

A LIBERALIZAÇÃO DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES COMO OPÇÃO POLÍTICA DE REGULAÇÃO ECONÔMICA

Raphael Carvalho de Vasconcelos¹

1. Regulação, Regulamentação e Intervenção; 2. Regulação e Serviços de Telecomunicação; 3. Regulamentação, Liberalização e Opções Políticas; 4. Telecomunicações, Regulação e Perspectivas; 5. Bibliografia

1. REGULAÇÃO, REGULAMENTAÇÃO E INTERVENÇÃO

As controvérsias relacionadas ao significado contido nos termos empregados pela doutrina são inerentes ao estudo do direito. Nesse contexto, poucas questões suscitam tantas divergências quanto o uso do termo regulação no âmbito da ordem econômica.

O problema central da definição do que vem a ser regulação concentra-se na inexistência de apenas duas ou três correntes doutrinárias ocupadas de sua descrição, às quais os estudiosos e operadores do direito buscariam alinhar-se. Cada autor parece utilizar as nomenclaturas relacionadas à economia e sua organização jurídica de forma diferente para criar entendimentos inéditos, muitas vezes baseados simplesmente no grau de abrangência e no número de conceitos contidos nos termos empregados.

Em linhas gerais, a utilização ampla do termo regulação, preferida pela doutrina francesa, a qual inclui a atuação de agentes privados, tende a abranger tanto a intervenção direta do Estado na economia, exercida pelo Estado-empresário, quanto a regulamentação normativa da atividade privada.

Numa abordagem restrita, o termo regulação pode ser compreendido segundo a concepção norte-americana que assim define as formas de intervenção do Estado na economia para corrigir as incongruências que o mercado sozinho não é capaz de solucionar satisfatoriamente.

A doutrina nacional mostra-se bastante confusa na utilização do termo. Observa-se o uso indiscriminado dos conceitos amplo e restrito de regulação e identificam-

¹ Advogado, Professor e Mestrando em Direito Internacional pela USP e pela UERJ.

se até mesmo classificações intermediárias. Muitas vezes a confusão se dá, inclusive, por erro de tradução do termo.

O legislador nacional ocupou-se da regulação da ordem econômica no artigo 174 da Constituição Federal adotando, a nosso ver, seu sentido amplo, “in verbis”:

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

À primeira vista, as expressões “agente normativo” e “regulador da atividade econômica” parecem referir-se a atividades paralelas do Estado, as quais balizariam suas “funções de fiscalização, incentivo e planejamento”.

Observa-se, entretanto, que qualquer atividade reguladora estatal tem precedente na capacidade de exercício de atividade normativa e que sua menção expressa apenas justifica a capacidade de exercer a regulação que, consoante o mesmo dispositivo, é exercitada por meio de fiscalização, incentivo e planejamento.

A primeira consequência deste entendimento é a conceitualização da regulação como forma pela qual o Estado, por meio da regulamentação fundamentada em sua capacidade normativa, interfere na ordem econômica fiscalizando, incentivando e planejando seu desenvolvimento.

A classificação adotada pela legislação maior vai, a nosso ver, ainda mais além e indiretamente prevê, inclusive, a atuação do Estado como empresário quando expressamente vincula o setor público aos ditames regulatórios com características de planejamento, alinhando-se ainda mais com a já referida concepção ampla da regulação na ordem econômica.

Nesse sentido, tem-se que o termo “desregulação”, tão em voga nos dias atuais em referência à interferência direta cada vez menor do Estado na economia e aos processos de privatização e desestatização, presta-se a definir tanto saída do Estado da condição de empresário como também a diminuição, quantitativa ou de conteúdo, das normas – regulamentação - que regem o setor produtivo, mas não uma das duas coisas separadamente e de forma excludente. Quando apartadas poder-se-ia falar em desintervenção e desregulamentação, ambas espécies da desregulação.

Assim, se houvesse desintervenção com incremento da regulamentação do setor para garantir o interesse coletivo como, por exemplo, a fim de evitar a concorrência desleal

ou, no caso específico dos serviços de telecomunicação, buscar o cumprimento de metas de universalização, inexistiria desregulação. Haveria, nesse contexto, apenas uma modificação na forma como a regulação é feita, observada no abandono da intervenção direta do Estado-empresário em favor do estabelecimento de regulamentações setoriais, duas espécies do gênero regulação.

Mister dizer que a regulação da ordem econômica se faz necessária para a manutenção do equilíbrio do sistema e os problemas apenas surgem na escassez ou no excesso de seu uso. Se por um lado a regulação excessiva pode ser danosa e criar um Estado-empresário inchado e ineficiente ou submergir a economia privada em normas, a desregulação pode, por sua vez, deixar o mercado desprotegido e suscetível a abusos e discrepâncias.

2. REGULAÇÃO E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO

O exercício da regulação pelo Estado por meio da regulamentação, baseada em sua capacidade normativa, deve, em linha com o anteriormente exposto, necessariamente respeitar o princípio da legalidade, conforme expressamente disposto no artigo 174 da Constituição.

Tem-se, dessa forma, que a condução da regulamentação da atividade econômica é derivada da atividade reguladora e, respeitada a legislação vigente, estaria, portanto, sujeita às opções políticas adotadas pelo Estado.

A sujeição da atividade regulamentadora às opções políticas é apenas uma das engrenagens da tensão existente entre um dado ordenamento jurídico, de modelo similar ao brasileiro, e as transformações ocorridas na sociedade por ele regida tendentes a interferir em mencionadas escolhas. Nessa linha, apenas os dispositivos pétreos estabelecidos pelo legislador originário não seriam passíveis de alteração e estariam realmente protegidos pelo princípio da legalidade.

As mencionadas escolhas políticas poderiam, assim, relativizar o conteúdo da expressão “na forma da lei” contida no artigo 174 da carta magna, bastando, para tanto, uma maior ou menor coesão do legislador ordinário a respeito de determinada matéria, o que determinaria o desenho da operacionalidade das opções políticas como emendas constitucionais ou leis ordinárias, conforme o grau de coesão entre os agentes dotados de capacidade normativa.

Ao longo do século passado os serviços de telecomunicação foram objeto de praticamente todas as espécies de regulação conhecidas pela doutrina e, quando consideradas as diversas opções políticas adotadas para a liberalização desses serviços à participação do capital estrangeiro, tem-se uma das mais interessantes fontes de estudo de regulação da ordem econômica pelo Estado brasileiro.

A zona turva, na qual o conceito de regulação encontra-se envolvido, pode ser afastada quando de uma análise dos exemplos extraídos do desenvolvimento histórico do direito constitucional econômico e, mais especificamente, das formas de regulação de setores específicos da economia ao longo do século passado, como aquela do serviço de telecomunicações.

A evolução do modelo regulatório adotado pelo Estado brasileiro para o serviço de telecomunicações acompanhou de forma bastante clara o desenvolvimento das doutrinas econômicas no decorrer do século XX, as quais influenciaram de forma contundente tanto o constitucionalismo econômico, numa perspectiva mais geral e abrangente, como a regulação específica do setor, tão logo se consolidavam em opções políticas.

Dessa forma, o estudo da regulação dos serviços de telecomunicação no século XX pode ser dividido em quatro fases distintas. A primeira tem início no império e vai até a revolução de 1930, marco inicial da segunda, que termina de forma dilatada entre 1960 e 1972, com a criação da TELEBRÁS. O período compreendido entre 1972 e 1995 caracteriza a terceira fase de estudo proposta, cujo término deu início a atual fase regulatória dos serviços de telecomunicação².

Os dois primeiros períodos mencionados foram, com maior ou menor intensidade, marcadamente influenciados pelos pensamentos liberais baseados na crença de que o livre jogo de forças do mercado seria a forma mais eficiente para o melhor funcionamento da economia. O liberalismo econômico que se conhecia fundamentava-se juridicamente nos direitos de propriedade, associação e reunião e na liberdade do comércio e da indústria.

As características mencionadas apresentavam-se no setor de telecomunicações de forma mais explícita no período anterior à revolução de 30, quando o Estado brasileiro limitava sua atuação basicamente às questões fiscais, abstendo-se quase completamente de atividades regulatórias.

² Detalhadamente relatado em Fiorati, 2004.

O exercício da regulação restringia-se nesse período quase unicamente ao poder concedente que, talvez por influência dos ideais liberais, ora se concentravam na união, ora eram repartidos entre esta, os estados e municípios.

Os princípios da economia de mercado continuaram vigentes na regulação do setor de telecomunicações após a revolução de 1930, mas o liberalismo irrestrito de outrora não se mostrava compatível com a centralização política surgida sob a constituição de 1937, a qual reforçou a intervenção do Estado na economia.

Ainda que a regulação das telecomunicações não houvesse tomado forma intervencionista observada nos setores da economia passados ao controle de empresas estatais de âmbito nacional, surgiram as primeiras empresas de atuação restrita formadas com capital estatal municipal e estadual.

Em linhas gerais, podia-se observar um incremento da regulação das telecomunicações por meio da intervenção direta enquanto, por outro lado, a regulamentação do setor padecia de extrema precariedade.

A liberalização do setor possibilitou a existência, no início dos anos sessenta, de mais de mil empresas, tanto estatais quanto privadas, sendo a maior parte de atuação municipal ou estadual, prestadoras de serviços telefônicos e telegráficos. A falta de regulamentação do setor, entretanto, seja quanto a regras uniformes sobre a tecnologia a ser utilizada ou quanto às tarifas a serem cobradas, carregava os serviços de ineficiência.

As doutrinas da economia social de mercado – promotora do “welfarestate” – surgidas na Europa do pós-guerra e sustentadas na preocupação em corrigir desigualdades e promover o desenvolvimento econômico com a chamada justiça social, influenciaram as opções políticas nacionais e, a partir do anteriormente mencionado incremento da participação direta do Estado na economia, resultaram na intensificação do modelo intervencionista de regulação dos serviços de telecomunicação.

A plena adoção do modelo regulatório da intervenção direta exigiu a prévia organização do setor pela regulamentação com a promulgação do Código Brasileiro de Telecomunicações em 1962³. A nova lei estabeleceu as regras relativas à outorga, fiscalização, infra-estrutura e tarifas - tão necessárias e que tanta falta faziam à regulação desses serviços.

Além de contribuir para a maior eficiência, o código foi instrumento fundamental para que se criassem as condições ideais à assunção da exploração do setor

³ Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1962.

pelo Estado na década seguinte. A definitiva encampação dos serviços de telecomunicação pelo Estado brasileiro se deu de forma definitiva em 1972 com a criação da TELEBRÁS⁴, a holding estatal que incorporou as empresas responsáveis por mais de 90% do mercado de telecomunicações no Brasil à época.

De fato, as mencionadas opções conduziram a regulação do setor de telecomunicações nacional da não-regulação do liberalismo econômico à regulação absoluta pela intervenção direta do Estado-empresário na economia, a qual foi promovida pela regulamentação, modalidade regulatória sabiamente utilizada como meio de transição e que se mostrou extremamente eficiente na redução dos traumas a que se sujeitam as drásticas alterações nas opções políticas de um Estado.

A regulação diretamente exercida pelo Estado-empresário mostrou-se extremamente útil e eficaz no período inicial de funcionamento da estatal. A ineficiência e a precariedade, marcantes no período anterior à regulamentação implementada por meio da lei gestora do setor de 1962, foram rapidamente corrigidas pelos pesados investimentos à custa das abundantes linhas de financiamento oferecidas ao Estado pelo mercado internacional naquele período.

O interesse coletivo também foi, à primeira vista, beneficiado pela regulação exercida pelo Estado-empresário, já que houve expressiva melhora na interconexão das redes locais e ampliação dos serviços às regiões que antes se mostravam economicamente desinteressantes à iniciativa privada.

O Estado não conseguiu, entretanto, manter o ritmo dos avanços alcançados naqueles primeiros anos durante a década seguinte. Aos poucos a burocracia estatal foi se incorporando à estrutura das empresas e a eficiência conquistada retrocedeu à precariedade anteriormente observada.

O crédito abundante aos poucos desapareceu e a capacidade de investimento do poder público foi extremamente reduzida pelo aumento dos custos do financiamento do Estado, que culminou com a decretação da moratória pela necessidade de cessação de pagamentos.

Fundamental observar que em um contexto regulatório baseado na intervenção direta não existe necessidade de se estabelecer forte regulamentação, tendo em vista o fato de esta poder ser exercida internamente e diretamente pela empresa controlada pelo Estado. Essa característica da regulação da espécie intervenção direta se fez notar nos anos

⁴ A Telecomunicações Brasileiras S.A. foi criada oficialmente pela lei nº. 5.792 de 11 de julho de 1972.

de monopólio de fato da TELEBRÁS, quando a regulamentação pouco avançou e a expansão do setor se deu basicamente por meio de políticas de estado.

A situação começou a mudar com a sedimentação das doutrinas neoliberais como norteadoras das opções políticas ocidentais na segunda metade da década de oitenta, as quais ganharam espaço no Brasil a partir do início da década de noventa. Nesse contexto, a falência da gestão estatal do setor de telecomunicações, pelos motivos anteriormente mencionados, fazia parte do rol de argumentos dos defensores da opção neoliberal.

Enquanto o liberalismo pregava a não-regulação, ou seja, a total abstenção do Estado de interferir no domínio econômico de forma a permitir que o mercado encontrasse, sozinho, seus pontos de equilíbrio exercendo a auto-regulação, o neoliberalismo do fim do século XX apresentava uma proposta de modelo regulatório baseado na regulamentação da economia.

A consolidação do neoliberalismo como opção política tornou-se explícita nas medidas adotadas pela administração pública brasileira para combater a ineficiência dos serviços públicos sob controle estatal e permitir a modernização do país. A reforma do Estado brasileiro fundamentou-se, nesse momento, principalmente na transferência dos serviços prestados por empresas estatais ao controle privado e na abertura do mercado nacional ao capital estrangeiro.

No que se refere às privatizações e desestatizações, há de se frisar, definitivamente, que a implementação do modelo neoliberal não se deu por meio da desregulação da economia. A forma de regulação da ordem econômica passou da intervenção direta, eliminada com as privatizações, à regulamentação, a qual se institucionalizou com a criação das chamadas agências reguladoras.

3. REGULAMENTAÇÃO, LIBERALIZAÇÃO E OPÇÕES POLÍTICAS

A regulamentação neoliberal dos anos 90 deu ênfase bastante importante à abertura do mercado nacional ao capital estrangeiro. De fato, no contexto histórico posterior à queda do muro de Berlim, a atração de investimentos estrangeiros passou a ser considerada essencial ao desenvolvimento de países emergentes e as políticas de abertura de mercado e proteção de capital transnacional incorporaram-se à normatização que surgia. Nesse prisma, a liberalização da economia, ou seja, a abertura do mercado ao capital

estrangeiro, mostrou-se um dos aspectos mais importantes do novo modelo regulatório adotado pelo Estado brasileiro.

No setor de telecomunicações, o marco inicial dessa nova fase regulatória se deu com a promulgação da emenda constitucional nº. 8 em agosto de 1995, a qual alterou o artigo 21 da Constituição Federal e passou a permitir a exploração dos serviços de telecomunicação pela iniciativa privada. A nova redação do dispositivo constitucional estabeleceu, ainda, a necessidade da regulamentação do setor e determinou a criação de um órgão regulador para o setor, “in verbis”:

“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;”⁵

A modificação introduzida pelo legislador não deu espaço à desregulação do setor, já que claramente elegeu a regulamentação como forma de regulação escolhida para substituir o modelo da intervenção direta do Estado até então em vigor e fundado no sistema TELEBRÁS.

É de se observar que a nova redação dada ao inciso determinou expressamente que a regulamentação fosse implementada por meio de lei que dispusesse sobre a organização dos serviços e, inclusive, sobre a institucionalização da regulação do setor, a qual foi levada a cabo com a criação em 1997 da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

O legislador manteve, por outro lado, na nova redação do dispositivo constitucional a possibilidade da prestação dos serviços de telecomunicação ser feita diretamente pelo Estado. A preservação da referência expressa à atividade empresária do Estado na norma pode ser interpretada tanto como uma questão de ordem prática, para embasar o monopólio da antiga holding estatal no período de transição entre a promulgação da emenda constitucional nº. 8 em 1995 e a desestatização dos serviços em

⁵ Redação anterior:

“Art. 21. Compete à União:

XI – explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União;”

1998, quanto como uma forma de se garantir constitucionalmente ao Estado o controle absoluto da política regulatória do setor.

O novo texto legal promoveu, em síntese, o traslado da regulação dos serviços de telecomunicação da espécie intervenção para a regulamentação, mas manteve, por outro lado, a possibilidade de reversão do modelo adotado sem necessidade de alteração do texto constitucional.

De certo, a regulação das telecomunicações sempre refletiu diretamente as opções políticas vigentes. A novidade, entretanto, está na menor rigidez legal para a escolha do modelo regulatório a ser adotado. Se por um lado o legislador constitucional buscou garantir a normatização dos aspectos materiais da legislação setorial, deu, por outro lado, maior liberdade à forma a ser escolhida pelo Estado para regular os serviços.

Caracterizada a regulamentação como espécie de regulação econômica paralela, mas não contraposta, à intervenção direta do Estado na economia e debatidas as opções políticas envolvidas em sua adoção como modelo regulatório pelo Estado brasileiro, surgem imediatamente questões relacionadas à liberalização⁶ do setor sob análise ao capital estrangeiro.

À primeira vista, pareceria redundante ressaltar o caráter político das opções feitas pelo legislador, naturalmente um agente político, entretanto, tal característica se mostra extremamente relevante, já que as mencionadas escolhas podem interferir de forma direta e imediata no cotidiano do país.

Consolidado o modelo regulamentador para os serviços de telecomunicação, um novo desafio se apresentou ao legislador nacional ao cumprir o disposto no referido artigo 21 do texto constitucional e dispor “sobre a organização dos serviços”: a liberalização do setor.

Ainda que o contexto político neoliberal da época, marcado pelo término da Rodada Uruguai do GATT⁷ com a criação da Organização Mundial do Comércio - OMC, ou seja, pela consolidação da liberalização do comércio internacional como opção política, a abertura do setor de telecomunicações no Brasil ao capital estrangeiro enfrentava grande resistência tanto na órbita legislativa quanto naquela da sociedade civil.

Quase dois anos se passaram entre a entrada em vigor da emenda constitucional nº. 8 e a promulgação de seu regulamento definitivo, em julho de 1997, a Lei Geral das

⁶ Necessário se faz inicialmente instruir o termo liberalização com os significados envolvidos com a abertura ao capital estrangeiro e afasta-lo, por exemplo, de conceitos assemelhados ao da desregulação.

⁷ Acordo Geral de Tarifas e Comércio, conhecido por sua sigla inglesa GATT.

Telecomunicações – LGT - Lei nº. 9.472/97⁸, a qual revogou o antigo Código Brasileiro de Telecomunicações. Sob esse novo parâmetro, a cuidadosa análise do texto legal possibilita a identificação de todos os elementos até aqui expostos para a adoção de um novo modelo de regulação a partir da alteração constitucional ali regulamentada.

Dentre os aspectos gerais mais importantes da LGT cumpre ressaltar a outorga da organização e exploração dos serviços de telecomunicações a um órgão regulador, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, criada pelo artigo 8º da mesma lei e subordinada ao poder executivo federal.

A opção pela regulamentação em detrimento da intervenção direta do Estado na economia exigiu a criação de um mecanismo que estabelecesse algum tipo competência normativa flexível e autônoma para o setor de forma a garantir a defesa dos interesses coletivos e evitar o restabelecimento do caos e da precariedade do modelo não-intervencionista anterior a 1962.

Nesse sentido, a mensagem clara de negação a um modelo supostamente desregulador pode ser extraída do Art. 2º, IV da LGT, “in verbis”: “Art. 2º O Poder Público tem o dever de: IV – fortalecer o papel regulador do Estado”.

Adotada a regulação por meio da regulamentação como opção política, o legislador outorgou, então, no título II da LGT ao poder executivo, diretamente ou por intermédio da ANATEL, competências bastante amplas para organizar a prestação dos serviços de telecomunicação no Brasil.

A regulamentação dos serviços feita amplamente pelo poder executivo imprime incontestemente dinamismo ao setor e pode servir bem à proteção do interesse coletivo, já que tende a oferecer respostas mais rápidas a eventuais percalços. Toda essa autonomia e seu dinamismo podem, por outro lado, submeter a prestação dos serviços aos riscos políticos inerentes à concentração de competências normativas em apenas um dos três poderes, que, quando mal utilizada, pode gerar conseqüências desastrosas.

Exatamente nessa situação e submetida aos riscos mencionados se encontra a liberalização dos serviços de telecomunicação no Brasil, consoante a redação dada pelo legislador nacional ao Parágrafo único do artigo 18 da LGT:

“Art.18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:
...

⁸ Durante a fase de transição, destacam-se a Lei nº. 9.295 de julho de 1996 – Lei Mínima de Telecomunicações – e a Lei nº. 8.987 de fevereiro de 1995 – Lei de Concessão de Serviços Públicos.

Parágrafo único. O Poder Executivo, levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países, poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços de telecomunicações.”

Conforme estabelecido no dispositivo transcrito, a participação do capital estrangeiro em empresa prestadora de serviços de telecomunicação não está, em rasa análise, juridicamente protegida de forma perene consolidada em lei, senão sujeita à liberalidade do poder executivo que poderia, quando julgasse necessário, impor limites ao investimento transnacional.

Alguns autores entendem, todavia, que a regra do artigo 18 da LGT estaria carregada de inconstitucionalidade em vista da alteração promovida na lei maior pela Emenda Constitucional nº. 6 de agosto de 1995, a qual revogou o artigo 171 e retirou do texto constitucional a diferenciação anteriormente existente entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional⁹.

Desconsideradas as discussões quanto à inconstitucionalidade do dispositivo transcrito, não havendo ainda enfrentamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal, os limites à participação de empresas estrangeiras no capital de prestadoras de serviços de telecomunicação no Brasil encontram-se, ao menos a princípio e não definitivamente em princípio, submetidos exclusivamente às opções políticas do poder executivo, o que, no atual contexto de maciça participação de capital internacional na composição acionária das empresas do setor, pode representar um risco político considerável.

A falta de garantia de estabilidade legal para a participação do capital estrangeiro investidor nas prestadoras de serviços de telecomunicação não afastou o interesse internacional no mercado doméstico. De certo, os efeitos do dispositivo foram neutralizados pela manutenção da política neoliberal, a qual se manteve firme mesmo após a eleição de um governo marcadamente de esquerda. A política econômica adotada pelo poder executivo é atualmente, de fato, a única fiadora da não utilização das prerrogativas outorgadas pelo artigo 18 da LGT.

No contexto internacional a questão pode ser, entretanto, muito mais complexa e suscetível a controvérsias, já que o Brasil é signatário do *General Agreement on Trade in Services* – GATS, o acordo multilateral sobre o comércio de serviços no âmbito da OMC que entrou em vigor ao final da Rodada Uruguai de negociações do GATT.

⁹ Posicionamento defendido originalmente por Umberto Celli Junior.

O GATS se propõe a cobrir, ressalvadas algumas exceções, de forma bastante ampla, mas flexível, a regulamentação do comércio internacional de serviços, inclusive de telecomunicação. O acordo tem claro objetivo de proporcionar a liberalização de forma gradual e bastante dinâmica e tende a ver sua abrangência constantemente ampliada nas rodadas de negociação da OMC.

A abertura dos mercados não se processa, entretanto, de forma impositiva, mas por meio da assunção de compromissos de liberalização na forma de listas apresentadas pelos signatários do acordo. Essas listas levam a termo as propostas de liberalização feitas pelos países e, para tanto, seguem a classificação setorial estabelecida na chamada *Services Sectoral Classification List* – MTN.GNS/W/120 –, classificam o nível de liberalização entre limitações ao acesso ao mercado e ao tratamento nacional e, por fim, estruturam-se de acordo com quatro modos de prestação de serviço: o fornecimento transfronteiriço, o consumo no exterior, a presença comercial e a presença de pessoas naturais.

Na atual rodada de negociações da OMC, a chamada Rodada Doha, o Brasil apresentou sua oferta revisada aos membros do Conselho para o Comércio de Serviços em junho de 2005¹⁰. A proposta pode ser globalmente considerada bastante tímida e, especificamente no que se refere aos serviços de telecomunicações, pouco avança ao encontro de uma maior liberalização.

Dos quatro modos de prestação de serviços, apenas a presença comercial é objeto de liberalização consolidada, ainda que com ressalvas, dentre os compromissos apresentados pelo Brasil para o setor de telecomunicações e exatamente entre as ressalvas foi incluída a possibilidade de o poder executivo impor limites à participação do capital estrangeiro em empresas nacionais.

Além da menção ao estabelecido no artigo 18 da LGT, o compromisso assumido ressalta a necessidade de obtenção de licença da ANATEL para a prestação de serviços de telecomunicação, que, ainda consoante a legislação interna, apenas será outorgada a prestadoras devidamente constituídas de acordo com as leis brasileiras.

A lista apresentada pelo Brasil para o setor de telecomunicações de fato resguarda a competência regulamentadora do poder executivo, o que, na forma ampla e evasiva que se expressa na oferta, se presta a proteger o país de eventual acusação de violação de compromissos assumidos no acordo multilateral.

¹⁰ Documento WTO TN/S/O/BRA/Rev.1 de 22 de junho de 2005.

A ressalva mais interessante, e certamente uma das mais importantes, da oferta brasileira encontra-se nas notas introdutórias do documento, senão vejamos:

“This offer cannot be construed as offering in any way the privatization of public undertakings or as preventing Brazil from regulating public and private services in order to meet national policy objectives” (grifos nossos)

O parágrafo transcrito retirou, a nosso ver, expressamente da proposta brasileira nas negociações no âmbito do GATS concessões, mesmo implícitas, às prerrogativas regulatórias do Estado. Se interpretada extensivamente, a ressalva não apenas preserva a liberdade de ação do Estado que se refere à regulação dos serviços públicos – e privados – como também, indiretamente, amplia o espectro da legalidade internacional da legislação interna de cunho regulatório.

É dizer que, em caso de hipotético conflito entre a regulamentação de determinado setor de serviços e a proposta apresentada pelo Brasil nas negociações do GATS, poder-se-ia imaginar a utilização de argumentos fundamentados na caracterização da medida controversa como balizada por “*national policy objectives*”.

Nesse sentido, interessante se faz conjugar, por exemplo, a expressão contida na lista brasileira com a competência outorgada ao poder executivo pelo anteriormente mencionado artigo 18 da LGT para impor limites à participação de capital estrangeiro nas empresas prestadoras de serviços de telecomunicações “levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países”.

Afastadas as dúvidas quanto à constitucionalidade do dispositivo contido na LGT e tendo por base a arquitetura da referida oferta brasileira, caso o Estado brasileiro resolvesse modificar novamente a forma de regulação dos serviços de telecomunicação - fazendo opção política pela intervenção direta em detrimento do atual modelo regulamentador ou simplesmente fechando o mercado - haveria argumentos para sustentar a não caracterização do ato, se conjugado com o cumprimento de eventuais obrigações indenizatórias, como ilícito internacional fundamentado em alegação de descumprimento a compromissos firmados sob o GATS.

A cautela brasileira na elaboração de sua proposta de liberalização está em consonância com os objetivos do GATS de liberalização progressiva feita a partir da legislação interna de seus signatários e justifica-se, inclusive, pelo grande número de barreiras legais impostas à liberalização do comércio de serviços, mas não favorece a abertura do mercado nacional.

De fato houve, a partir da década passada, expressivo avanço na implementação de um modelo econômico regulatório voltado à abertura do mercado nacional, o qual se refletiu nas opções políticas feitas pelo legislador no exercício de sua competência regulamentadora, mas certamente subsiste ainda espaço para avanços muito maiores.

Especificamente no âmbito das telecomunicações, a liberalização - restrita na legislação interna à presença comercial - encontra-se em situação bastante delicada, já que a lei confere exclusivamente ao poder executivo a liberalidade de interferir nos limites à participação do capital estrangeiro no mercado nacional. A discricionariedade do poder regulador do Estado nesse caso específico, ainda que tendo sido criada como forma de garantir a proteção dos interesses nacionais, supera, a nosso ver, os limites da razoabilidade e tende a permitir a utilização dessa prerrogativa inclusive contra o interesse coletivo.

Outorgadas por lei ao poder executivo, decisões importantes se sujeitam de forma contundente às opções políticas feitas por um número muito pequeno de pessoas e, afastada a real possibilidade de controle dessas escolhas, cenários instáveis com importantes conseqüências internacionais podem surgir.

4. TELECOMUNICAÇÕES, REGULAÇÃO E PERSPECTIVAS

“Nada que deba ser estatal, permanecerá en manos del Estado”, com esta frase, atribuída ao presidente Carlos Saul Menem e considerada um ícone no processo de reformas econômicas implementadas na América Latina nos anos 90, o então ministro de obras e serviços públicos argentino, Roberto Dromi, anunciou o conjunto de medidas envolvidas na chamada “Reforma do Estado”.

A opção política neoliberal, fundada nas privatizações e, portanto, no abandono do modelo de regulação econômica da intervenção direta do Estado-empresário em favor da regulamentação do mercado, popularizou-se de tal forma entre os governos latino-americanos que, ao final da década passada, de Tijuana a Ushuaia a esmagadora maioria dos serviços públicos, até então prestados quase exclusivamente pelos Estados, encontrava-se sob controle privado e submetido à regulamentação.

A retirada do Estado do controle das empresas prestadoras de serviços públicos somou-se à abertura dos mercados resultante da consolidação do GATT, da criação da OMC e, especificamente em relação ao comércio de serviços, da assinatura do GATS.

Nesse contexto, grande parte das empresas privatizadas passaram ao controle do capital transnacional.

No Brasil, a legislação interna foi adaptada ao novo modelo regulatório e passou a permitir a entrada do capital internacional em diversos setores, mas não irrestritamente. Dessa forma, ainda que diversas empresas privatizadas tenham hoje participação ou estejam sob controle estrangeiro, a liberalização se faz com restrições e os reflexos dessas ressalvas na legislação interna servem para explicar a timidez da proposta brasileira para a liberalização do comércio de serviços nas negociações na OMC.

No setor de telecomunicações, a competência outorgada ao poder executivo pelo legislador para impor limites ao capital estrangeiro não afastou o investimento transnacional, mas adiciona, a nosso ver, um risco político desnecessário, o qual, apesar da opção regulamentadora liberalizante estar aparentemente consolidada no cenário democrático nacional, pode vir a despertar anacronismos em contextos eleitorais futuros ou, até mesmo, em alterações nas políticas de Estado do atual governo.

Tais preocupações se tornam ainda mais relevantes quando observada a dinâmica ideológica dos últimos resultados eleitorais em nosso continente que, aos poucos, segue em direção à retomada das opções políticas fundadas na regulação exercida pelo Estado-empresário.

Em discurso de anúncio de seu novo gabinete ministerial, em 10 de janeiro de 2007, o presidente reeleito da Venezuela, Hugo Chávez, afirmou que "*todo lo que fue privatizado será nacionalizado*", frase emblemática dessa nova realidade que se instaurou no atual contexto político da América Latina e que se contrapõe diretamente àquela que marcou as reformas neoliberais da década de 90. Conjugada com a atual redação do artigo 18 da LGT, tal afirmação poderia se tornar o arauto de um futuro regulatório incerto e preocupante, já que as políticas do setor se encontram, ao menos a princípio, alijadas dos procedimentos democráticos.

Duas opções restariam, portanto, à integridade da regulação dos serviços de telecomunicações no Brasil. A primeira delas se consubstanciaria na consolidação do entendimento de que o artigo 18 da LGT seria, conforme anteriormente aventado, inconstitucional. Alternativamente, por outro lado, caberia ao legislador nacional a opção pela alteração do texto do mencionado dispositivo para, ao menos, submeter o ato exclusivo do poder executivo ao crivo do congresso nacional e afastar, assim, a falta de representatividade de uma eventual decisão pela alteração da regulamentação da liberalização do setor de telecomunicações no Brasil.

5. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. In FIGUEREDO, Marcelo (Org.). **Direito e regulação no brasil e nos eua**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOYER, Robert. **A teoria da regulação: uma análise crítica**. São Paulo: Nobel, 1990.

CELLI JÚNIOR, Umberto. **Telecomunicações no brasil: balanços e perspectivas**. Revista do Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, v. 43, n 134, p. 175-186, abr./jun. 2004.

_____. **Comércio de Serviços na OMC**. Curitiba: Juruá, 2005.

CONESA, Eduardo R. **Macroeconomia y política macroeconômica**. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2002.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. **Derecho constitucional econômico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

FIORATI, Jete Jane. **As telecomunicações nos direitos interno e internacional: o direito brasileiro e as regras da OMC**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1941.

RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. **Direito das telecomunicações: a regulação para a competição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

6. LEGISLAÇÃO

- Constituição Federal.
- Lei nº. 9.472 de 16 de julho de 1997 – Lei Geral das Telecomunicações.
- Lei nº. 9.295 de 19 de julho de 1996 – Lei Mínima das Telecomunicações.
- Lei nº. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 – Lei de Concessões de Serviços Públicos.
- Lei nº. 5.729 de 11 de julho de 1972 – TELEBRÁS.
- Lei nº. 4.117 de 27 de agosto de 1962 – Código Brasileiro de Telecomunicações.

- *General Agreement on Trade in Services* – GATS.
- *Services Sectoral Classification List* - WTO MTN.GNS/W/120.
- Documento WTO TN/S/O/BRA/Rev.1 de 22 de junho de 2005.