de tarifas. [...] Estabeleceu-se que as negociações com as concessionárias iriam até o final de abril, e agora, a pedido da presidenta Dilma, ficou para o final de junho a conclusão das conversas. O governo espera conseguir das empresas o compromisso de, na esfera do serviço privado, oferecer planos de banda larga de 1 Mbps a R\$ 35 (ou R\$ 29 sem impostos). Em troca, sinaliza com a cessão gratuita das frequências necessárias na faixa de 450 MHz para a oferta rural, “aceitará” a liberação contratual para a oferta de TV a cabo e pode até incluir uma redução na interconexão com a rede móvel (o que certamente gerará protestos de quem não está na mesa de negociações, como é o caso das móveis). [...]” Disponível em: <<http://www.teletime.com.br/30/05/2011/a-cor-do-gato/tt/226282/revista.aspx>>.

que dizem muito para o que aqui se quer analisar. Primeiro, eles guardam profunda relação com os objetivos previstos para o emprego dos recursos do Fust, perseguidos, contudo, por meios distintos. Segundo, reforçam a intenção do Executivo federal pela opção do regime privado para a expansão das redes digitais de informação, via exploração do Serviço de Comunicação Multimídia, o que denota o abandono da discussão em torno do SCD<sup>472</sup>. Terceiro, ambos são frutos de negociações concomitantes a revisões ou edições do PGMU, que resultaram não em Decretos do Presidente da República, a exemplo dos planos de universalização, mas em termos bilaterais. O primeiro, aditivo à autorização do serviço em regime privado e o segundo, em termo de compromisso<sup>473</sup>, um acordo cujos textos são, inclusive, diferentes para cada empresa.<sup>474</sup>

Não interessa qualificar em boa, ruim, legal, ilegal, legítima ou ilegítima, a estratégia do governo federal de optar pelos recursos advindos de um regime privado de prestação dos serviços de telecomunicações, em detrimento daqueles que o legislador pátrio fixou quando desenhou as engrenagens de um regime

---

<sup>472</sup> Vale pontuar a existência de um movimento popular “Banda Larga é um direito seu!” que vê esses serviços como meio para a realização de direitos fundamentais, ver: <<http://campanhabandalarga.org.br/>> “Fundada nessa mesma compreensão, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 479/2010 prevê a alteração do Artigo 5º da Constituição Federal, no intuito de incorporar à Carta o acesso à internet como direito fundamental no Brasil. De maneira análoga, em 2010, a Finlândia instituiu o acesso à banda larga de 1Mbps como direito fundamental, seguida, em 2011, pela Espanha. Nesse mesmo ano, a Assembleia Geral das Nações Unidas reconheceu a banda larga como direito básico universal, compartilhando do mesmo entendimento da Campanha quanto à internet como condição para o exercício do direito à informação, à comunicação e à liberdade de expressão e opinião.” (POSSAMAI, Ana Júlia. *Banda Larga como direito ou mercadoria? Um debate teórico acerca da inclusão digital no Brasil*. Simpósio Nacional sobre Democracia e Desigualdade. Brasília, 23 a 26 de abril de 2012. Brasília, UnB) Ver também: GINDRE, Gustavo. *Banda larga: direito humano ou mercadoria? Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação 2007*. São Paulo, 2008, p. 41-45.

<sup>473</sup> Sobre as contestações ao modelo de Termo de Compromissos para estruturar a política de expansão da banda larga para as telecomunicações, ver: Flávia Leferêvre Guimarães. *Convergência Digital*, 8 Jul 2011. Termo de Compromisso para garantir política pública?. Disponível em: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=26864&sid=15>>. Acesso em 10 jun. 2012. Ainda, Acordo final com as teles traz condições inaceitáveis e explicita limites do regime privado. 1 Jul 2011. Disponível em: <<http://campanhabandalarga.org.br/index.php/2011/07/01/acordo-final-com-as-teles-traz-condicoes-inaceitaveis-e-explicita-limites-do-regime-privado/>>. Acesso em 10 jun. 2012.

<sup>474</sup> Luís Osvaldo Grossmann. CONVERGÊNCIA DIGITAL. 31/07/2012. Conselho consultivo critica banda larga fora das metas de universalização. A Anatel adiou uma decisão sobre o relatório anual da agência relativo ao ano de 2011 – por pedido de vistas – mas apesar de elogios às medidas de transparência adotadas pelo regulador, especialmente a transmissão das reuniões do Conselho Diretor, há críticas sobre medidas adotadas no ano passado, com destaque para o acordo que esvaziou a revisão do Plano Geral de Metas de Universalização. “[...]. O termo de compromisso assinado com as operadoras é um instrumento muito frágil”, sustenta o relator do tema no Conselho Consultivo, conselheiro Marcello Miranda. Em negociação capitaneada pelo Ministério das Comunicações, a proposta original do que seria o PGMU 3 foi desidratada.

público de prestação dos serviços de telecomunicações. O se quer é apontar uma consequência desse caminho, em especial os impactos para a inserção da Anatel na formulação e implementação da política de universalização.

Em resumo, a universalização dos serviços de telecomunicações é um dos pilares do modelo atual do setor. Para a sua promoção, um regime singular de prestação foi fixado pelo legislador ordinário e duas modalidades distintas, a partir da origem da fonte dos recursos, foram estabelecidas. Um rápido exame do que ocorreu no desenrolar dos pouco mais de 10 anos de execução dos mecanismos para a universalização direciona para uma conclusão de duas ordens. Primeiramente, o reconhecimento de que a agência reguladora setorial, a Anatel, é parte do processo decisório. Ela é ator capaz de influenciar escolhas que são políticas por natureza, ela é parte de uma relação complexa que envolve a formulação da política setorial de universalização, reconhecimento este que impede a desconsiderar uma dicotomia rígida entre técnica e política, entre implementação e formulação. Por conseguinte, revela que, após tentativas de levar a cabo, por meio do Fust, uma política de expansão de redes digitais para as escolas públicas, um movimento na política pública do setor de telecomunicações termina por esvaziar o espaço público materializado na atuação da Anatel e que, certamente, trará impactos para a agenda de governança do próprio setor.

É possível apontar um deslocamento, ou esvaziamento, da política de universalização e os mecanismos fixados em leis e contratos para a sua promoção, rumo ao crescimento do estabelecimento de condicionamentos administrativos ao direito de exploração de serviços no regime privado. Em verdade, existe um movimento que, atrelado às revisões das obrigações de universalização, denota um esvaziamento da política para a universalização dos serviços de telecomunicações prestados em regime público, nos termos como concebera a LGT.

## CONCLUSÃO

Após as abordagens e contribuições descortinadas até aqui, é hora de condensar em breve conclusão o caminho que se perseguiu.

Primeiramente, é preciso evidenciar a opção estrutural adotada. No Capítulo 1, se visitou o sentido conferido às agências reguladoras, analisando-as à luz de noções como políticas públicas, regulação e espaço público. Por seu turno, no Capítulo 2, o enfoque foi a estrutura regulatória advinda do desenho jurídico do setor de telecomunicações, da Anatel e da política para a universalização dos serviços de telecomunicações. Por fim, no terceiro Capítulo, se adentrou, em alguma medida, na efetividade de tudo o que apresentado nos capítulos precedentes, cujo conteúdo foi 'posto em movimento' à luz das políticas públicas levadas a cabo, ou melhor, não levadas a cabo, por meio do Fust.

Foi possível perceber que a configuração das agências reguladoras brasileiras, em meio ao contexto de privatizações, privilegiou o discurso de afastamento dessas entidades da vida política, por meio de uma atuação pautada, primordialmente, pelo empenho dos saberes técnicos, com o objetivo de conferir credibilidade e o estabelecimento de um ambiente regulatório propício à atração de investimentos<sup>475</sup>. À luz desse discurso, o legislador e a doutrina, em geral, abordam a governança regulatória<sup>476</sup> a partir de uma repartição de funções em que atores políticos<sup>477</sup>, legisladores e o Presidente da República, no mais das vezes, formulam políticas públicas a serem implementadas pelas agências reguladoras, que gozam de autonomia reforçada.

Passados, contudo, pouco mais de 10 anos, essa dicotômica conformação de atribuições exhibe os traços das suas limitações, a exemplo do que se expôs na seção 1.1.5. Isto porque, ela não permite descrever como as agências reguladoras efetivamente se manifestam e compõem o campo das políticas públicas, num

---

<sup>475</sup> Ver no Capítulo 1, item 1.1. Ainda, o relato das reformas por que passou o setor de telecomunicações no Brasil denota que esse movimento pautou-se por um forte discurso sobre a necessidade de despolitização da atuação regulatória, de fortalecimento do caráter puramente técnico dos órgãos reguladores, que permanece influente nos estudos de regulação de telecomunicações.

<sup>476</sup> Ver nota de rodapé nº 89.

<sup>477</sup> Ver nota de rodapé nº 91.

espaço de realizações complexo, político por natureza, que é condicionado, mas, ao mesmo tempo, condicionante. Porque, além de ponderar e redimensionar no tempo os objetivos específicos contidos nas políticas públicas, lacunas jurídicas e indeterminações simbólico-linguísticas conferem às agências reguladoras papel e influência preponderantes no processo de formulação das políticas públicas. Ainda, elas dispõem de conhecimentos técnicos e *expertise* que são insumos relevantes para o desenho e formulação das políticas públicas dos complexos setores regulados.

Ao contrário, portanto, da afirmação de que as agências não participam da formulação das políticas públicas, restringindo-se à sua implementação, a conclusão que se descortina reconhece que o sistema político para a consecução das políticas públicas, no contexto de Estado regulador, depende da mediação das agências reguladoras, de sorte que soa falacioso e reducionista afirmar que elas não participam da etapa de formulação.

Retomando o exposto no Capítulo 1, alguns argumentos básicos reforçam essa ideia, todos eles referentes à literatura sobre políticas públicas e regulação.<sup>478</sup>

O primeiro assenta-se na constatação de que a atuação das agências reguladoras se dá num ambiente complexo, que é político por natureza, e que não permite uma separação absoluta entre esferas técnicas e políticas. O saber técnico oferece meios eficazes para que se atinjam os fins desejados, mas, a definição dos fins perseguidos é fruto de uma seleção que envolve ponderar valores e, sobretudo, arbitrar conflitos, que se manifestam em todas as etapas do processo de políticas públicas. Nesse ínterim, a literatura afeta às políticas públicas as revela como arranjos complexos, decorrentes da realidade da ação estatal e do seu conteúdo, que incorpora elementos sobre a ação necessária e possível do Estado diante de uma conjuntura observada, um objetivo estabelecido ou um futuro projetado.<sup>479</sup>

Por segundo, se tentou rejeitar uma abordagem em que formulação e a implementação das políticas públicas seriam processo racionais, lineares,

---

<sup>478</sup> Conforme se abordou na Introdução, o tema em apreço poderia ter sido abordado a partir de outras perspectivas, a exemplo da que evidenciar as dicotomias existentes entre política e burocracia e agente-principal, aquela em maior evidência no campo da Ciência Política e da Administração Pública e esta no da Economia.

<sup>479</sup> Ver seção 1.2.

desvinculados da política, pautados numa separação artificial do mundo do governo e do mundo da administração. Na verdade, essa visão empobrece conceitualmente o debate e não evidencia que a divisão da política em etapas ou ciclos é uma esquematização teórica e simplificação do que na prática se verifica. Pois, ao estabelecer objetivos e marcos da política pública, o ator político o faz de maneira genérica, ambígua, abstrata, múltipla e até mesmo contraditória, o que acaba por converter a etapa de implementação no exercício de uma necessária delimitação dos traços constitutivos dessa mesma política pública. Em todos os momentos, as políticas são impactadas pelas demandas, pelos apoios e contingências que o ambiente político lhes impõe, o que implica que elas habitualmente ocorrem de forma improvisada e desordenada, determinadas pela capacidade do poder político de articulação, implementadas via esforço para se obter cooperação entre os atores responsáveis por promovê-la, o que requer participação e diálogo estreitos<sup>480</sup>. As idas e vindas relativas à universalização por meio do Fust, descritas no bojo do Capítulo 3, são uma retrato dessa realidade.

Por sua vez, o terceiro argumento aponta para a inexistência de uma distinção auto evidente e clara entre regulação e políticas públicas, uma vez que uma e outra são permeados pela política, que inexoravelmente marca presença no processo decisório governamental. Ademais, a literatura acerca da regulação aponta que ela também está conformada por objetivos não só econômicos, mas, sociais.<sup>481</sup>

Por todos esses elementos, o discurso pautado por alijar a agência reguladora da política e, por conseguinte da formulação das políticas públicas, assume, na prática, contornos menos rígidos. O se verifica, em verdade, e a universalização das telecomunicações é exemplo unívoco, é a necessidade de interlocução e colaboração das agências num espaço regulatório onde há compartilhamento de responsabilidades, requer conhecimento técnico e envolve a mediação de interesses.

Outrossim, esposando da tese de Aranha, as agências são autônomas não só para que se mantenham imunes aos efeitos perversos da prática política. Elas o são

---

<sup>480</sup> Ver seção 1.2.6.

<sup>481</sup> Conforme se abordou na seção 1.3.

para que se constitua um espaço público<sup>482</sup>, para onde convergem e interagem os interesses afetados pela regulação e onde a política possa se manifestar como virtude e não como mazela a ser – ao menos no plano do discurso – extirpada da prática da ação estatal regulatória. Os mecanismos de controle e participação social presentes na configuração institucional das agências reguladoras, conforme inclusive se salientou no caso da Anatel, endossam esse argumento. As audiências e consultas públicas são requisitos essenciais para o desenho das obrigações de universalização e da própria política pública setorial.

Estabelecidos que foram os pressupostos teóricos acima rememorados, a verificação empírica se deu nos capítulos 2 e 3, onde se abordou o tratamento das políticas públicas relativas à universalização dos serviços de telecomunicações, sobretudo por meio do Fust.

A participação da Anatel nesse contexto revela a tentativa de conciliar legitimidade democrática e estabilidade regulatória no processo de formulação das políticas públicas que é permeado pelo manuseio de conhecimento e *expertise* técnicos, mas, substancialmente, político, no sentido de uma ação racional referente a valores.

De fato, o debate acerca do Fust revela a proeminência das opções políticas, frente às quais, no mais das vezes, as definições jurídico-formais, quando existentes, parecem incompletas, atrasadas e insuficientes, delegando ao regulador margem de discricionariedade quando chamado a conferir concretude à ação estatal desejada. Ainda, as idas e vindas em torno o Fust revelam que o principal *locus* de definição (ou indefinição) de seus contornos tem sido o Executivo, por meio, sobretudo, do Ministério das Comunicações e da Anatel.

A participação da Anatel na elaboração e propositura dos planos de metas de universalização, conforme previsto pelo legislador ordinário, revela o papel central conferido à agência no processo de formulação dessa política. De tal maneira que deve prosperar a visão de que a Anatel não só implementa, mas também participa da formulação da política, constituindo-se, ademais, um espaço público privilegiado para o exercício da virtude política e para encontro dos interesses contrapostos.

---

<sup>482</sup> A ideia das agências como espaços públicos catalisadores da virtude política, defendida por Aranha, foi abordada na seção 1.4.

Ademais, a descrição acerca do Fust aponta que, após tentativas de levar a cabo uma política de expansão de redes digitais de informação, em especial para estabelecimentos públicos de ensino, existe um movimento que termina por esvaziar esse espaço público materializado na atuação da Anatel, uma vez que o governo federal, por meio dos programas 'Banda Larga nas Escolas' e 'Banda Larga Popular', não se valeu dos mecanismos institucionais afetos à universalização das telecomunicações e, com isso, diminuiu a participação da Anatel no desenho da política pública setorial, movimento este que, de certo, trará impactos relevantes para o próprio modelo de governança do setor.

Finalmente, revelar a participação das agências reguladoras, em especial da Anatel, no processo político de formulação das políticas públicas certamente contribui para a consolidação de um cabedal teórico a envolver a configuração institucional dessas entidades, consagrando-as como esferas de discussão qualificada, legítima e acessível, integrante do rol de atores com poder e influência para formular as políticas públicas. Ao mesmo, explicita a importância da manutenção de um processo de participação e controle social que contribua para a sua legitimação na vida política nacional como fontes de políticas públicas governamentais estruturadas para servirem como ponto de encontro das vontades políticas.

As ideias aqui expostas chocar-se-ão, em alguma medida, com as advindas de uma percepção estritamente jurídico-administrativa da realidade, mas, ao contrapô-las apontarão a existência de uma complexidade, marcadamente política, a exigir esforço e métodos interdisciplinares de verificação de um modelo de governança estabelecido para que o Estado dê conta de objetivos que são relevantes para o desenvolvimento nacional.

## REFERÊNCIAS

ANATEL. *Estudo Comparativo de Modelos Regulatórios Nacionais*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=207307&assuntoPublicacao=Estudo%20Comparativo%20de%20Modelos%20Regulat%F3rios%20Nacionais&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=207307.pdf>>. Acesso em 17 set. 2011.

ANATEL. *Estudo técnico para atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil*. Brasília: 2008. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=214113&assuntoPublicacao=ESTUDO%20TÉCNICO%20PARA%20ATUALIZAÇÃO%20DA%20REGULAMENTAÇÃO%20DAS%20TELECOMUNICAÇÕES%20NO%20BRASIL&caminhoRel=Cidadao-Interação%20com%20a%20Sociedad>>. Acesso em 17 set. 2011.

ANATEL. *Relatório Anual 2011*. Brasília: 2011. Disponível em: <[www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)>. Acesso em 10 jun. 2011.

ANATEL. Resolução nº 73, de 25 nov. 1998. Aprova o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações. Disponível em: <[www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)>. Acesso em 10 abr. 2011.

ANATEL. Resolução nº 96, de 1 fev. 1999. Criação do Comitê para a Universalização dos Serviços de Telecomunicações. Disponível em: <[www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)>. Acesso em 10 jul. 2012.

ANATEL. Resolução nº 247, de 14 dez. 2000. Aprova o Regulamento de Arrecadação da Contribuição das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações para o Fust. Disponível em: <[www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)>. Acesso em 10 jul. 2012.

ANATEL. Resolução nº 269, de 9 Jul. 2001. Aprova o Regulamento de Operacionalização da Aplicação de Recursos do Fust. Disponível em: <[www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)>. Acesso em 10 abr. 2011.

ANATEL. Resolução nº 270, de 19 jul. de 2001. Altera o Regimento Interno da Anatel. Disponível em: <[www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)>. Acesso em 10 abr. 2011.

ANATEL. Resolução nº 272, de 9 ago. de 2001. Aprova o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia. Disponível em: <[www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)>. Acesso em 10 abr. 2011.

ANATEL. Consulta Pública nº 480/2003. Proposta de Regulamento do Serviço de Comunicações Digitais.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *A legitimação democrática das agências reguladoras*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abr.-mai., 2002.

\_\_\_\_\_. Apresentação. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *O contrato de gestão e a ouvidoria no anteprojeto de lei sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras*. Porto Alegre: ABAR, 2004. Disponível em: <[http://www.sinagencias.org.br/conteudo\\_arquivo/150307\\_57250E.pdf](http://www.sinagencias.org.br/conteudo_arquivo/150307_57250E.pdf)>. Acesso em 10 out. 2011.

ARANHA, Márcio Lório *et al.* Direito, Estado e telecomunicações: a força gravitacional da banda larga. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 3, nº 1, 2011. Disponível em: <<http://www.getel.org/GETELSEER/index.php/rdet/article/view/64/58>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Ambiente normativo brasileiro de prestação de serviços em setores regulados: o caso da desestatização do Sistema Telebrás como arquétipo do Direito Administrativo de conjuntura. In: *Revista Notícia do Direito Brasileiro* 12: 103-128, 2006.

\_\_\_\_\_. *Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA)*. Tese Doutorado. Brasília: UnB: Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, do Instituto de Ciências Sociais, 2005.

\_\_\_\_\_. e outros. Apresentação: Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório. In: *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações. v.1, nº 1. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

\_\_\_\_\_. *Agência reguladora e espaço público: sua funcionalidade como espaço de exercício da virtude política*. In: ARANHA, Marcio Lório (org.). *Direito das*

*Telecomunicações. Estrutura institucional regulatória e infraestrutura das telecomunicações no Brasil.* Brasília: Jr. Gráfica, 2005.

ARAÚJO, Alexandre Bleggi. *A Contribuição para o Fust.* Revista Dialética de Direito Tributário, 2001, nº 69.

BARCELOS, Raphael Magalhães; MÜLLER, Bernardo P. *Obrigações de Serviço Universal em Telecomunicações: um estudo introdutório.* Brasília, DF, 2004. Disponível em: <[http://www.google.com.br/search?q=Obriga%C3%A7%C3%A3o+de+Servi%C3%A7o+Universal+em+Telecomunica%C3%A7%C3%B5es%3A+um+estudo+introdut%C3%B3rio&hl=pt&gbv=2&gs\\_l=heirloom-hp.3..0j0i10i2j0i30i3j0i10i30j0i30j0i10i30j0i30.1297.5265.0.6515.6.6.0.0.0.0.235.861.0j1j3.4.0...0.0...1c.yzT2UwnAkCM](http://www.google.com.br/search?q=Obriga%C3%A7%C3%A3o+de+Servi%C3%A7o+Universal+em+Telecomunica%C3%A7%C3%B5es%3A+um+estudo+introdut%C3%B3rio&hl=pt&gbv=2&gs_l=heirloom-hp.3..0j0i10i2j0i30i3j0i10i30j0i30j0i10i30j0i30.1297.5265.0.6515.6.6.0.0.0.0.235.861.0j1j3.4.0...0.0...1c.yzT2UwnAkCM)>

BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática.* In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BENSON, J. K. Interorganizational networks and policy sectors. *Apud* SARAVIA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública.* In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 88.* São Paulo: Malheiros, 2005.

BEZERRA, Luís Fernando Cavalcante de Holanda. *A regulação dos serviços públicos de telecomunicações no Brasil e o novo serviço público.* Dissertação de Mestrado. Florianópolis, UDESC, 2010.

BIELSCHOWSKY, Carlos Eduardo; RIBEIRO, José Guilherme; e MACIEL, Wellington Mozarth Moura. *Banda Larga nas escolas públicas urbanas brasileiras.* In: LUSTOSA, Paulo Henrique Lustosa (Relator); José de Souza Paz Filho (coord.). *Alternativas de políticas públicas para a banda larga.* Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Série cadernos de altos estudos, nº 6.

BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Comentários sobre a relação entre governo e entes reguladores independentes.* In: SALGADO, Lucia Helena & MOTTA, Ronaldo Seroa da. *Marcos Regulatórios no Brasil: incentivos ao investimento e governança regulatória.* Rio de Janeiro: IPEA, 2008.

BINENBOJM, Gustavo, CYRINO, André Rodrigues. Entre política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16, nov. /dez./jan., 2009.

BOTELHO, Fernando Neto. *As telecomunicações e o Fust*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRADLEY, 1993, p. 436, *apud* NEVES, José Luís. Pesquisa Qualitativa – Características, usos e possibilidades. *Cadernos de Pesquisas em Administração*. São Paulo: v. 1, nº 3, 2º Sem., 1996.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. *Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional. Relatório do grupo de trabalho interministerial*. Brasília, 2003. Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao\\_das\\_agencias\\_reguladoras\\_-\\_casa\\_civil.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 16 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996. Dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Lei Geral de Telecomunicações. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. Lei 9.998, de 2000. Cria o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Fust. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto nº 2.592, de 15 de maio de 1998. Aprova o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto nº 3.624, de 5 de outubro de 2000. Dispõe sobre a regulamentação do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações - Fust, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto nº 3.753, de 19 de fevereiro de 2001. Aprova o Plano de Metas para a Universalização de Serviços de Telecomunicações em Escolas Públicas de Ensino Profissionalizante. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto nº 3.754, de 19 de fevereiro de 2001. Aprova o Plano de Metas para a Universalização de Serviços de Telecomunicações em Escolas Públicas de Ensino Médio. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto nº 4.733.754, de 10 de junho de 2003. Dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto nº 4.769, de 27 de junho de 2003. Aprova o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público - PGMU, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto nº 6.039, de 7 de fevereiro de 2007. Aprova o Plano de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado em Instituições de Assistência às Pessoas com Deficiência Auditiva. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto nº 6.424, de 4 de abril de 2008. Altera e acresce dispositivos ao Anexo do Decreto no 4.769, de 27 de junho de 2003, que aprova o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado no Regime Público - PGMU. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010. Institui o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL; dispõe sobre remanejamento de cargos em comissão; altera o Anexo II ao Decreto no 6.188, de 17 de agosto de 2007; altera e acresce dispositivos ao Decreto no 6.948, de 25 de agosto de 2009; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto nº 7.512, de 30 de junho de 2011. Aprova o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime

Público - PGMU, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.337. Brasília, 12 de abril de 2004.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (org.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*, In: FORTINI, Cristina et alli (org.). *Políticas públicas possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

\_\_\_\_\_. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria P. Dallari (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas Públicas e pretensões jurídicas determinativas*. In: FORTINI, Cristina et alli (org.). *Políticas públicas possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

COIMBRA, Paulo Roberto & OLIVEIRA, Saryta de Kássia. Contribuição ao Fust. *Revista Dialética de Direito Tributário*. Nº 83, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder, 1997, *apud* BUCCI, Maria P. Dallari (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONGRESSO NACIONAL. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17, de 1989. Aprova o Regimento Interno. Disponível em: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>.

CONGRESSO NACIONAL. Senado Federal. Regimento Interno: Resolução nº 93, de 1970. Brasília: Senado Federal, 2011. 2v. Disponível em: <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>.

CONVERGÊNCIA DIGITAL. 07 Abr. 2011. PGMU. Disponível em: <<http://insight-laboratoriodeideias.blogspot.com.br/2011/04/pgmu-governo-abriu-mao-de-politica.html>>. Acesso em: 22 maio 2012.

COUTINHO, Diogo R. Entre eficiência e equidade. *Revista de Direito da FGV*. V. 1. Nº 2, P. 137-160, Jun-Dez 2005.

COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. *In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Nº 16. Salvador: Dez./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-16-DEZEMBRO-2008-ALMIRO%20COUTO.pdf>>. Acesso em 6 out. 2010.

CREMER, H.; GASMI, F.; GRIMAUD, A; e LAFFONT, J. J. *Universal service: an economic perspective*. *Annals of Public and Cooperative Economics* 72, 2001.

CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 1967.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DAGNINO, Evelina (org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra/Unicamp, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello (Coord.) Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.

DRAIBE, Sonia Miriam. *Avaliação de implementação: esboço de uma metodologia de trabalho em políticas públicas*. *In: BARREIRA, C.; CARVALHO, M. (Org.) Tendências e perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais*. São Paulo: IEE/PUC-SP, 2001.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

DUARTE, Denianne de Araújo; SILVA, Livia Denise Rêgo. *Backhaul ameaçado, consumidor atento*. *In: Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. Universidade de Brasília Vol 1, nº 1, 2009.

DUGUIT, Léon. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005.

DYE, Thomas R. *Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas*. p. 11-30. Trad. Francisco G. Heidemann. In: HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

EASTOM, David. *Categorías para el análisis sistémico de la política*. Disponível em: <[http://www.ucm.es/Info/Fcpuno/Fasoc/Fprofesores/Flecturas/Feaston.pdf&ei=pqnkT8arLISQ9QSp\\_DWCQ&usg=AFQjCNE8jaDc-4AMIWKha5QmrvVZRuqECA&cad=rja](http://www.ucm.es/Info/Fcpuno/Fasoc/Fprofesores/Flecturas/Feaston.pdf&ei=pqnkT8arLISQ9QSp_DWCQ&usg=AFQjCNE8jaDc-4AMIWKha5QmrvVZRuqECA&cad=rja)>. Acesso em 10 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *Esquema para el análisis político*. Talleres Gráficos Color Efe. Buenos Aires, 1999.

\_\_\_\_\_. *The political system. An inquiry into the state of political science*. Nova York: Alfred A. Knopf, 1953.

EUA. *Section 254. Telecommunication Act*, 1996. Disponível em: <<http://www.techlawjournal.com/telecom/47usc254.htm>>. Acesso em: 7 maio 2012.

FARACO, Alexandre Ditzel. Concorrência e universalização nas telecomunicações: evoluções recentes no direito brasileiro. In: *Revista de Direito Público da Economia*, nº 08, out/dez. 2004.

FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação no contexto da sociedade em rede e políticas públicas de acesso à internet no Brasil. In: *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 3, nº 1.

FERNANDES, Ana Maria. *A ciência, o cientista e a política*. In: COELHO, Maria Francisca Pinheiro; BANDEIRA, Lourdes; MENEZES, Marilde Loiola de. (orgs.). *Política, ciência e cultura em Max Weber*. Brasília: UnB, 2000.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio & NERI, Marcelo Cortes. *Reflexões sobre os mecanismos de Universalização do acesso disponíveis para o setor de Telecomunicações no Brasil*. IPEA: Texto para Discussão nº 573.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução: Álvaro de Vita. Coleção Justiça e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLEXOR, Georges G. & LEITE, Sergio P. *Análise de políticas públicas: breves considerações teórico-metodológicas*. In: LIMA, Eli de Fátima; DELGADO, Nelson & MOREIRA, Roberto (orgs.). *Mundo rural: configurações sociais, poderes e políticas*. Rio de Janeiro: MAUAD, 2007.

FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Ano 44, nº 175, jul/set 2007.

FREY, Claus. *Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. Planejamento e Políticas Públicas, nº 21, Jun, 2000.

GAETANI, Francisco. O governo Lula e os desafios da política regulatória no setor de infraestrutura. *VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Panamá, 28-31 Oct. 2003.

GINDRE, Gustavo. *Banda larga: direito humano ou mercadoria?* Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação 2007. São Paulo, 2008. Disponível em: < [www.cgi.br/publicacoes/artigos/artigo51.htm](http://www.cgi.br/publicacoes/artigos/artigo51.htm)>. Acesso em 11 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *Governo troca política de inclusão digital ampla por banda larga nas escolas*. 09/04/2008. Observatório do Direito à Comunicação. Disponível em: <[http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com\\_content&task=view&id=3090](http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com_content&task=view&id=3090)>. Acesso em 11 jun. 2012.

GODOY, Arilda Schmidt. Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, v. 35, nº 2. 1995.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Agências reguladoras: a metamorfose do estado e da democracia (uma reflexão de direito constitucional comparado)* In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES, José Vitor Lemes. *A lógica da ação na sociologia weberiana*. Dissertação de Mestrado. UFMG. 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUIMARÃES, Flávia Leferèvre. Convergência Digital, 8 Jul 2011. Termo de Compromisso para garantir política pública?. Disponível em: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infolid=26864&sid=15>>. Acesso em 10 jun. 2012.

HANCHER, Leigh; MORAN, Michael. La organización del espacio regulativo. *Isonomía*. Nº 17. Oct, 2002.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

HEIDEMANN, Francisco G. & SALM, José Francisco. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009.

HILL, Michael. *Implementação: uma visão geral*. p. 61-89. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*. Brasília: ENAP, 2006, vol. I.

HOCHMAN *et alii*. *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. Capítulo 2.

JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo II. Buenos Aires: De Palma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. O serviço público na perspectiva do Direito Comunitário europeu. In: *Revista de Direito Público da Economia*, nº 01, p.137-176, jan./mar.2003.

KINGDON, John. Como chega a hora de uma ideia? In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*. Brasília: ENAP, 2006, vol. I.

LA SPINA, Antonio. & MAJONE, Giandomenico. *Lo Stato Regolatore*. Bologna: Il Mulino, 2000.

LAENDER, Gabriel Boavista. *A separação de poderes e o processo de institucionalização das agências reguladoras de telecomunicações nos EUA e no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: UnB, 2009.

\_\_\_\_\_; ARANHA, Marcio Iório; LIRA, Laura Fernandes de Lima, GOMES, André Moura. *Políticas de administração do espectro acesso universal às comunicações: o*

caso brasileiro. Brasília. Fev, 2010. Disponível em: <<http://www.getel.org/docrelatorioboavistaaranhaliragomesPortugues.pdf>>.

LEVY, Brian; SPILLER, Pablo. The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation. *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 1994, V. 10, Nº 2. Disponível em: <[www.jstor.org/stable/764966](http://www.jstor.org/stable/764966)>. Acesso em: 10 nov. 2011.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LIMA, Suzana Pinho. Espaços Públicos no Brasil e sua interface com a Política de Assistência Social. *Jornada Internacional de Políticas Públicas*. Univ. Federal do Maranhão, 2011.

LOWI, Theodor. *Four Systems of Policy, Politics, and Choice*. *Public Administration Review*, 32. 1972. *apud* SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez, 2006.

MACHADO JR., J. Teixeira & REIS, Heraldo da Costa. *A Lei nº 4.320 comentada*. 31. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2002.

MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público*. Nº 1, Jan – Mar 1999, Ano 50. Trad. René Loncan.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. A Nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 1. Salvador, fev/mar/abr 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-FLORIANO%20MARQUES%20NETO.pdf>>. Acesso em 6 out 2010.

\_\_\_\_\_. *Agências Reguladoras – Instrumentos do Fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR. 2003. Disponível em: <<http://www.cspe.sp.gov.br/downloads/secoes/noticias/ABAR.zip>>. Acesso em 9 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica Limites à abrangência de Direito Administrativo Econômico*, nº 4, nov/dez 2005 a jan/2006. Salvador. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/...marques-neto/limites-a-abrangencia-e-a-intensidade-da-regulacao-estatal](http://www.direitodoestado.com.br/...marques-neto/limites-a-abrangencia-e-a-intensidade-da-regulacao-estatal)>.

MARTINS, Humberto Falcão. Burocracia e a revolução gerencial – a persistência da dicotomia entre política e administração. *Revista do Serviço Público*. Ano 48, Nº 1, Jan. – Abr., 1997.

MARTINS, Natanael. *As contribuições ao Fust e ao Funttel*. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. In: BUCCI, Maria P. Dallari (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

\_\_\_\_\_. *Nova crise do serviço público*. In GRAU, Eros Roberto & CUNHA, Sérgio. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELO, Marcus André. “Política regulatória: uma revisão da literatura”. *BIB – Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, Nº 50, 2000.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Informativo, de 2 de março de 2010. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=15808](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=15808)>. Acesso em 11 jun. 2012.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de motivos nº 231/MC, de 10 de dezembro de 1996: documento de encaminhamento da Lei Geral de Telecomunicações, comentando-a. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de Motivos nº 595/MC, de 7 de novembro de 2000. Diretrizes e prioridades para as aplicações do Fust.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Portaria nº 196, de 17 de abril de 2001. Publicada no DOU 18/04/2001. Disponível em: <[www.mc.gov.br](http://www.mc.gov.br)>.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Portaria nº 245, de 10 de maio de 2001. Publicada no DOU de 30/05/2001. Disponível em: <[www.mc.gov.br](http://www.mc.gov.br)>.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Portaria nº 246, de 10 de maio de 2001. Publicada no DOU de 30/05/2001. Disponível em: <www.mc.gov.br>.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Portaria nº 834, de 23 de maio de 2002. Publicada no DOU de 24/05/2002. Disponível em: <www.mc.gov.br>.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Portaria nº 1.979, de 1º de outubro de 2002. Publicada no DOU de 03/10/2002. Disponível em: <www.mc.gov.br>.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Portaria nº 2.272, de 24 de outubro de 2002. Publicada no DOU de 25/10/2002. Disponível em: <www.mc.gov.br>.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Portaria nº 2, de 17 de janeiro de 2001. Disponível em: <www.mc.gov.br>.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Norma MC nº 01/2008, publicada no Diário Oficial da União de 4 de junho de 2008. Disponível em: <www.mc.gov.br>.

MINTZBERG, 1984, *apud* SUBIRATS, Joan. *El papel de laburocracia en el proceso de determinación e implementación de las políticas públicas*. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*. Brasília: ENAP, 2006, vol. 2.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviço de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 2, maio/jun/jul 2005, Salvador, Bahia.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA, Vital. *Administração autônoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra, 1997.

\_\_\_\_\_. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. Vital. Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 19, agosto/setembro/outubro, 2009.

MORGAN, Bronwen & YEUNG, Karen. *An introduction to law and regulation - text and materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

MORÓN, Miguel Sanchez. *La participación del ciudadano em la Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

MUELLER, Bernardo. *Teoria política positiva da regulação*. Brasília: Universidade de Brasília. Disponível em: < <http://www.angelfire.com/ky2/mueller/resenha.pdf>>.

NEVES, José Luís Neves. Pesquisa Qualitativa – características, usos e possibilidades. *Caderno de Pesquisas em Administração*. São Paulo, v. 1, nº 3, 2º Sem., 1996.

NUNES, Edson; RIBEIRO, Leandro Molhano; PEIXOTO, Vitor. *Agências reguladoras no Brasil*. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Unesp, 2007.

OCDE. *Rethinking Universal Service for a Next Generation Network Environment. Working Party on Telecommunication and Information Service Policies*. Abril, 2006.

OESTMANN, Sonja & DYMOND, Andrew. *Acceso y Servicio Universal (ASU) - Módulo 4 Conjunto de herramientas para la reglamentación de las TIC*. União Internacional de Telecomunicações – UIT: Jun., 2009. Disponível em: <[www.ictregulationtoolkit.org/en/Section.3126.html](http://www.ictregulationtoolkit.org/en/Section.3126.html)>.

PARADA, Eugenio Lahera. *Política y políticas públicas*. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006.

PARLAMENTO EUROPEU. Diretiva 2002/22/CE. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0051:0077:PT:PDF>>. Acesso em 7 maio 2012.

PAVÃO, Nara de Carvalho. *Instituições, credibilidade e governança regulatória no Brasil: um estudo de caso do desenho da regulação nos setores de telecomunicações e eletricidade*. Dissertação Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

PEIXOTO, Elisa Viera Leonel. *Programa nacional de banda larga: análise sobre a formação da agenda da universalização da banda larga no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Unb, 2010.

PEREIRA NETO, Caio M. S. & CORREA, Paulo. *Delegação de funções para Agências reguladoras independentes: mudanças propostas pelo Projeto de Lei nº 3.337/2004*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PEREIRA, BRESSER. *Política e insulamento burocrático no Brasil*. In: NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

PEREZ, Marcos Augusto. *As agências reguladoras no Direito Brasileiro: origem, natureza e função*. Revista trimestral de Direito Público, nº 23, 1998.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002." In: XAVIER, BERNARDES, BRAGANÇA. *Parecer jurídico*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=207307&assuntoPublicacao=Estudo%20Comparativo%20de%20Modelos%20Regulato%F3rios%20Nacionais&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=207307.pdf>> . Acesso em: 7 maio 2012.

PINTO, Élica Graziane. *Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre a execução orçamentária*. In: FORTINI, Cristina et alli (org.). *Políticas públicas possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

PIRES, J.C.; PICCININI, M.S. *A regulação dos setores de infraestrutura no Brasil*. In: BNDS. *A economia brasileira nos anos 90*. BNDS, 1999. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/publica/ocde.htm>>. Acesso em: 15 out. 2011.

PÓ, Marcos Vinicius. *O jogo regulatório brasileiro: a estabilidade contratual para além da autonomia das agências*. Tese Doutorado. 2009. 217 p.

POSSAMAI, Ana Júlia. *Banda Larga como direito ou mercadoria? Um debate teórico acerca da inclusão digital no Brasil*. Simpósio Nacional sobre Democracia e Desigualdade. Brasília, 23 a 26 de abril de 2012. Brasília: UnB.

PROSSER, Tony. *Two vision of Regulation*. In: *Regulation in the Age of Crisis*. University College Dublin, June, 2010. Disponível em: <<http://regulation.upf.edu/dublin-10-papers/1H1.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2011.

RAMOS, Murilo César. Agências reguladoras: a reconciliação com a política. *Revista de Economía de las Tecnologías de la Información y Comunicación*. Vol. VII, nº 5, Mai.-Ago., 2005.

\_\_\_\_\_. *Crítica a um plano nacional de banda larga: uma perspectiva da economia política das políticas públicas*. Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologia das Comunicações (CCOM). Universidade de Brasília (UnB).

RHODES, R. A. W.; MARSH, David. *Policy networks in British government*. Oxford University Press, 1992.

ROCHA, Jaqueline Mainel Rocha de. *Discricionariedade técnica e função normativa em setores regulados, e sua identificação na lei geral de telecomunicações*. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

RUA, Maria das Graças. *As políticas públicas e a juventude dos anos 90*. In: CNPD. *Jovens Acontecendo na Trilha das Políticas Públicas*. Brasília, 1998.

\_\_\_\_\_; AGUIAR, Alessandra T. A Política Industrial no Brasil, 1985-1992: políticos, burocratas e interesses organizados no processo de policy-making. In: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*, vol. 2. Brasília: ENAP, 2006.

SARAVIA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*, In: SARAVIA, Enrique e FERRAREZI, Elisabete (orgs.). *Políticas públicas: coletânea*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006.

SCHNEIDER, Ben Ross. *Burocracia pública e política industrial no Brasil*. São Paulo, Sumaré, 1994.

SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin & WIMMER, Miriam. *A regulação das telecomunicações no Brasil: passado, presente e desafios futuros*. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). *Desafios da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2009.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Mariana Batista. *O desenho institucional em prática: uma análise da governança regulatória e do desempenho das agências reguladoras brasileiras*. 33º Encontro Anual da Anpocs. GT 32 – Políticas Públicas. Recife: 2009.

SILVA, Valter Rodrigues. *Fundo de universalização dos serviços de telecomunicações*. Monografia de Especialização. Orientador: Mário Iório Aranha. UnB, Brasília, dezembro de 2004.

SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. *Telecomunicações: privatização ou caos*. São Paulo: TelePress, 1993.

SOUZA, Celina. 'Estado do Campo' da pesquisa em Políticas Públicas no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. V. 18, nº 51.

\_\_\_\_\_. *Políticas públicas: questões temáticas e de pesquisa*. Cadernos CRH, nº 39, jul/dez, 2003. Disponível em: <<http://www.cadernocrh.ufba.br/include/getdoc.php?id=773&article=273&mode=pdf>> . Acesso em 20 set. 2010.

\_\_\_\_\_. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul./dez. 2006.

SRIVASTAVA, Leena. *Issues in Institutional Design of Regulatory Agencies*. SAFIR Core Training Course on Infrastructure Regulation and Reform. New Delhi, December 4-15, 2000. Disponível em: <[www.teriin.org/upfiles/pub/papers/ft23.pdf](http://www.teriin.org/upfiles/pub/papers/ft23.pdf)>. Acesso em 10 jun. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN nº 1.668-5/DF. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN nº 1949-RS. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requeridos: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 209, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1997.

TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.095/2001 – Plenário. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>.

TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.107/2003 – Plenário. TC nº 005.302/2003-9. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>.

TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.308/2002 - Plenário. Relator Iram Saraiva. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>.

TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.148/2005 – Plenário, de 12 de dezembro de 2005. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>.

TELE.SÍNTESE. 9 Jun 2011. Banda larga. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/index.php/component/content/article/45-telesintese-analise/telesintese-analise/17623-telesintese-analise-296?>>. Acesso em: 22 maio 2012.

TELE.SÍNTESE. Análise 297. 16 Jun 2011. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/index.php/component/content/article/45-telesintese-analise/telesintese-analise/17624-telesintese-analise-297>>. Acesso em 22 maio 2012.

TELE.SÍNTESE. *Negociações sobre PGMU e PNBL ainda estão longe de consenso*. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/index.php/plantao/7589-negociacoes-sobre-pgmu-ainda-estao-longe-de-consenso>>. Acesso em 22 maio 2012.

TELETIME. Editorial. A cor do gato. Disponível em: <<http://www.teletime.com.br/30/05/2011/a-cor-do-gato/tt/226282/revista.aspx>>. Acesso em 22 maio 2012.

TELETIME. Fernanda Pressinott. *Notícia*: confusão digital, veiculada em 30 de abril de 2004. Disponível em: <[www.teletime.com.br](http://www.teletime.com.br)>. Acesso em 22 maio 2012.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Parecer jurídico*: contribuição para o Fust nos pagamentos de interconexão e outras transferências. São Paulo, 2005.

VIANNA, Gaspar. *Privatização das telecomunicações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Notrya, 1993.

VILANUEVA. Luis F. Aguilar. Estudo Introdutorio, *In*: SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elisabete Fernandes (orgs). *Políticas públicas – coletânea*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006.

WEBER, Max. *A ciência como vocação*. In: GERTH, Hans. H.; MILLS, C. Wright (orgs). *Ensaio de sociologia*. Tradução: Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WIMMER, Miriam. A conflituosa relação entre poder executivo central e agências reguladoras: a busca pelo equilíbrio. *Revista de Direito do Estado*, nº 10, abr.-jun., 2008.