

## Direito e Economia na Regulação Setorial

---

**Coordenador**

Mario Gomes Schapiro

**Autores**

Alessandro V. M. Oliveira

Alexandre Ditzel Faraco

Eduardo Augusto Guimarães

Mariana Mota Prado

Mônica Steffen Guise

Vinicius Marques de Carvalho

# DADOS DE COPYRIGHT

## Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

## Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [xlivros.com](http://xlivros.com) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

***Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.***

série *GVlaw*

Mario Gomes Schapiro  
*Coordenador*

## DIREITO ECONÔMICO

### Direito e Economia na Regulação Setorial

Alessandro V. M. Oliveira  
Alexandre Ditzel Faraco  
Eduardo Augusto Guimarães  
Mariana Mota Prado  
Mônica Steffen Guise  
Vinicius Marques de Carvalho

1ª edição  
2009

2ª tiragem  
2010





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP  
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30  
às 19:30

[saraivajur@editorasaraiva.com.br](mailto:saraivajur@editorasaraiva.com.br)

Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

## **FILIAIS**

### **AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE**

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

### **BAHIA/SERGIPE**

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

### **BAURU (SÃO PAULO)**

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

### **CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO**

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 –  
Fortaleza

### **DISTRITO FEDERAL**

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax:  
(61) 3344-1709 — Brasília

### **GOIÁS/TOCANTINS**

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 –  
Goiânia

### **MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO**

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

### **MINAS GERAIS**

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

### **PARÁ/AMAPÁ**

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 –  
Belém

**PARANÁ/SANTA CATARINA**

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

**PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS**

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

**RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)**

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

**RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO**

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

**RIO GRANDE DO SUL**

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

**SÃO PAULO**

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-15039-3

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito econômico : direito e economia na regulação setorial

Mario Gomes Schapiro, coordenador. — São Paulo : Saraiva, 2009. — (Série GVlaw)

Vários autores.

Bibliografia.

1. Direito econômico 2. Direito econômico - Legislação I. Schapiro, Mario Gomes. II. Série.

08-09415 CDD-34:33

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito econômico 34:33

**Diretor editorial** Antonio Luiz de Toledo Pinto

**Diretor de produção editorial** Luiz Roberto Curia

**Editora** Manuella Santos

**Assistentes editoriais** Rosana Simone Silva / Larissa Casares

**Produção editorial** Ligia Alves / Clarissa Boraschi Maria Coura

**Estagiário** Vinicius Asevedo Vieira

**Preparação de originais** Maria Lúcia de Oliveira Godoy / Raquel Modolo De Nardo

**Arte e diagramação** Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Isabel Gomes Cruz

**Revisão de provas** Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Regina Machado

**Serviços editoriais** Karla Maria de Almeida Costa / Carla Cristina Marques / Ana Paula  
Mazzoco

**Data de fechamento da edição: 11-11-2008**

**Dúvidas?**

Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Aos alunos do GV*law*.

## APRESENTAÇÃO

A FGV é formada por diferentes centros de ensino e pesquisa com um único objetivo: ampliar as fronteiras do conhecimento, produzir e transmitir idéias, dados e informações, de modo a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país e sua inserção no cenário internacional.

Fundada em 2002, a Escola de Direito de São Paulo privilegiou um projeto diferenciado dos currículos tradicionais das faculdades de direito, com o intuito de ampliar as habilidades dos alunos para além da técnica jurídica. Trata-se de uma necessidade contemporânea para atuar em um mundo globalizado, que exige novos serviços e a interface de diversas disciplinas na resolução de problemas complexos.

Para tanto, a Escola de Direito de São Paulo optou pela dedicação do professor e do aluno em tempo integral, pela grade curricular interdisciplinar, pelas novas metodologias de ensino e pela ênfase em pesquisa e publicação. Essas são as propostas básicas indispensáveis à formação de um profissional e de uma ciência jurídica à altura das demandas contemporâneas.

No âmbito do programa de pós-graduação *lato sensu*, o *GVlaw*, programa de especialização em direito da Escola de Direito de São Paulo, tem por finalidade estender a metodologia e a proposta inovadoras da graduação para os profissionais já atuantes no mercado. Com pouco tempo de existência, a unidade já se impõe no cenário jurídico nacional através de duas dezenas de cursos de especialização, corporativos e de educação continuada. Com a presente *Série GVlaw*, o programa espera difundir seu magistério, conhecimento e suas conquistas.

Todos os livros da série são escritos por professores do *GVlaw*, profissionais de reconhecida competência acadêmica e prática, o que torna possível atender às demandas do mercado, tendo como suporte sólida fundamentação teórica.

O *GVlaw* espera, com essa iniciativa, oferecer a estudantes, advogados e demais profissionais interessados insumos que, agregados às suas práticas, possam contribuir para sua especialização, atualização e reflexão crítica.

*Leandro Silveira Pereira*  
Coordenador do GVlaw

## PREFÁCIO

Os anos 1990 assistiram a dois fenômenos simultâneos e complementares no campo da organização econômica: a desconstituição de um modelo de desenvolvimento econômico baseado na centralidade estatal e a abertura do mercado brasileiro às disputas comerciais internacionais. De um lado, a reforma do Estado significou uma privatização dos serviços públicos, que até meados dessa mesma década eram ofertados pelas empresas estatais. De outro lado, a forma com que se procedeu a internacionalização econômica do País implicou uma aderência abrupta do Brasil aos termos do ambiente concorrencial externo.

Ambos os fenômenos assentaram-se em uma profunda reorganização jurídico-institucional do ambiente econômico nacional, que, em razão disso, passou a funcionar de acordo com novos pressupostos e parâmetros.

Notadamente no campo dos serviços essenciais, essa virada de modelo representou novo engate entre o ambiente público e o privado. Setores como telecomunicações, energia, transporte, entre outros, indicam exatamente a ocorrência desse fenômeno. No lugar das empresas estatais ou de uma regulação incisiva do Estado, tais ramos passaram a contar com a prestação privada de suas atividades e com um aparato regulatório orientado pelas razões de mercado (*market-oriented*). Basta ver, por exemplo, a significativa mudança sofrida por boa parte desses setores no que se refere à forma de remuneração, que deixou de ser calculada na base de custos para assumir mecanismos baseados em produtividade, indicando assim uma aderência à lógica privada.

Aludidas alterações institucionais, no entanto, não são triviais e nem desprovidas de intensos conflitos de interesse. A desregulação da economia e a conseqüente possibilidade da atuação privada em setores anteriormente públicos trazem consigo dilemas de difícil solução, tais como a árida compatibilização entre as necessidades dos usuários e os imperativos econômicos dos prestadores. Os serviços públicos, ainda que executados pela livre iniciativa, não deixam de apresentar um caráter essencial para os seus demandantes, que os percebem como atividades que devem permitir uma fruição universal. Os investidores encarregados desses segmentos econômicos, por sua vez, balizam-se na obtenção máxima de retorno

econômico e lucratividade. A tensão entre eficiência e equidade é, portanto, constitutiva desse novo capítulo da organização dos serviços públicos.

Os textos de Alexandre Faraco, sobre o setor de telecomunicações, de Vinicius Marques de Carvalho, sobre o setor de saneamento, e o de Mônica Guise, sobre medicamentos, estão voltados exatamente a essa difícil composição. Enquanto o setor de telecomunicações foi pioneiro na busca de uma solução, embora ainda carente de uma efetiva implementação, capaz de articular universalização e participação privada, o setor de saneamento só muito recentemente veio a dispor de um marco regulatório para tentar dirimir esta e outras controvérsias. Já o setor de medicamentos, que apresenta a mesma disputa, ao buscar mediar o interesse privado dos laboratórios, protegido na forma de patentes, e o direito dos pacientes ao acesso a medicamentos importantes, resvala nas regulações internacionais, como o acordo TRIPs e as competências da OMC.

Os impasses apresentados pelas reformas econômicas nos setores tratados por este livro abrangem também outros componentes. Para além dessa difícil justaposição entre a efetivação de direitos e a persecução lucrativa, a consolidação desse novo modelo institucional traz ainda dificuldades no que tange ao pleno funcionamento de uma economia concorrencial, em segmentos dotados de extensas e intensas falhas de mercado. Nesse sentido, o artigo de Eduardo Guimarães, sobre a regulação de transportes terrestres, indica justamente os limites desse setor para conviver em um ambiente concorrencial.

Problemas de mercado também são partilhados pelo setor aéreo, como revela o texto de Alessandro Oliveira. Embora esse segmento apresente maior competitividade entre os operadores, padece de uma concentração de empresas e de uma restrição de aeroportos, o que acaba por prejudicar a adequada prestação de tal serviço.

Um último desdobramento da reorganização institucional pela qual estes setores passaram é explorado no artigo de Mariana Mota Prado. Trata-se dos problemas de desenho e de implementação a que estão associadas as reformas econômicas. No caso do setor elétrico, por exemplo, a autora nos mostra como as assimetrias existentes entre a concepção e o funcionamento das alterações institucionais podem provocar um movimento de repetidas reformas das reformas.

Com esse leque de temas, este livro procura percorrer alguns aspectos importantes de um conjunto de setores regulados. Muito embora não sejam estes setores os únicos submetidos à regulação pública, todos eles apresentam uma característica comum, qual seja, o fato de constituírem atividades destinadas à fruição pelos usuários. Por tal razão, outros setores igualmente regulados não foram tratados neste livro.

Eis, enfim, artigos com diferentes cores e leituras, cada qual dedicado a um setor, cada qual com uma perspectiva acerca da tensa e complementar relação existente entre o Estado e o mercado. O que os unifica? Talvez seja o propósito: fazer destas páginas apenas uma provocação capaz de estimular novas e sucessivas pesquisas no terreno do Direito e da Economia da regulação.

*Mario Gomes Schapiro*  
Coordenador

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

PREFÁCIO

## 1 O SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA

MARIANA MOTA PRADO

1.1 INTRODUÇÃO

1.2 POR QUE REGULAR O SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA?

1.3 A CRISE DAS EMPRESAS ESTATAIS E A PROPOSTA DE REFORMA

1.4 O PERÍODO DE TRANSIÇÃO: RUMO AO LIVRE MERCADO

1.5 A CRISE: REFORMANDO A REFORMA

1.6 APÓS A CRISE: O PROBLEMA DO ANEXO V

1.7 MUDANÇA DE CURSO: O GOVERNO LULA E A CONTRA-REFORMA

1.8 MERCADO *VERSUS* ESTADO?

1.9 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

## 2 REGULAÇÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES: ENTRE CONCORRÊNCIA E UNIVERSALIZAÇÃO

ALEXANDRE DITZEL FARACO

2.1 INTRODUÇÃO

2.2 ANTECEDENTES: A ORGANIZAÇÃO DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL E A PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA TELEBRÁS

2.2.1 DO CAOS AO MONOPÓLIO ESTATAL

2.2.2 PRIVATIZAÇÃO E ABERTURA DO SETOR: DO MONOPÓLIO ESTATAL À CONCORRÊNCIA PRIVADA

2.2.3 A EVOLUÇÃO DO SETOR APÓS A PRIVATIZAÇÃO

## 2.3 UNIVERSALIZAÇÃO E CONCORRÊNCIA NA REFORMA DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

## 2.4 POLÍTICAS DE UNIVERSALIZAÇÃO NO BRASIL APÓS A REFORMA SETORIAL E O IMPASSE NA UTILIZAÇÃO DO FUST

### 2.4.1 UNIVERSALIZAÇÃO APÓS A PRIVATIZAÇÃO

### 2.4.2 A ATUAÇÃO DO TCU NA DEFINIÇÃO DA FORMA DE APLICAÇÃO DO FUST

### 2.4.3 A PROPOSTA DE CRIAÇÃO DO SCD

## 2.5 CARÁTER COMPLEMENTAR ENTRE CONCORRÊNCIA E UNIVERSALIZAÇÃO NO ACESSO A REDES DIGITAIS

## 2.6 CONCLUSÃO

## REFERÊNCIAS

## 3 REGULAÇÃO NO SETOR DE TRANSPORTE TERRESTRE NO BRASIL

### EDUARDO AUGUSTO GUIMARÃES

### 3.1 INTRODUÇÃO

### 3.2 MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO

### 3.3 CONCESSÃO RODOVIÁRIA

#### 3.3.1 AS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS NO BRASIL

#### 3.3.2 A NATUREZA DA REGULAÇÃO DAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS

#### 3.3.3 A CONCORRÊNCIA PELO MERCADO: A LICITAÇÃO DAS OUTORGAS DE CONCESSÃO

#### 3.3.4 A REGULAÇÃO DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO DE CONCESSÃO

### 3.4 OS SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO

#### 3.4.1 O MARCO REGULATÓRIO: EVOLUÇÃO RECENTE E LEGISLAÇÃO VIGENTE

#### 3.4.2 A PRÁTICA DA REGULAÇÃO

### 3.5 CONCESSÃO FERROVIÁRIA

#### 3.5.1 A PRIVATIZAÇÃO DAS FERROVIAS NO BRASIL

#### 3.5.2 QUESTÕES REGULATÓRIAS

## REFERÊNCIAS

## 4 REGULAÇÃO DA OFERTA NO TRANSPORTE AÉREO: DO COMPORTAMENTO DE OPERADORAS EM MERCADOS LIBERALIZADOS AOS ATRITOS QUE EMERGEM DA INTERFACE PÚBLICO-PRIVADO

ALESSANDRO V. M. OLIVEIRA

### 4.1 INTRODUÇÃO

### 4.2 ESTRUTURA E EVOLUÇÃO DO MARCO REGULATÓRIO DO TRANSPORTE AÉREO

#### 4.2.1 A POLÍTICA DE FLEXIBILIZAÇÃO DA AVIAÇÃO COMERCIAL BRASILEIRA

#### 4.2.2 LEGISLAÇÃO EM VIGOR SOBRE A CONCESSÃO DE LINHAS AÉREAS

### 4.3 DISCUSSÃO SOBRE O PROCESSO DE DETERMINAÇÃO DA CAPACIDADE PRODUTIVA PELAS FIRMAS EM MERCADOS AÉREOS LIVRES

### 4.4 ESTUDO DE CASO: EVOLUÇÃO DAS FREQUÊNCIAS DE VÔOS DOMÉSTICOS E IMPACTOS DO COMPORTAMENTO COMPETITIVO RECENTE DAS COMPANHIAS AÉREAS

### 4.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

### REFERÊNCIAS

## 5 ELEMENTOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO NOVO MARCO REGULATÓRIO NA GESTÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL: QUAL O ESPAÇO DA INICIATIVA PRIVADA?

VINICIUS MARQUES DE CARVALHO

### 5.1 INTRODUÇÃO

### 5.2 O SANEAMENTO BÁSICO NA ATUALIDADE: DESAFIOS E INTERFACES DO SETOR

### 5.3 SANEAMENTO BÁSICO COMO SERVIÇO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DA 1988

## 5.4 SANEAMENTO BÁSICO E FEDERAÇÃO: COMPETÊNCIAS E TITULARIDADE

### 5.4.1 DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: COMPETÊNCIAS COMUNS, SERVIÇOS SOCIAIS E O SANEAMENTO BÁSICO

#### 5.4.1.1 COMPETÊNCIAS DA UNIÃO

#### 5.4.1.2 COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS

#### 5.4.1.3 COMPETÊNCIAS DOS MUNICÍPIOS

### 5.4.2 COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E OS SERVIÇOS DE SANEAMENTO: A CONTROVÉRSIA DA TITULARIDADE

### 5.4.3 IMPACTO DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A GESTÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO: O DESAFIO DA COOPERAÇÃO, DO PLANEJAMENTO E DO FINANCIAMENTO

#### 5.4.3.1 PLANEJAMENTO E SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

#### 5.4.3.2 FINANCIAMENTO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

## 5.5 LIMITES E DESAFIOS À PARTICIPAÇÃO PRIVADA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

### 5.5.1 LIMITES À PARTICIPAÇÃO PRIVADA: INTEGRAÇÃO INTER-SETORIAL, INTERGOVERNAMENTAL E A UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS

#### 5.5.1.1 INTEGRAÇÃO INTERSETORIAL: A GESTÃO DE RECURSOS HÍDRICOS

#### 5.5.1.2 INTEGRAÇÃO INTERGOVERNAMENTAL: A SUSTENTABILIDADE TERRITORIAL

#### 5.5.1.3 O DESAFIO DA UNIVERSALIZAÇÃO: A SUSTENTABILIDADE SOCIAL

### 5.5.2 ALTERNATIVA PARA PARTICIPAÇÃO PRIVADA NA GESTÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO: A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

## 5.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

## REFERÊNCIAS

6 PROPRIEDADE INTELECTUAL E O MERCADO FARMACÊUTICO:  
UMA REFLEXÃO SOBRE A APLICAÇÃO DE LICENÇAS  
COMPULSÓRIAS NO MARCO DE POLÍTICAS NACIONAIS DE  
SAÚDE PÚBLICA

MÔNICA STEFFEN GUISE

6.1 INTRODUÇÃO

6.2 O MERCADO FARMACÊUTICO E O CONTEXTO  
INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO PATENTÁRIA

6.3 EFEITOS CONCRETOS DA ELEVAÇÃO DE PREÇOS PARA O  
BRASIL

6.4 A LICENÇA COMPULSÓRIA

6.5 O CASO EFAVIRENZ

6.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

# 1 O SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA

*Mariana Mota Prado*

*Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, mestre (LL.M.) e doutora (J.S.D.) pela Faculdade de Direito da Universidade de Yale, EUA, professora (assistant professor) da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto, Canadá.*

## **1.1** Introdução

O presente capítulo apresentará breve histórico das diversas reformas pelas quais passou o setor de energia elétrica brasileiro de 1992 até 2006. Serão descritos três momentos de importantes mudanças nesse período, intitulados aqui de reforma, reforma da reforma e contra-reforma. Esses momentos mostram que, em grande parte, o funcionamento do mercado de eletricidade se baseia na complexa regulação (leis, regulamentos e contratos) que governa as relações entre consumidores, empresas e governo. Eles ilustram também as dificuldades em governar tais relações: várias das reformas implementadas no Brasil não geraram os resultados esperados.

O capítulo está dividido em sete partes. A primeira explica brevemente o funcionamento do mercado de energia elétrica e indica quais os elementos básicos que compõem a regulação setorial. A segunda analisa a crise das empresas estatais e do modelo regulatório do setor ao final dos anos 1980. A terceira analisa as reformas implementadas no setor de energia elétrica brasileiro no período de 1995 até o fim do processo de privatização (a reforma). A quarta, a crise do setor, suas causas e as soluções adotadas (a reforma da reforma). A quinta discute uma das principais seqüelas da crise, as negociações do valor das indenizações previstas no anexo V dos contratos de compra e venda de energia. A sexta oferece um resumo das reformas implementadas recentemente pelo governo Lula (a contra-reforma). Finalmente, a sétima discute se as reformas aqui apresentadas

podem ser classificadas como pró-mercado e pró-Estado. A conclusão apresenta um resumo das lições que podemos tirar dessa breve análise.

## **1.2 Por que regular o setor de energia elétrica?**

O mercado de energia elétrica se divide em quatro grandes setores: geração, transmissão, distribuição e comercialização. As empresas de energia elétrica podem atuar nesses setores por meio de integração vertical, ou com uma estrutura desverticalizada. Empresas integradas verticalmente são as que interligam atividades dentro do processo produtivo ou interligam produção e distribuição. Por exemplo, no setor elétrico uma empresa verticalizada não apenas produzirá energia, mas ela também vai distribuir essa energia para o consumidor final. Empresas integradas verticalmente atuam em dois ou três mercados ao mesmo tempo. Em contraste, as empresas desverticalizadas atuam em apenas um setor e contratam os serviços prestados por outras empresas nos outros setores. Em geral, a desverticalização das empresas no setor elétrico é vista como algo que pode, potencialmente, aumentar a eficiência do mercado como um todo, dado que ela permite introduzir competição nos setores competitivos desse mercado, separando-os dos setores que são considerados como monopólios naturais.

No setor elétrico, os setores de transmissão e distribuição<sup>1</sup> são considerados monopólios naturais, ou seja, neles não há possibilidade de competição entre as empresas. Nesses dois setores há redes que basicamente transportam energia por meio de fios. Para haver competição, portanto, seria necessário multiplicar as redes de transmissão e distribuição que cobrem determinada área geográfica, de maneira que os consumidores pudessem escolher a empresa que transportaria a energia até o local onde ela seria consumida. Duplicar ou multiplicar essas redes, todavia, envolve altos custos, e o retorno que as empresas teriam por tais investimentos não seria suficiente para motivar seu ingresso no mercado. Como resultado, esses mercados acabam sendo naturalmente estruturados como monopólios naturais, nos quais é apenas viável a sobrevivência de uma única empresa.

Os setores potencialmente competitivos são o de geração e o de revenda. Mas nem sempre foi assim: o setor de geração foi, por muito tempo, considerado um monopólio natural. Ele apenas se tornou competitivo com a integração das redes de transmissão de energia elétrica. Essa integração passou a dar aos consumidores acesso a geradoras que estavam distantes do local de consumo (STOFT, 2002, p. 7). Ainda que haja apenas um fio que chegue ao local de consumo de eletricidade (distribuição), graças aos serviços de transmissão, esse fio conecta o consumidor a vários geradores de energia. Dessa forma, em teoria, o consumidor pode escolher de quem comprar. A oferta e a procura de energia nesse sistema poderiam determinar preços sem que houvesse interferência do Estado no sistema de geração. Mas isso seria apenas na teoria.

Na prática, existem dois obstáculos que impedem que o mercado de geração de energia elétrica seja competitivo. Primeiro, o modo em que se dá o consumo de energia torna quase impossível determinar padrões de consumo de acordo com variações de preço. Isso ocorre porque a energia elétrica é consumida continuamente, dentro de um décimo de segundo a partir do momento em que é produzida. E não há possibilidade de estocagem. Assim, no momento em que o consumidor consegue obter informação sobre o preço real da energia, aquela informação já não necessariamente reflete o custo da energia que ele está consumindo nesse momento. Portanto, o consumidor não consegue responder efetivamente às flutuações reais de preço e, por conseqüência, a lei da oferta e da procura não funciona como em um mercado perfeito (STOFT, 2002, p. 14-15).

O segundo obstáculo é a impossibilidade de desconectar consumidores que estejam descumprindo seus contratos, seguindo uma variação do preço de custo em tempo real (STOFT, 2002, p. 15). No mercado de energia elétrica, o consumidor pode usar energia da rede sem ter nenhum contrato: quando uma fonte consumidora de energia se conecta à rede, ela vai “puxar” a corrente elétrica daquela rede. Por causa disso, o sistema é constantemente monitorado para garantir que está sendo produzida a mesma quantidade de eletricidade que está sendo consumida a todo o momento, sem nenhum desequilíbrio<sup>2</sup>. Portanto, a empresa pode fisicamente desconectar o consumidor da rede, mas não pode recusar-se a lhe fornecer energia elétrica no exato momento em que o consumidor deixou de cumprir

seu contrato. Em outras palavras, há inimizabilidade no sistema. Isso impede que o preço dos contratos seja determinado pela lei da oferta e da procura.

Em razão da impossibilidade de estocagem, exigência de equilíbrio em tempo real e inimizabilidade – as características específicas do setor descritas acima –, os agentes estão impossibilitados de tomar decisões segundo a oscilação dos preços em tempo real. Como consequência, um regime exclusivamente de livre competição não é possível no setor de energia elétrica. Sempre é necessário haver regulação (SIOHANSI, 2006, p. 71). O propósito da regulação não é inventar novos esquemas de preço, mas sim tentar estabelecer mecanismos que garantam que os preços cobrados serão o mais próximos possível daqueles que existiriam se houvesse livre mercado. O pressuposto é que a competição favorece o consumidor final, pois gera incentivos para que as empresas reduzam seus custos de produção e sejam mais eficientes. Portanto, um dos objetivos da regulação é tentar estabelecer regras que gerem incentivos para que as empresas se comportem, tanto quanto possível, como elas se comportariam em um ambiente competitivo. Alternativamente, a regulação pode simplesmente definir o preço do produto ou serviço a fim de garantir que ele seja o mais próximo possível do preço cobrado em um ambiente competitivo, como no caso dos monopólios naturais de transmissão e distribuição.

Ainda que se reconheça que nenhum mercado de eletricidade foi ou poderia ser completamente desregulado, quanto e que tipo de regulação deve ser utilizado nesse mercado é uma das questões mais controversas da literatura (SIOHANSI, 2006, p. 71). O argumento a favor da regulação é que o setor de energia elétrica, assim como muitos outros setores de infraestrutura, não funciona espontaneamente como um livre mercado. Mas há, por outro lado, argumentos contra a regulação. Sem chegar a defender que o setor teria competição perfeita se desregulado, esses críticos da regulação apenas apontam para as deficiências regulatórias. Portanto, um dos argumentos a favor da desregulação de certos setores do mercado de energia elétrica seria a crença de que as ineficiências do próprio mercado geram menos custos que as ineficiências geradas pela regulação. O argumento, todavia, é controverso, pois não há dados nem para sustentá-lo nem para

derrubá-lo (STOFT, 2002, p. 10-11). A experiência empírica sugere que mesmo um mercado competitivo que funciona bem precisa de um regulador ou, no mínimo, um monitor de mercado ou uma autoridade de controle de cartéis (SIOSHANSI, 2006, p. 71).

Apesar do consenso sobre a necessidade de regulação, muitos autores se referem às reformas do setor elétrico como a desregulação do setor. Dada a inevitável necessidade de alguma regulação, um termo mais apropriado para descrever tais reformas é “reestruturação”. Um processo de reestruturação – que é uma tentativa de redefinir os papéis dos agentes que operam no mercado, do regulador, e/ou redefinir as regras do jogo – pode envolver desregulação em alguns níveis, mas não em todo o mercado. Por exemplo, quando a Califórnia reestruturou seu mercado, ela desregulou o mercado atacadista ao eliminar quase todas as restrições que impediam as geradoras de definir o preço da energia no atacado, mas manteve o setor de comercialização completamente regulado, no caso, com a definição de um teto de preço, ou o valor máximo que poderia ser cobrado pelos serviços de comercialização (*price cap*). Ainda que o processo de reestruturação não envolva desregulação, ele pode tentar introduzir competição em alguns ou em todos os segmentos do mercado e remover barreiras para comércio e trocas. Esse tipo de reforma é freqüentemente chamado de liberalização (SIOSHANSI, 2006, p. 71).

Os processos de reestruturação do setor elétrico em geral estão associados a processos de privatização, mas não devemos confundi-los. Enquanto a reestruturação diz respeito à definição dos papéis dos agentes e das regras do jogo, a privatização geralmente se refere à venda de ativos estatais para o setor privado. É importante notar que, apesar de estarem freqüentemente associados, é possível liberalizar o mercado sem necessariamente privatizar as empresas do setor (SIOSHANSI, 2006, p. 71).

Além da eficiência (e preço razoável para consumidores), a reestruturação do setor elétrico e as mudanças na regulação também têm outras preocupações, como atrair investimentos para expansão e aprimoramento da infra-estrutura existente. Vários modelos regulatórios geram poucos investimentos na expansão da capacidade de geração (JOSKOW, 2006). Essa preocupação é ainda mais relevante e proeminente

em países em desenvolvimento, nos quais há uma demanda crescente (SIOZHANSKI, 2006, p. 70).

O restante deste capítulo mostrará uma série de obstáculos e problemas enfrentados na tentativa de conceber e implementar um modelo regulatório no setor elétrico brasileiro que reduzisse os obstáculos para competição e atraísse investimentos privados para o setor.

### **1.3 A crise das empresas estatais e a proposta de reforma**

As empresas estatais criadas a partir da década de 50 dominaram o setor elétrico brasileiro e foram um modelo bem-sucedido até o final da década de 80, quando começaram a enfrentar grandes dificuldades financeiras (PIRES, 1999, p. 140-141). Nesse período, devido a uma crise fiscal, o Estado foi obrigado a reduzir drasticamente o volume de investimentos nas empresas estatais (GOLDENBERG e PRADO, 2003). Progressivamente, o governo parou de financiar o setor elétrico, além de cortar subsídios e isenções tarifárias para estatais. Além da falta de investimento estatal, as tarifas cobradas haviam sido utilizadas para controle inflacionário e por isso estavam altamente comprimidas, não cobrindo os custos de operação das empresas do setor (PINHEIRO, 2003, p. 7; FERREIRA, 2003, p. 190 e s.). A falta de recursos financeiros do governo coincidiu também com crescentes dificuldades na obtenção de financiamento externo. Como resultado, ao final dos anos 1980 as estatais do setor estavam com dívidas consideráveis. As conseqüências dessa situação financeira logo se tornaram visíveis: no período anterior à crise (entre 1951 e 1980) a capacidade de geração aumentou em média 9,8% ao ano. A partir do início da crise até a primeira reforma (entre 1981 e 1993<sup>3</sup>) essa taxa caiu para 4,1% ao ano – o que estava abaixo do aumento no consumo (5,3% ao ano) (PINHEIRO, 2003, p. 8).

No período de 1995 a 1999, foi implementada uma série de reformas visando à abertura do mercado e ao estabelecimento de competição no setor. Essas reformas regulatórias, intituladas de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro (RE-SEB), foram acompanhadas de um ambicioso plano

de privatização<sup>4</sup>. Tanto o processo de privatização quanto a reforma regulatória eram possíveis soluções para a crise das empresas do setor: enquanto a privatização permitiria arrecadar fundos para lidar com a crise fiscal do Estado, ela também era vista como uma potencial solução para a falta de investimento no setor; a reforma regulatória, além de atrair investimento privado, deveria estabelecer competição entre as empresas privadas, aumentando a eficiência na prestação dos serviços, e, ao mesmo tempo, deveria proteger os consumidores contra preços monopolísticos e abusos de poder de mercado.

A reforma propunha um modelo diametralmente oposto àquele que predominou no setor até o início da década de 90, caracterizado por integração vertical de um lado, especialmente entre empresas de geração e transmissão, e, de outro, por cooperação entre todas as empresas no setor. A reforma regulatória visava a abolir essa estrutura com: a) criação de competição nos serviços de geração; b) acesso irrestrito às redes de transmissão e distribuição; e c) criação de competição nos serviços de comercialização. Para tanto, era necessário desverticalizar todas as empresas verticalmente integradas (GOLDENBERG e PRADO, 2003, p. 225). Isso garantiria um funcionamento independente dos setores competitivos (geração e comercialização) e não competitivos (transmissão e distribuição) do mercado de eletricidade.

A privatização começou pelas empresas que não estavam verticalmente integradas. Enquanto estas eram vendidas em leilões públicos, o governo promovia a reestruturação daquelas integradas verticalmente. A reestruturação das empresas foi acompanhada de: a) uma série de restrições a futuras integrações verticais<sup>5</sup>; b) limitações à participação acionária em outras empresas que prestavam o mesmo serviço (integração horizontal), tanto para distribuição quanto para geração e para a soma dos dois<sup>6</sup>; c) regras que previam o progressivo aumento do número de consumidores livres, que poderiam escolher de quem comprar eletricidade; d) regras que previam o aumento da flexibilidade para que empresas de geração e distribuição pudessem negociar livremente contratos de compra e venda de energia.

Essas reformas, especialmente as descritas nos itens c e d acima, não geraram os resultados esperados, como veremos a seguir.

## 1.4 O período de transição: rumo ao livre mercado

A reforma implementada a partir de 1995 (governo FHC) reconhecia os setores de distribuição e transmissão como monopólios naturais, enquanto visava a transformar os setores de geração e comercialização em mercados competitivos. Como mencionei na segunda seção, a competição no setor de geração de energia elétrica é possível porque, em princípio, o consumidor pode adquirir energia de qualquer geradora conectada à rede.

A interligação de diversos geradores com diversos consumidores exige, todavia, algum tipo de coordenação para garantir que a mesma quantidade de energia consumida esteja sendo gerada quase simultaneamente. Para assegurar tal coordenação, a reforma implementada no governo FHC manteve um modelo centralizado de despacho físico e transferiu a responsabilidade pela operação do sistema ao Operador Nacional do Sistema (ONS), que é uma associação civil sem fins lucrativos. O ONS foi criado em 1998 e coordenado por representantes das empresas de geração, transmissão e distribuição, por exportadores e importadores de energia, por consumidores livres e pelo Ministério das Minas e Energia (Lei n. 9.648/98 e Dec. n. 2.655/98). Ele substituiu o Grupo Coordenador para Operação Interligada (GCOI), que era controlado pela Eletrobrás.

Enquanto o ONS garantia o equilíbrio físico, operando o sistema de despacho de forma centralizada, e enquanto o sistema de transporte de energia (transmissão e distribuição) era reconhecido como monopólio natural, a reforma pretendia introduzir livre competição nos setores de geração e comercialização (ARAÚJO, 2006, p. 548). Os diversos agentes do mercado – geradoras, distribuidoras, agentes comercializadores, exportadores e importadores de energia – poderiam assinar contratos bilaterais de longo prazo para compra e venda de energia. Isso ocorreria sem um controle centralizado do Estado. Tais contratos seriam registrados no mercado atacadista de energia (MAE)<sup>7</sup>. O MAE também coordenaria o mercado de curto prazo (*spot market*), no qual o excesso de energia podia ser comercializado.

A completa implementação desse livre mercado seria precedida de um período de transição de oito anos (Lei n. 9.648/98). Durante o período de transição, existiria um mercado regulado e o livre mercado. No mercado regulado haveria contratos bilaterais entre geradoras e distribuidoras de energia elétrica, os chamados contratos iniciais. No mercado livre, a energia seria negociada livremente. Ao final do período de transição, a compra e venda de energia seria livremente negociada. O propósito da transição era evitar uma mudança imediata para o regime de livre negociação dos contratos de fornecimento de energia, o que causaria um choque nos preços da eletricidade (PIRES, 1999, p. 150). No início do período de transição, os únicos agentes que podiam participar desse livre mercado eram os agentes criados pelo novo modelo: produtores independentes, agentes comercializadores, e consumidores livres.

Aludidos agentes não existiam no modelo regulatório anterior, controlado pelo Estado. Produtores independentes são geradores de energia que produzem eletricidade para consumo próprio, ou para ser comercializada com outros geradores, distribuidoras ou consumidores livres (i. e., eles não podem fornecer energia diretamente para consumidores cativos) (Lei n. 9.074/95, arts. 11 e 12). Agentes comercializadores são entidades que vendem energia no livre mercado, e os comercializadores que foram constituídos apenas para esse fim são empresas que não têm ativos no setor (Lei n. 9.427/96, art. 3<sup>o</sup>, XIV, e Res. ANEEL n. 265/98). Finalmente, consumidores livres, como o próprio nome sugere, são aqueles que podem adquirir eletricidade diretamente dos geradores ou de qualquer outra entidade que opera no sistema (Lei n. 9.074/95, arts. 15 e 16, e Dec. n. 2003/96). Os consumidores livres são o oposto dos consumidores cativos. Estes são atendidos pelas distribuidoras locais e não têm outra opção senão comprar energia da única distribuidora que presta serviços na região onde eles se encontram.

Apesar de limitado no início, o número de participantes no mercado livre deveria aumentar progressivamente. O pressuposto era que, quanto maior o número de consumidores livres, maior seria a competição no setor. Portanto, os critérios para que um agente se tornasse consumidor livre mudariam progressivamente. Em 1995, consumidores com demanda igual ou superior a 10 MW eram livres e, se eles quisessem deixar o mercado

regulado, poderiam comprar eletricidade diretamente das geradoras e/ou produtores independentes (Lei n. 9.074/95, art. 15)<sup>8</sup>. A partir de 2000, aqueles com uma demanda igual ou superior a 3 MW passaram a ser consumidores livres (art. 15, § 2º). A flexibilidade progressiva do critério de definição do consumidor livre tinha como propósito atrair um número cada vez maior de consumidores para o livre mercado, gerando competição primeiro entre distribuidoras e geradores e posteriormente entre agentes comercializadores.

Os resultados, porém, ficaram aquém do almejado: a maioria daqueles que se qualificavam como consumidores livres decidiu permanecer no mercado regulado, como consumidores cativos (BAJAY, 2006, p. 870). Há pelo menos uma possível razão para essa decisão: ao se tornarem consumidores livres, as empresas tinham de migrar do mercado regulado para o livre mercado. Isso, todavia, gerava grande desvantagem, pois no mercado regulado havia subsídios cruzados para beneficiar consumidores industriais (que compõem uma parcela significativa de consumidores livres). Tais subsídios eram perdidos na migração para o livre mercado (BAJAY, 2006, p. 870). O resultado é que o número de consumidores que optaram por se tornar consumidores livres foi significativamente menor que o esperado: a regulação criou a possibilidade para que eles fossem livres, mas não forneceu incentivos para que esses consumidores saíssem do mercado regulado.

Além do progressivo aumento no número de consumidores livres, outra mudança deveria ocorrer no período de transição: o aumento da quantidade (e do “tipo”) de energia negociada no livre mercado. Enquanto a energia produzida pelas geradoras recém-construídas (“energia nova”) podia ser livremente negociada no livre mercado, a “energia velha”, produzida pelas empresas geradoras existentes (que, em sua maioria, já estavam operando havia anos e já haviam amortizado seus investimentos), estava sujeita a um controle estrito. Na primeira fase do período de transição, de 1998 a 2002, as velhas empresas geradoras foram obrigadas a assinar contratos com as distribuidoras, chamados “contratos iniciais”, que definiam o preço de venda da “energia velha” até 2002. A partir de 2003, 25% do total de energia negociada por meio dos “contratos iniciais” seria adicionado ao mercado livre todo ano. Conseqüentemente, a quantidade de energia

negociada no mercado livre aumentaria e, no final da segunda fase do período de transição, toda a eletricidade produzida no Brasil deveria ser comercializada por meio dele. Esse processo seria simultâneo ao processo de ingresso crescente de consumidores livres no livre mercado. O resultado final esperado era, portanto, um progressivo movimento de migração em direção ao livre mercado de eletricidade. Mas isso acabou não ocorrendo.

Com a contra-reforma implementada por Lula em 2004, toda a estrutura de funcionamento do setor foi modificada (como veremos em maior detalhe na seção 1.7, abaixo), e o processo de transição nunca foi completado. Antes de analisar isso, todavia, precisamos entender o que antecedeu a contra-reforma de Lula: a crise do setor elétrico.

## **1.5 A crise: reformando a reforma**

A seção anterior ilustrou a dificuldade em utilizar regulação para estabelecer um livre mercado sob condições nas quais a livre competição não ocorre espontaneamente. A presente seção trata de outro objetivo da regulação: atrair investimentos privados para o setor. Nesse aspecto, as reformas implementadas no Brasil enfrentaram um desafio adicional, pois precisavam também atrair investimentos para expansão e aprimoramento dos serviços de infra-estrutura de maneira a preencher a lacuna deixada pelo período de estrangulamento fiscal do Estado brasileiro (PIRES, 1999, p. 138).

Logo após o início do processo de privatização e reforma do setor, houve melhora na qualidade do serviço e aumento da eficiência no setor de energia elétrica. A causa principal dessa melhora foi a redução de perdas no sistema de distribuição e corte de pessoal dentro das empresas (PINHEIRO, 2003, p. 8). Também houve aumento de investimentos no setor em geral (ARAÚJO, 2006, p. 554, figura 15.10). Esse aumento corresponde a investimentos no setor de transmissão e distribuição e inclui aqueles utilizados para consertar problemas com as antigas redes (PINHEIRO, 2003, p. 8). Em geração, todavia, os resultados não foram tão bons.

Conforme mencionado anteriormente, o setor elétrico passava por graves problemas financeiros ao final da década de 80. Portanto, era

imperativo que a reforma atraísse novos investimentos, garantindo que o crescimento da oferta acompanhasse o natural crescimento da demanda. A falta de investimentos estatais na década de 80 resultou em uma expansão da capacidade de geração inferior à expansão da demanda/consumo. Ainda que tenha havido investimentos e que a expansão da capacidade de geração tenha superado a expansão do consumo em alguns anos após a privatização<sup>9</sup>, isso não foi suficiente para preencher a lacuna entre consumo e geração criada pela falta de investimentos nos anos 80. A vagarosa expansão da capacidade de geração, aliada a um período de quarenta dias sem chuva no verão de 2001, culminou na crise de energia elétrica e em um período de racionamento que durou de junho de 2001 até fevereiro de 2002 (Medida Provisória n. 2.148-1, arts. 13 e s.).

Existe consenso em torno do fato de que, se os projetos de geração planejados que nem sequer começaram a ser construídos e aqueles cujas obras estavam com o andamento atrasado tivessem sido finalizados, a crise não teria ocorrido<sup>10</sup>. A falta de chuvas no período de janeiro e fevereiro de 2001, portanto, não teria culminado em uma crise, seguida de racionamento, se a expansão da capacidade de geração tivesse ocorrido conforme previsto. Isso porque sistemas predominantemente hídricos exigem um constante equilíbrio entre (i) uso imediato da água nos reservatórios, que reduz custos a curto prazo mas aumenta custos futuros, e (ii) preservação da água para futuro uso, aumentando o custo imediato dado o uso de energia oriunda das termoeletricas, mas reduzindo o custo futuro (CAMARGO e MENDES, 2003, p. 521). Optou-se pelo uso imediato da água, contando-se com a disponibilidade de uma capacidade de geração maior no futuro, o que não ocorreu.

Apesar desse consenso, há divergências sobre as razões pelas quais essa expansão da capacidade de geração não ocorreu. Um relatório governamental com um diagnóstico da crise (relatório Kelman)<sup>11</sup> oferece algumas explicações de por que o governo não previu a crise e por que não houve investimentos em geração. Vale destacar duas. Primeiro, quanto à falta de previsão e ações preventivas, o governo estaria sem informações acuradas sobre a gravidade do problema. Segundo, quanto à falta de investimentos em geração, houve grande ineficiência dentro da máquina governamental e falta de comunicação e coordenação entre diferentes

setores do governo (como a ONS, a ANEEL, o MME e a Presidência da República). Por exemplo, as empresas estatais que tinham planos para investir em geração foram impedidas de fazê-lo em razão das restrições impostas pela política macroeconômica do governo.

Apesar de concordar com a maior parte do diagnóstico oferecido pelo relatório Kelman, alguns especialistas acreditam que a falta de investimentos em geração, especialmente em usinas termoeletricas, deve-se a problemas estruturais do modelo implementado por FHC. Uma versão mais conciliatória do argumento afirma que não seria possível estabelecer um regime de competição entre hidroelétricas e termoeletricas no Brasil sem a utilização de medidas contrárias à lógica de mercado, como redução de eficiência ou redistribuição de recursos, que atraísse investimentos para a termoeletricidade (ARAÚJO, 2001, p. 93; ARAÚJO, 2006, p. 555). Em virtude da predominância de energia hidroelétrica e do alto custo de produção de energia termoeletrica, as termoeletricas apenas despachariam energia ocasionalmente. Isso torna o investimento em termoeletricidade muito arriscado, pois o investidor não tem garantia nenhuma de retorno (ARAÚJO, 2006, p. 555). Por isso, as medidas se tornavam necessárias até o momento em que a composição da matriz energética estivesse mais equilibrada.

Uma versão mais crítica do argumento defende a idéia de que o modelo de mercado competitivo simplesmente é inadequado para o sistema brasileiro, que tem uma matriz hidroelétrica e exige coordenação entre as geradoras. Em suma, as falhas das reformas foram causadas pela importação de um modelo regulatório estrangeiro, o qual não foi devidamente adaptado ao setor elétrico brasileiro (GOLDENBERG e PRADO, 2003, p. 225-228 e 233).

Uma série de medidas foram implementadas para debelar a crise, dentre as quais o racionamento de energia elétrica que resultou em significativa redução da demanda de energia no sistema. Tal racionamento resolveu o problema da escassez de energia, mas gerou outro problema, que discutiremos a seguir.

## 1.6 Após a crise: o problema do Anexo V

Conforme mencionado anteriormente, a reforma do setor elétrico proposta pelo governo FHC exigiu que as empresas de distribuição de energia assinassem contratos de longo prazo com as geradoras para o período de 1998 até 2002 (os chamados “contratos iniciais”). As distribuidoras concordaram em assinar tais contratos, que correspondiam à aquisição de 100% da energia por elas consumida, desde que fossem protegidas contra a possibilidade de racionamento do consumo de energia elétrica. Para tanto, foi criado o Anexo V dos contratos de compra de energia elétrica, que garantia compensação para as distribuidoras em caso de racionamento.

Em junho de 2001, o governo brasileiro impôs um racionamento em virtude da crise energética discutida na seção anterior. Os consumidores foram obrigados a reduzir seu consumo de energia, sendo estabelecidas diferentes metas para diferentes consumidores (GCE, Res. n. 8, de 25-5-2001)<sup>12</sup>. Como consequência, os níveis de consumo de energia reduziram algo em torno de 20%. As distribuidoras de energia elétrica imediatamente exigiram a indenização prevista no Anexo V dos contratos de compra de energia. Naquele momento, 80% das empresas de distribuição haviam sido privatizadas, enquanto 80% das geradoras permaneciam nas mãos do Estado, que seria o principal responsável pelo pagamento das indenizações.

O governo alegou que as indenizações, segundo os termos das cláusulas contratuais, levariam a maioria das geradoras de energia elétrica à falência. Após intensas negociações, foi acordado que o governo compensaria as distribuidoras pelas perdas. Os termos da compensação foram definidos no Acordo Geral do Setor Elétrico<sup>13</sup>. Por meio do acordo, o governo securitizou 80% das perdas com empréstimos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e autorizou uma recomposição tarifária extraordinária a partir de janeiro de 2002, de maneira a garantir receitas para que as distribuidoras pagassem tais empréstimos.

Os percentuais de aumento de tarifas não corresponderam àqueles inicialmente exigidos pelas distribuidoras, as quais, no início das negociações, pediam uma recomposição tarifária que fosse capaz de recompensar suas perdas dentro de um período de dezesseis meses. Em vez disso, o governo ofereceu um aumento que deveria cobrir tais perdas dentro

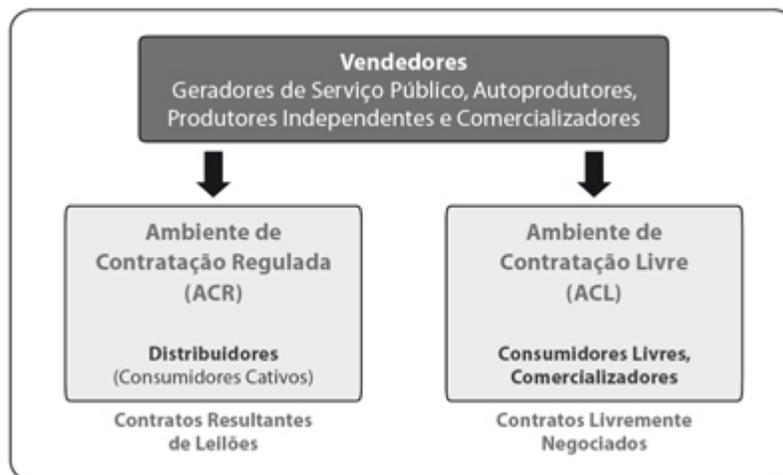
de um período de três anos (36 meses). As empresas acabaram por aceitar os termos do acordo, e os consumidores tiveram de arcar com aumentos que variaram de 2,9% a 7,9%. O período inicialmente previsto não foi suficiente para indenizar algumas empresas por suas perdas. Nesses casos, o governo decidiu estender para até dez anos o período de reajuste extraordinário.

No fim das contas, o governo, as empresas e os consumidores acabaram arcando com os custos do apagão. O governo ofereceu empréstimos do BNDES e teve de enfrentar o impacto político negativo do aumento das tarifas, interpretado como uma ofensa pelos consumidores, que haviam cumprido seu papel respeitando as metas de racionamento. As geradoras e distribuidoras tiveram de arcar com uma diminuição significativa das receitas, que não foi totalmente evitada pelo acordo do setor. E os consumidores passaram a pagar mais pela eletricidade, com os aumentos tarifários.

## **1.7 Mudança de curso: o governo Lula e a contra-reforma<sup>14</sup>**

Em 2004, o governo implementou novo modelo no setor elétrico brasileiro. Uma das principais características desse modelo foi a implementação de uma estrutura mais centralizada que, em contraste com o modelo anteriormente implementado por FHC, dá menos espaço para forças de mercado (ARAÚJO, 2006, p. 560).

O modelo Lula manteve um mercado de geração competitivo, mas restringiu bastante a quantidade de contratos que podem ser negociados livremente. Alguns contratos de venda de energia podem ser negociados livremente, o que foi chamado de Ambiente de Contratação Livre (ACL). Outros contratos, todavia, estão restritos ao Ambiente de Contratação Regulada (ACR). Esses últimos são chamados Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR). As distribuidoras são as principais participantes do ACR<sup>15</sup>. Os consumidores e comercializadores podem negociar livremente e assinar contratos bilaterais no ACL. As geradoras que operam em regime de serviço público, os produtores independentes, os autoprodutores e os comercializadores podem todos optar entre vender energia no ACR ou no ACL (Leis n. 10.847/2004 e 10.848/2004).



Fonte: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica ([www.ccee.org.br](http://www.ccee.org.br)).

No ACR, em vez de livre contratação, há leilões de energia. Baseada na demanda prevista pelas distribuidoras, a ANEEL (diretamente ou por meio da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica<sup>16</sup>, CCEE) promove leilões de energia pelo critério da menor tarifa (Dec. n. 5.163/2004, art. 20, VII). Tanto as geradoras de serviço público quanto os produtores independentes, os autoprodutores e os agentes comercializadores podem oferecer energia nos leilões. O vencedor será aquele que oferecer o menor preço por MW/hora e assinará CCEARs com as distribuidoras.

Há dois tipos de CCEAR, um para compra de energia de novos empreendimentos e outro para compra de energia dos empreendimentos existentes. O primeiro tem duração mais longa, sendo de no mínimo 15 e no máximo 30 anos, e o leilão é realizado 3 ou 5 anos antes do prazo para início do suprimento. O segundo contrato dura no mínimo 5 e no máximo 15 anos, e o leilão é realizado um ano antes do prazo para início do suprimento. O prazo de duração mais longo dos contratos para novos empreendimentos serve como incentivo para investimentos no setor, dado que os investidores sabem que, se conseguirem vencer o leilão com a menor tarifa, terão demanda assegurada. Essa demanda também é garantida pela exigência – imposta pelo novo modelo – de que as distribuidoras contratem 100% da sua demanda de energia<sup>17</sup>. Vale notar que os prazos de 5 e 3 anos

para início do suprimento permitem aos investidores organizar o financiamento do projeto de construção, para que as usinas hidroelétricas (em geral, 5 anos) e termoelétricas (em geral, 3 anos) estejam em funcionamento no prazo previsto.

No prazo de até um ano antes do início do suprimento, podem ser realizados leilões de ajuste, nos quais há apenas um vendedor e uma distribuidora. Diferentemente dos contratos assinados em outros leilões, os de ajuste não podem ter mais de dois anos de duração, bem como não podem representar mais de 1% do total da carga necessária para atendimento do mercado consumidor (Dec. n. 5.163/04, art. 26). O propósito dos leilões de ajuste é permitir que as empresas distribuidoras complementem a carga de energia inicialmente contratada para atender à demanda dos consumidores finais.

Do ponto de vista econômico, o ACR é tido como um *pool* de compradores, pois um grupo de distribuidoras atua como um comprador único no leilão de energia. Dentro do *pool*, as geradoras que vencem o leilão assinam diversos CCEARs, um com cada distribuidora participante daquele leilão específico. O resultado disso é que as geradoras assumem menos riscos com relação ao retorno do capital investido, pois, ainda que uma das distribuidoras se torne inadimplente, é menos provável que todas elas o façam ao mesmo tempo (CORREIA *et al.*, 2006a, p. 619). Isso deveria reduzir o preço dos contratos de compra e venda de energia, que, em geral, tem embutido o risco de descumprimento do contrato pela outra parte (ROCHA e GARCIA, 2006, p. 3829).

Além disso, ao organizar a demanda por energia em forma de *pool* e fechar a compra com quem oferecer a tarifa mais barata, o sistema está preocupado em evitar abuso de poder de mercado e garantir modicidade tarifária para o consumidor final (CORREIA *et al.*, 2006, p. 511 e 522). Como os leilões de energia influenciam o preço da tarifa paga pelos consumidores cativos, que são aqueles servidos pelas distribuidoras sob um regime de monopólio natural, eles também servem para assegurar tarifas razoáveis.

No ACL, podem participar geradoras, agentes de comercialização, importadores e exportadores de energia elétrica e consumidores livres. Conforme explicado anteriormente, os consumidores livres podem escolher

seus provedores de energia (pagando uma taxa pelo uso das redes de transmissão e distribuição). No ACL, os vendedores e compradores têm liberdade para estabelecer os termos dos contratos bilaterais de compra e venda de energia. À diferença do modelo anterior, há agora incentivos concretos para a migração de consumidores cativos para esse mercado. Tais incentivos incluem: redução dos preços (em parte em razão do excesso da produção gerada pelo racionamento), eliminação de barreiras tributárias<sup>18</sup>, redução do prazo para migração de três para um ano<sup>19</sup>, e possibilidade de retorno ao *status* de consumidor cativo no prazo de cinco anos. E o aumento no número de consumidores livres no mercado foi significativo: de 34 consumidores livres em 2004, a CCEE passou a ter 466 em 2005 e 613 até dezembro de 2006.

Há outros aspectos importantes do novo mercado que não serão explorados em maior detalhe aqui. Vale mencionar, todavia, que as avaliações iniciais do novo modelo foram positivas (CORREIA *et al.* 2006, p. 528). Porém, o sistema está operando há muito pouco tempo para podermos afirmar definitivamente que ele funciona. E ainda há questões importantes para serem resolvidas, que não foram sequer mencionadas aqui, como o licenciamento ambiental e o problema do gás natural. Devemos adotar, portanto, um otimismo parcimonioso (ARAÚJO, 2006, p. 563).

## **1.8. Mercado *versus* Estado?**

A breve apresentação dos problemas com as reformas do setor elétrico brasileiro e a análise simplificada dos modelos regulatórios apresentada aqui poderia levar alguns a concluir, equivocadamente, que no Brasil houve uma tentativa frustrada de implementar um regime de livre mercado, seguida da criação de um modelo de estrito controle governamental. Em outras palavras, o leitor poderia ficar tentado a rotular as reformas de FHC como pró-mercado e as de Lula como pró-Estado.

Tal distinção, todavia, não é completamente acurada. As reformas de FHC de fato se utilizaram de uma pesada retórica pró-mercado. Contudo, ainda que a transição tivesse sido bem-sucedida, o setor de geração não poderia ser considerado um livre mercado, por três razões. Primeiro, o

modelo implementado pelo governo FHC decidiu manter a coordenação entre as usinas hidroelétricas, observando em parte o controle centralizado que predominava no período pré-privatização (ARAÚJO, 2006, p. 538). Afirmam os especialistas que, em virtude da predominância da matriz hidroelétrica e da existência de bacias interligadas, a coordenação permite a otimização do uso da água, aumentando a eficiência do sistema. A razão é simples: dentro de uma mesma bacia hidroelétrica, o consumo ou estoque de água de uma usina afeta diretamente a quantidade de água disponível para outras usinas. Além disso, a coordenação do uso da água entre bacias permite que o sistema interligado administre melhor a geração de energia em períodos de seca e períodos chuvosos. Esse tipo de coordenação parece peculiar ao sistema brasileiro. Outros sistemas de matriz predominantemente hídrica não adotaram esse tipo de mecanismo, porque ou eles possuem mais usinas termoelétricas no sistema ou eles estão interligados com outros sistemas cuja matriz termoelétrica é mais significativa (ARAÚJO, 2006, p. 550).

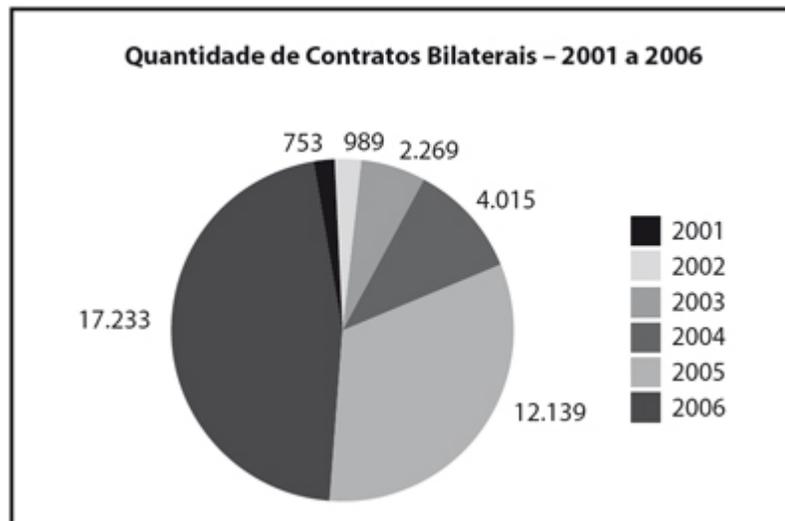
A segunda razão é que as peculiaridades do sistema hídrico e o despacho centralizado levaram à implementação de um mecanismo que eliminava a livre competição entre geradoras: o Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) (ARAÚJO, 2006, p. 538 e 549). O MRE é um mecanismo financeiro para redução do risco hidrológico e foi implementado em 1998 (Dec. n. 2.655/98, Cap. IV, seção II).

A terceira razão pela qual as reformas de FHC não criariam livre competição é o fato de que o modelo de determinação do preço no mercado de curto prazo (*spot*) não era totalmente definido pela lei da oferta e da procura. Em vez de definir o preço de curto prazo com base nas ofertas feitas em leilões de energia, o MAE funcionava de acordo com preços estabelecidos por meio de fórmulas, e os resultados eram definidos por computadores, com base em alguns dados fornecidos pelos agentes do mercado (ARAÚJO, 2006, p. 548-549).

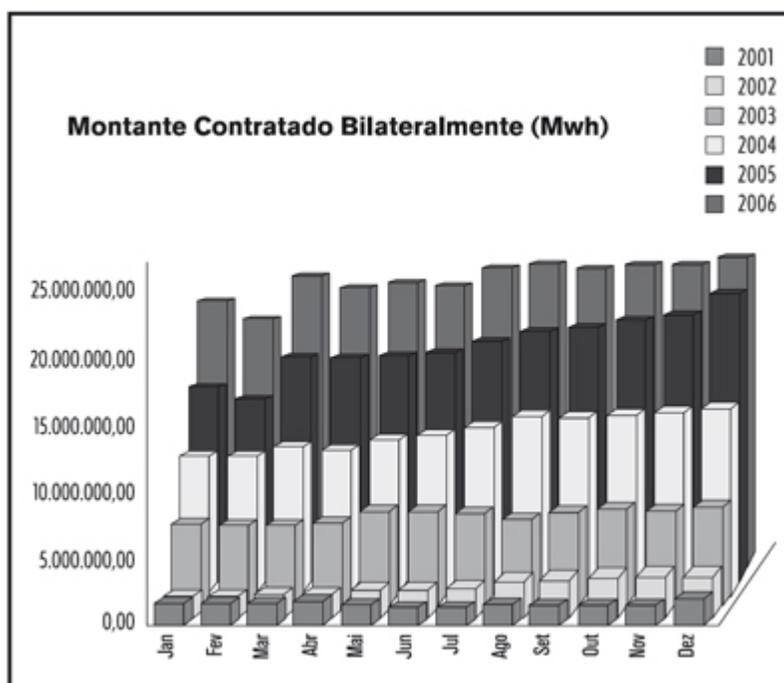
Portanto, ainda que as reformas implementadas por FHC tivessem sido bem-sucedidas, por causa das três razões apresentadas acima, restam dúvidas de que se poderia considerar esse um livre mercado com efetiva competição entre empresas, no qual os preços eram determinados pela lei da oferta e da procura.

Em contraste, as reformas de Lula, que são claramente mais céticas das forças de mercado do que as de FHC, acabaram por estabelecer um esquema no qual contratos livres correspondem a 18% do total de energia consumida. Um número significativamente maior do que aquele obtido durante o governo FHC (ARAÚJO, 2006, p. 538).

Os gráficos abaixo demonstram o aumento do número de contratos bilaterais e da quantidade de energia negociada livremente de 2001 a 2006:



Fonte: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica ([www.ccee.org.br](http://www.ccee.org.br)).



Fonte: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica ([www.ccee.org.br](http://www.ccee.org.br)).

## 1.9 Conclusão

As várias reformas pelas quais passou o setor elétrico brasileiro não atingiram os resultados esperados por, basicamente, duas razões: falhas de desenho e falhas de implementação. Falhas de desenho são aquelas que não adaptam o modelo regulatório às peculiaridades do país no qual tal reforma está sendo representada. Algumas vezes, os problemas com o desenho se tornam visíveis apenas com o tempo. As falhas de implementação ocorrem quando o desenho e a estrutura do mercado são sólidos, mas a implementação tem problemas porque o processo de transição não evolui conforme o esperado ou porque a implementação das reformas não é conduzida da melhor forma possível (o que pode ocorrer em razão da resistência política ou de outros fatores externos à reforma). No caso do Brasil, parece ter havido falhas de desenho na reforma implementada por FHC, aliadas a falhas de implementação (ARAÚJO, 2001, p. 85; SIOSHANSI, 2006, p. 72).

Em ambos os casos (falhas de desenho ou de implementação), torna-se necessário conduzir reformas das reformas, o que tem ocorrido em diversos

países ao redor do mundo. Ajustes às reformas originais foram ou estão sendo implementados no Chile, na Argentina, na Colômbia, nos Estados Unidos (Califórnia) e até mesmo na Inglaterra, que era considerada um modelo para outros países (SIOSHANSI, 2006, p. 73). As reformas implementadas no Brasil para lidar com a crise de energia elétrica e a recente reforma do setor se enquadram, portanto, em um padrão relativamente comum no cenário internacional.

Quais as conseqüências disso? Mercados de energia elétrica parecem estar adotando, ou já adotaram, formas híbridas, nas quais as empresas não estão completamente desverticalizadas, nem totalmente privatizadas, nem se conduzem de modo verdadeiramente competitivo. Em alguns casos, essas formas híbridas parecem ser transitórias, mas em outros não parece haver intenção (ou a opção) de criar um mercado completamente desverticalizado, privatizado e liberalizado (SIOSHANSI, 2006, p. 75). Esse último parece ser o caso do Brasil atualmente, após as reformas implementadas por Lula.

Isso é bom ou ruim? É difícil dizer. Não há consenso na literatura sobre as vantagens e desvantagens da integração vertical e privatização no setor elétrico (SIOSHANSI, 2006, p. 76). Como conseqüência, tal qual indicado na segunda seção do capítulo, há pouco consenso sobre que tipo de regulação e em que intensidade deveria ser usado no setor. Mais do que isso, não há consenso sobre o que constitui um mercado de energia elétrica bem estruturado, nem há um índice universal para comparar *performance* de diferentes mercados (SIOSHANSI, 2006, p. 81).

Portanto, não devemos questionar-nos se determinadas reformas no Brasil resolveram definitivamente os problemas do setor. Em virtude de conseqüências imprevisíveis, evoluções inesperadas, ou obstáculos que não estão sob controle dos formuladores de políticas públicas, reformas que são perfeitamente aceitáveis hoje podem tornar-se disfuncionais a qualquer momento. A pergunta mais importante a ser feita é se determinada reforma é viável e resolve os problemas atuais do sistema (ARAÚJO, 2006, p. 559). E uma resposta positiva não deve impedir-nos de reconhecer que outras reformas provavelmente serão necessárias em um futuro próximo.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, João Lizardo de. A questão do investimento no setor elétrico brasileiro: reforma e crise. **Nova Economia**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 77-96, jul. 2001.

———. The case of Brazil: reform by trial and error? In: SIOSHANSI, Fereidoon P.; PFFANBERGER, Wolfgang. **Electricity Market Reform: an international perspective**, Elsevier Science, Cap. 16, p. 565-594, 2006.

BAJAY, Sérgio Valdir. Integrating competition and planning: a mixed institutional model of the Brazilian electric power sector. **Energy**, v. 31, Issues 6-7, p. 865-876, maio/jun. 2006.

CAMARGO, Ivan; MENDES, Dilemar de Paiva. Risk responsibility for supply in the Brazilian energy market. **Power Engineering Society General Meeting**, IEEE, v. 1, p. 520-524, 2003.

CORREIA, Tiago B.; MELO, Elbia; COSTA, Agnes M. Análise e avaliação teórica dos leilões de compra de energia elétrica proveniente de empreendimentos existentes no Brasil. **Revista Economia**, Brasília: ANPEC, v. 7, n. 3, p. 509-529, set./dez. 2006.

CORREIA, Tiago B.; MELO, Elbia; COSTA, Agnes M.; SILVA, Adriano (2006a). Trajetória das reformas institucionais da indústria elétrica brasileira e novas perspectivas de mercado. **Revista Economia**, Brasília: ANPEC, v. 7, n. 3, p. 607-627, set./dez. 2006.

FERREIRA, Carlos Kawall Leal. **Privatização do setor elétrico no Brasil** (2003). Disponível em:

<<http://www.dinheirovivo.com.br/projetobrasil/energia/material/PRIVATIZACÃO.pdf>>.

GOLDENBERG, José; PRADO, Luiz Tadeu Siqueira. Reforma e crise do setor elétrico no período FHC. **Tempo Social**, São Paulo, v. 15, n. 2 (2003), p. 219-235. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702003000200009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702003000200009&lng=en&nrm=iso)>.

JOSKOW, Paul. Competitive electricity markets and investment in new generating capacity. In: HELM, Dieter. **The new energy paradigm**. Oxford: Oxford University Press, forthcoming. Draft de junho de 2006. Disponível em: <<http://web.mit.edu/ceepr/www/2006-009.pdf>>.

MENDONÇA, Augusto F.; DAHL, Carol. The Brazilian electrical system reform. **Energy Policy**, v, 27, n. 2, p. 73-83, Febr. 1999.

PINHEIRO, Armando C. The **Brazilian privatization experience**: what's next? Rio de Janeiro: BNDES, Discussion Paper n. 87, 2000. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/english/studies/td87i.pdf>>.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Regulatory reform in Brazilian infrastructure**: Where do we stand?. Brasília: IPEA, Working Paper n. 964, 2003. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=482823>>.

PIRES, José Carlos Linhares. O processo de reformas do setor elétrico brasileiro. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 137-198, dez/1999.

ROCHA, Katia; ALCARAZ GARCIA, Francisco A. Credit risk in the pool-implications for private capital investments in Brazilian power generation. **Energy Policy**, v. 34, issue 18, p. 3827-3835, December 2006. Disponível em:

<[http://www.sciencedirect.com/science?\\_ob=GatewayURL&\\_method=citationSearch&\\_uokey=B6V2W-4HBSH57-1&\\_origin=SDEMFRHTML&\\_version=1&md5=462ce2eaa31c66e566a1c88efc824cf3](http://www.sciencedirect.com/science?_ob=GatewayURL&_method=citationSearch&_uokey=B6V2W-4HBSH57-1&_origin=SDEMFRHTML&_version=1&md5=462ce2eaa31c66e566a1c88efc824cf3)>.

SIOHANSI, Fereidoon Perry. Electricity market reform: what have we learned? What have we gained? **The Electricity Journal**, Elsevier Science, v. 19, Issue 9, p. 70- 83, 2006.

STOFT, Steven. **Power system economics, designing markets for electricity**, New York: IEEE Press, 2002.

1 A transmissão utiliza correntes de alta tensão, e a distribuição, de baixa tensão.

2 Para coordenar tudo isso, existe o operador do sistema, que se encarrega do equilíbrio da rede no sentido físico. Para tanto, ele garante que a oferta esteja compatível com a demanda e a voltagem esteja no nível certo (STOFT, 2002, p. 21).

3 O governo Itamar Franco, por meio da Lei n. 8.631/93, eliminou o sistema nacional de tarifas (que impunha tarifas uniformes em todo o País), a conta de

resultados a compensar (que redistribuía ganhos das empresas do setor) e a garantia de um retorno mínimo de 10% para investimentos. As reformas foram necessárias para evitar o colapso do sistema (MENDONÇA e DAHL, 1999, p. 73-74).

**4** No Brasil, ainda não é muito claro qual a relação entre a reestruturação do setor e a privatização. Uma tese comumente encontrada na literatura é que os processos de reforma do mercado e de privatização ocorreram de maneira independente (ARAÚJO, 2006). Outra tese é a de que a prioridade do governo era privatizar empresas para reduzir o déficit fiscal e atingir objetivos macroeconômicos. Por causa disso, as reformas regulatórias que garantiriam o funcionamento do setor foram deixadas em segundo plano (BAJAY, 2006, p. 869).

**5** Apesar de a nova regulação estabelecer condições mais estritas do que aquelas que vigoravam anteriormente, ela ainda permitia algum nível de integração, com algumas limitações. Veja, por exemplo, Resolução ANEEL n. 94/98, art. 3º: "Um mesmo agente, atuando como Agente de Geração e como Agente de Distribuição, não poderá ter a soma aritmética de sua participação na capacidade instalada nacional com a sua participação no mercado de distribuição nacional superior a 30% (trinta por cento)"; art. 6º: "Uma empresa de distribuição só poderá adquirir energia elétrica de empresas de geração a ela vinculadas ou destinar energia por ela mesma produzida, para atendimento aos consumidores não contemplados nos arts. 15 e 16 da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, até o limite de 30% (trinta por cento) dos requisitos desses consumidores".

**6** O novo quadro regulatório também estabelecia limitação ao poder de mercado, sendo o percentual autorizado diferente para cada região (Res. ANEEL n. 94/98, arts. 1º e 3º).

**7** O MAE foi previsto na Lei n. 9.648/98 e regulamentado pelo Decreto n. 2.655/98. As bases de funcionamento do MAE foram definidas em um acordo entre os agentes do setor chamado Acordo de Mercado.

**8** A Lei n. 9.074/95 foi posteriormente modificada pela Lei n. 9.648/98 que, por sua vez, foi completada pela Resolução ANEEL n. 264/98. Em 1998, esses consumidores livres também eram autorizados a contratar com concessionárias ou agentes comercializadores no sistema interconectado.

**9** De 1990 a 1994 a expansão média da capacidade de geração era de 1.069 MW por ano. De 1995 a 1999 foi de 2.101 MW/ano. Apesar de ter havido grande expansão da capacidade em 2000 (4.262 MW), em 2001 esse número foi reduzido a 2.498 MW.

**10** O anúncio da crise em maio de 2001 foi seguido pela criação da Câmara de Gestão da Crise de Energia (GCE), que, por sua vez, criou uma força-tarefa (*task force*) para oferecer um diagnóstico e sugerir soluções. Liderado por Jerson Kelman, esse grupo produziu o relatório Kelman, que se tornou um diagnóstico consensualmente aceito na literatura especializada. Para alguns autores que corroboram esse ponto do relatório Kelman, *vide* ARAÚJO, 2006, p. 555 (afirmando

que o relatório Kelman foi considerado, por todos os envolvidos, um acurado diagnóstico técnico) e GOLDENBERG e PRADO, 2003, p. 230.

11 *Vide* nota de rodapé 10, *supra*.

12 Para os consumidores industriais existiam metas de 15% a 25%; para empresas estatais e serviço público, eram de até 35%; para consumidores residenciais e comércio, era de 20%.

13 Formalizado na Medida Provisória n. 14/2001 e posteriormente convertido na Lei n. 10.438/2002.

14 A literatura especializada freqüentemente se refere à reforma implementada por Lula como a Reforma da Reforma (ARAÚJO, 2006, p. 558). O termo “contra-reforma” parece mais apropriado, todavia, porque a reforma de Lula “representa um recuo em alguns aspectos da reforma iniciada em 1990 e a construção de regras institucionais para o retorno do planejamento central e estatal e para os investimentos públicos que haviam sido abandonados” (CORREIA *et al.*, 2006a, p. 618).

15 Além de adquirir energia mediante leilões, as distribuidoras podem comprar energia da Hidroelétrica de Itaipu, das geradoras dentro do Programa de Incentivos às Fontes Alternativas de Energia (PROINFA), geração distribuída (conforme definida pelo Dec. n. 5.163/2004, art. 14) e contratos bilaterais assinados antes de 16 de março de 2004.

16 A CCEE é uma entidade privada, sem fins lucrativos, e foi criada pelo novo modelo para substituir o MAE, ainda que mantenha muito da estrutura institucional dele – cinco conselheiros no conselho de administração, sendo o Presidente nomeado pelo Ministério das Minas e Energia – Lei n. 10.848/2004 e Convenção de Comercialização, instituída pela Resolução ANEEL n. 109/04.

17 No modelo anterior, elas eram obrigadas a contratar apenas 85% antes da crise e 95% depois da crise.

18 Conselho Nacional de Política Fazendária, Convênio ICMS n. 117/2004.

19 Lei n. 10.848/2004 e Decreto n. 5.163/2004. Anteriormente a migração era definida pela Resolução ANEEL n. 264/98.

# 2 REGULAÇÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES: ENTRE CONCORRÊNCIA E UNIVERSALIZAÇÃO

*Alexandre Ditzel Faraco*

*Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw, professor do programa de pós-graduação em Direito (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, doutor e livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo.*

## 2.1 Introdução

O presente texto<sup>1</sup> se propõe a fazer uma descrição geral e abrangente do setor de telecomunicações e de sua respectiva disciplina jurídica. Está dividido em quatro partes. A primeira delas faz uma retrospectiva da organização do setor e da reforma que teve como marco a privatização do Sistema Telebrás.

Em seguida, discute-se como essa reforma foi traduzida no âmbito jurídico e normativo a partir da tensão entre os dois princípios fundamentais que norteiam a legislação setorial (universalização e concorrência). Argumenta-se que concorrência e universalização não são vetores que se excluem, mas podem estar diretamente relacionados, sendo ainda possível identificar, em alguns contextos, uma relação de dependência entre um e outro.

Com o propósito de aprofundar a análise dessa questão específica, o texto segue na terceira parte com uma discussão sobre as políticas de universalização subseqüentes à privatização do Sistema Telebrás. Na quarta parte, por fim, avalia-se como a implementação eficiente de uma política de universalização do acesso a redes digitais tem uma relação de dependência com as condições de concorrência no setor (o que também conduz a uma

análise da evolução recente das normas voltadas à promoção da concorrência nas telecomunicações).

## **2.2 Antecedentes: a organização do setor de telecomunicações no Brasil e a privatização do sistema Telebrás**

### **2.2.1 Do caos ao monopólio estatal**

Historicamente as telecomunicações brasileiras estiveram de modo direto associadas ao denominado “Sistema Telebrás”. A sua origem remonta à década de sessenta do último século, quando a União Federal procurou melhor sistematizar a forma pela qual os serviços eram prestados. Sua efetiva implantação, porém, ocorreu apenas no início dos anos 1970.

Até então, o setor era marcado por uma significativa fragmentação, com diversas empresas locais e regionais operando sem coordenação e comprometendo o desenvolvimento de uma rede nacional integrada. No plano constitucional, a telefonia local e estadual não era alocada ao âmbito de competência da União, razão pela qual proliferavam concessões por parte de Estados e Municípios<sup>2</sup>. Estima-se que durante os anos 1960 atuavam no País cerca de mil e duzentas operadoras<sup>3</sup>, e a maior parte do tráfego telefônico era controlado por empresas de capital estrangeiro<sup>4</sup>.

Até a promulgação da Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962, também não havia uma sistematização legislativa quanto à matéria. Esse diploma legal, em seu art. 42, autorizou a União a criar uma empresa encarregada de explorar os serviços de sua competência, os quais foram definidos pelo seu art. 10 como os: (i) “serviços dos troncos que integram o Sistema Nacional de Telecomunicações, inclusive suas conexões internacionais”; e (ii) “serviços públicos de telégrafos, de telefonia interestaduais e de radiocomunicações, ressalvadas as exceções legais”. A Embratel foi a empresa criada com base nessa autorização legislativa.

Em 1968, o governo adquiriu a Companhia Telefônica Brasileira e, gradualmente, foi obtendo o controle da maioria das operadoras do País<sup>5</sup>. Segundo observa Florinda Antelo Pastoriza,

a idéia básica era criar um sistema nacional de telecomunicações que permitisse unificar e compatibilizar tecnicamente a rede, uma vez que a fragmentação da indústria havia produzido grande heterogeneidade de equipamentos, prejudicando a interligação entre as diversas regiões do país e elevando o custo de operação do sistema<sup>6</sup>.

A fragmentação do poder de outorgar concessões perdurou até a Constituição de 1967, a qual concentrou de forma expressa tal competência na União<sup>7</sup>. Subseqüentemente, a Lei n. 5.792, de 11 de julho de 1972, estruturou o Sistema Telebrás e autorizou, em seu art. 11, a transformação da Embratel em uma sociedade de economia mista que passaria a ser subsidiária da Telebrás, procedimento que foi regulamentado pelo Decreto n. 70.913/72.

Por volta de 1973, mediante aquisições e fusões, a Telebrás reduziu o número de operadoras para trinta e sete, quase todas sob o seu controle. Por meio do Decreto n. 74.379/74, a Telebrás foi designada “concessionária geral” para a exploração dos serviços públicos de telecomunicações. Em linhas gerais, as operadoras controladas pela Telebrás cuidavam da telefonia local e interestadual. A Embratel ficou encarregada de operar a rede básica ligando os grandes centros urbanos brasileiros, a telefonia internacional, a transmissão de dados e os serviços de telex.

Já na década de noventa, quando o governo federal definiu as etapas visando à reestruturação do Sistema Telebrás, este era formado por uma *holding*, a Telebrás, que controlava vinte e sete empresas estaduais ou locais, além de uma operadora de longa distância nacional e internacional (i. e., a Embratel).

Havia, ainda, quatro empresas não controladas pela União: a Companhia Rio-grandense de Telecomunicações (CRT), do Governo do Estado do Rio Grande do Sul; os Serviços de Comunicações Telefônicas (Sercomtel), da Prefeitura de Londrina (Estado do Paraná); as Centrais Telefônicas de Ribeirão Preto (Ceterp), da Prefeitura de Ribeirão Preto (Estado de São Paulo); e a Companhia de Telecomunicações do Brasil Central (CTBC), de capital privado e sediada em Uberlândia (sua área de atuação estende-se

pelo Triângulo Mineiro, nordeste de São Paulo, sul de Goiás e sudeste do Mato Grosso do Sul)<sup>8</sup>.

A existência dessas empresas não afetava a estrutura monopolizada do setor, pois atuavam dentro de áreas geográficas delimitadas, sem concorrer com nenhuma outra operadora. Ademais, dependiam necessariamente daquelas ligadas à Telebrás para integrarem suas redes locais e regionais ao sistema nacional de telecomunicações.

Esse modelo centralizado foi determinante para o desenvolvimento da infra-estrutura de telecomunicações no Brasil, que fora prejudicado, em larga escala, pela existência de um setor fragmentado e pouco regulado, no qual as decisões econômicas ficavam a cargo de agentes que atuavam sem nenhuma coordenação e de autoridades locais que não dispunham do necessário suporte técnico.

Ressalte-se, ainda, que até a União Federal efetivamente assumir os serviços, o volume de investimentos era bastante insuficiente, tendo resultado em uma rede incapaz de atender à demanda associada ao desenvolvimento de outros setores da economia. A presença estatal e os investimentos públicos foram, portanto, os meios de superação da incapacidade de a iniciativa privada alocar ao setor os recursos necessários.

No momento da promulgação da Constituição de 1988, o modelo construído em torno do monopólio estatal foi recepcionado e confirmado. O art. 21, XI, não apenas atribuiu à União a competência para explorar os serviços de telecomunicações, mas expressamente estabeleceu que isso deveria ser feito de forma direta ou mediante empresas sob controle acionário estatal.

### 2.2.2 Privatização e abertura do setor: do monopólio estatal à concorrência privada

A mudança na forma de organização das telecomunicações brasileiras se insere em um contexto mais amplo de revisão do papel do Estado. As políticas desenvolvimentistas no Brasil tradicionalmente se basearam em ações tomadas a partir do Estado, o qual assumiu um papel nuclear na industrialização e no período ininterrupto de crescimento econômico que se verificou durante as décadas de quarenta a oitenta.

Com a crise fiscal dos anos 1980<sup>9</sup>, verifica-se um crescente esgotamento da capacidade de investir do Estado e uma inaptidão para reverter a queda na taxa de crescimento econômico. Esse quadro foi agravado por um déficit público crescente, o qual, por sua vez, impulsionava o processo inflacionário. Paralelamente à crise fiscal, colocou-se um questionamento quanto à forma de atuação do Estado no domínio econômico, a qual se estendia por praticamente todos os setores e também dava mostras de esgotamento.

O programa de reforma do Estado brasileiro origina-se da busca de alternativas para o enfrentamento de uma crise fiscal, sendo marcado inicialmente por uma estratégia de contínua improvisação (i. e., sem uma orientação clara e sistemática quanto aos objetivos dessa reforma), na qual, porém, já se fazia presente o objetivo de retração do aparato estatal sobre a economia<sup>10</sup>. A discussão sistemática quanto ao papel que deveria desempenhar o Estado (e a nova regulação a ser implementada) surge apenas em um segundo momento, confirmando a opção de reorganizar a economia em torno do mercado. Há, assim, uma definitiva ruptura com o modelo anterior de regulação e de desenvolvimento impulsionado pelo Estado.

Conforme consta do *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, preparado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado em 1995, o objetivo visado era o fortalecimento da função estatal de promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social, deixando, porém, de ser o Poder Público o responsável direto por ele. Nesse sentido, colocar-se-iam como inadiáveis “reformas econômicas orientadas para o mercado, que, acompanhadas de uma política industrial e tecnológica, [garantissem] a concorrência interna e [criassem] as condições para o enfrentamento da competição internacional”.

O novo modelo de regulação das telecomunicações irá refletir tais premissas. Baseou-se no propósito de conferir maior espaço de atuação aos agentes privados (e redução, por meio da privatização, da prestação direta dos serviços por empresas estatais), assim como na tentativa de garantir a imposição de limites ao poder econômico (transferido a particulares no processo de privatização) mediante o fortalecimento dos mecanismos de mercado (i. e., da concorrência).

O primeiro marco normativo de implementação do novo modelo foi a Emenda Constitucional n. 8/95, que alterou a redação do art. 21, XI. Foi elaborada com o claro propósito de permitir a reestruturação do setor de telecomunicações com base na quebra do monopólio público e passagem para um regime de mercado. Viabilizou, ainda, as privatizações, na medida em que retirou a exigência de que os serviços de telecomunicações fossem prestados por empresas sob controle estatal. Dando seqüência a esse processo, à promulgação da aludida emenda seguiu-se a Lei n. 9.295, de 19 de julho de 1996.

Esta foi direcionada, antes mesmo de qualquer definição mais concreta quanto ao novo modelo que se buscava, a abrir à concorrência alguns segmentos tidos como de alta atratividade para o setor privado. Sob essa lei foram feitas licitações para a concessão da exploração da denominada Banda B do então denominado Serviço Móvel Celular (SMC). Nos termos do art. 3º desse diploma, a exploração seria feita apenas por meio de concessões. Optou o legislador, conseqüentemente, por um regime de serviço público.

A Lei n. 9.295/96 disciplinou, também, a prestação do SMC pelo Sistema Telebrás (i. e., pelo conjunto de operadoras controladas pela União Federal, as quais praticamente detinham o monopólio sobre os serviços de telecomunicações). As operadoras estaduais e locais já vinham atuando nesse mercado com base em permissões. A lei determinou que tais permissões fossem transformadas em concessões (art. 4º), devendo as respectivas operadoras constituir empresas específicas para a exploração desses serviços (art. 4º, parágrafo único, e 5º).

Houve, com base nisso, uma duplicação das operadoras regionais sob o controle da Telebrás, as quais passaram a operar a denominada Banda A do SMC em regime de concessão. Posteriormente, vieram a ser privatizadas junto com todo o Sistema Telebrás. Nesse primeiro momento da abertura do setor, portanto, institui-se um duopólio em relação à telefonia móvel<sup>11</sup>.

No tocante às empresas do Sistema Telebrás, cabe destacar que não houve propriamente a outorga de uma concessão, visto que as atividades continuaram a ser prestadas e controladas pelo próprio Estado em regime de serviço público. Conforme posição adotada por Geraldo Ataliba, a qual acabou por modificar substancialmente o entendimento prevalecente na

doutrina brasileira, não há uma relação entre concedente e concessionário quando este houver sido criado pelo titular do serviço, com capitais próprios<sup>12</sup>.

Efetivamente não há uma concessão quando a atividade não sai da esfera imediata de controle estatal, tampouco se verifica a transferência dos seus riscos, os quais continuam sendo assumidos pelo Poder Público, que despendeu os recursos necessários à constituição da respectiva empresa<sup>13</sup>. Apesar de haver uma descentralização administrativa, o Poder Público continuará controlando diretamente a organização e a prestação dos serviços<sup>14</sup>.

A Lei n. 9.295/96 foi praticamente inteiramente revogada pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT, Lei n. 9.472/97), a qual procurou organizar de forma ampla e sistemática o novo modelo institucional das telecomunicações. Disciplinou os regimes de prestação dos serviços, a criação da Anatel e a privatização do Sistema Telebrás.

O art. 18, III, da LGT estabeleceu a necessidade de o Poder Executivo aprovar um “plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público (PGO)”. Sua finalidade, segundo o art. 84, seria definir a área de atuação das operadoras, o número delas, os prazos de vigência das concessões e o de admissão de novas prestadoras. Sua elaboração coube, nos termos do art. 19, III, à Anatel mediante prévia consulta pública.

Uma vez instalada a Anatel<sup>15</sup>, a elaboração desse plano colocava-se como o passo seguinte do processo de liberalização e privatização. O art. 187 da LGT autorizou o Poder Executivo a reestruturar e desestatizar as empresas controladas pela União. Nos termos do art. 188, essa reestruturação deveria ser feita com vistas a compatibilizar as áreas de atuação das empresas com o PGO.

Em 4 de dezembro de 1997, o Conselho Diretor da Anatel submeteu à consulta pública uma primeira versão do PGO (Consulta Pública 2). A versão final sofreu poucas mudanças e foi aprovada pelo Decreto n. 2.534, de 2 de abril de 1998. O serviço enquadrado no regime público foi apenas aquele assim já classificado pela própria LGT (i. e., o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral; cf. art. 64, parágrafo único, da LGT). Todos os demais, conseqüentemente, deveriam ser prestados em regime privado.

O PGO dividiu o território nacional em quatro regiões e trinta e quatro setores. Cada um destes foi delimitado pela área de atuação das operadoras até então controladas pela Telebrás, além das outras quatro empresas independentes<sup>16</sup>. Esses setores são distribuídos em três Regiões geográficas<sup>17</sup>, sendo que a denominada Região IV congrega todo o território nacional, correspondendo à área de atuação da Embratel.

Conforme o art. 207 da LGT, as operadoras que já atuavam em cada um dos setores deveriam pleitear a celebração de contratos de concessão que passariam a regular a atuação delas nos termos do PGO. Dentro dos seus respectivos setores nas Regiões I, II e III, as operadoras ficaram habilitadas a prestar serviços locais e de longa distância no âmbito da própria região. À Embratel, com atuação em todo o território nacional, coube a prestação de serviços de longa distância nacional (não limitado ao intra-regional) e internacional.

No PGO também ficou estabelecido o cronograma de abertura do mercado de telefonia fixa. Após a privatização deveria ser instaurado um procedimento licitatório para a expedição de autorizações a fim de que um novo prestador viesse a atuar no regime privado em cada uma das referidas regiões. As empresas que receberam essas autorizações ficaram conhecidas como “empresas-espelho”<sup>18</sup>.

Instaurou-se, assim, a exemplo do que ocorrera com a telefonia móvel, um regime temporário de concorrência entre um número limitado de empresas, cuja data-limite, pelo menos no plano jurídico, era 31 de dezembro de 2001, quando deixou de haver qualquer restrição à quantidade de empresas prestadoras do STFC. Destaque-se, também, que o STFC seria prestado concomitantemente no regime público e no privado. No âmbito do primeiro, colocaram-se, em princípio, apenas as operadoras que já atuavam na prestação do serviço em regime de monopólio. Todas as demais empresas que viessem a ingressar no mercado de telefonia estariam submetidas a um regime privado.

Subseqüentemente à aprovação do PGO, e tomando-o como base, o Decreto n. 2.546, de 14 de abril de 1998, aprovou o modelo de reestruturação do Sistema Telebrás, com vistas à posterior privatização. Nesse momento, é importante lembrar, a Telebrás já não controlava apenas as operadoras de telefonia fixa, mas também as empresas que exploravam a

telefonia móvel e que foram constituídas nos termos do art. 5º da Lei n. 9.295/96.

O modelo baseou-se na cisão da Telebrás em doze empresas, também *holdings*, que passaram a controlar as respectivas operadoras. Foram constituídas quatro empresas para a telefonia fixa (controladoras das operadoras que integravam, respectivamente, as Regiões I, II, III e IV do PGO) e oito empresas para a telefonia móvel.

A privatização foi feita por meio da alienação onerosa das ações de propriedade da União, que lhe asseguravam o controle acionário dessas doze empresas. Foi vedada a aquisição, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, de participação maior ou igual a 20%: (i) em mais de uma das quatro empresas de telefonia fixa; (ii) em mais de uma das empresas que integravam as áreas de concessão 1 a 6 da Banda A; (iii) em mais de uma das empresas que integravam as áreas de concessão 7 a 10 da Banda A; (iv) em qualquer das empresas de telefonia móvel em área territorial onde já detivesse concessão para o mesmo serviço na Banda B (cf. art. 7º, Dec. n. 2.546/98).

Como mencionado acima, as empresas privatizadas assinaram, antes do início do processo de privatização, contratos de concessão nos termos do art. 207 da LGT. Estes foram mantidos em todos os seus termos com a alienação do controle acionário pela União<sup>19</sup>.

### 2.2.3 A evolução do setor após a privatização

Nos anos subseqüentes à privatização, o setor continuou dominado pelas empresas formadas a partir da Telebrás, pelo menos no âmbito do STFC (cuja infra-estrutura também é o principal suporte para a prestação de outros serviços, como o de transmissão de dados). Em cada uma das três regiões em que foi dividido o País, a concorrência evoluiu apenas em relação aos serviços de longa distância, sendo que nos serviços e redes locais ainda há a preponderância das concessionárias privatizadas (agora operando sob as denominações de Telemar/Oi – Região I, Brasil Telecom – Região II e Telefonica – Região III).

A concorrência nos serviços de longa distância, em cada região, dá-se principalmente entre a Embratel e a concessionária que atua na região, com participação menor da espelho da Embratel (a Intelig) e outras empresas de

porte mais reduzido. As empresas-espelho específicas a cada uma das regiões não tiveram um impacto significativo nos anos imediatamente subsequentes à privatização. A GVT, que atua na Região II, continua operando e em expansão. A Vésper, porém, que recebeu a autorização para as Regiões I e III acabou por ser vendida à Embratel em 2003<sup>20</sup>.

Após a abertura plena do setor (i. e., o fim do duopólio legal), também houve pouca entrada relevante no âmbito local. Há um número até expressivo de empresas que detêm autorização, as quais, contudo, normalmente exploram alguns nichos de mercado e não representam uma pressão concorrencial efetiva às concessionárias<sup>21</sup>. Na verdade, foram as concessionárias que expandiram sua área de atuação após a privatização, passando a atuar na prestação de outros serviços de telecomunicações e em outras áreas geográficas.

Nos termos do PGO, as concessionárias privatizadas só poderiam solicitar autorização para prestar outros tipos de serviço a partir de 31 de dezembro de 2003 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, quando todas as concessionárias da Região houvessem cumprido integralmente as obrigações de universalização e expansão que, segundo seus contratos de concessão, deveriam cumprir até 31 de dezembro de 2003<sup>22</sup>. Houve, de fato, o reconhecimento pela Anatel do adiantamento do cumprimento dessas metas, o que permitiu, a partir de 2002, a expansão da área de atuação das concessionárias.

Os grupos econômicos das três concessionárias regionais, além de atuarem na prestação do STFC e de serviços de transmissão de dados, também oferecem serviços de telefonia móvel. São bastante ativos, ainda, no mercado em expansão de oferta de acesso à Internet em banda larga (o qual no Brasil é dominado por esses grupos)<sup>23</sup>. Atualmente buscam ingressar na oferta do chamado *triple play*, caracterizado pela venda agregada de serviços de voz (telefonia), de transmissão de dados (acesso em banda larga à Internet) e de conteúdo audiovisual (televisão).

Isso implica, para as concessionárias de STFC, o desenvolvimento de estratégias que permitam a oferta de serviços de televisão, âmbito em que tradicionalmente não atuaram. Há, basicamente, três formas possíveis de fazer isso. A primeira seria por meio da construção de uma rede própria para serviços de televisão por assinatura<sup>24</sup>. Outra opção seria realizar a

distribuição de conteúdo audiovisual por meio da própria Internet (a chamada TVIP), o que é uma possibilidade ainda limitada<sup>25</sup>. A última forma, que efetivamente foi adotada, é a concentração por meio de aquisições. De fato, Telemar/Oi e Telefonica adquiriram ou firmaram parcerias com empresas que já detinham redes de televisão por assinatura para viabilizar seu ingresso no mercado de distribuição de conteúdo audiovisual<sup>26</sup>.

A Embratel, por sua vez, divisou na oferta agregada de pacotes *triple play* a possibilidade de ingressar na prestação dos serviços locais de voz para usuários residenciais. Conjuntamente com a rede Net de televisão por assinatura, utiliza a capacidade de transmissão de dados da infra-estrutura da rede de televisão para disponibilizar um serviço de voz via Internet (VoIP). Esse serviço é oferecido pela Net em conjunto com os de acesso em banda larga à Internet e de televisão<sup>27</sup>. Embora isso impacte a concorrência no âmbito do serviço de voz local, representa uma alternativa ainda limitada fora da oferta de pacotes *triple play*, tendo em vista a baixa penetração das redes de televisão por assinatura no Brasil<sup>28</sup>.

Em relação ao serviço de telefonia móvel, a concorrência é muito mais expressiva. Além dos grupos que se formaram a partir do duopólio das Bandas A e B, as próprias concessionárias de STFC, como dito, expandiram suas atividades para o serviço móvel. No primeiro trimestre de 2007, 47,6% da população brasileira tinha a opção de escolher entre os serviços de quatro prestadoras diferentes. Em virtude da própria concorrência (e conseqüente redução de preços) e da oferta dos serviços pré-pagos, a expansão desse serviço foi rápida e alcançou o número de 102,2 milhões de linhas no primeiro trimestre de 2007<sup>29</sup>.

## **2.3 Universalização e concorrência na reforma do setor de telecomunicações**

A tradução jurídica e normativa da reforma do setor de telecomunicações descrita acima, cujo principal marco legal é a LGT, está

na tensão e complementaridade entre dois princípios fundamentais: concorrência e universalização.

O primeiro reflete a idéia de superação de uma organização setorial baseada no monopólio (estatal), assim como de um tipo de atuação estatal intervencionista que lhe era própria e que buscava, a partir de uma relação de hierarquia entre administração pública e agente econômico, fixar diretamente as principais variáveis econômicas (preço a ser cobrado, investimentos a serem feitos, inovações a serem introduzidas). Diante do esgotamento dessa forma de atuação do Poder Público sobre a economia, marcada pela centralização do processo decisório (e, por conseguinte, do processo de coleta e análise das informações necessárias para a tomada das respectivas decisões econômicas), a criação de um ambiente concorrencial foi identificada como uma alternativa capaz de reorganizar o setor em novas bases e atribuir ao agente estatal um novo papel. Ao mesmo tempo, o estímulo à entrada de novos agentes econômicos no setor atrairia recursos privados necessários para suplantar a incapacidade estatal de investir no contexto de uma prolongada crise fiscal.

Assim, pretendia-se que um ambiente econômico concorrencial, caracterizado pela descentralização do processo de tomada de decisões econômicas (do núcleo do Poder Público para os diversos agentes econômicos envolvidos), permitiria a descoberta das melhores soluções para os problemas relativos à fixação dos preços e decisões relativas a oferta, inovações e investimento. Por outro lado, a própria existência da concorrência impediria que essas decisões fossem tomadas em detrimento dos usuários e da sociedade em geral<sup>30</sup>.

Obviamente a concorrência não é um processo natural em todo e qualquer mercado. Em geral, é preciso muito mais do que garantir direitos de propriedade e contratos para permitir a emergência de uma organização concorrencial entre determinados agentes econômicos. Isso é sobretudo verdadeiro em um setor historicamente baseado num monopólio e que, pelas suas características, oferece significativas barreiras à entrada de novos concorrentes (sendo inclusive visto até hoje como monopólio natural em certos segmentos)<sup>31</sup>. Não basta, portanto, transformar a concorrência num princípio legal, mas é preciso, ainda, o desenvolvimento concreto de um novo tipo de atuação estatal capaz de criar condições propícias ao seu

surgimento. Em outras palavras, é preciso uma regulação concorrencial capaz de criar condições que limitem o poder do antigo monopolista e disciplinar a complexidade do problema do acesso às redes de telecomunicações<sup>32</sup>.

Idealmente, chegou-se a imaginar que tal regulação concorrencial poderia ser temporária. Uma vez desenvolvidas condições efetivas de concorrência, mostrar-se-ia desnecessária a permanência de uma regulação específica com o objetivo de constranger a ação dos agentes econômicos em vista de objetivos concorrenciais. A concorrência, por si, garantiria os resultados que antes eram buscados por meio da intervenção estatal direta. Cogitou-se na doutrina, então, da possibilidade de o setor ficar sujeito exclusivamente às regras gerais do direito concorrencial, aplicáveis à generalidade dos mercados<sup>33</sup>.

A idéia de que o direito concorrencial tenderia a substituir a regulação setorial específica também encontra reflexo legislativo nas próprias normas relativas a esse ramo do sistema jurídico. Isso pode ser comprovado no direito alemão, por exemplo. Em 1998, a lei concorrencial (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) sofreu uma modificação que, entre outras disposições, estabeleceu no § 19(4) uma hipótese exemplificativa de abuso de posição dominante voltada especificamente às indústrias organizadas em rede<sup>34</sup>. Na fundamentação do projeto que apresentou tal mudança, foi expressamente mencionada a importância de um dispositivo genérico dessa natureza para quando, futuramente, a necessidade de regras setoriais específicas, em setores como as telecomunicações, tiver sido afastada<sup>35</sup>.

Todavia, esse desaparecimento da regulação concorrencial está longe de ser algo ainda factível, sendo que mesmo nos países que foram pioneiros na reforma setorial (como, por exemplo, a Inglaterra) ainda se verifica significativa regulação específica. O que se observa, na verdade, é uma tendência exatamente contrária ao seu desaparecimento. A regulação necessária para criar um ambiente concorrencial no setor de telecomunicações adquire cada vez maior complexidade, uma vez que a introdução da concorrência aumenta a complexidade dos respectivos mercados e das relações entre seus agentes. Se idealmente a geração de concorrência permitiria eliminar diversos controles estatais sobre os agentes econômicos, a realidade tem demonstrado até agora o inverso<sup>36</sup>. O que se

verifica não é o desaparecimento da ação estatal, mas a modificação do seu tipo e da sua finalidade.

Adicionalmente, e esse é o ponto que se procurará demonstrar ao final deste texto, a regulação concorrencial específica se mostra também relevante na realização do outro princípio que baseou a reforma setorial (i. e., a universalização dos serviços).

A universalização traduz o reconhecimento de que o acesso universal (i.e., de todos os cidadãos) a determinados tipos de serviços de telecomunicações é fundamental para uma vida digna numa sociedade complexa como a contemporânea, colocando-se como meta de política pública. Por outro lado, a positivação expressa do princípio da universalização, como fundamento de todo o sistema legal, demonstra que o legislador compreendeu que não basta a concorrência para alcançar um desenvolvimento pleno do setor (desenvolvimento considerado aqui de forma ampla, abrangendo inclusive objetivos capazes de promover a inclusão social)<sup>37</sup>.

É preciso uma política pública específica voltada à realização desse objetivo, pois agentes privados movidos por seus próprios interesses, ainda que submetidos ao estímulo da concorrência, não aplicarão recursos significativos para explorar atividades deficitárias (i. e., incapazes de gerar um fluxo de receitas superior ao dos custos). Há na LGT um reconhecimento dessa circunstância, razão pela qual estabelece um regime jurídico diferenciado para certas prestadoras de serviços que estarão vinculadas à implementação de metas de universalização.

Em seu art. 63, a LGT estabelece que a prestação dos serviços de telecomunicações pode dar-se em dois regimes jurídicos distintos: o público e o privado. O regime privado é bastante próximo àquele das atividades econômicas até mesmo constitucionalmente ao setor privado. A regra é a liberdade de ação dos agentes econômicos, inclusive no tocante à fixação do preço. O regime público, por seu turno, identifica-se com o de serviço público<sup>38</sup>. Nos termos do parágrafo único do art. 63, da LGT, sua característica essencial é ser “prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade”. Atualmente operam em regime público (sob um contrato de

concessão) apenas as prestadoras do STFC oriundas do Sistema Telebrás ou já existentes no momento de sua privatização.

A LGT exige que a universalização seja visada pelo menos com relação ao serviço telefônico fixo comutado, destinado ao uso do público em geral (parágrafo único do art. 64). Concomitantemente, estabelece a possibilidade de a qualquer tempo o Poder Executivo, por meio de decreto, vir a submeter outros serviços ao regime público e, portanto, ao objetivo de universalização (art. 18, I).

Ainda quanto ao regime público, deve ser destacado que a LGT disciplina com bastante detalhamento as características das respectivas concessões e permissões, assim como dos contratos e das licitações, afastando expressamente, no art. 210, a legislação geral sobre concessões e licitações (Leis n. 8.666, de 21-6-1993, 8.987, de 13-2-1995, e 9.074, de 7-7-1995).

É interessante observar, por outro lado, que, mesmo em relação aos serviços prestados em caráter público, a LGT almeja criar um sistema em que haja concorrência envolvendo os concessionários ou permissionários. Assim, a perspectiva de imposição de um regime de serviço público para alguns operadores não afasta a circunstância de que se pretende, para o setor como um todo, criar um ambiente concorrencial que abranja inclusive aqueles agentes que atuam no âmbito público.

Já no art. 6º da LGT estatuiu-se que “os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras”. Ao tratar especificamente das concessões, estabeleceu a lei que estas “não terão caráter de exclusividade”, assim como que se deve considerar o “ambiente de competição” na definição das áreas de exploração, número de prestadoras, prazos de vigência e prazos para admissão de novas prestadoras (art. 84 e seu § 1º).

Também nesse contexto é permitida a prestação de uma mesma modalidade de serviço concomitantemente em regime público e privado (art. 65). A LGT admite, assim, a existência de concorrência entre prestadoras atuando em regime público e outras atuando em regime privado.

É inegável, portanto, que o próprio regime de serviço público foi adaptado aos influxos que marcam a nova forma de regular o setor. Isso se

verifica tanto no âmbito das relações entre as operadoras, em que claramente se pretende privilegiar o desenvolvimento de mecanismos de mercado, como nas próprias regras que disciplinam a relação entre o Poder Público e as concessionárias.

Há uma flexibilização no tocante ao que tradicionalmente caracteriza o regime dos agentes privados que atuam sob a forma de serviço público. O regime tarifário ilustra bem tal circunstância. Abre-se a possibilidade de que o controle das tarifas da concessionária seja feito exclusivamente pela sua submissão à concorrência, reconhecendo-se as dificuldades e limitações inerentes ao processo de fixação e revisão de tarifas por um órgão regulador (cf. o art. 104 da LGT).

Nesse sentido, destaca-se também uma limitação da tradicional garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Esta não abrange, nos contratos de concessão do STFC, alterações provocadas pelo fato de a concessionária vir a enfrentar a concorrência de outras empresas. Assim, os prejuízos decorrentes da perda de participação no mercado, resultante da entrada de novos concorrentes, não serão compensáveis por meio de uma revisão dos termos da concessão, nem gerarão pretensão de indenização à concessionária. Há, portanto, um grau de incerteza quanto à compensação econômica que efetivamente caberá ao prestador do serviço.

A marca característica do regime de serviço público, porém, como enfatizado acima, é a universalização. Nos termos da LGT:

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 (art. 79, § 1º).

Embora as obrigações sejam impostas às prestadoras que atuam em regime público, a União Federal aparece como responsável por assegurar a existência, universalização e continuidade dos serviços prestados em regime público (art. 64). Deve, portanto, conceber e implementar políticas que

permitam realizar tal objetivo, o que é feito com a participação direta do Presidente da República.

Ao contrário do que muitas vezes se sugere nas críticas mais recentes feitas às agências de regulação, estas não retiraram do Presidente da República o poder de formular políticas públicas setoriais. No tocante à universalização, a Anatel tem um papel muito mais executivo, cabendo ao Presidente da República a decisão final quanto às políticas a serem adotadas.

Assim, cabe à Anatel formular uma proposta de política de universalização e submetê-la ao Presidente da República, após a realização de consultas públicas (art. 19, III). Todavia, cabe ao Presidente a decisão quanto a quais serviços serão prestados em regime público e de que forma se dará sua progressiva universalização, o que fará editando, mediante decreto, um plano geral de metas de universalização (PGMU – art. 18, I, II e III, da LGT).

A LGT também disciplina expressamente a forma de financiamento da universalização, contemplando as preocupações decorrentes da organização concorrencial do setor. Nos termos do art. 80, § 1º, o plano que estabelecer as metas de universalização (i. e., o PGMU) deverá especificar as fontes de financiamento, que deverão ser “neutras em relação à competição”.

Buscando atender a essa exigência, a LGT refere-se a duas fontes possíveis: (i) os orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e (ii) um fundo constituído para essa finalidade e para o qual contribuirão as prestadoras de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado (art. 81). Ao mesmo tempo, vedou expressamente formas de financiamento que possam afetar as condições de concorrência (os denominados subsídios cruzados, bastante utilizados no âmbito do antigo Sistema Telebrás)<sup>39</sup>.

A criação do fundo, que veio a ser denominado Fust, foi apenas referida na LGT, tendo sido objeto de lei específica posterior (a Lei n. 9.998, de 17-8-2000). Esta estabeleceu uma contribuição que observa o critério antes destacado, na medida em que incide à taxa de 1% sobre a receita operacional bruta decorrente da prestação de serviços de telecomunicações em geral (cf. art. 6º, IV)<sup>40</sup>.

Os dispositivos da LGT comentados acima expressam, portanto, o reconhecimento de que apenas a concorrência não seria suficiente para alcançar o objetivo de difundir o acesso aos serviços de telecomunicações na sociedade brasileira. O legislador delineou, assim, uma política pública específica para buscar tal resultado. Mas fez isso levando em conta a questão da concorrência, como se denota da exigência de que as fontes de financiamento da universalização sejam “neutras em relação à competição”.

O legislador buscou tornar possível uma compatibilização entre os dois vetores sob os quais organizou o setor. Isso não significa que haja uma relação de necessidade entre um e outro. É possível cogitar uma política setorial de estímulo à concorrência sem levar em conta metas de universalização<sup>41</sup>. O contrário também é verdadeiro, bastando considerar que no passado uma das justificativas para a manutenção do monopólio no setor era de que essa estrutura seria necessária para universalizar o acesso ao serviço.

No âmbito da LGT, porém, a regulação concorrencial deve ser pensada em conjunto com a política de universalização, de forma que uma não impacte negativamente no desenvolvimento da outra. Mas é possível ir além e observar que, em certas circunstâncias, o fortalecimento de uma poderá até mesmo servir de estímulo à outra. Na experiência brasileira recente, a telefonia móvel celular é claro exemplo de como a concorrência pode servir de estímulo à difusão do acesso aos serviços de telecomunicações. Embora o serviço móvel celular não esteja formalmente contemplado no âmbito da política de universalização, é inegável sua contribuição para a difusão do acesso à telefonia no Brasil, o que demonstra também a possibilidade de um ambiente concorrencial trazer efeitos que podem impulsionar a política de universalização<sup>42</sup>.

Claro que é preciso ponderar que muitas vezes a mera difusão do acesso apenas atenderá a uma demanda reprimida de quem tem mais poder aquisitivo, não gerando um processo de inclusão no mercado consumidor daqueles para quem não é economicamente viável oferecer o serviço (o que conduz novamente à conclusão de que a universalização exige políticas públicas específicas e não dependentes dos objetivos concorrenciais)<sup>43</sup>. Mas isso não afasta a constatação de que é possível haver uma interação entre concorrência e universalização.

Na discussão quanto à forma pela qual o Fust deve ser aplicado, é possível perceber essa interação entre regulação concorrencial e universalização, conforme se procurará demonstrar na seqüência do texto. Em razão dos objetivos que foram visados nesse contexto com a proposta de criação do Serviço de Comunicação Digital (SCD), chega a existir praticamente uma interdependência entre concorrência e universalização.

## **2.4 Políticas de universalização no Brasil após a reforma setorial e o impasse na utilização do Fust**

### **2.4.1 Universalização após a privatização**

No momento da privatização do Sistema Telebrás, em 1998, a política de universalização foi concentrada na expansão do STFC, por meio da fixação de metas a serem cumpridas pelas concessionárias privatizadas<sup>44</sup>. Tais metas foram fixadas antes mesmo da criação do Fust; seu cumprimento não foi vinculado à utilização de recursos do fundo que viria a ser formado, mas constituiu obrigação assumida pelas próprias concessionárias em seus contratos de concessão, as quais se comprometeram a atender a tais metas com recursos próprios<sup>45</sup>.

Nos termos do art. 18, III, da LGT, foi aprovado um Plano Geral de Metas de Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público (PGMU), pelo Decreto n. 2.592/98. A obrigação de os custos serem integralmente suportados pelas próprias concessionárias constava dos contratos de concessão e do § 1º do art. 2º do PGMU. Conforme o art. 4º deste, apenas com relação a dois pontos admitia-se que a Anatel propusesse futuramente fontes adicionais de financiamento: (i) a implantação do STFC, até 31 de dezembro de 2003, em todas as localidades com mais de seiscentos habitantes; e (ii) a implantação do STFC, até 31 de dezembro de 2005, em todas as localidades com mais de trezentos habitantes<sup>46</sup>.

Assim, num primeiro momento, a política de universalização não ficou dependente da criação do fundo a que faz referência o art. 81, II, da LGT, nem da avaliação de como poderiam ser utilizados os recursos que viriam a

formá-lo. Após a criação do Fust, a tentativa inicial de implementar políticas públicas para sua utilização esteve centrada no desenvolvimento de acesso às redes digitais (um dos objetivos de universalização destacados no art. 5º, da Lei n. 9.998/2000).

Por meio do Decreto n. 3.753, de 19 de fevereiro de 2001, foi aprovado o Plano de Metas para a Universalização de Serviços de Telecomunicações em Escolas Públicas de Ensino Profissionalizante (PMU-EP). Na mesma data, o Decreto n. 3.754 aprovou o Plano de Metas para a Universalização de Serviços de Telecomunicações em Escolas Públicas de Ensino Médio (PMU-EM). O PMU-EM e o PMU-EP estabeleceram os mesmos tipos de metas. Nos termos do art. 8º dos aludidos decretos, a implantação de acessos, incluindo equipamentos terminais, para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, até mesmo da Internet, nas instituições públicas de ensino médio e profissionalizante, observaria os seguintes critérios e prazos: atendimento de 60% das instituições com mais de seiscentos alunos até 31 de dezembro de 2001; atendimento de 80% das instituições com mais de trezentos alunos até 30 de junho de 2002; e atendimento de todas as instituições com alunos matriculados até 31 de dezembro de 2002.

A Anatel, para otimizar a aplicação dos recursos do Fust, abriu um procedimento de licitação (Licitação n. 001/2001/SPB/Anatel), do qual poderiam participar todas as concessionárias de STFC interessadas em receber recursos para assumir as obrigações de universalização expostas no PMU-EM e no PMU-EP. Cada participante, tendo em vista as metas fixadas, deveria apresentar uma proposta que identificasse qual o montante de recursos que pretendia receber do Fust para viabilizar o oferecimento dos serviços. Seria vencedor aquele que requisitasse o menor valor do Fust.

O edital da licitação foi objeto de várias críticas, destacadamente em razão da limitação dos participantes às concessionárias já existentes. A licitação acabou por ser suspensa por decisão liminar da Justiça Federal e não foi concluída, e a própria Anatel, posteriormente, reconheceu a impropriedade de certas exigências constantes do Edital<sup>47</sup>.

A modelagem feita pela Anatel para a Licitação acabou por tornar o acesso aos recursos do Fust um privilégio das concessionárias de STFC privatizadas. Houve, aqui, uma leitura muito estrita e até mesmo

equivocada dos termos da LGT, conforme se depreenderá da discussão no tópico seguinte. O raciocínio seguido foi o de que as metas de universalização só poderiam ser assumidas por empresas que operassem em regime público. Conseqüentemente, só poderiam utilizar subsídios provindos do Fust prestadoras dos serviços que detivessem concessão. Como as únicas concessionárias eram aquelas recém-privatizadas, entendeu-se que seria necessário limitar a elas a participação na licitação relativa ao cumprimento das metas constantes do PMU-EM e do PMU-EP.

Há dois erros nesse raciocínio. Primeiro, o STFC não abrange o serviço objeto das metas constantes do PMU-EM e do PMU-EP. Ademais, não se levou em consideração que a LGT não limita o regime público ao STFC. Outros serviços, já existentes ou que venham a ser criados, podem ser submetidos ao regime público por meio de decreto do Poder Executivo (art. 18 da LGT). A própria Lei n. 9.998/2000, ao ampliar o rol de objetivos da política de universalização, pressupunha a inclusão de outros serviços no regime público.

Após ter sido abandonada a licitação dos recursos do Fust, nos moldes inicialmente propostos, houve uma indefinição de parte da Anatel quanto ao que deveria ser feito. A indicação de nova proposta de política de utilização do Fust foi tornada pública apenas no final de 2003, com a Consulta Pública n. 480, de 24 de novembro, complementada pelas Consultas Públicas n. 493 e 494, ambas de 16 de janeiro de 2004, as quais trataram, respectivamente, da proposta de Regulamento, Plano Geral de Outorgas e Plano Geral de Metas de Universalização de um novo Serviço de Comunicações Digitais (SCD).

#### 2.4.2 A atuação do TCU na definição da forma de aplicação do Fust

O impasse jurídico que se criou em torno do Fust foi objeto de análise pelo Tribunal de Contas da União (TCU), em consulta formulada pelo Ministério das Comunicações. O papel do TCU, nesse contexto, pode até ser visto como inesperado, pois não se cogitava do órgão como uma instância a influenciar a regulação setorial. Todavia, no exercício de sua competência de fiscalização do dispêndio de recursos públicos e da atividade administrativa, o TCU acabou por adquirir uma influência também nessa seara. Não poderia o Poder Executivo pretender implementar

uma forma de utilização do Fust que depois viesse a ser questionada pelo TCU<sup>48</sup>.

Diante disso e do impasse descrito no tópico anterior, em 2003, o Ministério das Comunicações teve a iniciativa de formular uma consulta ao TCU sobre como poderiam ser aplicados os recursos do Fust. Embora um pouco longa, é oportuno transcrever o conteúdo da consulta para delimitar o debate travado no âmbito da Corte de Contas<sup>49</sup>:

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 n. 8.666/93, de 21 de junho de 1993, ou se aplica a exceção do Artigo 210 da Lei n. 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, 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 disponham 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 n. 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 freqüente 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 n. 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?

A resposta final do TCU a tais questionamentos afastou-se radicalmente do modelo inicialmente adotado pela Anatel, o qual limitava a utilização dos recursos às concessionárias de STFC. Houve, porém, no âmbito do TCU, divergências quanto à forma de responder às indagações constantes da consulta. A análise que a 1ª Secretaria de Controle Externo encaminhou ao plenário pretendeu ampliar o rol de empresas que poderiam habilitar-se a receber recursos do Fust, mas sob critérios de difícil compatibilização com a LGT.

Partiu-se do pressuposto de que os serviços referidos nos Objetos 1 e 2 da consulta não seriam abrangidos pelo STFC (i. e., seriam serviços diversos e, por isso, não poderiam ser assumidos por meio de mero aditivo aos contratos de concessão de STFC em vigor). Abandonou-se, portanto, o entendimento que permeava a modelagem anterior da Anatel, o qual aparentemente admitia a possibilidade de o serviço de acesso a redes digitais estar compreendido por uma concessão de STFC<sup>50</sup>. Foi enfatizada também a idéia de que o “ônus da universalização atribuído às concessionárias de serviço de telecomunicações não pode ser transformado em privilégio de somente essas poderem receber recursos do Fust” (o que teria ocorrido na hipótese de ter sido levada adiante a licitação inicialmente proposta pela Anatel).

Pretendeu-se argumentar, então, no sentido de se poder estender a aplicação dos recursos do Fust às empresas detentoras de autorizações para prestar os serviços de acesso a redes digitais (i. e., empresas que estariam atuando fora do regime público). A justificativa para tanto estaria no art. 135 da LGT, que permite à Anatel impor às detentoras de autorização a aceitação de “compromissos de interesse da coletividade”, os quais poderiam abranger metas de universalização. Destacou-se, ainda, em função do que dispõe o art. 8º da Lei n. 9.998/2000, que a utilização dos recursos deveria ser atribuída mediante processo licitatório, do qual só poderiam participar empresas que já estivessem habilitadas a prestar os serviços em questão (mediante concessões, permissões ou autorizações específicas ao serviço a ser objeto de universalização), sendo que cada prestadora estaria limitada à área de atuação para a qual houvesse recebido essa outorga<sup>51</sup>.

Não obstante a qualidade dos argumentos da 1ª Secretaria de Controle Externo, com o propósito de ampliar os possíveis participantes de uma

licitação pelo uso dos recursos do Fust, parece impróprio utilizar o art. 135 para justificar a assunção de metas de universalização por agentes que atuam em regime privado. Primeiro, porque há uma incompatibilidade entre o regime privado e a universalização, a qual a LGT expressamente vincula ao regime público de prestação dos serviços. A própria razão de ser da distinção está no reconhecimento de que a atuação dos agentes privados, num regime típico de mercado, não seria capaz de realizar o objetivo de viabilizar o amplo acesso a serviços reputados como essenciais. O texto da LGT é inequívoco nesse sentido. Os arts. 63 e 64, ao estabelecerem os parâmetros para a distinção entre regime público e privado, fundamentam a especificidade do primeiro na existência de obrigações de universalização e continuidade. Todo tratamento que a LGT dá às metas e às obrigações de universalização também está claramente associado ao regime público (cf. arts. 79 a 82).

Assim, o art. 135 lido isoladamente pode até ser utilizado para sustentar a extensão das obrigações de universalização às empresas detentoras de autorização em regime privado. Todavia, essa interpretação não se sustenta ao se analisar o artigo no contexto maior da LGT. Quando o dispositivo faz referência à possibilidade de serem exigidos “compromissos de interesse da coletividade” não tem como foco as metas de universalização, cuja disciplina expressa se encontra no Título imediatamente anterior da lei. Mais do que relacionado à universalização, a parte final do artigo complementa o disposto no art. 66, segundo o qual

quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.

Nessa perspectiva, pode a Anatel impor certas obrigações à operadora que atua em regime privado para garantir a viabilidade da empresa que atua em regime público. Considere-se, por hipótese, uma situação na qual são impostas à operadora em regime público certas metas de universalização cujo atendimento não é economicamente viável. O plano geral que fixou tais metas prevê a possibilidade de a empresa subsidiar essa parcela de sua

atividade com as receitas provenientes de outras mais lucrativas, para as quais se fixa um teto tarifário que considera a existência do subsídio. Se uma nova operadora puder ingressar nesse mercado lucrativo sem precisar oferecer serviços no outro, tenderá a inviabilizar o esquema de subsídio das metas de universalização, pois praticará um preço mais baixo do que aquela que atua em regime público, ocupando uma parcela de mercado que esta precisa para oferecer os serviços não lucrativos. Diante desse cenário, poderia a Anatel exigir daquela que atua em regime privado também a assunção de certos compromissos que impeçam essa prática (que poderiam corresponder ao atendimento de certas metas ou ao pagamento de um adicional na interconexão de sua rede à da operadora em regime público)<sup>52</sup>.

O art. 135 também está relacionado àquelas situações em que, por razões regulatórias ou técnicas, justifica-se a imposição de restrições maiores a empresas que, de outra forma, estariam submetidas a um regime de mercado semelhante às demais empresas que exploram atividade econômica cuja titularidade não é atribuída pela Constituição ao Poder Público. Considere-se, por exemplo, o caso da telefonia móvel, na qual se verifica maior intensidade de regulação e de restrições, seja pela relação desse serviço com o STFC, seja pela circunstância de o número de concorrentes potenciais ser mais restrito em decorrência do caráter limitado do espectro de radiofrequência.

Há outra situação, relativa às já referidas *empresas-espelho*, na qual foram exigidos certos compromissos de instalação de novas linhas de STFC, num contexto no qual por determinado período aquelas teriam a garantia de que mais nenhuma outra empresa receberia outorga para prestar o mesmo serviço em sua área de atuação. Nesse caso, pode-se até pretender identificar nesses compromissos a assunção de metas de universalização (e é claro que houve um estímulo adicional ao acesso), embora existisse também uma preocupação de ordem concorrencial (i. e., de que as *empresas-espelho*, únicas concorrentes até 2002 das concessionárias de STFC, efetivamente construíssem redes e oferecessem concorrência a elas).

Mas a obrigação de universalização propriamente dita é inerente à concessão. Os compromissos das *empresas-espelhos* nem sequer são contemplados no PGMU. Assim, algumas imposições feitas às operadoras privadas podem até colaborar com o fim da universalização (da mesma

forma que a própria concorrência oferecida por elas pode fazê-lo, à medida que consiga provocar uma redução dos preços). Todavia, as operadoras em regime público é que serão o instrumento apropriado para a efetiva implementação e garantia das metas de universalização propriamente ditas. Ademais, metas de universalização são só aquelas que constam de um plano de metas, aprovado por meio de decreto, nos termos do art. 18 (enquanto os tais compromissos de interesse da coletividade podem ser fixados diretamente pela Anatel)<sup>53</sup>.

A 1ª Secretaria de Controle Externo do TCU procurava fugir de um raciocínio que levasse à conclusão de que só concessionárias poderiam ter acesso ao Fust, pois, nesse caso, como só existem as concessões ligadas ao STFC, acabar-se-ia caindo num resultado como aquele a que chegou a Anatel em 2001. Com essa forma de avaliar a questão, todavia, aparentemente não percebeu que a existência de concessões limitadas ao STFC não é exigência da LGT, mas decorrência de o único plano de outorgas editado nos termos do art. 18 da LGT referir-se apenas a tal serviço.

A própria forma como foi concebida a questão pelo legislador apresenta uma flexibilidade que permite a inclusão de outros serviços no âmbito do regime público<sup>54</sup>. Nada impediria, portanto, que se editasse novo plano de outorgas, com o propósito específico de aplicação dos recursos do Fust a um tipo de serviço diverso do STFC, prevendo-se a outorga de novas concessões. Ao mesmo tempo, editar-se-ia um novo plano de metas de universalização do referido serviço, prevendo a utilização dos recursos do Fust para alcançar tais metas. Assim, não se faria licitação exclusivamente para permitir o acesso a recursos do Fust. Seria feita uma licitação para a outorga de concessões de um novo serviço (da qual poderiam participar empresas que não detivessem concessões), cujos prestadores poderiam valer-se dos recursos do Fust para cumprir suas metas de universalização<sup>55</sup>. O vencedor da licitação receberia a outorga de uma concessão (e atuaria em regime público), que lhe daria também o direito de usar parte dos recursos do Fust no tocante à parcela do custo que não pudesse ser recuperada com a exploração eficiente do serviço. Idealmente, para otimizar a aplicação dos recursos, a licitação deveria considerar na avaliação das propostas aquela

capaz de atender ao maior número de metas com o menor volume de recursos.

A alternativa proposta pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização, que acabou por ser adotada pelo Ministro Relator e pelo Plenário do TCU, segue esse raciocínio. Também partiu do entendimento de que a sistemática inicialmente adotada pela Anatel, que considerava a participação apenas das concessionárias de STFC, era contrária ao interesse público. Todavia, foi reconhecida a vinculação da utilização dos recursos do Fust ao regime público de prestação dos serviços, afastando-se a argumentação que, baseada no art. 135 da LGT, pretendia admitir o cumprimento de metas de universalização por quem detivesse autorização. Mas não se pretendeu, com isso, limitar a participação a quem já detivesse concessão (i. e., às concessionárias de STFC), desde que o certame visasse também à outorga de uma nova concessão.

Essa nova concessão contemplaria nova modalidade de serviço, a ser definida pela Anatel nos termos do art. 69 da LGT. Embora do ponto de vista tecnológico o serviço descrito na consulta do Ministério das Comunicações possa ser abrangido pelo Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações (SRTT) ou pelo Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), ambos prestados em regime privado, entendeu-se que nada impediria a criação de nova modalidade cuja especificidade seria determinada pela sua finalidade (i. e., prestação em regime público com atribuição de obrigações de universalização para atendimento de certas instituições de interesse público).

Assim, a aplicação dos recursos do Fust, segundo a proposta da Secretaria de Fiscalização de Desestatização acatada pelo Plenário do TCU, deveria observar os seguintes passos: (i) definição pela Anatel, como serviço de interesse coletivo, prestado em regime público, de uma modalidade de serviço de telecomunicações que desse suporte ao acesso e utilização de “serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive Internet”, com base no art. 69 da LGT; (ii) edição de decreto que instituísse o regime público de prestação do referido serviço (art. 18, I, da LGT); (iii) aprovação por decreto de um plano geral de outorgas para o novo serviço (art. 18, II, da LGT); (iv) aprovação por decreto de um plano geral de metas para a progressiva universalização da

nova modalidade de serviço, o qual poderia prever a utilização de recursos do Fust (art. 18, III, da LGT); e (v) licitação pela Anatel da outorga das concessões previstas no plano geral de outorgas.

O raciocínio adotado pelo TCU não seria prejudicado se, em vez da criação de um serviço com características semelhantes às de serviços já existentes, fosse editado um novo plano geral de outorgas prevendo, por exemplo, a prestação do SCM em regime público e privado. No regime público seriam outorgadas concessões, por meio de licitação, que garantiriam às concessionárias o acesso a recursos do Fust. A Anatel, porém, entendeu ser mais adequado seguir o formato sugerido pelo TCU e propôs a criação do serviço.

### 2.4.3 A proposta de criação do SCD

As etapas necessárias para viabilizar a utilização dos recursos do Fust, conforme delineadas na decisão do TCU, foram em linhas gerais adotadas pela Anatel, que propôs criar um serviço a ser prestado no regime público, sob a denominação de SCD.

Como destacado no tópico 2.4.1, o impasse gerado na forma de utilização do Fust só veio a ter algum desdobramento a partir do final de 2003, subseqüentemente ao pronunciamento do TCU, quando a Anatel apresentou a Consulta Pública n. 480, de 24 de novembro, complementada pelas Consultas Públicas n. 493 e 494, ambas de 16 de janeiro de 2004. A primeira apresentou proposta de Regulamento para um novo serviço, o SCD, e as outras duas as propostas do Plano Geral de Outorgas (PGO-SCD) e Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU-SCD) desse serviço.

Na proposta de Regulamento o SCD foi definido como “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” (art. 4º). Esse conceito foi desdobrado ao se prever que o SCD deveria incluir: “provimento de conexão em banda larga nas interligações dos equipamentos terminais com os provedores de acesso a redes digitais de informação e à Internet”; “provimento de acesso a redes digitais de informações e à Internet”; “administração e operação dos sistemas e dos serviços disponibilizados” (art. 4º, § 1º). O SCD poderia ainda incluir: “provimento de equipamentos terminais para operação do serviço e

respectivos *softwares* que o viabilizem”; e “outros tipos de conexão, nos termos da regulamentação” (art. 4º, § 2º).

Conforme apontado em comentários que a Anatel recebeu às Consultas<sup>56</sup>, nos seus aspectos técnicos o SCD seria praticamente abrangido pelo SCM e pelo SRTT (situação que, como visto acima, foi considerada pelo TCU ao cogitar da hipótese de criação do serviço). A Anatel optou, portanto, por adotar a linha de raciocínio do TCU, no sentido de que poderia, com base no art. 69 da LGT, criar um serviço tendo em vista não sua especificidade tecnológica, mas sua finalidade (i. e., a universalização do acesso para certas instituições).

Há, nesse ponto, uma incongruência na proposta da Anatel, ao ter previsto no PGO-SCD a possibilidade de o serviço vir a ser futuramente prestado concomitantemente no regime privado (art. 10). Ora, se o que iria definir a especificidade do SCD era sua vinculação a objetivos de universalização, não haveria razão para prever sua prestação também mediante autorização (própria do regime privado), especialmente considerando que existem outros serviços na regulamentação vigente que abrangem a mesma utilidade do ponto de vista do consumidor.

Ademais, como a criação do serviço seria determinada em função da especificidade de seu fim, a Anatel poderia ter optado por limitar o seu âmbito ao atendimento de certas instituições de interesse público (bibliotecas, instituições de educação, de saúde e de atendimento de pessoas com deficiências, unidades do serviço público em regiões remotas e de fronteiras e órgãos de segurança pública) que, nos termos do art. 5º da Lei n. 9.998/2000, deveriam ser beneficiárias da política de universalização. Até porque é apenas a respeito dessas instituições que se pode dizer que há um comprometimento da União no tocante à universalização (cf. art. 5º, da Lei n. 9.998/2000 c/c o art. 64 da LGT), e não necessariamente em relação ao acesso de todo e qualquer usuário às redes digitais de informação.

Diante da forma ampla como a Anatel propôs definir o SCD, a sua vinculação à universalização do acesso às redes digitais por certas instituições de interesse público, conforme previsto na Lei n. 9.998/2000, era percebida apenas a partir da leitura da proposta de PGMU-SCD. O texto do PGMU-SCD propôs a progressiva universalização do acesso ao SCD para instituições de saúde, de ensino e de atendimento a pessoas com

deficiências, assim como bibliotecas, além do atendimento a unidades do serviço público em regiões remotas e de fronteiras e a órgãos de segurança pública. Foram propostas metas quantitativas baseadas: (i) num crescente percentual de localidades que deveriam ser atendidas; e (ii) num decrescente tempo de atendimento às solicitações de acesso (arts. 7º e 8º).

A necessidade de propor um PGO-SCD, em conjunto com o PGMU-SCD, decorre do art. 18 da LGT, nos termos do qual cabe ao plano geral de outorgas disciplinar o regime de prestação do serviço e o número de concessões que serão outorgadas, enquanto as metas de universalização devem ser tratadas em um plano geral de metas de universalização. Assim, em regra, ambos sempre deverão ser editados conjuntamente em relação a novos serviços que se pretenda universalizar.

O PGO-SCD propôs dividir o País em onze áreas de prestação do SCD, prevendo uma concessionária em cada área (art. 4º). Estabeleceu, ainda, ser vedado a qualquer prestadora, sua coligada, controlada ou controladora, deter concessão em mais de uma área de prestação (art. 12). É interessante observar que essa proposta foi criticada pelas concessionárias de STFC, detentoras de redes locais, em razão da potencial perda de economia de escala, enquanto prestadoras que detinham autorizações se manifestaram pela necessidade de uma maior fragmentação das áreas para viabilizar a participação de mais interessados<sup>57</sup>.

Caberia às empresas que, mediante processo de licitação, obtivessem uma das concessões previstas no PGO-SCD o atendimento em sua área de atuação das metas de universalização fixadas no PGMU-SCD, conforme viesse a ser especificado nos respectivos contratos de concessão. Previu-se a utilização dos recursos do Fust em tais hipóteses na forma de ressarcimento da parcela não recuperável com a exploração eficiente do serviço e em contrapartida à prestação dos serviços (art. 3º, § 2º, do PGMU-SCD; cf. art. 81 da LGT).

A criação e implementação do SCD, porém, não foi adiante, tendo em vista divergências entre a Anatel e o Ministério das Comunicações quanto ao modelo adotado. O fato é relatado em nova decisão do TCU sobre a matéria, fruto de auditoria que procurou averiguar por que os recursos do Fust permaneciam sem aplicação mesmo após a decisão comentada no item 4.2, acima<sup>58</sup>. Esse novo impasse institucional manteve sem destinação os

recursos do Fust. Também não há nenhuma definição, ainda, quanto a possíveis modelos alternativos para outras políticas de universalização. Durante os últimos anos o setor permaneceu, portanto, diante de uma situação paradoxal. Há recursos para investir e carência de acesso para suprir, mas desde a privatização do Sistema Telebrás nenhuma política pública foi efetivamente implementada<sup>59</sup>.

O presente texto não pretende fazer uma extensa análise das razões que levaram ao atual quadro de paralisação das políticas setoriais. É possível, nesse contexto, todavia, identificar uma correlação marcante entre concorrência e universalização nas telecomunicações. A forma como o tema do acesso às redes entre empresas concorrentes é tratado na regulação acaba por se mostrar como um dos fatores determinantes da viabilização de novas políticas de universalização.

## **2.5** Caráter complementar entre concorrência e universalização no acesso a redes digitais

Foi enfatizada ao longo do texto a interação e complementaridade que pode existir entre concorrência e universalização, tendo-se sugerido que a proposta de criação do SCD seria um exemplo concreto nas telecomunicações brasileiras onde isso se verificaria. O foco dessa afirmação não é a criação em si do serviço, mas as condições que devem existir para que se alcance sua universalização e o melhor aproveitamento possível dos recursos do Fust.

A modelagem jurídica utilizada pela Anatel, claramente inspirada na decisão do TCU, partiu do reconhecimento de que a concorrência para obtenção de uma concessão de SCD (e do conseqüente acesso aos recursos do Fust) deve ser o mais ampla possível. Isso levaria à possibilidade de empresas sem infra-estrutura significativa de telecomunicações poderem participar da licitação das concessões. Tais empresas iriam depender, em alguma medida, para a prestação do SCD, da infra-estrutura existente e controlada pelas concessionárias de STFC e outras operadoras com redes já instaladas. Assim, a prestação do SCD implicaria o acesso a elementos das redes das concessionárias. Nota-se, assim, como a universalização desse

serviço se relacionaria com um dos temas centrais da regulação concorrencial do setor.

O acesso a elementos desagregados das redes, também conhecido como *unbundling*, caracteriza-se pela possibilidade de um prestador de serviço se utilizar de elementos da rede de outro para construir sua própria rede, reduzindo assim os investimentos que precisaria realizar (o que pode representar um estímulo à entrada de novos concorrentes em um mercado com custos específicos – *sunk costs* – muito significativos).

Conforme destacado em outra oportunidade<sup>60</sup>, a construção de uma rede com cobertura significativa normalmente envolve altos investimentos em custos fixos específicos (i. e., irrecuperáveis no âmbito de outras atividades), colocando-se como uma relevante barreira à entrada e reduzindo a contestabilidade do respectivo mercado<sup>61</sup>. Essa circunstância, não obstante um quadro legal favorável (i. e., a inexistência de barreiras legais à entrada e regras claras quanto à interconexão), poderia alongar excessivamente o momento da entrada de novos concorrentes aptos a gerar condições concorrenciais no setor de telecomunicações e a contraporem-se à posição dominante do antigo monopolista. É razoável supor, ainda, que em determinados mercados relevantes, especialmente no âmbito da rede local de telefonia, a entrada de outro prestador não ocorrerá mesmo após o transcurso de um prazo mais longo (*vide* item 2.2.3 acima sobre o que ocorreu no Brasil).

A possibilidade de o novo concorrente valer-se das redes já existentes permite a redução dos seus custos específicos e, assim, estimula a entrada e a contestabilidade do mercado. Nessa perspectiva, para formar certos segmentos de sua rede ele contrata a utilização de elementos da rede de outro agente econômico, pagando apenas por esse uso e não incorrendo no custo específico envolvido na instalação daqueles. Sua eventual saída do mercado não lhe traria, assim, significativos prejuízos com relação a essa parte da rede que criou<sup>62</sup>.

Por conta disso, os riscos da entrada para um concorrente potencial podem ser substancialmente minimizados. Antes de fazer qualquer investimento mais significativo em determinada área, o interessado poderá iniciar sua operação e realizar maiores gastos com custos fixos específicos apenas após conseguir uma base de consumidores. Se constatar que a

demanda por seus serviços naquele segmento é irrisória, poderá sair do respectivo mercado sem grandes perdas<sup>63</sup>.

Se a capacidade instalada relativa aos elementos da rede for suficiente para comportar a sua utilização por terceiros, haverá, por parte do detentor daqueles, um incentivo para permitir esse uso e obter a respectiva remuneração. Obviamente que tal incentivo desaparece quando o uso visa a permitir a entrada de um novo operador no mesmo mercado. Ademais, se a rede é controlada em condições de monopólio, a fixação do preço poderá dar-se de forma abusiva, ainda que o uso que se pretenda fazer da infraestrutura não implique concorrência ao seu detentor. Por essas razões, podem ser necessárias regulações concorrenciais específicas que imponham, dentro de certos limites e condições, a obrigação de disponibilização desse tipo de acesso também para potenciais concorrentes<sup>64</sup>.

Cumprido notar, sob outra perspectiva, que o acesso a elementos de rede pode desempenhar uma função não diretamente relacionada ao seu aspecto concorrencial. Em um mercado monopolizado, a duplicação excessiva de infra-estruturas e equipamentos não se coloca como um problema, pois as decisões de investimento são centralizadas. Quando essas decisões passam a ser tomadas por mais de uma empresa, a duplicação torna-se uma possibilidade bastante plausível.

Assim, um prestador de serviço, para entrar no mercado, acabaria por investir na geração de capacidade mesmo quando aquela da rede já existente não estivesse sendo plenamente aproveitada. A alternativa oferecida pelo acesso a elementos dessa rede permitiria que a capacidade excedente fosse utilizada, representando um uso mais eficiente dos respectivos bens econômicos<sup>65</sup>.

Esse último aspecto, aliás, estará diretamente relacionado com a universalização. Já se observou, acima, que o desenvolvimento da concorrência pode implicar a ampliação da oferta do serviço e colaborar com a sua universalização. Sob essa perspectiva, uma regulação relativa ao *unbundling* pode indiretamente promover uma difusão dos serviços e quedas nos preços que permitam a inclusão de mais pessoas no pólo da demanda. Todavia, em relação ao SCD e eventuais outras situações nas quais a prestação dos serviços não é economicamente viável, o *unbundling*

não estaria diretamente estimulando a concorrência (a não ser aquela pelo ingresso no mercado no processo de outorga da concessão), mas otimizando o uso da infra-estrutura já existente e reduzindo o emprego de recursos do Fust.

O potencial prestador de SCD teria condições, em princípio, de demandar menos recursos do Fust se tivesse acesso a elementos das redes já existentes, remunerando o detentor da infra-estrutura com base nos custos (i. e., excluindo qualquer valor excedente cobrado meramente em função da posição dominante ocupada pelo agente que controla a rede existente). Assim, o tratamento adequado do *unbundling* das redes existentes pode vir a ser um estímulo à universalização do acesso a redes digitais (e também à utilização mais eficiente dos recursos do Fust).

A análise da legislação setorial indica que o tema é objeto de tratamento exposto. Na LGT há um capítulo específico que procura disciplinar o uso das redes de telecomunicações, especialmente no que diz respeito à interconexão, mas que também aborda a questão do *unbundling*. Nesse sentido, o art. 154 prevê que “as redes de telecomunicações poderão ser, secundariamente, utilizadas como suporte de serviço a ser prestado por outrem, de interesse coletivo ou restrito”. Refere-se, portanto, ao tipo de acesso aqui considerado, mas de forma meramente permissiva (i. e., sem impor nenhuma obrigação nesse sentido como ocorre no caso da interconexão)<sup>66</sup>.

Já o art. 155, com um caráter claramente concorrencial, admite que a possibilidade referida no artigo anterior seja imposta como um dever por norma específica, desde que isso seja necessário à efetivação da concorrência. Dispõe, assim, que,

para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Verifica-se, a partir da leitura dos dispositivos acima, que a LGT não estabelece, como faz no caso da interconexão, uma obrigação ampla de disponibilização de acesso a elementos de rede. O dever existe apenas nas situações definidas especificamente pela agência, com base no art. 155. Adicionalmente, na hipótese específica dos postes, dutos, condutos e servidões, existe um direito expresso e não condicionado à edição de normas posteriores previsto no artigo 73<sup>67</sup>.

Não houve, até recentemente, preocupação da Anatel no sentido de garantir o *unbundling* de forma efetiva em situações que poderiam ser abrigadas sob o art. 155. Apenas em 29 de novembro de 2001, com a aprovação, pela Resolução n. 283, do Regulamento para Expedição de Autorização para Prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral (STFC), a questão veio a ser disciplinada, ainda que de forma insuficiente.

O Regulamento foi editado em antecipação à data de 31 de dezembro de 2001, após a qual já não haveria restrição ao número de empresas autorizadas a ingressar no mercado de STFC<sup>68</sup>. Seu art. 10 estabelece que, com fundamento no art. 155, a obtenção de uma autorização para prestação do STFC assegura à autorizada (obrigando as concessionárias já atuantes) a utilização das redes locais e de longa distância das concessionárias de STFC. A remuneração desse uso, todavia, deveria ser fixada observando como valores máximos aqueles constantes da Norma 30, aprovada pela Portaria MC n. 2.506, de 20 de dezembro de 1996. Em outras palavras, os valores de remuneração não teriam relação com o efetivo custo da concessionária, mas observariam aqueles prefixados de modo uniforme na Norma 30.

Repetiu-se, aqui, um problema verificado no âmbito da interconexão. Também para essa a remuneração foi fixada pela Anatel num valor máximo sem efetiva correlação com o custo da concessionária (Res. n. 33, de 13-7-1998). Tal situação abre espaço para comportamentos contrários à concorrência. Se a concessionária, para utilizar a sua rede, tem um custo menor do que o valor que pode cobrar de suas concorrentes, estas terão clara desvantagem na oferta de um serviço a preços competitivos. Embora a Norma 30 e a Resolução n. 33/98 fixem valores máximos, é pouco provável que as concessionárias, na posição de poder que ocupam por controlarem as

redes locais e de longa distância, aceitem negociar um valor mais baixo. O fato de que não houve nenhum ingresso de concorrente digno de nota após 31 de dezembro de 2001 indica ter sido insuficiente a disciplina adotada pela Anatel<sup>69</sup>.

Esse quadro e o reconhecimento da importância para a universalização da disciplina do acesso às redes entre concorrentes moveram a Anatel a buscar regras mais claras e efetivas no tocante ao *unbundling*. Para tanto, um conjunto detalhado de normas sobre o tema foi, a partir de 2004, submetido à consulta pública.

Essa revisão do regime regulatório pela Anatel remonta ao Decreto n. 4.733, de 10 de junho de 2003, o qual reflete não apenas a percepção de certas dificuldades na realização dos dois princípios basilares do modelo setorial (universalização e concorrência), mas a tentativa do novo governo que assumia o Poder Executivo federal de imprimir sua marca à política pública do setor.

Especificamente no tocante ao tema da concorrência, o art. 7º desse Decreto fixou as seguintes diretrizes para a Anatel: a definição das tarifas de interconexão e dos preços de disponibilização de elementos de rede por meio da adoção de modelo de custo de longo prazo, preservadas as condições econômicas necessárias para cumprimento e manutenção das metas de universalização das concessionárias (inciso I); o acesso ao enlace local pelas empresas exploradoras concorrentes, prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, garantido mediante a disponibilização de elementos de rede necessários à adequada prestação do serviço (inciso V); a revenda do serviço de telecomunicações das concessionárias garantida às empresas exploradoras concorrentes (inciso VI); as modalidades de serviço de telecomunicação – local, longa distância nacional e longa distância internacional – com contabilidade separada (inciso VII); a possibilidade de ser assegurada aos assinantes de serviço de telecomunicações, residenciais e não residenciais, a portabilidade do número local (inciso VIII).

Essas diretrizes buscam estimular a concorrência no âmbito local e conter abusos de poder econômico, tornando efetivas certas possibilidades já contempladas na LGT. Primeiro, há um reconhecimento de que em certos segmentos da rede ainda há gargalos à concorrência. No âmbito da rede

local, apenas em poucos mercados geográficos verificou-se o ingresso de concorrentes efetivos (ainda que focados no mercado não residencial). Além disso, os conflitos existentes entre as concessionárias de longa distância e aquelas detentoras da rede local sugerem a existência de um valor excessivo fixado como tarifa de interconexão, conforme referido acima.

Na tentativa de contornar tais entraves à concorrência, as diretrizes citadas indicam a necessidade de mudança na forma de definição do valor da tarifa de interconexão e de acesso a elementos de rede (com a utilização de critérios que, em tese, eliminariam eventuais distorções), assim como impõem uma contabilização separada com o objetivo de coibir eventuais subsídios cruzados e distorções de preço. A hipotética implementação com sucesso dessa regulação tarifária teria o condão de coibir abusos por parte das concessionárias detentoras da rede local. Adicionalmente, poderia estimular o ingresso de novos concorrentes no mercado local, os quais construiriam suas redes a partir do acesso a elementos das redes das concessionárias.

Também com o propósito de estimular a concorrência, foram indicadas entre as diretrizes a necessidade de disciplinar a revenda de serviços e a portabilidade do número pelo usuário. O primeiro caso abrange a compra de serviços no atacado para venda ao usuário final, sem que o agente tenha rede própria. Em tese, se o serviço lhe for vendido pelo seu custo efetivo, descontados os custos de comercialização e cobrança, o concorrente que adquire no atacado tem condições de ingressar no mercado oferecendo serviços a preços mais baixos se possuir eficiência na organização das atividades referentes à comercialização e à cobrança.

O fundamento legal para impor uma obrigação de venda de serviço no atacado a revendedor são as regras da LGT que atribuem ao Poder Público o dever de desenvolver a concorrência no setor (arts. 2º, III, e 6º). Em situações nas quais a revenda mostrar-se inócua para tal finalidade, ou atingir agentes sem poder econômico, já sujeitos a pressões concorrenciais, a obrigação careceria de apoio na LGT.

Já a portabilidade facilita ao usuário o exercício do direito de livremente escolher a prestadora de seu serviço, pois afasta um dos principais custos envolvidos com a modificação de quem lhe presta o serviço (i. e., a

mudança de número). É pelo número que o usuário é encontrado por terceiros, e sua modificação exigirá que ele comunique aos demais usuários, de alguma forma, tal fato. No âmbito empresarial, isso poderá exigir investimentos não desprezíveis. Ao se facilitar o processo de mudança de operadora, permitindo ao usuário manter o mesmo número, estimula-se a concorrência em dado mercado.

Em vista de tais diretrizes, e reconhecendo a insuficiência da regulação concorrencial existente, a Anatel editou e reviu diversos atos normativos. Criou um sistema de regulação assimétrica, no qual regras e obrigações mais rigorosas são aplicáveis àquelas operadoras que possuem um poder de mercado significativo. Também pretendeu promover ampla modificação na regulação de remuneração de acesso às redes e elementos de redes, de forma a baseá-la efetivamente no custo de disponibilização de tais utilidades. A regulação passa, assim, a estar orientada às prestadoras com “Poder de Mercado Significativo” (PMS), definidas de forma genérica como aquelas que detêm “posição que possibilita influenciar de forma significativa as condições do mercado relevante, assim considerada pela Anatel”<sup>70</sup>.

A LGT já trazia a previsão de uma regulação assimétrica, mas definida em função da universalização (i. e., do objetivo de estender a todos os cidadãos o acesso a certos serviços de telecomunicações). O fato de as concessionárias de STFC serem, como regra, aquelas que no âmbito da rede local detêm poder econômico significativo, não deve obscurecer a compreensão de que o regime público diferenciado que lhes é imposto vincula-se ao atendimento das metas de universalização (e não ao poder econômico detido).

Não é inconcebível a hipótese de uma prestadora ser submetida ao regime diferenciado da concessão e, ao mesmo tempo, não ter poder significativo. Os conflitos verificados entre a Embratel, de um lado, e as concessionárias controladoras da rede local, de outro, indicam que aquela, não obstante ser concessionária, não detém poder econômico no âmbito das redes locais. Por outro lado, a própria LGT cogita da hipótese de as atuais concessionárias terem seu poder diluído pela concorrência sem que isso implique alterações significativas no regime público de prestação do STFC. Mais especificamente, ao tratar do regime tarifário, admite a possibilidade

de as tarifas serem livremente fixadas quando as circunstâncias concorrenciais de cada mercado forem suficientes para conter abusos de poder econômico (art. 104). Tal situação hipotética, porém, em nada modificaria a regulação assimétrica das concessionárias em seus aspectos fundamentais, ligados à universalização.

A regulação assimétrica baseada na identificação de PMS encontra-se delimitada especialmente nos seguintes atos normativos recentemente editados pela Anatel: (i) Regulamento de Separação e Alocação de Contas (RSAC – aprovado pela Res. n. 396, de 31-3-2005); (ii) Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada (REILD – aprovado pela Res. n. 402, de 27-4-2005); (iii) novo Regulamento Geral de Interconexão (RGI – aprovado pela Res. n. 410, de 11-7-2005); (iv) novo Regulamento de Indicadores de Qualidade do Serviço Telefônico Fixo Comutado (RIQ – aprovado pela Res. n. 417, de 17-10-2005); e (v) novo Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado (RSTFC – aprovado pela Res. n. 426, de 9-12-2005).

O RSAC impõe obrigações diferenciadas às operadoras com PMS no que concerne à prestação de informações sobre seus custos, o que terá importância na fixação do preço de acesso às redes. O RSAC possui três anexos nos quais descreve os critérios a serem considerados na elaboração do Documento de Separação e Alocação de Contas (DSAC) que deve ser apresentado à Anatel. A partir do DSAC será, em tese, possível identificar os custos da operadora em cada área de negócio na qual atua.

O Anexo I do RSAC descreve as diretrizes para a construção da chamada Base de Custos Históricos (HCA), correspondente ao

conjunto de informações sobre ativos, passivos, receitas e despesas registradas segundo padrão contábil aceito, que será utilizada como referência para apuração dos custos operacionais e custo de capital.

Em outras palavras, trata-se da descrição dos custos contábeis para a oferta de cada serviço, os quais deverão ser desagregados para cada área de

negócio, linha de produtos e produto ofertado (sendo que entre as áreas de negócio está uma denominada “rede”).

Em seguida, o Anexo II descreve os critérios e parâmetros para a transformação da HCA em Base de Custos Correntes (CCA). Na apuração da CCA os ativos da operadora não serão mais considerados pelo seu valor contábil, mas pelo custo de reposição (i. e., “o valor corrente daquele ativo no mercado ou de um equivalente de mesma tecnologia e capacidade”). Não importa, portanto, o custo histórico incorrido na formação da rede, mas os valores atuais dos respectivos bens no mercado (devidamente depreciados na mesma proporção da depreciação incorrida contabilmente).

Por fim, a partir da identificação da CCA, o Anexo III descreve a forma de alocação desses custos correntes a elementos específicos da rede. A metodologia chamada de Modelo de Custos Incrementais de Longo Prazo (LRIC), conforme consta do Anexo III, deve ser aplicada apenas aos produtos e elementos de rede da chamada Área de Negócio de Rede (i. e., para fins de fixação do valor da interconexão e do uso de elementos desagregados de rede por outras prestadoras). A partir da aplicação do modelo LRIC pretende-se identificar, levando em conta os custos correntes (e não os custos históricos), qual o custo incremental de cada produto (i. e., o custo específico que a operadora tem para disponibilizá-lo, que numericamente seria igual à economia que seria obtida caso ele deixasse de ser fornecido).

A definição do custo incremental, firmado numa base de custo corrente, em vez do custo contábil, pretende replicar, na medida do possível, as condições de um mercado competitivo (i. e., o preço do acesso à rede caso este fosse oferecido num ambiente de efetiva concorrência). De fato, é razoável assumir que o agente econômico, se fosse estabelecer o preço de acesso em concorrência com outras empresas, levaria em consideração os elementos contidos pelo modelo LRIC, os quais refletem os custos de sua permanência no mercado provendo a respectiva utilidade. Isso porque suas decisões são tomadas com base em uma perspectiva futura, e não histórica (custos contábeis), de gastos e receitas<sup>71</sup>. Chega-se, assim, em tese, a um preço capaz de corrigir eventuais distorções mantidas em função do poder econômico do detentor da rede existente ou da ineficiência de investimentos feitos no passado.

A Resolução n. 396/2005 impõe como obrigatória a elaboração do DSAC, abrangendo os Anexos II e III do RSAC, às concessionárias de STFC e a outros agentes econômicos que forem identificados como tendo PMS na oferta de interconexão à rede de STFC e na chamada Exploração Industrial de Linha Dedicada. Previu, ainda, a dispensa dessa obrigação ao detentor de PMS na interconexão em rede do Serviço Móvel Pessoal (podendo a Anatel estabelecer essa obrigatoriedade).

Com o complexo processo previsto no RSAC pretendeu a Anatel ter elementos para conter abusos de poder econômico por parte de agentes com PMS, destacadamente no âmbito do acesso às redes. Outros atos normativos referidos acima, que compõem a nova regulação assimétrica do setor, farão referência a tais parâmetros de fixação de preço ao tratarem do tema do acesso às redes de agentes com PMS.

Com o RSAC, pretendeu-se atender à diretriz do Decreto n. 4.733/2003, segundo a qual as tarifas de interconexão e dos preços de disponibilização de elementos de rede deveriam passar a ser definidas por meio da adoção de modelos de custo de longo prazo, aproximando-os dos custos efetivos de disponibilização das utilidades num hipotético regime de concorrência. Mas, por outro lado, gerou-se uma regulação bastante complexa, o que pode limitar a sua efetividade.

O tema do acesso às redes foi tratado de forma específica no REILD e no RGI, o primeiro abrangendo uma das hipóteses de acesso a elemento desagregado de rede e o segundo tratando da interconexão. Ambos são aplicáveis às operadoras de serviços de telecomunicações em geral, mas contêm regras específicas voltadas apenas àquelas detentoras de PMS. Não se pretende, aqui, fazer uma análise detalhada de referidos regulamentos, mas destacar a assimetria que há nas condições impostas às operadoras com poder econômico.

O REILD trata da chamada Exploração Industrial de Linha Dedicada, situação na qual uma prestadora de serviços contrata a utilização de linha dedicada integrante da rede de outra prestadora, com o propósito de construir a sua própria rede de telecomunicações. É uma das espécies de acesso a elemento desagregado de rede (prevista de forma genérica nos arts. 154 e 155 da LGT), focada especificamente na chamada linha dedicada

(definida como a capacidade de transmissão de sinais analógicos, telegráficos ou digitais entre dois pontos fixos).

O âmbito de aplicação do REILD é bastante restrito, limitando-se à chamada linha dedicada e deixando de abranger o acesso a diversos outros elementos de rede também relevantes ao se pensar a construção de alternativas para o âmbito da rede local. Assim, pode-se dizer que o REILD, por ser muito restrito, é insuficiente para garantir o acesso a elementos desagregados da rede local e viabilizar o ingresso de concorrentes sem a duplicação da infra-estrutura existente. De qualquer forma, é inegável a pretensão concorrencial do REILD ao impor o acesso a um elemento específico de rede, com o objetivo de permitir que concorrentes de empresas com PMS possam ter acesso às redes desta para viabilizar a construção de suas próprias redes.

O REILD possui um capítulo específico que descreve as condições cogentes sob as quais as operadoras com PMS deverão ofertar o acesso a linhas dedicadas. A oferta será obrigatória sempre que a operadora pertencer a um grupo econômico com PMS na oferta de EILD e, adicionalmente, já ofertar linhas dedicadas na mesma localidade ou no mesmo grupo houver concessionária de STFC na modalidade local com acessos individuais na localidade (art. 19).

A definição de quais grupos econômicos possuem agentes com PMS na oferta de EILD deverá ser feita pela Anatel em ato específico. Em princípio, no âmbito geográfico, considerar-se-ão as regiões definidas no Plano Geral de Outorgas do STFC, podendo-se admitir que em certas localidades ou setores dessas regiões o grupo não possua PMS (art. 10).

Nessa avaliação, a Anatel levará em conta, entre outros parâmetros, a participação no mercado de linhas dedicadas, a existência de economias de escala e de escopo, controle sobre infra-estrutura cuja duplicação não é economicamente viável, poder de negociação ante fornecedores, ocorrência de integração vertical, existência de barreiras à entrada e acesso às fontes de financiamento (art. 13). Deverá a Anatel, em suma, fazer uma análise do poder econômico detido com base na definição de mercados geográficos de oferta de linha dedicada, nos moldes usualmente feitos pelo direito concorrencial.

Para os agentes que integrarem grupo com PMS na oferta de linha dedicada, não apenas a disponibilização do acesso à rede é obrigatória, mas também os valores que poderão cobrar serão regulados. Na data a ser definida pela Anatel por meio de resolução, a oferta da linha dedicada deverá ser feita com base no modelo LRIC comentado acima, considerando os custos correntes incorridos por uma prestadora hipotética eficiente (conforme modelo de apuração desenvolvido pela Anatel) e os custos correntes informados pela operadora e aceitos pela Anatel (art. 15). Para tal propósito, deverá ser apresentado anualmente à Anatel o DSAC, contemplando os Anexos II e III do RSAC, conforme visto no tópico anterior<sup>72</sup>. No tocante às operadoras que integrarem grupo sem PMS, as condições de fornecimento e os valores de referência poderão ser livremente estabelecidos (art. 28).

Em relação à interconexão, o novo RGI trouxe inovações e mudanças no tocante aos procedimentos de ofertas e solicitações desse tipo de acesso às redes, mas não disciplinou especificamente um tratamento assimétrico às operadoras com PMS, como fez o REILD. Isso porque a questão dos critérios de remuneração do uso da rede, baseados em custos correntes para as operadoras com PMS, foi tratada em regulamentos distintos editados posteriormente, que disciplinaram de forma específica a remuneração pelo uso das redes de STFC e SMP (regulamentos aprovados pelas Resoluções n. 438/2006 e 458/2007).

Em linha com o Decreto n. 4.733/2003, nesses regulamentos referentes à remuneração pelo uso das redes foram efetivamente revistos os parâmetros até então utilizados, que não levavam em conta os custos realmente incorridos. Nesse sentido adotam-se, para as prestadoras de STFC e SMP com PMS, parâmetros de regulação assimétrica para fixação do valor da remuneração, com base nas metodologias de apuração de custos já referidas acima.

O caráter recente dessa nova regulação concorrencial, assim como a complexidade envolvida em sua aplicação, impossibilita uma avaliação quanto ao seu efetivo impacto nas condições de concorrência no setor e na viabilização de novas políticas de universalização. De qualquer forma, a evolução normativa e o histórico recente das políticas setoriais detalhados

neste texto confirmam o caráter complementar dos dois princípios nos quais se apóia a atual regulação das telecomunicações.

## 2.6 Conclusão

Este texto, dividido em quatro partes, teve início com uma descrição da reforma do setor de telecomunicações no Brasil e de sua atual configuração. Em seguida, foi analisada a disciplina jurídica específica ao setor, com ênfase nos princípios da universalização e da concorrência. Observou-se, então, o caráter complementar com que ambos podem ser concebidos na formulação das políticas públicas setoriais. Propôs-se, ainda, a idéia de que a implementação eficiente do modelo da Anatel para universalizar o acesso às redes digitais por parte de certas instituições públicas depende, em certa medida, da regulação editada para estimular o desenvolvimento da concorrência nas telecomunicações.

Para demonstrar esse ponto, fez-se um retrospecto das políticas de universalização implementadas sob a LGT, explicando o impasse que ocorreu na definição quanto à utilização do fundo setorial criado para financiá-las. Tal impasse apresentava um aspecto concorrencial, na medida em que se procurava uma alternativa jurídica que permitisse a ampla participação de empresas interessadas em assumir metas de universalização (e ter acesso aos recursos do Fust).

A proposta formulada pela Anatel para aplicação dos recursos do Fust, baseada na criação do SCD, seguiu a formatação delineada pelo TCU, em resposta a consulta feita pelo Ministro das Comunicações em 2003. A Anatel pretendeu, com isso, alcançar um modelo no qual as licitações para a utilização dos recursos do Fust não ficassem limitadas às atuais concessionárias de STFC, mas pudessem inclusive ter a participação de empresas que ainda não detivessem autorizações ou concessões para prestar serviços de telecomunicações.

Na última parte do texto, demonstrou-se a idéia inicialmente formulada, argumentando-se que a eficiente implementação de um modelo para universalização do acesso às redes digitais depende da regulação concorrencial voltada especificamente ao acesso a elementos de redes (o

*unbundling*). Foi destacado que a disciplina do *unbundling* pelas normas setoriais, até 2004, era bastante insuficiente, mas que atualmente um extenso conjunto normativo está em vigor com o propósito de garantir mais efetividade às disposições de caráter geral da LGT. Os resultados de tais mudanças em relação à promoção da concorrência e da universalização são ainda incertos, mas o contexto todo confirma com clareza como a universalização pode depender da regulação voltada à criação de condições concorrenciais (e, por conseguinte, como ambos os princípios se complementam).

## REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. SABESP – Serviço público – Delegação a empresa estatal – Imunidade a impostos – Regime de taxas. **Revista de Direito Público**, n. 92, 1989.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Editora 34, 1996.

CRANDALL, Robert W. ; HAUSMAN, Jerry A. Competition in U.S. telecommunications services: effects on the 1996 legislation. In: PELTZMAN, Sam; WINSTON, Clifford (Ed.). **Deregulation of network industries**. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2000.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e direito concorrencial**: as telecomunicações. São Paulo: Livr. Paulista, 2003.

FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das telecomunicações: uma tarefa inacabada. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 2, abr.-jun. 2003.

Gonçalves, Pedro. **Direito das telecomunicações**. Coimbra: Almedina, 1999.

GREWLICH, Klaus W. **Konflikt und Ordnung in der globalen Kommunikation**. Baden-Baden: Nomos, 1997.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo, 2000.

HARRISON, J. *et al.* **Regulation and deregulation**. St. Paul: West, 2004.

HAYEK, Friedrich A. The use of knowledge in society. **American Economic Review**, v. 35, n. 4, 1945.

JOHNSON, Steven. **Emergência: a vida integrada de formigas, cérebros, cidades e “softwares”**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos: comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1997.

\_\_\_\_\_. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LEITE, J. Teles e TVs lançam nova onda de serviços. **Folha de S. Paulo**, 26 fev. 2007.

MACULAN, Anne-Marie; LEGEY, Liz-Rejane. As experiências internacionais de regulação para as telecomunicações. **Revista de Economia Política**, v. 16, n. 4 (64), 1996.

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, Heike. **Netzettbewerb, Netzzugang und “Roaming” in Mobilfunk**. Baden-Baden: Nomos, 1999.

NEUMAN, W. Russel *et al.* **White paper on Brazilian telecommunications in transition: a new strategy for competitiveness**, mimeo, 1994.

PASTORIZA, Florinda Antelo. **Privatização na indústria de telecomunicações: antecedentes e lições para o caso brasileiro**. Texto para discussão 43. Rio de Janeiro: BNDES, 1996.

PAULWEBER, Michael. **Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation**. Baden-Baden: Nomos, 1999.

POSSAS, Mario Luiz *et al.* Defesa da concorrência e regulação de setores de infra-estrutura em transição. **Archè**, n. 20, 1998.

PROSSER, Tony. Theorising utility regulation. **Modern Law Review**, v. 62, 1999, p. 198.

ROSTON, Gregory L.; TEECE, David J. Competition and “local” communications: innovation, entry and integration. **Industrial and**

**Corporate Change**, v. 4, n. 4, 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo. Malheiros, 2001.

SHAPIRO, Helen. The public-private interface: Brazil's business-government relations in historical perspective, 1950-1990. In: DUTT, Amitava Krishna; KIM, Kwan S.; SINGH, Ajit (Ed.). **The State, markets and development: beyond the neoclassical dichotomy**. Vermont: Edgard Elgar, 1994.

SOARES, P. Nova tecnologia de TV e internet já gera choque entre teles e TV a cabo. **Folha de S. Paulo**, 26 fev. de 2007.

[1](#) Baseia-se substancialmente em dois trabalhos anteriores do autor: o livro **Regulação e direito concorrencial: as telecomunicações**, de 2003, e artigo publicado no número 8 da **Revista de Direito Público da Economia**, de 2004.

[2](#) Dispunha a Constituição de 1946: "Art. 5<sup>ª</sup> Compete à União: [...] XII – explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafo, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais [...]". Ficava excluída da esfera de atuação da União, portanto, a telefonia circunscrita ao âmbito de um Estado ou Município.

[3](#) Dado constante das **Diretrizes gerais para a abertura do mercado de telecomunicações** do Ministério das Comunicações, Brasília, 1997.

[4](#) A Companhia Telefônica Brasileira, controlada pela canadense *Brazilian Traction Light and Power*, detinha, por volta de 1968, 70% dos 1,5 milhão de telefones e 80% do tráfego. O setor de telégrafo era controlado pela *Western Telegraph and Telephone* e a telefonia internacional pela *Radional/ITT*, *SUDAM/Alcatel*, *Radiobrás* e *Italcable*. As concessões destas últimas venceram entre 1970 e 1973, quando o serviço passou a ser monopolizado pela Embratel (cf. NEUMAN, W. Russel *et al.* **White paper on Brazilian telecommunications in transition: a new strategy for competitiveness**, mimeo, 1994, p. 32).

[5](#) Cf. NEUMAN, W. Russel *et al.*, **White paper**, cit., p. 34.

**6** Privatização na indústria de telecomunicações: antecedentes e lições para o caso brasileiro, Texto para discussão 43, Rio de Janeiro, BNDES, 1996, p. 49.

**7** Dispunha a Constituição de 1967: "Art. 8º Compete à União: [...] XV – explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações". A referência, portanto, é feita à generalidade dos serviços, não se especificando, como no texto constitucional anterior, determinados tipos de serviços e âmbitos de prestação.

**8** Dados constantes das Diretrizes gerais para a abertura do mercado de telecomunicações do Ministério das Comunicações, Brasília, 1997.

**9** A origem da crise fiscal costuma ser situada no início da década de setenta, quando se optou pela manutenção de uma estratégia de desenvolvimento econômico fundada em forte atuação do Estado no setor industrial (tanto através de subsídios ao setor privado, como através de atuação direta por meio de empresas estatais). Mas isso foi feito com base em uma política de transformar dívida externa privada em pública, aceitando o governo que os devedores pagassem seus empréstimos externos em moeda local ao Banco Central, enquanto o Estado assumia a dívida perante os credores externos. Assim, o Estado financiava seu déficit interno ao mesmo tempo que acumulava uma dívida externa excessiva em dólar. O pagamento dos juros dessa dívida, alta e em moeda forte, provocou uma redução da capacidade do País em realizar investimentos a partir da formação de uma poupança interna, assim como um crescimento do déficit público e da inflação (cf. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 41 e s., também p. 112).

**10** "Os atuais formuladores de políticas públicas brasileiros parecem ter chegado a uma solução de mercado a partir de um ponto de partida que é essencialmente pragmático, e não ideológico. A defesa de uma política industrial não intervencionista é baseada não na proposição de que a intervenção estatal é em si mesma ineficiente, mas na conclusão de que é necessária em virtude de restrições fiscais" ("Brazilian policy-makers today seem to arrive at a market solution from a starting point that is essentially pragmatic rather than ideological. The defence of a non-interventionist industrial policy is based not on the proposition that state intervention is inherently inefficient, but on the conclusion that it is necessary due to fiscal constraints", no original; tradução do autor) (SHAPIRO, Helen. *The public-private interface: Brazil's business-government relations in historical perspective, 1950-1990*. In: DUTT, Amitava Krishna; KIM, Kwan S.; SINGH, Ajit (Ed.). *The State, markets and development: beyond the neoclassical dichotomy*. Vermont: Edgard Elgar, 1994, p. 144-168, esp. p. 164).

**11** Foi estabelecida uma barreira institucional à quebra desse duopólio: os contratos de concessão asseguravam às respectivas concessionárias que até 31 de dezembro de 1999 não seriam iniciadas operações de novos serviços de igual natureza. Há, também, uma barreira natural, pois, em razão da necessidade de

uso do espectro de radiofrequência, o número de prestadoras que atuam em uma mesma área não é ilimitado. Com a entrada em operação das empresas das denominadas Bandas C, D e E poderá, em tese, haver cinco concorrentes em cada mercado geográfico. A licitação das autorizações para essas novas prestadoras (junto com o direito de uso das respectivas radiofrequências) foi acompanhada de significativa mudança na disciplina normativa aplicável. Esta procurou, notadamente, adequar a prestação do serviço (agora denominado Serviço Móvel Pessoal – SMP) ao regime privado da LGT (cf. as Diretrizes para Implementação do SMP, aprovadas pela Resolução Anatel n. 235, de 21-9-2000).

[12](#) Cf. Sabesp – Serviço público – Delegação a empresa estatal – Imunidade a impostos – Regime de taxas. *Revista de Direito Público*, n. 92, 1989, p. 70-95. O autor menciona dois precedentes do Supremo Tribunal Federal segundo os quais empresa pública não pode ser tida como concessionária (cf. RTJ 112/674 e 116/582).

[13](#) Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 73 e s.

[14](#) Não há, portanto, razão para submeter à exigência de prévia licitação do art. 175 da Constituição as atividades prestadas sob regime de serviço público por entidades da própria administração pública. Essa referência precisa ser feita porque o argumento constituiu um dos fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.491-9/600, a qual foi proposta em relação a determinados dispositivos da Lei n. 9.295/96.

[15](#) O Regulamento da Anatel foi aprovado pelo Decreto n. 2.338, de 7 de outubro de 1997.

[16](#) A Telebrás controlava vinte e sete operadoras locais e estaduais, às quais se somavam quatro outras não integrantes do sistema. O fato de existirem trinta e quatro setores e somente trinta e uma operadoras decorre de a Companhia de Telecomunicações do Brasil Central (CTBC) atuar em municípios de quatro Estados. Como os setores, na configuração dada pelo PGO, não abrangiam áreas de mais de um Estado, optou-se por delimitar a área de atuação da CTBC em quatro setores, cada um congregando municípios de Minas Gerais (setor 3), São Paulo (setor 33), Mato Grosso do Sul (setor 22) e Goiás (setor 25). Outra peculiaridade que resultou disso é que a CTBC era a única operadora, além da Embratel, habilitada a oferecer serviços de telefonia de longa distância inter-regional (mas apenas nos limites dos quatro setores referidos).

[17](#) A Região I congrega os Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima; a Região II congrega o Distrito Federal e os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre; a Região III congrega o Estado de São Paulo.

[18](#) Eram a Vésper, a GVT e a Intelig.

19 Com a passagem do controle acionário para o setor privado, já não há que questionar a existência de um regime de concessão propriamente dito. Não houve, porém, em relação ao modelo adotado, nenhuma violação à exigência de prévia licitação do art. 175 da Constituição. A peculiaridade, expressamente disciplinada na LGT, é que o procedimento licitatório envolveu tanto a alienação de certos ativos públicos como também a concessão de um serviço público.

20 Essa informação consta do sítio da Embratel na Internet ([www.embratel.com.br](http://www.embratel.com.br), último acesso em 30-8-2007).

21 O sítio da Anatel na Internet contém uma listagem das autorizações outorgadas e das operadoras em serviço (*vide* [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br), último acesso para esse propósito em 2-8-2007).

22 Sobre essas metas, *vide* os tópicos seguintes deste texto.

23 Quase metade dos acessos residenciais à Internet no Brasil é em velocidade baixa, ou seja, utilizando um modem tradicional e por meio de uma ligação telefônica (49,06%). Em relação ao acesso em banda larga, predomina aquele feito por um modem digital via linha telefônica (i. e., o DSL), que representa 28,64% do total, seguido do acesso por intermédio da rede de televisão a cabo com apenas 6,11% (o que confirma a baixa penetração dessa rede nos municípios brasileiros), via rádio (4,83%) e via satélite (0,77%). Esses dados constam de recente e extensa pesquisa realizada nos meses de julho e agosto de 2006, pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, que mediu a penetração e uso das tecnologias de comunicação e informação nos domicílios brasileiros, o acesso individual a computadores e à Internet, atividades desenvolvidas na rede e acesso sem fio (disponível em [www.cetic.br/usuarios/tic/2006/index.htm](http://www.cetic.br/usuarios/tic/2006/index.htm), último acesso em 11-1-2007).

24 Teriam disponíveis, para tanto, três plataformas tecnológicas distintas. O sistema MMDS, sigla que identifica o Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal, é baseado em transmissões via microondas. O sistema de televisão a cabo envolve a transmissão dos sinais por meio de uma rede de cabos físicos. O sistema DTH, sigla que identifica o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite, envolve transmissões por intermédio de satélites. O serviço de televisão a cabo possui tratamento legal específico na Lei n. 8.977/95. Os outros dois foram considerados originalmente como espécies de Serviços Especiais, categoria que remonta à Lei n. 4.117/62, regulamentada nesse aspecto pelo Decreto n. 2.196/97. O MMDS tem tratamento específico também na Norma n. 002/94 – REV/97, aprovada pela Portaria n. 254/97. O DTH, por sua vez, é disciplinado pela Norma n. 008/97, aprovada pela Portaria n. 321/97.

25 Cf. SOARES, P. Nova tecnologia de TV e Internet já gera choque entre teles e TV a cabo. *Folha de S. Paulo*, 26-2-2007, p. B1.

26 Cf. LEITE, J. Teles e TVs lançam nova onda de services. *Folha de S. Paulo*, 26-2-2007, p. B1.

[27](#) Uma descrição dos serviços oferecidos pode ser encontrada nos sítios da Embratel e da Net na Internet ([www.embratel.com.br](http://www.embratel.com.br) e [nettv.globo.com/NETServ/br/cidade.jsp](http://nettv.globo.com/NETServ/br/cidade.jsp), respectivamente, último acesso em 30-8-2007).

[28](#) Embora as redes de televisão por assinatura existam em municípios que totalizam uma população superior a 91.498, o número efetivo de assinantes é de apenas 4.513. Esses dados da base de assinantes são fornecidos pela Associação Brasileira de TV por Assinatura, referentes ao terceiro trimestre de 2006. Desse total, 60% utilizavam redes de televisão a cabo, 36% o serviço de DTH e 4% o MMDS (dados disponíveis em [www.abta.com.br](http://www.abta.com.br), acessado em 11-1-2007). A informação referente à população dos municípios atendidos pelas redes de televisão por assinatura é fornecida pela Anatel, em [www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/tv\\_assinatura/panorama/rel\\_panoramacap01.pdf](http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/tv_assinatura/panorama/rel_panoramacap01.pdf), último acesso em 22-3-2007. Claro que o usuário residencial com acesso à televisão por assinatura normalmente será o de mais alta renda e, conseqüentemente, aquele que as operadoras terão mais interesse em atender. Isso significa que, mesmo diante do número relativamente reduzido de acessos à televisão paga, a disseminação com sucesso da solução de VoIP da Embratel para esses usuários poderá ter um impacto relevante sobre as concessionárias.

[29](#) Dados constantes do estudo **O desempenho do setor de telecomunicações no Brasil – Séries Temporais – 1T07**, de junho de 2007, elaborado pela Associação Brasileira de Telecomunicações – Telebrasil, disponível em [www.telebrasil.org.br/saiba-mais/index.asp?m=inicio.htm](http://www.telebrasil.org.br/saiba-mais/index.asp?m=inicio.htm), último acesso em 30-8-2007. A expansão da telefonia móvel no Brasil foi impulsionada por um ambiente econômico concorrencial, o qual levou à redução de preços e ao oferecimento de alternativas de baixo custo aos consumidores de menor renda (principalmente por meio dos contratos “pré-pagos” e da possibilidade de os usuários se valerem dos respectivos aparelhos para fazer chamadas a cobrar). Com isso, houve significativa difusão desse serviço no Brasil. O número de acessos ao serviço móvel celular passou rapidamente de 5,6 milhões em julho de 1998 para 54 milhões em junho de 2004. Desse total, 79,06% eram “pré-pagos” (dados divulgados no sítio da Anatel, [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br), consultado em 19-8-2004). Indicador da ampla difusão desse serviço entre a população mais carente é a substituição do telefone fixo (ou o suprimento da demanda por este) pelo celular. Segundo pesquisas feitas pela então Telesp Celular, 54% dos clientes pertencentes à classe D não tinham telefone fixo em casa. Na classe C, eram 23% os que possuíam apenas o celular, e nas classes A/B, o percentual diminuía a 5% (cf. Cresce substituição do fixo pelo celular. *Gazeta Mercantil*, 16 dez. 2002, p. C6).

[30](#) A noção da concorrência como um processo que permite a descoberta das melhores opções dentro do sistema econômico é encontrada em Friedrich A. Hayek, que destacou a dificuldade de agregar em um único centro decisório o

conhecimento necessário à organização das atividades econômicas, o qual se encontra disperso entre incontáveis agentes (The use of knowledge in society. *American Economic Review*, v. 35, n. 4, 1945, p. 519). Assim, o problema econômico fundamental de uma sociedade seria a utilização de um conhecimento que não é dado a ninguém em sua totalidade (idem, p. 520). O processo concorrencial permitiria a organização desse conhecimento disperso e, a partir disso, a descoberta das melhores opções econômicas existentes. Tal organização, no âmbito de um ambiente de concorrência, pode ser vista como a de um típico sistema “emergente”, em que o comportamento de inúmeros agentes interagindo de diversas formas, seguindo padrões de informação local (e não recebendo instruções de um nível hierárquico superior), resulta num “macrocomportamento observável”, não controlável por nenhum agente isoladamente (JOHNSON, Steven. *Emergência: a vida integrada de formigas, cérebros, cidades e “softwares”*. Tradução de Maria Carmelita Pádua Dias. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 15). Para Friedrich A. Hayek, o mecanismo de formação do preço num mercado concorrencial é o que, em essência, irá permitir a interação não hierárquica entre os diversos agentes econômicos e o uso do conhecimento que está disperso entre eles. Cf. sobre o tema também SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 22 e s.

[31](#) Na microeconomia um monopólio é tido como “natural” naquelas situações em que o custo marginal (em outras palavras, o custo que um agente econômico tem para ofertar mais uma unidade do seu produto) é decrescente, não importando qual o nível da demanda de dado mercado. Assim, se uma única empresa consegue, com custos marginais decrescentes, atender a toda a demanda do mercado, a existência de um concorrente seria ineficiente e representaria uma má alocação dos recursos de uma sociedade (além de conduzir a uma concorrência ruïnosa, que colocaria em risco a viabilidade de ambas as empresas). Sobre o tema, cf. HARRISON, J. *et al.* *Regulation and deregulation*. St. Paul: West, 2004, p. 132 e s.

[32](#) A disciplina do acesso às redes de telecomunicações apresenta-se como o problema central da regulação da concorrência no setor. Abrange tanto o tema da interconexão (sem a qual os novos concorrentes não poderiam alcançar os usuários das redes já instaladas, praticamente inviabilizando a oferta de serviços) como o do acesso a elementos de rede (com base no qual o novo concorrente pode recorrer a elementos das redes já existentes para construir a sua própria rede). Para uma análise mais detalhada desse tema, cf. FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial: as telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, capítulo 5.

[33](#) Cf. MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, Heike. *Netzwettbewerb, Netzzugang und “Roaming” in Mobilfunk*. Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 76 e s.; GREWLICH, Klaus W. *Konflikt und Ordnung in der globalen Kommunikation*. Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 34 e s.; PAULWEBER, Michael. *Regulierungszuständigkeiten*

in der Telekommunikation. Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 52; e POSSAS, Mario Luiz *et al.* Defesa da concorrência e regulação de setores de infra-estrutura em transição. *Archè*, n. 20, 1998, p. 67-96.

[34](#) O abuso se caracteriza pela recusa de acesso a uma infra-estrutura tida como essencial, o que representa a positivação da doutrina das *essential facilities* no direito alemão.

[35](#) Cf. PAULWEBER, Michael, *Regulierungszuständigkeiten*, cit., p. 53.

[36](#) Conforme destaca Tony Prosser, um relatório de 1998 do Department of Trade and Industry britânico (*A fair deal for consumers: modernising the framework for utility regulation*) constatou que as decisões do regulador não se tornam mais fáceis em mercados competitivos, mas tendem a ser mais complexas em função do maior número de interesses que precisam ser considerados (cf. *Theorising utility regulation. Modern Law Review*, v. 62, 1999, p. 198). Para alguns analistas, a complexidade da regulação concorrencial impede que o regulador efetivamente tenha capacidade de alcançar o fim a que se propõe (i. e., gerar um ambiente de concorrência), muitas vezes prejudicando a concorrência em vez de incentivá-la. Essa constatação subsidia propostas de eliminação da regulação concorrencial e desregulação total do setor de telecomunicações (cf. CRANDALL, Robert W.; HAUSMAN, Jerry A. *Competition in U.S. telecommunications services: effects on the 1996 legislation*. In: PELTZMAN, Sam; WINSTON, Clifford (Ed.). *Deregulation of network industries*. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2000, p. 88 e s.)

[37](#) Em observação feita ao cenário europeu, a qual, porém, aplica-se ao caso brasileiro, Pedro Gonçalves identifica na universalização uma demonstração de que “a liberalização do sector, embora provocando a saída do Estado enquanto prestador de serviços [...], jamais foi pensada como um processo de desresponsabilização pública” (*Direito das telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 100).

[38](#) A problemática do serviço público diante dos novos modelos de organização dos setores de infra-estrutura recebe um tratamento inédito e bastante esclarecedor em JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 323 e s. Para uma análise mais específica da inserção do conceito de serviço público no processo de reforma do setor de telecomunicações, cf. FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação*, cit., p. 117 e s. Cf. também GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo, 2000, p. 39-71.

[39](#) Por meio dos subsídios cruzados, as receitas auferidas na oferta de determinado tipo de serviço ou de uma classe de consumidores são usadas para subsidiar a oferta abaixo do custo de outros serviços (para todos os usuários ou determinada classe deles). Uma prática bastante adotada foi o subsídio do acesso

à rede e da telefonia local por meio da telefonia de longa distância (nacional e internacional). No tocante às formas baseadas na discriminação entre usuários, observou-se com frequência o subsídio de consumidores residenciais a partir dos preços cobrados dos consumidores empresariais, assim como o subsídio de consumidores localizados em áreas rurais por aqueles localizados em áreas urbanas. Preços fixados desse modo, entretanto, tendem a produzir uma direta ineficiência alocativa, na medida em que a demanda pelos serviços que servem de fonte dos subsídios será reduzida em relação àquela que seria verificada caso o valor cobrado refletisse os custos de sua disponibilização. Sua adoção, por outro lado, nem sempre conduz a resultados que traduzem um benefício social capaz de compensar tal ineficiência. No Brasil, por exemplo, um dos modos pelos quais se procurou compensar as limitações no tocante aos investimentos necessários para o setor foi o denominado autofinanciamento. Nesse sistema, o usuário tornava-se proprietário de uma linha no plano de expansão da rede, gerando recursos que seriam utilizados para a instalação de novas linhas. Como parte significativa dos potenciais usuários não tinha condições de pagar pela propriedade de uma linha, “os benefícios da política de telecomunicações que consistia em praticar tarifas subsidiadas para a assinatura básica e tráfego telefônico local não foram usufruídos pela população de baixa renda” (MACULAN, Anne-Marie; LEGEY, Liz-Rejane. As experiências internacionais de regulação para as telecomunicações. *Revista de Economia Política*, v. 16, n. 4 (64), 1996, p. 67-86, 80).

[40](#) Apesar de tal contribuição constituir a principal fonte de recursos do Fust, também integram suas receitas: (i) dotações designadas na lei orçamentária anual da União e seus créditos adicionais; (ii) parte dos recursos do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações; (iii) preço público cobrado pela Anatel como condição de transferência de concessão, de permissão ou de autorização de serviço de telecomunicações ou de uso de radiofrequência, a ser paga pela cessionária; (iv) doações; e (v) outras que lhe vierem a ser destinadas (cf. art. 6º).

[41](#) Sobre não haver uma relação de necessidade entre concorrência e universalização, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 126.

[42](#) Cf. FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das telecomunicações: uma tarefa inacabada. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 2, abr.-jun. 2003, p. 35-36. Para dados sobre o rápido crescimento da telefonia móvel no Brasil, cf. o item 2.2 deste texto.

[43](#) Os dados apresentados no item 2.2, acima, relativos à telefonia móvel, sugerem que nesse caso a difusão do acesso por meio dos planos “pré-pagos” efetivamente permitiu a inclusão no mercado de pessoas que até então não tinham acesso a nenhum serviço em razão de seu baixo poder aquisitivo.

[44](#) Para uma análise mais detalhada desse período, assim como das políticas que existiram com esse propósito no âmbito do Sistema Telebrás, cf. FARACO,

Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Universalização*, cit., p. 9-58.

[45](#) “É certo que, de maneira indireta, quem efetivamente assumiu o custeio das metas iniciais de universalização foi a própria União Federal (i. e., em última instância, o contribuinte brasileiro), pois a extensão das metas e os investimentos que demandariam provocaram uma redução diretamente proporcional nos preços que os interessados estavam dispostos a pagar para adquirir o controle das sociedades originadas do Sistema Telebrás. Caso nenhuma meta tivesse sido imposta, o valor atribuído ao ativo vendido pela União seria maior” (FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Universalização*, cit., p. 30).

[46](#) As metas referentes ao STFC foram revistas e ampliadas no novo PGMU aprovado pelo Decreto n. 4.769/2003, que substituiu aquele acima referido. O PGMU hoje vigente foi, ainda, alterado subseqüentemente pelos Decretos n. 5.972/2006 e 6.155/2007. As metas e encargos previstos no PGMU vigente continuam, como regra, de responsabilidade das concessionárias, sem a possibilidade de uso dos recursos do Fust.

[47](#) Uma seqüência desses fatos, conforme divulgados pela Assessoria de Imprensa da Anatel, pode ser encontrada no *site* da Agência ([www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)). A questão da legalidade de organizar um procedimento de licitação com tal propósito, abrangendo outras empresas além das concessionárias já existentes, será retomada em tópico subseqüente.

[48](#) Entre as competências que a Constituição Federal atribui ao TCU estão as de: “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”; e “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade” (art. 71, II e IX). Marçal Justen Filho observa que as agências reguladoras, enquanto autarquias federais, não poderiam deixar de estar sujeitas ao controle do TCU. Destaca que esse controle limitar-se-ia à gestão administrativa em sentido próprio, mas não abrangeria o conteúdo das decisões regulatórias (*O direito das agências reguladoras independentes*, cit., p. 588-589). Todavia, quando tais decisões regulatórias envolverem o dispêndio de recursos públicos não há como pretender afastá-las totalmente do controle do TCU.

[49](#) Consulta formulada pelo então Ministro das Comunicações, Miro Teixeira, por intermédio do Aviso n. 67/2003-MC. A íntegra das perguntas e da decisão do TCU podem ser acessadas no sítio desse órgão ([www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br), acesso em 16-8-2004).

[50](#) Como destacado acima, a razão para a limitação do uso dos recursos do Fust às concessionárias de STFC estava mais ligada ao fato de que apenas estas

atuavam em regime público do que a uma confusão técnica quanto à definição do STFC. Todavia, ao prever que as próprias concessionárias de STFC prestariam os serviços de acesso a redes digitais, a Anatel acabou por incluir no âmbito do STFC serviços tecnicamente diversos. As operadoras de STFC em geral prestam serviços de conexão à Internet em banda larga, como é o caso do ADSL (*Asymmetrical Digital Subscriber Line*), mas não com base na concessão de STFC, e sim mediante uma autorização específica para Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações (SRTT).

[51](#) Conforme se extrai do relatório do Ministro Humberto Guimarães Souto, a conclusão da 1ª Secretaria de Controle Externo foi apresentada nos seguintes termos: “3.2.2.28 Qualquer prestadora de serviços de telecomunicações, seja ela concessionária, permissionária ou autorizatária, pode utilizar recursos do Fust para a consecução de metas de universalização, desde que devidamente selecionada mediante processo licitatório, pois embora a LGT defina que as obrigações de universalização e continuidade devam ser prestadas pelas empresas do regime público, em nenhum de seus artigos a lei proíbe a assunção dessas obrigações, de maneira espontânea, pelas empresas do regime privado, na forma de um novo contrato, existindo, inclusive, conforme o art. 135 da LGT, a possibilidade de a Anatel condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade”.

[52](#) Presentemente, a hipótese descrita já não se legitima no quadro atual da regulação do setor. Nos termos do parágrafo único do art. 81, a utilização de subsídios cruzados ou de adicionais ao valor de interconexão para cobrir os custos das obrigações de universalização só seriam admitidos enquanto o Fust não tivesse sido criado. Com sua criação, pela Lei n. 9.998/2000, não há mais espaço para a utilização de tais instrumentos. Não obstante, o valor pago pela interconexão às redes de telefonia fixa local é atualmente fixado pela Anatel num patamar que, segundo alegações de algumas das operadoras concorrentes das concessionárias que detêm a rede local, incorporaria um subsídio implícito, beneficiando Telefonica, Telemar e Brasil Telecom (cf. tópico 2.5, abaixo).

[53](#) No relatório da decisão do TCU (a partir do item 59) há uma análise bastante precisa dessas diferenças entre os compromissos previstos no art. 135, para operadoras que atuam em regime privado, e as obrigações de universalização próprias do regime público: “59. 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, III, da LGT), ao passo que os compromissos de interesse da coletividade são fixados apenas pela Agência (art. 135 da LGT). [...] 61. O âmbito de ambos são também distintos, vez que compromissos cabíveis no regime privado devem observar os limites estabelecidos pelo art. 128 da LGT, em especial o inciso V que obriga haver relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos, ao passo que as obrigações de universalização podem

ser desproporcionais e impor pesados custos, pois que objetivam o acesso aos serviços de telecomunicações, independentemente de localização e condição socioeconômica. É justamente nessa desproporção que se afigura a necessidade de um Fundo que possa viabilizar a sua implementação”.

[54](#) O legislador brasileiro deixou de estabelecer um rol taxativo dos serviços que devem ser objeto de metas de universalização (e, portanto, prestados no regime público). Como visto acima, a LGT estipula que a universalização deve ser visada pelo menos em relação ao STFC, destinado ao uso do público em geral (parágrafo único do art. 64). Concomitantemente, admite a submissão a qualquer tempo, pelo Poder Executivo, por meio de decreto, de outros serviços ao regime público e, portanto, ao objetivo de universalização (art. 18, I).

[55](#) Essa possibilidade afasta outro argumento destacado acima, no sentido de que o art. 8º da Lei n. 9.998/2000, c/c o art. 81 da LGT limitaria a participação na licitação apenas aos que já detivessem concessões, permissões ou autorizações, pois a utilização dos recursos só poderia ser feita por quem fosse prestador de serviço de telecomunicações. Mas o argumento não se sustenta quando se constata que a licitação poderia ser estruturada de forma a incluir em seu objeto também a outorga de uma concessão (cf. FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Universalização*, cit., p. 46-47).

[56](#) As manifestações às Consultas estão disponibilizadas no sítio da Anatel, [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br), acesso em 16 de agosto de 2004.

[57](#) Cf. as manifestações às Consultas ([www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br), acessado em 16-8-2004).

[58](#) Cf. Acórdão n. 2.148/2005, de 7 de dezembro de 2005.

[59](#) A única exceção consta do Decreto n. 6.039, de 7 de fevereiro de 2007, que aprovou um Plano de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado em Instituições de Assistência às Pessoas com Deficiência Auditiva. O art. 2º do Plano prevê a utilização de recursos do Fust no cumprimento das metas, as quais são de responsabilidade das concessionárias de STFC (e estão limitadas a esse serviço).

[60](#) Esta análise dos aspectos concorrenciais do *unbundling* foi feita pelo autor em *Regulação*, cit., p. 254-257.

[61](#) Sobre custos específicos como barreira à entrada, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*, cit., p. 157 e s. Destaca aquele autor: “A probabilidade do investimento é função tanto do montante necessário para entrar em determinado negócio quanto do valor que pode ser recuperado ao sair. Evidentemente, um empresário prudente, ao avaliar os riscos de um empreendimento, verificará que montante de seu investimento é possível recuperar (através da venda de ativos) caso resolva mudar de ramo ou simplesmente abandonar aquela atividade” (*idem*, p. 157-158).

[62](#) Cf. ROSSTON, Gregory L.; TEECE, David J. Competition and “local” communications: innovation, entry and integration. *Industrial and Corporate Change*, v. 4, n. 4, 1995, p. 809.

[63](#) Cf. ROSSTON, Gregory L.; TEECE, David J. Competition, cit., p. 803, 804 e 809.

[64](#) Deve ser ressalvado que a imposição da obrigatoriedade de um acesso amplo a elementos de redes pode ter um impacto concorrencial negativo. Sobre essas conseqüências anticoncorrenciais de uma regulação concorrencial de acesso a elementos de rede, cf., do autor, *Regulação*, cit., p. 258-265.

[65](#) Na legislação brasileira que disciplina o serviço de televisão a cabo reconheceu-se de forma expressa a utilização desse tipo de acesso como forma de evitar a duplicidade de investimentos em redes. A Lei n. 8.977/95 dispõe, em seu art. 18, § 1º, que “as concessionárias de telecomunicações e as operadoras de TV a Cabo empreenderão todos os esforços no sentido de evitar a duplicidade de redes”. O § 2º desse dispositivo também estabelece que “a capacidade das Redes Locais de Distribuição de Sinais de TV instaladas pela operadora de TV a Cabo não utilizada para a prestação deste serviço poderá, mediante ajuste prévio e escrito, ser utilizada pela concessionária de telecomunicações, atuante na região, para a prestação de serviços públicos de telecomunicações”. Deve-se observar, todavia, que a existência de certa capacidade instalada excedente em mercados nos quais a concorrência se mostra mais intensa pode ser vista como uma circunstância necessariamente associada ao regime criado. Tentativas de eliminar por completo aquela mediante a regulação podem restringir o desenvolvimento de condições concorrenciais.

[66](#) Para uma diferenciação entre interconexão e *unbundling*, cf. FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação*, cit., p. 249 e s.

[67](#) O parágrafo único do art. estabelece apenas que as condições para o adequado atendimento desse acesso deverão ser estabelecidas pelo órgão regulador. Trata-se, por certo, de normas que deverão viabilizar o exercício do respectivo direito, mas a existência deste não depende daquelas.

[68](#) Restrição estabelecida no Plano Geral de Outorgas do STFC, aprovado pelo Decreto n. 2.534, de 2 de abril de 1998.

[69](#) Nesse sentido, cabe destacar as denúncias feitas pela Embratel e Intelig contra as três concessionárias detentoras de redes locais (Brasil Telecom, Telefonica e Telemar), no sentido de que estariam adotando práticas de discriminação de preços de interconexão para acesso local e subsídios cruzados nos serviços de longa distância (cf. no CADE os processos administrativos 53500.001821/2002, 53500.001823/2002 e 53500.001824/2002).

[70](#) Cf. art. 2º, X, do Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada, aprovado pela Resolução n. 402, de 27 de abril de 2005. A mesma definição será utilizada em outros regulamentos revistos pela Anatel.

[71](#) Cf. FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação*, cit., p. 291.

[72](#) No período que antecede à data a ser fixada nos termos do art. 15, os valores de referência serão fixados pela Anatel, por meio de ato da Superintendência responsável no âmbito da agência (art. 37).

# 3 REGULAÇÃO NO SETOR DE TRANSPORTE TERRESTRE NO BRASIL

Eduardo Augusto Guimarães

*Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVaw, professor titular do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, doutor em Economia pela University of London.*

## 3.1 Introdução

Os serviços de transporte têm sido tradicionalmente objeto de intervenção do Poder Público, por meio da atuação direta de entidades estatais ou da implementação de marco institucional destinado a regular a operação das empresas prestadoras desses serviços. Tais iniciativas têm sido induzidas por objetivos distintos: em alguns casos, é uma resposta à situação caracterizável como de monopólio natural, por meio da qual o Poder Público procura compensar os efeitos decorrentes da inexistência de um ambiente competitivo<sup>1</sup>; em outros, a ação do Poder Público tem direção oposta e procura amortecer o processo de competição. A forma da intervenção governamental no setor tem sofrido, no entanto, modificações significativas ao longo do tempo.

A forma de organização da prestação do serviço e a natureza do mercado correspondente às diversas modalidades de transporte são determinadas pelas características da infra-estrutura de cada uma dessas modalidades.

A prestação do serviço de transporte pode ser desdobrada em atividades subsequentes – embarque, deslocamento e desembarque –, cada uma delas requerendo uma infra-estrutura própria: os pontos (terminais) de embarque/desembarque e, no caso do deslocamento, a via e os veículos de transporte.

No caso dos transportes marítimo e aéreo, a construção dos terminais de embarque e desembarque (portos e aeroportos) envolve investimentos elevados e não recuperáveis, o que implica freqüentemente uma situação de monopólio natural nessa etapa<sup>2</sup>. Por outro lado, o livre acesso às vias de deslocamento (os oceanos e o espaço aéreo) e a natureza recuperável dos investimentos nos veículos de transporte implicam que o deslocamento de cargas ocorra em mercados potencialmente competitivos.

No caso do transporte ferroviário, o investimento elevado (e basicamente irrecuperável) associado à construção da via férrea, bem como os custos expressivos envolvidos em sua manutenção, geram condições típicas de um monopólio natural, que tradicionalmente tem sido exercido pela empresa ferroviária – proprietária da via e do equipamento de transporte e dos terminais de embarque/desembarque, que são operados de forma integrada.

O transporte rodoviário constitui um caso distinto dos anteriores. A via de transporte requer, para sua construção, investimentos expressivos e irrecuperáveis, como no caso da ferrovia. As características da operação da rodovia implicam, no entanto, que o uso dessa via e a prestação do serviço de transporte propriamente dito não representem um objetivo da entidade que investe na sua construção. Essa dissociação permite caracterizar duas atividades econômicas distintas: a primeira corresponde à disponibilização do uso da rodovia; a segunda, ao deslocamento da carga, ou seja, à prestação do serviço de transporte propriamente dito.

Serviço prestado	Oferta composta por:	Demanda composta por:
transporte rodoviário (deslocamento de carga e passageiros)	empresas de transporte rodoviário	indivíduos e empresas em geral
uso da rodovia (disponibilização de infra-estrutura para o deslocamento de veículos)	proprietário/gestor da rodovia	empresas de transporte rodoviário e particulares

No tocante ao serviço de transporte rodoviário, a inexistência de barreiras à entrada e a possibilidade de recuperar os investimentos realizados impedem um maior grau de concentração da oferta, tornando esse mercado potencialmente muito competitivo.

Por outro lado, o investimento para a construção e o custo de manutenção das rodovias têm sido tradicionalmente assumidos pelas diferentes esferas de governo, que disponibilizam, gratuitamente, seu uso. Contudo, ao longo das últimas décadas, a construção das rodovias pelo setor público e seu uso gratuito têm dado lugar, pontualmente, à cobrança de pedágio e, complementarmente, à privatização, por meio da construção e/ou exploração da rodovia por concessionários. A cobrança de pedágio transforma o uso da rodovia em mercadoria e, portanto, dá origem a um mercado – que se caracteriza como um monopólio natural.

Este texto examina a regulação vigente no Brasil relativa a esses distintos mercados associados aos modais de transporte terrestre.

### 3.2 Marco legal e institucional da regulação

O marco legal dessa regulação está estabelecido pela Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação dos serviços públicos, e pela Lei n. 10.233/2001, relativa à reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, complementadas pela Lei n. 9.491/1997, referente ao Programa Nacional de Desestatização, e pela Lei n. 11.079/2004, que legisla sobre as parcerias público-privadas (PPP).

Esse marco legal estabelece, na Lei n. 10.233/2001 (arts. 13 e 14-A), que a transferência a empresas públicas ou privadas do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes terrestres depende de:

- *concessão* para (i) a exploração das ferrovias e das rodovias e (ii) o transporte ferroviário de passageiros e cargas associado à exploração da infra-estrutura ferroviária;
- *permissão* para (i) o transporte rodoviário coletivo regular de passageiros e (ii) o transporte ferroviário de passageiros não associado à infra-estrutura;
- *autorização* para o transporte rodoviário de passageiros, sob regime de afretamento; e
- *inscrição no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Carga* (RNTRC), para o exercício da atividade de transporte rodoviário de cargas, por conta de terceiros e mediante remuneração.

A Lei n. 8.987/95 prevê dois tipos de concessão, definindo-as como:

II – *concessão de serviço público*: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

III – *concessão de serviço público precedida da execução de obra pública*: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado (art. 2<sup>a</sup>)<sup>3</sup>.

A Lei n. 11.079/2004, ao caracterizar a parceria público-privada como “contrato administrativo de concessão”, prevê duas novas modalidades de concessão:

§ 1<sup>a</sup> *concessão patrocinada* é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2<sup>a</sup> *concessão administrativa* é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (art. 2<sup>a</sup>)

Vale notar a impropriedade da designação “concessão administrativa” aplicada a uma das modalidades de PPP, uma vez que, como indicado no próprio texto legal, envolve um “contrato de prestação de serviços” à Administração Pública e não uma concessão para a prestação remunerada de um serviço público. Nesse sentido, ao contrário das concessões comum e patrocinada, não dá origem a relações de mercado entre concessionário e usuários e não é, portanto, objeto de gestão das agências reguladoras. Por conseguinte, embora seja possível a utilização da “concessão administrativa” em rodovias, tal alternativa não será contemplada neste texto.

Quanto à *permissão de serviço público*, que se caracteriza pela “precariedade e a revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente” (art. 40), é definida na Lei n. 8.987/95 como “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco (art. 2º, IV)”.

Por fim, a *autorização* é assim caracterizada pela Lei n. 10.233/2001: independe de licitação, sendo exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição, não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação (art. 43).

Do ponto de vista institucional, a legislação vigente atribui a regulação do transporte terrestre à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), criada pela Lei n. 10.233/2001. A atuação da ANTT se articula aos órgãos responsáveis pela formulação da política e do planejamento do transporte – o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (Conit – conselho interministerial, criado por essa lei, que não se reuniu até essa data) e o Ministério do Transporte.

A Lei n. 10.233/2001 atribui à ANTT a competência para publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para prestação de serviços de transporte ferroviário, de concessão de rodovias federais a serem exploradas e administradas por terceiros e de permissão para prestação de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiro (arts. 25, I e 26, I e II), prevendo, no entanto, que tais iniciativas sejam submetidas à aprovação do Ministério dos Transportes ao indicar que cabe à ANTT “propor ao Ministério dos Transportes os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre” (art. 24, III). Além disso, a divisão natural de atribuições e responsabilidades entre o órgão encarregado da formulação de política e do planejamento setorial e a agência reguladora implica que, no tocante à infra-estrutura de transporte, a elaboração de planos de outorga pela ANTT e seu encaminhamento à apreciação do Ministério decorrem, não de iniciativa da própria Agência, mas da execução de diretrizes emanadas do Conit e do próprio Ministério.

A relação entre a ANTT e o Ministério dos Transportes – e o Poder Executivo, de modo geral – tem sido marcada, no entanto, em alguns momentos, por alguma ambigüidade, que reflete tanto lacunas da legislação quanto disputas de espaço entre segmentos da burocracia e interesses políticos.

Os artigos da Lei n. 10.233/2001 aprovada pelo Congresso, que definiam as competências e a estrutura do núcleo do Ministério dos Transportes, adequando-as ao novo modelo de gestão do sistema de transporte que se configurou ao longo dos anos 1990, foram objeto de veto presidencial, permanecendo em vigor a prévia definição de atribuições, extremamente vaga<sup>4</sup>. Essa lacuna só foi preenchida dois anos depois por meio do Decreto n. 4.721/2003. Contudo, esse documento, embora de natureza infralegal, visou, em alguns pontos, a reverter a divisão de responsabilidades que caracterizava a arquitetura organizacional delineada pela Lei n. 10.233/2001. Em particular, o Decreto n. 4.721/2003, ao definir a estrutura do Ministério dos Transportes, cria um Departamento de Outorgas cujas atribuições incluem “planejar, coordenar e elaborar os editais de licitação de concessão, autorização e permissão para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transportes” (art. 10, III). A superposição de atribuições daí decorrente constitui uma fonte de conflitos entre a Agência e o Ministério, respondendo pela paralisação do processo de elaboração dos editais das licitações da Segunda Etapa do Programa de Concessões Federais em 2003 e 2004.

A trajetória desse processo constitui, aliás, um exemplo interessante da natureza do relacionamento entre a agência reguladora e outros órgãos de governo.

Os editais de licitação das outorgas que compõem a Segunda Etapa do Programa de Concessões Federais foram elaborados inicialmente pelo Ministério dos Transportes, ainda no governo Fernando Henrique, tendo alguns de seus pontos sido questionados pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Coube ao governo que assumiu em 2003 a reformulação dos editais. O conflito de competência decorrente da edição do Decreto n. 4.721/2003 paralisou, no entanto, o processo por longo período, durante o qual a agência e o Ministério trabalharam paralelamente na elaboração de novo edital. Reafirmada finalmente a competência da ANTT, o processo teve continuidade, convergindo, no início de 2006, para a realização de audiência pública sobre os estudos econômicos e técnico-operacionais, o edital de licitação e o contrato de concessão elaborados pela Agência<sup>5</sup>. Os editais dos sete trechos a serem licitados foram submetidos, em seguida, ao TCU, que autorizou sua publicação, condicionada apenas ao saneamento de algumas falhas e inconsistências do orçamento dos custos<sup>6</sup>.

Essa publicação foi, no entanto, suspensa por decisão de governo em janeiro de 2007, atribuída à preocupação com a modicidade tarifária: na avaliação das autoridades governamentais, a taxa de retorno adotada na elaboração dos editais (12,88%) teria como consequência a cobrança de uma tarifa básica de pedágio injustificadamente elevada<sup>7</sup>. Após um processo de discussão conduzido pela Casa Civil da Presidência da República, o Conselho Nacional de Desestatização (CND) aprovou em maio de 2007, por meio da Resolução n. 5, os editais elaborados pela ANTT com algumas modificações<sup>8</sup>. De um lado, a redução da taxa de retorno para 8,95% e a utilização da hipótese de terceirização dos serviços de atendimento médico e socorro mecânico na determinação dos custos das concessionárias implicaram reduções da ordem de 20% das tarifas básicas do pedágio a serem observadas nas licitações das sete outorgas. Por outro lado, o CND estabeleceu que as licitações seriam julgadas pelo menor valor de tarifa básica de pedágio, dentre as propostas apresentadas pelos licitantes em envelope fechado, sem repique, alterando, assim, a previsão do edital submetido à audiência pública de um critério que combinava menor valor da tarifa e maior valor da outorga e de uma concorrência que envolvia a apresentação de envelope fechado seguida de leilão em viva voz.

Assinale-se, por fim, que a atuação da ANTT é complementada pela ação dos órgãos integrantes do Sistema de Defesa da Concorrência. O âmbito das atuações de ambas as instâncias fica delimitado pela própria Lei n. 10.233/2001, ao determinar que a ANTT,

ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso (art. 31).

### 3.3 Concessão rodoviária

A transição do uso gratuito de rodovias construídas e mantidas pelo Poder Público para a cobrança de pedágio e, complementarmente, para a privatização de sua construção e/ou exploração está associada a preocupações distintas. A cobrança de pedágio reflete o reconhecimento do subsídio implícito na utilização gratuita das rodovias e das implicações distributivas daí decorrentes e visa a fazer o custo do serviço incidir sobre seu beneficiário<sup>9</sup>. Essa preocupação está presente na legislação brasileira, que inclui, entre os princípios gerais que devem orientar o gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes terrestres, a determinação de “assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência” (Lei n. 10.233/2001, art. 11, IV). Por outro lado, a privatização da construção e/ou exploração das rodovias reflete seja uma política de redução do papel do Estado na economia, seja a necessidade de desonerar o Estado do encargo dos investimentos requeridos para a expansão e recuperação da malha rodoviária e dos custos envolvidos em sua manutenção e conservação. No caso brasileiro, a questão fiscal é o fator determinante dessa privatização.

A viabilidade da privatização está condicionada, no entanto, à capacidade da rodovia em gerar receita e lucro, o que depende do volume potencial de tráfego e da tarifa, esta última afetada não apenas pela renda do

usuário potencial e pela existência de serviços substitutos, mas também por considerações de ordem política. A capacidade da tarifa exequível em uma rodovia de garantir a viabilidade econômica do empreendimento condiciona, ainda, a escolha entre a concessão comum e a concessão patrocinada. A concessão comum é viável nos casos em que a receita esperada assegura a rentabilidade do empreendimento. A concessão patrocinada amplia, no entanto, a possibilidade de transferir ao setor privado a prestação do serviço ao prever o subsídio ao usuário e a mobilização de outros mecanismos destinados a induzir um aumento da rentabilidade do serviço concedido.

Essa escolha entre a concessão comum e a concessão patrocinada, entretanto, embora relevante do ponto de vista da política pública e, em particular, da política fiscal, não tem maiores conseqüências do ponto de vista da regulação do mercado. Por conseguinte, a análise subsequente não distinguirá entre as duas modalidades de concessão.

### 3.3.1 As concessões rodoviárias no Brasil

O processo de privatização das rodovias no Brasil teve início em 1995 com a licitação de cinco trechos que haviam sido pedagiados diretamente pelo Ministério dos Transportes. A Lei n. 9.491/97, ao regulamentar o Programa Nacional de Desestatização, incluiu em seu âmbito os serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização, considerando-os como objeto de desestatização. O Decreto n. 2.444/97 inseriu naquele programa vinte trechos rodoviários, dentre os quais os já concedidos, conferindo ao Ministério dos Transportes a responsabilidade pela execução e acompanhamento dessa desestatização, sob a supervisão do CND. Posteriormente, a Lei n. 10.223/2001, que criou a ANTT, atribui a essa agência a responsabilidade pelo conjunto de iniciativas associadas à outorga da concessão aqui descritas. O papel supervisor do CND, no entanto, remanesce.

O Programa de Concessões de Rodovias Federais, sob responsabilidade da ANTT, abrange hoje um total de 1.493 km de rodovias que compreende, além dos cinco trechos concedidos pelo Ministério dos Transportes, uma rodovia concedida pelo governo do Estado do Rio Grande do Sul que teve o contrato sub-rogado à União em 2000. O Programa prevê ainda novas concessões numa extensão de 9.026 km; desse total, sete trechos, com uma extensão de 2.581 km, que constituem a Segunda Etapa do Programa, estão em processo de licitação desde 2002<sup>10</sup>.

Ao lado das rodovias sob responsabilidade da ANTT, 3.239 km de rodovias federais foram objeto de concessão pelos governos do Rio Grande do Sul e do Paraná, com base na Lei n. 9.277/96, que criou a possibilidade de delegação de trechos de rodovias federais aos Estados, Municípios e Distrito Federal para inclusão em seus programas de concessão. Além dessas rodovias federais, 5.639 km de rodovias estaduais de São Paulo, do Paraná, do Rio Grande do Sul, do Rio de Janeiro, da Bahia e do Espírito Santo foram também objeto de concessões.

### 3.3.2 A natureza da regulação das concessões rodoviárias

Como se assinalou, a cobrança de pedágio e a exploração da rodovia por um concessionário dão origem à constituição de um mercado do uso da rodovia, que se caracteriza como um monopólio natural. Um mercado com tal característica implica um desafio para a política pública: preservar a maior eficiência propiciada pela existência de um único produtor e, ao mesmo tempo, impedir que esse monopolista exerça efetivamente seu poder monopolístico.

Embora não exista a possibilidade de concorrência no mercado operado pelo concessionário monopolista, é possível introduzi-la na escolha desse concessionário, recorrendo-se ao processo de licitação. Esse processo tem sido apontado como dando origem à concorrência **pelo** mercado, vale dizer, pelo direito de exploração da rodovia. Ora, o mercado é, por definição, o espaço no qual tem lugar a concorrência; por conseguinte, todo processo de concorrência tem lugar em um mercado. Assim, o processo de licitação, ao induzir essa concorrência pelo mercado, suscita a constituição de outro mercado, no qual se negocia o direito de exploração da rodovia. Cria, portanto, um mercado dos direitos de exploração da rodovia (ou um mercado do mercado do uso da rodovia)<sup>11</sup>.

	Mercadoria transacionada	Oferta composta por:	Demanda composta por:
Mercado do uso da rodovia (exploração da concessão)	uso da rodovia (disponibilização de infra-estrutura para o deslocamento de veículos)	concessionário (monopolista)	empresas de transporte rodoviário e particulares
Mercado dos mercados do uso da rodovia (licitação da concessão)	mercado do uso de rodovia (direito de exploração da rodovia)	poder concedente	concessionários potenciais

A ação reguladora do Estado não pode, no entanto, restringir-se a promover a concorrência *pelo* mercado. De fato, o processo licitatório não é suficiente para impedir que o poder discricionário do concessionário monopolista seja exercido em detrimento do usuário da rodovia – por exemplo, pela não-observância das cláusulas contratuais da concessão ou mesmo pela deterioração das condições de prestação do serviço sem descumprimento do contrato. O recurso à concorrência *pelo* mercado não dispensa, portanto, a ação de supervisão da agência reguladora. Além disso, a atividade reguladora deve ainda substituir a concorrência *no* mercado na sua função de mecanismo de ajuste das condições de operação das empresas e do mercado, em face de eventuais alterações no ambiente econômico – ajuste que, nos mercados regulados, tende a ser bloqueado pelas próprias normas e restrições definidas pelo marco regulatório.

Nesse sentido, a ação regulatória do Poder Público deve contemplar os dois mercados, observando diferentes enfoques em cada um deles.

Em relação ao mercado do uso da rodovia (que envolve a disponibilização de infra-estrutura para o deslocamento de veículos), a atuação governamental deve (i) traduzir-se na supervisão da operação do concessionário, tendo em vista coibir o exercício ilimitado do seu poder de monopólio e proteger o usuário, aproximando-se assim do enfoque da defesa do consumidor, bem como (ii) substituir a concorrência na sua função de mecanismo de ajuste do mercado ante mudanças no ambiente econômico, tendo em vista preservar a viabilidade do empreendimento e assegurar a continuidade do serviço.

No tocante ao mercado dos mercados do uso de rodovia (que envolve o direito de exploração da rodovia), a regulação deve atuar sob o enfoque da defesa da concorrência, visando a assegurar a existência e o vigor da concorrência no processo de licitação do direito de exploração da rodovia.

### 3.3.3 A concorrência pelo mercado: a licitação das outorgas de concessão

A legislação brasileira estabelece, isolada ou conjuntamente, a menor tarifa e a melhor oferta pela outorga como critérios de julgamento no processo de licitação (Lei n. 10.233/2001, art. 34-A, IV). A opção entre esses critérios refletirá as prioridades do poder concedente. Se a prioridade for o interesse dos usuários da rodovia e, indiretamente, dos demandantes dos serviços de transporte, a opção pela menor tarifa, associada à prévia definição da qualidade do serviço a ser prestado, assegurará, se houver concorrência efetiva entre os licitantes com maior nível de eficiência, que o preço resultante da licitação se aproxime do custo médio do concessionário e o lucro tenda para o lucro normal<sup>12</sup>. Se prevalecerem as preocupações fiscais do Estado, a opção pela melhor oferta pela outorga permitirá maximizar a receita a ser gerada pelo concessionário em benefício do setor público (nessa perspectiva, aliás, quanto maior a tarifa estabelecida no edital de licitação, maior o valor da outorga que os agentes econômicos que participam da concorrência estarão dispostos a pagar).

As licitações relativas às concessões já outorgadas pelo Programa de Concessões de Rodovias Federais foram definidas pela menor tarifa, critério que será observado também nas licitações que constituem a Segunda Etapa desse Programa; as realizadas pelos estados de São Paulo e Rio de Janeiro optaram pelo maior valor de outorga; no caso do Paraná e do Rio Grande do Sul, a seleção teve por base o trecho assumido para manutenção pelo licitante.

Qualquer que seja a expectativa do poder concedente em relação à outorga da concessão, seu sucesso depende, evidentemente, da efetividade da concorrência no processo de licitação da concessão rodoviária.

Como já apontado, compete à ANTT “publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão de rodovias federais a serem exploradas e administradas por terceiros” (Lei n. 10.233/2001, art. 26, VI).

Os dispositivos legais vigentes dão diretrizes, de ordem geral, quanto aos princípios a serem observados no processo de licitação, cabendo, no entanto, ampla margem de discricionariedade à agência reguladora na definição de especificações do edital que são determinantes da efetividade da concorrência no certame licitatório.

De fato, a Lei n. 8.987/95 estabelece, de forma genérica, a “observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório” (art. 14), ao passo que a Lei n. 10.233/2001 indica que

somente poderão obter autorização, concessão ou permissão para prestação de serviços e para exploração das infra-estruturas de transporte doméstico pelos meios aquaviário e terrestre as empresas ou entidades constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, e que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela respectiva Agência (art. 29).

Do ponto de vista de assegurar a efetividade da concorrência no processo de licitação da concessão rodoviária, uma preocupação central é a formação de cartel ou o conluio entre licitantes potenciais tendo em vista a definição do preço (tarifa ou valor da outorga) no processo de licitação ou a divisão do mercado.

Nesse contexto, o número de licitantes potenciais é certamente relevante, uma vez que afeta a possibilidade de coordenação e conluio no certame licitatório. A efetividade da concorrência depende, portanto, das regras de acesso a esse certame. Assim, cabe evitar que os requisitos técnicos e econômico-financeiros exigidos dos concessionários potenciais pela legislação vigente constituam obstáculos desnecessários à maior participação de licitantes ou criem condições favoráveis ao conluio entre estes.

Em particular, observe-se que a exploração de concessão de uma rodovia é atividade econômica distinta da elaboração de projetos e da execução de obras rodoviárias, não se justificando a incorporação ao edital de licitação de exigências de habilitação técnica ou de experiência prévia que privilegiem empresas de construção civil ou de projetos, excluindo preliminarmente outros participantes que poderiam contratar, com terceiros tecnicamente qualificados, a prestação dos serviços requeridos para a execução ou mesmo para o gerenciamento de obra rodoviária.

Os editais das licitações da Primeira Etapa do Programa de Concessões Federais na segunda metade da década passada, elaborados então pelo Ministério dos Transportes, não apenas exigiam a participação de empresas de engenharia nacionais nos consórcios licitantes, mas ainda requeriam que essas empresas atendessem à exigência de volume mínimo de obras bastante elevado e apresentassem patrimônio líquido fixado com base no percentual máximo do valor do contrato permitido pela legislação. Tais restrições limitavam o universo dos participantes potenciais do processo licitatório, implicando risco significativo para a efetividade da concorrência.

Ao contrário, os editais da Segunda Etapa não estabelecem nenhuma exigência quanto à presença de empresa de engenharia ou quanto à nacionalidade das empresas participantes dos consórcios licitantes, admitindo, assim, a participação de instituições financeiras, fundos de pensão e fundos de investimentos, bem como de empresas de engenharia ou administradores de rodovias estrangeiros. Essa ampliação do universo de licitantes potenciais contribui para reduzir o risco de conluio e induzir a concorrência no processo licitatório<sup>13</sup>.

Também a sistemática de apresentação das propostas econômicas é relevante do ponto de vista da concorrência na licitação. O recurso à modalidade de leilão com lances em viva voz constitui, vis-à-vis à apresentação de propostas escritas, a alternativa mais favorável à concorrência. A Lei n. 11.079/2004, em seu art. 12, III, ao regular a concessão patrocinada, admite duas formas de certame licitatório: propostas escritas em envelopes lacrados; ou propostas escritas, seguidas de lances em viva voz (nesse último caso, o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% maior que o valor da melhor proposta). Observe-se que – embora não prevista na Lei n. 8.987/95, que se refere à “licitação na modalidade de concorrência” – essa sistemática pode ser adotada ainda no caso das concessões comuns, uma vez que a Lei n. 9.491/97, ao regulamentar o Programa Nacional de Desestatização, estabelece que, nas desestatizações envolvendo concessão, permissão ou autorização de serviços públicos, a licitação

pode ser realizada na modalidade de leilão (art. 4º, § 3º, na redação dada pela Medida Provisória n. 2.161-35, de 2001).

Não obstante, tanto os editais de licitações da Primeira como os da Segunda Etapa do Programa de Concessões Federais adotaram a apresentação de propostas escritas em envelopes lacrados<sup>14</sup>.

### 3.3.4 A regulação durante a vigência do contrato de concessão

Como se assinalou, além de assegurar a concorrência na licitação da outorga da concessão, cabe à agência reguladora, ao longo da vigência da outorga, supervisionar a operação do concessionário, tendo em vista verificar a observância do contrato de concessão e proteger o usuário do exercício ilimitado do poder de monopólio (art. 26, VII), bem como substituir a concorrência na sua função de mecanismo de ajuste do mercado em face de mudanças no ambiente econômico, no intuito de preservar a viabilidade do empreendimento e assegurar a continuidade do serviço.

Do ponto de vista da supervisão da operação do concessionário, é importante que as características da rodovia e o nível dos serviços considerado adequado sejam definidos com precisão no contrato de concessão<sup>15</sup>. As características da rodovia e do nível dos serviços requeridos têm sido definidas no Plano de Trabalho (que compreende o conjunto de desenhos, instruções, especificações, metodologias e cronogramas que descrevem a linha de ação a ser adotada pela concessionária) e no Programa de Exploração da Rodovia (que especifica as condições em que os serviços e as obras concedidas serão explorados pelo concessionário e indica os investimentos a serem realizados ao longo do período da concessão), ambas partes integrantes do contrato de concessão.

No tocante à necessidade de preservar a viabilidade do empreendimento e assegurar a continuidade do serviço contratado ante a possíveis alterações do ambiente externo, o próprio contrato de concessão deve conter cláusulas que estabeleçam normas para enfrentar aquelas mudanças que podem ser antecipadas. A eficácia dessas disposições contratuais é, no entanto, limitada, uma vez que a possibilidade de prever situações futuras e estabelecer regras para enfrentá-las é limitada. Por conseguinte, os contratos de concessão são inevitavelmente incompletos, não eliminando inteiramente a necessidade de negociações entre a agência reguladora e o concessionário e, eventualmente, o exercício de poder discricionário por parte da agência, chamada a decidir sobre situações não previstas em contrato.

Entre os ajustes requeridos por essas mudanças, merecem especial atenção (i) a correção das tarifas para fazer face a variações no custo de operação e manutenção da rodovia – a qual, se não promovida, pode inviabilizar a continuidade da prestação do serviço – e (ii) a necessidade de investimentos não previstos inicialmente, notadamente aqueles decorrentes do crescimento do volume de tráfego – os quais, se não realizados, podem afetar a qualidade do serviço prestado.

A legislação brasileira recente (Lei n. 8.987/95) prevê o reajuste periódico da tarifa e a eventual revisão do seu valor, estabelecendo que os critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas devem estar indicados no edital de licitação e constituem cláusulas essenciais dos contratos de concessão (art. 18, VIII). O objetivo da revisão é explicitado nessa legislação, ao indicar que “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro” (art. 9º, II), esclarecendo que, “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração” (art. 9º, § 4º), mas determinando também que, “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro” (art. 10). A Lei n. 10.233/2005 prevê ainda o reajuste e revisão tarifária, acrescentando que os critérios para a revisão deverão considerar “a transferência aos usuários de perdas ou ganhos econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário” (art. 35, § 1º, b).

A legislação brasileira adota, portanto, a sistemática do *price cap*, mas deixa abertas algumas questões relevantes para a sua implementação, como pontos a serem estabelecidos nos editais de licitação e incorporados aos contratos de outorga. Entre tais questões, incluem-se (i) o índice de preço a ser aplicado no reajuste da tarifa, (ii) a abrangência do *price cap* – isto é, se aplicável a cada item tarifário específico ou se relativo à média desses itens – (iii) a inclusão de fator de produtividade e (iv) a natureza da revisão, isto é, se periódica ou eventual.

Os contratos de concessão firmados no âmbito da Primeira Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais adotaram como índice de ajuste uma fórmula paramétrica que procura refletir o custo da construção rodoviária<sup>16</sup>. Quanto à revisão, não observa nenhuma periodicidade previamente determinada, sendo provocada por eventos que alterem a condição de equilíbrio do contrato<sup>17</sup>.

Os editais relativos à Segunda Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais adotam como indexador do reajuste anual da tarifa básica do pedágio o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). Quanto à revisão tarifária, esses editais definem o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato de concessão, a ser preservado por esse mecanismo, como o fluxo de caixa descontado, que assegure à concessionária a taxa interna de retorno não alavancada pactuada por ocasião da assinatura do contrato<sup>18</sup>. Estão previstas nos editais três modalidades de revisão da tarifa: a *ordinária* a ser realizada por ocasião dos reajustes tarifários para inclusão dos efeitos de ajustes previstos no contrato de concessão; a *extraordinária* que visa a incorporar os efeitos decorrentes de fato de força maior, ocorrência superveniente, caso fortuito ou fato da administração que resultem, comprovadamente, em alteração dos encargos da concessionária; e a *quinqüenal*, a ser realizada a cada cinco anos, com o intuito de reavaliar o Programa da Exploração da Rodovia em relação a sua compatibilidade com as reais necessidades advindas da dinâmica da rodovia.

Como a correção do valor das tarifas, a necessidade de realizar investimentos não previstos inicialmente no contrato de concessão pode ser antecipada. Por conseguinte, o contrato deve indicar os procedimentos e critérios a serem adotados para viabilizá-los. A aprovação, pela agência reguladora, da realização de novo investimento deve, no entanto, ser antecedida de uma avaliação de sua efetiva necessidade. De fato, se o investimento não foi contemplado no Programa de Exploração de Rodovia por ocasião da licitação do contrato, sua inclusão posterior só se justifica se comprovada sua necessidade em função da evolução posterior e não prevista da demanda ou por modificações do ambiente externo.

### 3.4 Os serviços de transporte rodoviário<sup>19</sup>

Como já assinalado, a inexistência de barreiras à entrada, a possibilidade de recuperar os investimentos realizados e a ausência de economias de escala e de escopo significativas impedem um maior grau de concentração da oferta nos mercados de serviços de transporte rodoviário de carga e de passageiros, tornando-os potencialmente muito competitivos<sup>20</sup>. Contribui para aumentar o nível de competição nesses mercados o fato de não haver, em geral, maiores obstáculos a que os próprios usuários dos serviços de transporte se tornem “autotransportadores”, bem como a concorrência de outras modalidades de transporte<sup>21</sup>.

Assim, esse mercado prescinde, em princípio, de uma política de regulação, podendo a atuação governamental restringir-se à mobilização de instrumentos das políticas de defesa da concorrência e de defesa do consumidor. O pleito pela implementação de um marco regulatório específico, no entanto, tem sido freqüentemente formulado pelas empresas transportadoras, em geral, sob a justificativa de que é necessário impedir a manifestação de políticas de preço predatórias e práticas oportunistas por parte de segmentos do setor e de novos concorrentes, caracterizando uma concorrência destrutiva, que acarretaria instabilidade na prestação do serviço e deterioração de sua qualidade. De todo modo, a ação reguladora pleiteada não está voltada para a promoção da concorrência, mas, ao contrário, contempla impedir a concorrência.

Esse pleito tem sido atendido no caso do mercado de serviços de transporte de passageiros, submetido freqüentemente a um marco regulatório próprio, que se caracteriza pelo controle da oferta, restrição à entrada de novos concorrentes e administração dos preços praticados. Ao contrário, o mercado de serviços de transporte de cargas, de modo geral, tem operado livremente.

Vale notar que também os mercados de serviços de transportes marítimo e aéreo – como se assinalou, potencialmente competitivos – foram tradicionalmente submetidos a marcos regulatórios destinados a limitar a concorrência, restringindo a entrada e administrando preços. Tais mercados, no entanto, foram objeto de um processo de desregulamentação nas últimas décadas, distintamente do transporte rodoviário de passageiros, que permanece rigidamente regulado no País.

#### 3.4.1 O marco regulatório: evolução recente e legislação vigente

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a exigência de que a concessão ou permissão para a prestação de serviços públicos ocorresse sempre por meio de licitação, trouxe modificação importante em relação ao marco então vigente, consubstanciado no Regulamento dos Serviços Rodoviários Interestaduais e Internacionais de Transporte Coletivo de Passageiros, aprovado pelo Decreto n. 92.353/86, que admitia que a exploração dos serviços fosse adjudicada tanto pelo regime de concessão, mediante concorrência pública, quanto pelo regime de permissão, mediante seleção sumária de transportadora (art. 11). A adaptação do marco precedente ao novo preceito constitucional foi objeto de sucessivos atos do Executivo – os Decretos n. 99.072/90, 952/93 e, finalmente, 2.521/98, que tem presente as determinações da Lei n. 8.987/95.

A aprovação da Lei n. 10.233/2001 atribuiu à ANTT a regulação da prestação do serviço de transporte rodoviário, conferindo-lhe competência para publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de permissão para prestação de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; autorizar o transporte de passageiros, realizado por empresas de turismo, com a finalidade de turismo; autorizar o transporte de passageiros, sob regime de fretamento; organizar e manter um registro nacional de transportadores rodoviários de cargas; e fiscalizar o cumprimento das condições de outorga de autorização e das cláusulas contratuais de permissão para prestação de serviços (art. 26).

Como já apontado, a Lei n. 10.233/2001 define como critérios para o julgamento da licitação da permissão para a prestação de serviços a menor tarifa e a melhor oferta pela outorga, considerados isolada ou conjuntamente (art. 38). Fixada no edital de licitação ou definida pelo processo licitatório, a tarifa de prestação do serviço deve ser indicada no contrato de permissão, que estabelecerá também os critérios para seu reajuste e revisão (art. 39, V e VI). Esses critérios devem considerar os aspectos relativos a redução ou desconto de tarifas, bem como a transferência aos usuários de perdas ou ganhos econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário (art. 39, § 1º).

Finalmente, a Lei n. 10.233/2001 estabelece regra de transição para as outorgas em vigência na data da instalação da ANTT, determinando que os direitos dos permissionários sejam ratificados e adaptados por meio de novos instrumentos de outorga que reflitam os novos dispositivos legais.

Após a sua implantação, a ANTT procedeu à consolidação do conjunto de normas estabelecidas pelo Ministério dos Transportes em 1998, em complementação ao Decreto n. 2.521, reunindo-as por meio de sua transcrição como anexos da Resolução n. 18/2002. Tal consolidação foi posteriormente modificada pelas Resoluções n. 166, 226, 249 e 255, todas de 2003. As alterações introduzidas foram, no entanto, apenas pontuais. Depois, a ANTT emitiu a Resolução n. 957/2004, que estabelece normas para a redução da frequência mínima estabelecida no contrato de permissão em função do nível de ocupação dos assentos do veículo observado na prestação do serviço, e a Resolução n. 1.627/2006, que define a metodologia de reajuste por fórmula paramétrica e a periodicidade das revisões ordinárias das tarifas do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiro.

Nesse sentido, o marco regulatório vigente fica definido pelas Leis n. 8.987/95 e 10.233/2001, pelo Decreto n. 2.521/98 e pelas resoluções emitidas pela ANTT.

#### 3.4.2 A prática da regulação

Esse marco regulatório não foi plenamente implantado, observando-se, ao longo dos anos 1990, casos de desconhecimento pelo Ministério dos Transportes de determinações contidas nesses documentos legais. Tal situação não foi inteiramente superada pela atuação da ANTT, prevalecendo ainda um quadro, em muitos aspectos, semelhante ao observado na década de oitenta.

Entre as questões relativas ao cumprimento dos preceitos legais vigentes, destaque-se inicialmente a situação das permissões em vigor no momento da promulgação da Constituição Federal de 1988.

O Decreto n. 952/93 estabeleceu como regra de transição para o novo marco regulatório definido pelo texto constitucional a manutenção, sem caráter de exclusividade, pelo prazo de quinze anos (ou seja, até 7-10-2008), prorrogável por igual período, das permissões então vigentes e decorrentes de disposições legais e regulamentares anteriores, fixando ainda o prazo de 210 dias para a adaptação dessas permissões às disposições desse decreto. O número de permissões que atendeu a tal determinação foi pouco significativo. A Lei n. 8.987/95 estabeleceu, em seguida, que as concessões em caráter precário, as que estivessem com prazo vencido e as que estivessem em vigor por prazo indeterminado, até mesmo por força de legislação anterior,

permaneceriam válidas apenas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederiam a outorga das concessões que as substituiriam. Essa determinação não foi observada. Posteriormente, o Decreto n. 2.521/98, ignorando a determinação legal e seu descumprimento, manteve até 7 de outubro de 2008 as permissões vigentes quando de sua emissão, considerando-as, no entanto, improrrogáveis; fixou ainda o prazo de trezentos e sessenta dias para a assinatura dos contratos de adesão ainda não celebrados pelas permissionárias beneficiadas. Mais uma vez, foi pouco expressivo o número de contratos regularizados.

Finalmente, a Lei n. 10.233/2001 veio validar situações que haviam permanecido irregulares em face dos atos anteriores ao estabelecer, em seu art. 50, que as empresas que, na data da instalação da ANTT, fossem detentoras de outorgas expedidas por entidades públicas federais do setor dos transportes teriam, por meio de novos instrumentos de outorga, seus direitos ratificados e adaptados ao disposto naquela lei. Contudo, ainda agora, como em ocasiões anteriores, uma parcela das permissionárias beneficiadas pela extensão de suas permissões ignorou essa exigência de adaptação.

De resto, existe um pleito de empresas permissionárias, traduzido inclusive em ações perante o Poder Judiciário, no sentido de que os contratos em vigor sejam prorrogados, em 7 de outubro de 2008, por novo período de quinze anos. A ANTT já se posicionou contra esse pleito<sup>22</sup>.

A sobrevivência do quadro regulatório vigente na década de oitenta se manifesta também em relação à política tarifária. O princípio de que a tarifa contratual seja preservada pelos mecanismos de reajuste e revisão e a forma de implementar tais mecanismos foram indicados em 1993 pelo Decreto n. 952 e reafirmados em 1998 pelo Decreto n. 2.521. A política tarifária aí delineada consubstancia o caráter automático do reajuste, que deve observar “a variação ponderada dos índices de custos ou preços relativos aos principais componentes de custo”, e a excepcionalidade da revisão, a qual está associada apenas à criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos legais, ou de disposições legais de comprovada repercussão na tarifa constante do contrato, ou à modificação do contrato que altere os encargos da transportadora (art. 28). A combinação dos mecanismos de reajuste e revisão, como já apontado, foi estabelecida também pela Lei n. 10.233/2001.

Não obstante, durante treze anos subsequentes ao decreto de 1993, a mesma sistemática de correção de tarifas adotada na década de oitenta continuou sendo praticada. Essa sistemática corresponde, de fato, a uma revisão anual da tarifa, uma vez que envolve uma reavaliação anual dos custos das empresas com base em informações das próprias permissionárias. Assim, a natureza automática e a transparência prescrita pela legislação vigente dão lugar a uma rotina que passa inevitavelmente por negociações anuais entre o regulador e as empresas permissionárias.

Apenas em 2006 a ANTT emitiu a Resolução n. 1.627, definindo a metodologia de reajuste tarifário anual por fórmula paramétrica, a ser aplicado a partir de julho de 2007, bem como estabelecendo a realização de revisões quadrienais da estrutura de custos utilizada na ponderação da fórmula paramétrica do reajuste anual<sup>23</sup>.

Por fim, registre-se que a preocupação em assegurar a concorrência na prestação do serviço de transporte rodoviário de passageiros tem estado ausente na prática da regulação. A Constituição de 1988 consagrou o princípio da concorrência *pelo* mercado ao tornar obrigatória a licitação para a exploração do serviço público. Por outro lado, a concorrência *no* mercado tem sido contemplada nos sucessivos decretos emitidos durante os anos 1990 que enfatizam a observância das leis que regulam a repressão ao abuso do poder econômico e à defesa da concorrência e das normas de defesa do consumidor. Também a Lei n. 10.233/2001 inclui entre os objetivos da ANTT impedir “situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica” (art. 20, II, *b*), delimitando o âmbito das atuações da agência reguladora e dos órgãos integrantes do Sistema de Defesa da Concorrência e definindo a complementaridade dessas atuações (art. 31).

Apesar de tais diretrizes, os órgãos reguladores têm convivido passivamente com um quadro em que mais de 90% das ligações entre cidades são exploradas em regime de monopólio, em que pese haver ampla evidência, já aferida até em estudos desses próprios órgãos para um número muito expressivo de casos, de que o volume da demanda em tais ligações comporta plenamente novos permissionários.

Apesar dessa injustificada prevalência dos monopólios, os órgãos reguladores não promoveram, desde o início da década de noventa, nenhuma licitação que contemplasse o aumento da concorrência em ligações já existentes. Na verdade, até 1998 não ocorreu nenhuma licitação de novas permissões para serviços de transporte interestadual de passageiro; entre 1998 e 2002, foram publicados 45 editais de licitação, dos quais

25 resultaram efetivamente em novos contratos de permissão (dos demais, 19 foram suspensos e um está *sub judice*). No entanto, todos os 45 editais estabeleciam ligações entre novos pares de cidades; nenhum contemplava o aumento da concorrência em ligações já existentes. Além disso, das 25 novas ligações estabelecidas, 14 foram criadas em regime de monopólio; em apenas 11 casos a licitação deu margem à existência de dois concorrentes.

Apenas em 2003, após a instalação da ANTT e em face da orientação do Tribunal de Contas da União, foi programada a realização de licitações com vistas a introduzir novos concorrentes em ligações que, embora contando com volume elevado de passageiros, operam em regime de monopólio. Contudo, nenhum dos 163 editais de licitação, relativos a 163 linhas, submetidos pela ANTT à aprovação do Ministério dos Transportes, obteve até agora essa aprovação.

Por fim, ainda em relação à questão da concorrência nas ligações rodoviárias, observe-se que o Decreto n. 952/93 vedava a exploração de serviços em uma mesma linha por transportadoras que mantivessem entre si vínculo de interdependência econômica, excepcionalizando, no entanto, as interdependências econômicas existentes na data de sua publicação. Essa vedação é reafirmada pelo Decreto n. 2.521/98, que elimina, contudo, a excepcionalidade prevista no Decreto anterior. O entendimento da agência reguladora tem sido, porém, o de que tal determinação não se aplica aos casos em que a interdependência decorre da aquisição de uma empresa transportadora por outra que já opera na mesma linha da empresa adquirida.

### 3.5 Concessão ferroviária

Como já se assinalou, o transporte ferroviário envolve investimento elevado na construção da via férrea e custos expressivos para sua manutenção e operação. A ferrovia pode também ser caracterizada como uma rede – um conjunto de pontos (terminais) conectados por linhas (vias férreas), o que implica problemas específicos de padronização (compatibilidade de equipamento e bitolas) e de coordenação do tráfego no tempo e espaço. Essas características configuram condições típicas de um monopólio natural e favorecem a existência de um sistema nacional integrado.

O transporte ferroviário tem sido tradicionalmente explorado, na maioria dos países, por empresa estatal (algumas vezes, constituídas pela estatização e subsequente fusão de empresas privadas)<sup>24</sup>. Nesse contexto, a regulação está voltada basicamente para a proteção do usuário, visando a assegurar a modicidade tarifária e a qualidade dos serviços. No caso das ferrovias estatais, nas quais regulador e regulado se confundem, as políticas de governo, focalizando o transporte ferroviário como um serviço público, tendem a ignorar os aspectos comerciais ou os sinais do mercado. Essa orientação implica ausência de resposta às demandas do mercado, ineficiência gerencial e má *performance* financeira, que se traduzem em prejuízo crescente e na exigência de subsídio governamental.

Ao longo dos anos 1970 e 1980, a situação das ferrovias se deteriorou significativamente na maioria dos países, em decorrência da crescente concorrência do transporte rodoviário e da incapacidade das empresas em se ajustar a essa nova realidade.

Diante desse quadro, assiste-se a dois movimentos simultâneos e, em boa medida, paralelos: a transferência da atividade de transporte ferroviário para o setor privado, no pressuposto de sua maior eficiência, e a intenção de introduzir concorrência no setor e induzir respostas aos sinais do mercado. Tal preocupação se traduziu na implementação de novos e diferenciados modelos de gestão do sistema ferroviário ao longo dos últimos anos.

Esses dois movimentos estão presentes no modelo adotado no Reino Unido em substituição ao monopólio de uma ferrovia estatal, que contempla a separação total entre propriedade e uso da infra-estrutura, aproximando-se assim do modelo de operação das rodovias. O proprietário privado da infra-estrutura, que não provê serviços de transporte, é responsável pela manutenção, gerência e coordenação do uso da infra-estrutura por concessionários que operam trens e prestam serviços de transporte, sendo remunerado pelo uso da infra-estrutura sob a supervisão de um regulador específico. Os concessionários que prestam o serviço de transporte são proprietários dos veículos, operando em um mercado potencialmente competitivo. Em uma variante desse modelo, o concessionário da infra-estrutura provê o serviço de transporte, assegurando, no entanto, livre acesso à infra-estrutura a outros operadores de trem. A alternativa adotada na Nova Zelândia, também em substituição ao monopólio da ferrovia estatal, mantém a rede nacional verticalmente integrada, mas privatiza sua operação.

Nesse modelo, abre-se mão da intenção de introduzir concorrência no setor, mas procura-se alcançar, com a privatização, maior eficiência na exploração da ferrovia<sup>25</sup>.

O modelo adotado no Brasil, bem como no México e na Argentina, mantém a propriedade estatal da infraestrutura, mas concede o direito de uso a uma concessionária privada que opera como monopolista na prestação de serviços de transporte. Nesse caso, apesar da separação entre propriedade e uso da infra-estrutura, a gestão da infra-estrutura e a operação dos veículos e prestação dos serviços de transporte permanecem integradas.

### 3.5.1 A privatização das ferrovias no Brasil

As ferrovias privadas construídas ao longo dos séculos XIX e XX foram progressivamente absorvidas pela União e pelo governo do Estado de São Paulo, sendo consolidadas, respectivamente, na Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA em 1957) e na Ferrovia Paulista S.A. (Fepasa em 1971). Essas empresas apresentavam, no início dos anos 1990, déficit operacional significativo, nenhuma capacidade de investimento, excesso de funcionários e degradação do ativo operacional. Na esfera federal, coexistiam com essas ferrovias a Estrada de Ferro Vitória-Minas (EFVM) e a Estrada de Ferro de Carajás (EFC), ambas subsidiárias da Cia. Vale do Rio Doce.

O processo de desestatização do setor ferroviário foi iniciado em 1992, com a inclusão da RFFSA no Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei n. 8.031/90 (que, modificada por sucessivas medidas provisórias a partir de 1993, mas mais significativamente em 1995, converteu-se na Lei n. 9.491/97). Esse processo contemplava apenas o transporte de carga, tendo o transporte de passageiros, então já praticamente restrito ao transporte metropolitano, permanecido sob a responsabilidade de empresas estatais federais (Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU e Trensurb), à exceção dos sistemas do Rio de Janeiro e de São Paulo, que foram transferidos aos respectivos estados.

A privatização da RFFSA ocorre efetivamente em 1996 e 1997, tendo a empresa sido desdobrada em seis malhas submetidas a processos licitatórios distintos e subsequentes. Quanto à Fepasa, teve seu controle transferido para a União em 1998, no âmbito do processo de renegociação da dívida do Estado de São Paulo, tendo sido privatizada no mesmo ano. A EFVM e a EFC foram transferidas ao setor privado em decorrência da privatização da Cia. Vale do Rio Doce, permanecendo como unidades especializadas de transporte dessa empresa, mas também comprometidas com o transporte de cargas de terceiros.

A tabela abaixo indica as características das malhas ferroviárias objeto de concessão e os resultados das correspondentes licitações.

MALHAS REGIONAIS	DATA DO LEILÃO	LICITANTES	ÁGIO (%)	CONCESSIONÁRIAS	EXTENSÃO (KM)	CARGA (MILHÕES TKU) 1997	CARGA (MILHÕES TKU) 2005
OESTE	03.96		3,5	FERROVIA NOVOESTE S.A.	1.621	1,5	1,3
CENTRO-LESTE	06.96	2	0	FERROVIA CENTRO-ATLÂNTICA S.A.	7.080	5,3	10,7
SUDESTE	09.96	3	0	MRS LOGÍSTICA S.A.	1.674	20,6	44,4
TEREZA CRISTINA	11.96	1	11,3	FERROVIA TEREZA CRISTINA S.A.	164	0,1	0,2
SUL	12.96	4	37,1	ALL – AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA DO BRASIL S.A.	6.586	6,8	15,4

NORDESTE	07.97	4	37,9	COMPANHIA FERROVIÁRIA DO NORDESTE	4.238	0,5	0,8
PAULISTA	11.98	2	4,9	FERROVIAS BANDEIRANTES S.A.	4.236	5,0	2,3

Fonte: ANTT e A. Estache; A. Goldstein e R. Pittman. "Privatization and regulatory reform, inBrazil: the case of freight railways, Economic Analysis Group Discussion Paper, Antitrust Division, U.S., Department of Justice, 2000.

A outorga da concessão das sete malhas ferroviárias foi conduzida sob a égide da Lei n. 8.031/90 (com as modificações introduzidas em sucessivas medidas provisórias), no tocante à sistemática do processo licitatório, e da Lei n. 8.897/95, no que diz respeito às características mais gerais do contrato de concessão. As especificações mais detalhadas das concessões foram, no entanto, estabelecidas nos editais de licitação e nos contratos de concessão<sup>26</sup>.

O modelo de gestão do sistema ferroviário adotado, como se assinalou, preserva a propriedade estatal da infra-estrutura (inclusive material rodante), procedendo a seu arrendamento ao detentor da outorga da concessão. Nesse sentido, a licitação das sete malhas privatizadas envolveu simultaneamente o arrendamento da infra-estrutura e a concessão para a prestação dos serviços de transporte, ambos por um período de trinta anos, prorrogáveis por mais trinta. O concessionário assume a responsabilidade pela manutenção da infra-estrutura arrendada, bem como pela realização dos investimentos necessários à sua expansão, prevendo-se o ressarcimento do investimento não amortizado no final da concessão. O contrato estabeleceu metas de produção (associada a ton.km útil) e de segurança (número de acidentes por trem.km) a serem observadas pelo concessionário; não há metas de investimento, dado o pressuposto de que o cumprimento de meta de produção impõe a realização de investimentos.

As tarifas definidas nos editais de licitação e nos contratos de concessão estão sujeitas a reajuste anual pelo Índice Geral de Preços (IGP). Prevê-se ainda sua revisão caso ocorra alteração de mercado ou de custo, de caráter permanente, que modifique o equilíbrio econômico-financeiro do contrato – por solicitação do concessionário, a qualquer tempo, ou por determinação do concedente, a cada cinco anos.

As outorgas de concessão foram objeto de leilão competitivo, definido em função do valor oferecido pela outorga, sem pré-qualificação dos licitantes e sem restrições à participação de um mesmo grupo econômico em mais de uma malha. Os editais de licitação limitavam, no entanto, a participação, direta ou indireta, de qualquer acionista em 20% do capital votante das concessionárias, impondo como obrigação especial do grupo controlador manter o controle acionário da concessionária de forma que essa limitação não seja infringida, ao longo do prazo da concessão, salvo com autorização da concedente.

Além das malhas privatizadas da RFFSA e da Fepasa, bem como das estradas de ferro da Companhia Vale do Rio Doce, são objeto de concessões: a Estrada de Ferro Paraná Oeste S.A. (Ferroeste), de propriedade do Estado do Paraná que opera por meio da subconcessionária privada Ferropar; a Ferrovias Norte Brasil S.A. (Ferroeste), concedida em 1989 pelo prazo de noventa anos; e as ferrovias industriais e locais Estrada de Ferro Mineração Rio do Norte, Estrada de Ferro Jari, Estrada de Ferro Trombetas e Estrada de Ferro Votorantim<sup>27</sup>.

### 3.5.2 Questões regulatórias

A Lei n. 10.233/2001, em seu artigo 25, atribui à ANTT competência para publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para construção e exploração de novas ferrovias e para prestação de serviços de transporte ferroviário; fiscalizar o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados; e regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes. Confere-lhe ainda a atribuição de administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados anteriormente à sua vigência (arts. 24, VI, e 25, II).

As questões a serem enfrentadas pela agência reguladora na supervisão dos contratos de concessão, em um modelo com as características do adotado no processo de privatização da RFFSA e da Fepasa, estão associadas: (i) à existência de monopólio, envolvendo as relações entre o concessionário monopolista e os usuários; (ii) à natureza de rede da atividade, envolvendo a relação entre o concessionário monopolista e outros prestadores de serviço também monopolistas; e (iii) à estrutura acionária da empresa concessionária.

No tocante às relações entre o concessionário e os usuários, cabe ao regulador restringir o poder monopólico do concessionário, que é limitado apenas pela concorrência propiciada por outras modalidades de transporte. O contrato de concessão disciplina esse poder por meio dos instrumentos tradicionais de regulação das tarifas, já mencionados: fixação do valor das tarifas e definição de normas para o seu reajuste e revisão. Além dessas normas, o contrato de concessão prevê que a tarifa para o usuário com elevado grau de dependência do transporte ferroviário será estabelecida em contrato voluntário entre as partes, podendo o usuário, caso não haja acordo, solicitar ao concedente (a ANTT, a partir da Lei n. 10.233/2001) a fixação de tarifa específica, que leve em consideração os custos operacionais envolvidos. A sistemática correspondente foi regulamentada pela Resolução n. 350/2003 da ANTT, que caracterizou o usuário dependente e definiu procedimentos a serem observados a partir do seu registro na ANTT<sup>28</sup>.

No tocante à relação entre o concessionário monopolista e outros prestadores de serviço também monopolistas, a questão central diz respeito ao direito e ao preço do acesso dos demais concessionários à sua infra-estrutura. O modelo adotado supõe que o concessionário explore com exclusividade a infra-estrutura, operando como monopolista – não prevê, portanto, o livre acesso a essa infra-estrutura<sup>29</sup>. Contudo, a segmentação horizontal/regional da malha ferroviária, como adotada na privatização da RFFSA e da Fepasa, implica que, para longas distâncias, o atendimento de um usuário que necessita deslocar sua carga de A para C por um concessionário cuja rede se estende apenas de A a B depende de outro concessionário cuja rede compreenda o trecho de B a C. Nesse caso, o primeiro concessionário deve utilizar a infra-estrutura desse outro concessionário, o que requer a interconexão entre as duas redes. De modo mais geral, é necessário estabelecer mecanismos que assegurem a interconexão entre as operadoras de transporte ferroviário de cargas, possibilitando a formação de corredores de transporte, especialmente com vistas à exportação e ao atendimento do mercado interno. Tal questão é, aliás, comum a outras indústrias de rede – são exemplos típicos a interconexão entre empresas de telefonia fixa local e de longa distância e a interconexão entre empresas de telefonia fixa e de telefonia móvel.

O contrato de concessão considera uma das obrigações do concessionário garantir o tráfego mútuo<sup>30</sup> ou, no caso de sua impossibilidade, permitir o direito de passagem<sup>31</sup> a outros operadores de transporte ferroviário, mediante celebração de contrato que deve ser informado ao poder concedente.

A Lei n. 10.233/2001, ao atribuir à ANTT a competência para regular e coordenar a atuação dos concessionários, estabelece que a agência deve orientar e disciplinar o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas, arbitrando as questões não resolvidas pelas partes (art. 25, V). A questão foi regulamentada pela ANTT por meio da Resolução n. 433/2004 que estabelece que se não houver acordo entre as concessionárias, a concessionária ou o usuário que se sentir prejudicado pode solicitar a solução do conflito à ANTT, a qual, esgotadas as possibilidades de conciliação, instaurará procedimento de arbitragem<sup>32</sup>.

Por fim, no tocante à estrutura acionária da empresa concessionária, os contratos de concessão que resultaram do processo de privatização da malha ferroviária do País estabelecem que qualquer acordo de acionista e suas alterações devem ser submetidos à aprovação prévia do poder concedente, vedando aos acionistas controladores efetuar a transferência, a cessão ou a alienação das suas ações vinculadas à composição do controle acionário da concessionária e/ou direitos de subscrição e/ou bonificação sem a prévia e expressa concordância da concedente. Da mesma forma, a Lei n. 10.233/2001 condiciona à prévia autorização da ANTT a transferência da titularidade das outorgas de concessão e as transformações societárias decorrentes de cisão, fusão, incorporação e formação de consórcio de empresas concessionárias (art. 30)<sup>33</sup>.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Gustavo Brandão. A regulação dos transportes rodoviários de carga no Brasil. *In*: ROCHA, Bolívar M. (Org.). **A regulação da infra-estrutura no Brasil**. São Paulo: IOB - Thomson, 2003.

CAMPOS, J. Competition issues in network industries: the Latin American railways experience. **Brazilian Electronic Journal of Economics**, v. 5, n. 1, 2002.

CAMPOS, J.; CANTOS, P. Railways. *In*: ESTACHE, A.; RUS, G. **Privatization and regulation of transport infrastructure**. Washington: World Bank, 2000.

CASTRO, Newton. Privatização do setor de transporte no Brasil. *In*: PINHEIRO, A.C.; DEMSETZ, H. Why regulate utilities? **Journal of Law and Economics**, 11(1), 1968.

ESTACHE, A.; Romero, M.; STRONG, J. Toll roads. *In*: ESTACHE, A.; RUS, G. (Eds.). **Privatization and regulation of transport infrastructure**. Washington: World Bank, 2000 [também disponível como “The Long and Winding Path to Private Financing and Regulation of Toll Roads”, Policy Research Working Paper 2387, no *site* do Banco Mundial].

ESTACHE, A.; GOLDSTEIN, A.; PITTMAN, R. Privatization and regulatory reform. *In*: **Brazil: The case of freight railways**. Economic Analysis Group Discussion Paper. Antitrust Division. U.S., Department of Justice, 2000 [reproduzido como “Privatization and Regulatory Reform in Brazil: The Case of Freight Railways”, Brasília: SEAE/MF, 2001 (Documento de Trabalho 9)].

FUKASAKU, K. (Org.). **A privatização no Brasil: o caso dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: BNDES, 2000.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto. Concorrência e regulação no setor de transporte rodoviário. **Revista do IBRAC**, v. 10, n. 5, 2003.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto. **Reforma institucional do setor de transportes**. Brasília: CNI, 2006.

1 Uma indústria é caracterizada como um monopólio natural quando o suprimento do mercado por meio da produção de uma única firma permite minimizar o custo do bem ou serviço produzido.

2 Custos não recuperáveis (*sunk costs*) são investimentos, incorridos pela empresa para exercer determinada atividade econômica e/ou atuar em um mercado específico, que não podem ser recuperados por meio de venda desses ativos a terceiros ou de sua utilização em outra atividade ou mercado, se a empresa abandonar a atividade ou mercado original.

3 A “concessão de serviço público” envolve, no caso das rodovias, apenas sua manutenção e operação [*operations and maintenance (O&M) contracts*] e, eventualmente, a realização de investimentos necessários ao longo do tempo [*franchise contracts*]. A “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública”, aos *build-operate-transfer* (BOT) *contracts* ou *greenfield projects* ou aos *rehabilitate-operate-transfer* (ROT) *contracts*.

4 O veto teve como justificativa já ser a matéria tratada em outro texto legal que dispunha sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios.

5 O material relativo à Audiência Pública n. 34/2006 (referente aos Estudos Econômicos e Técnico-Operacionais) e à Audiência Pública n. 35/2006 (relativa ao Edital e Contrato) estão divulgados em: <[www.antt.gov.br/acpublicas/acpublicas.asp](http://www.antt.gov.br/acpublicas/acpublicas.asp)>.

6 Esses editais estão divulgados no tópico “Conclusão – Estudos finais da ANTT e respostas às audiências (11/01/2007)”, em: <[www.antt.gov.br/acpublicas/apublica2006\\_35/APublica2006-35.asp](http://www.antt.gov.br/acpublicas/apublica2006_35/APublica2006-35.asp)>.

7 Para a justificativa dessa taxa de retorno, ver a Nota Técnica n. 030/SURF/2006 da ANTT, divulgada no processo de audiência pública e reproduzida no tópico “Conclusão – Estudos finais da ANTT e respostas às audiências (11/01/2007)”, em: <[www.antt.gov.br/acpublicas/apublica2006\\_34/APublica2006-34.asp](http://www.antt.gov.br/acpublicas/apublica2006_34/APublica2006-34.asp)>.

8 Os novos editais estão divulgados sob o título “Comunicado” em: <[www.antt.gov.br/acpublicas/apublica2006\\_35APublica2006-35.asp](http://www.antt.gov.br/acpublicas/apublica2006_35APublica2006-35.asp)>.

9 Mais recentemente, a cobrança de pedágio tem sido contemplada, em alguns países, como um mecanismo para fazer face ao congestionamento de tráfego.

10 Ver <<http://www.antt.gov.br/concessaorod/apresentacaorod.asp>>.

11 Para um tratamento mais detalhado dessa questão, ver GUIMARÃES, E. A. Concorrência e regulação no setor de transporte rodoviário. **Revista do IBRAC**, 10(5):61-83, 2003.

12 Ver a propósito DEMSETZ, H. Why Regulate Utilities? **Journal of Law and Economics**, 11(1): 55-65, 1968.

13 Os editais da Segunda Etapa do Programa de Concessões Federais estão divulgados em: <[www.antt.gov.br/acpublicas/apublica2006\\_35/APublica2006-35.asp](http://www.antt.gov.br/acpublicas/apublica2006_35/APublica2006-35.asp)>.

14 Os editais elaborados pela ANTT para a Segunda Etapa estabeleciam, no entanto, propostas escritas (para o valor da tarifa), seguidas de lances em viva voz (para o valor da outorga). Essa definição, como já mencionado, foi modificada pelo CND em sua Resolução n. 5/2007.

15 Nessa perspectiva, destaque-se, entre as cláusulas contratuais da concessão definidas como essenciais pela Lei n. 10.233/2001: (i) o modo, forma e condições de exploração da infra-estrutura e da prestação dos serviços, inclusive quanto à segurança das populações e à preservação do meio ambiente; (ii) deveres relativos a exploração da infra-estrutura e prestação dos serviços, incluindo os programas de trabalho, o volume dos investimentos e os cronogramas de execução; (iii) tarifas e critérios para reajuste e revisão das tarifas; (iv) receitas complementares ou acessórias e receitas provenientes de projetos associados; (v) direitos, garantias e obrigações dos usuários, da Agência e do concessionário; (vi) procedimentos para acompanhamento e fiscalização das atividades concedidas e para auditoria do contrato; e (vii) regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem (art. 35). Além disso, segundo a mesma lei, o contrato deve estabelecer que o concessionário estará obrigado a adotar, em todas as suas operações, as medidas necessárias para a conservação dos recursos naturais, para a segurança das pessoas e dos equipamentos e para a preservação do meio ambiente, bem como as melhores práticas de execução de projetos e obras e de prestação de serviços, segundo normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor (art. 37).

16 Essa fórmula está baseada nas variações de índices relativos aos serviços de terraplanagem, de pavimentação, às obras de arte especiais e a serviços de consultoria, com ponderações diferentes para os ajustes que ocorrerem durante o período de execução dos investimentos iniciais da concessão e para aqueles realizados após esse período. O reajuste assim determinado é aplicável a cada item tarifário específico, não se prevendo qualquer fator de produtividade.

17 Os contratos de concessão rodoviária relativos à Primeira Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais estão divulgados em: <[www.antt.gov.br/concessaorod/concessionariasrod.asp](http://www.antt.gov.br/concessaorod/concessionariasrod.asp)>.

18 Segundo esses editais, a revisão para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ocorrerá sempre que: (i) forem criados, alterados ou extintos outros tributos (ressalvados os impostos sobre a renda) de comprovada repercussão nos custos da concessionária; (ii) houver acréscimo ou supressão de encargos no Programa de Exploração da Rodovia, de obras ou serviços obrigatórios; (iii) ocorrências supervenientes, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato da Administração ou de interferências imprevistas resultarem, comprovadamente, em variação extraordinária nos custos da concessionária que lhe proporcione enriquecimento ou empobrecimento injustificado; (iv) a concessionária promover a desapropriação de bens imóveis, a instituição de servidão administrativa ou a imposição de limitação administrativa ao direito de propriedade, desde que o valor da verba indenizatória prevista no Programa de Exploração da Rodovia seja ultrapassado; (v) houver alteração unilateral do contrato de concessão, que comprovadamente altere os encargos da concessionária; (vi) a concessionária auferir receita alternativa, complementar, acessória ou de projetos associados à concessão.

19 O texto subsequente focalizará apenas o transporte interurbano. A regulação do transporte urbano envolve dimensões próprias que o aproximam das políticas sociais.

20 De modo geral, economia de escala pode ser definida como aquela que ocorre quando o aumento do volume de produção ou distribuição de um produto reduz seu custo unitário de produção ou distribuição. Economia de escopo é aquela que ocorre quando a produção conjunta de dois ou mais produtos por uma empresa propicia custos de produção ou distribuição inferiores ao incorrido por empresas especializadas na produção de um desses produtos. A existência de economias de escala ou de escopo significativas contribui para a existência de barreiras à entrada de novos competidores e favorece a concentração no mercado.

21 A possibilidade de “autotransporte” está presente tanto no transporte de passageiros quanto no de cargas, envolvendo, nesse caso, sobretudo os grandes usuários. Exemplo recente do impacto da concorrência de outras modalidades de transporte é a diminuição do volume do transporte rodoviário de passageiros em longas distâncias, induzido pela redução das tarifas aéreas.

22 Ver Parecer/ANTT/PRG/MLL/N. 0502 da Procuradoria Geral da ANTT, adotada pela Resolução n. 1.711/2006 da agência que o transcreve, em: <[www.antt.gov.br/resolucoes/resolucoes2006.asp](http://www.antt.gov.br/resolucoes/resolucoes2006.asp)>.

23 A metodologia que apóia a Resolução n. 1.627/2006, resumida no anexo a essa resolução, consta da Nota Técnica n. 01/2006/AP-033/ANTT, divulgada em: <[www.antt.gov.br/acpublicas/apublica2006\\_33/APublica2006-33.asp](http://www.antt.gov.br/acpublicas/apublica2006_33/APublica2006-33.asp)>.

24 Os Estados Unidos correspondem a um caso particular; seu sistema de transporte ferroviário é constituído por empresas regionais que passaram por processo de concentração, mas, em boa medida, permaneceram privadas.

25 Para uma análise da experiência internacional, ver CAMPOS, J.; CANTOS P. *Railways: In: ESTACHE, A.; RUS, G. Privatization and regulation of transport infrastructure*. Washington: World Bank, 2000.

26 Esses contratos estão divulgados em: <[www.antt.gov.br/concessaofer/concessionariasfer.asp](http://www.antt.gov.br/concessaofer/concessionariasfer.asp)>.

27 A EFC opera o trecho construído da Ferrovia Norte-Sul, em Contrato Operacional com a VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A, empresa controlada e supervisionada pelo Ministério dos Transportes.

[28](#) A resolução considera “usuário com elevado grau de dependência do serviço público de transporte ferroviário de cargas aquele que (i) para recebimento ou despacho de produtos ou insumos, não disponha de outro modal que seja técnica e economicamente viável, face a competitividade de seu negócio, depender da disponibilidade do transporte ferroviário; ou (ii) realize ou se comprometa a realizar investimentos nas malhas concedidas, em instalações industriais, logísticas, de infra-estrutura ou material rodante para o uso de transporte ferroviário” (art. 2º).

[29](#) O contrato de concessão estabelece apenas acesso limitado para trens de passageiros.

[30](#) *Trafego mútuo* é a operação em que uma concessionária, necessitando ultrapassar os limites geográficos de sua malha para complementar uma prestação de serviço público de transporte ferroviário, compartilha recursos operacionais, tais como material rodante, via permanente, pessoal, serviços e equipamentos, com a concessionária em cuja malha se dará o prosseguimento ou encerramento da prestação de serviço, mediante remuneração ou compensação financeira (Res. n. 433/2004, art. 2º da ANTT).

[31](#) *Direito de passagem* é a operação em que uma concessionária, mediante remuneração ou compensação financeira, permite a outra trafegar na sua malha para dar prosseguimento, complementar ou encerrar uma prestação de serviço público de transporte ferroviário, utilizando a sua via permanente e o seu respectivo sistema de licenciamento de trens (Res. n. 433/2004, art. 2º, da ANTT).

[32](#) Para um exemplo de decisão arbitral da ANTT, ver Resolução n. 945/2005 relativa ao acesso ao Porto de Santos, que envolve o direito de passagem da Ferroban em via da MRS.

[33](#) O caso relativo à estrutura acionária de empresa concessionária de solução mais complexo foi o resultante da aquisição da Ferteco Mineração S.A. e da Caemi Mineração e Metalurgia S.A. pela Companhia Vale do Rio Doce, que conferiu a essa empresa participação superior a 20% do capital votante da MRS Logística, implicando não-observância de limite imposto no edital de licitação e no contrato de concessão da ferrovia. A adequação da composição acionária dessa concessionária à exigência contratual levou à renúncia formal da Vale do Rio Doce dos direitos de voto e de veto inerentes às ações ordinárias de emissão da MRS, provenientes da operação de incorporação da Ferteco Mineração. O processo que levou a essa solução está refletido nas Resoluções n. 296 e 389, de 2003, n. 856, de 2005, e n. 1.394 e 1.528, de 2006. A ANTT aprovou ainda os seguintes ajustes acionários: reestruturação societária da FCA e CFN; descruzamento societário da Companhia Vale do Rio Doce e Companhia Siderúrgica Nacional; ingresso de novo acionista estrangeiro na ALL e abertura do seu capital na Bovespa; reestruturação societária e operacional da Ferronorte, Ferroban e Novoeste com a constituição da Brasil Ferrovias; e aquisição do controle da Brasil Ferrovias pela ALL.

# 4 REGULAÇÃO DA OFERTA NO TRANSPORTE AÉREO: DO COMPORTAMENTO DE OPERADORAS EM MERCADOS LIBERALIZADOS AOS ATRITOS QUE EMERGEM DA INTERFACE PÚBLICO-PRIVADO

*Alessandro V. M. Oliveira*

*Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw,  
professor do Instituto Tecnológico de Aeronáutica, diretor-executivo do Núcleo de  
Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação (NECTAR).*

## **4.1** Introdução

O transporte aéreo é um setor que apresenta destacada contribuição para o desenvolvimento e o crescimento sustentado do País. De fato, temos que as viagens aéreas, além de terem reconhecido papel na integração nacional e na indução de negócios entre regiões, representam importante insumo produtivo de grande parte das corporações, com relevante impacto na eficiência das cadeias produtivas de diversos setores da indústria brasileira. Adicionalmente, pode-se dizer que o setor promove maior inserção internacional do Brasil em termos de fluxos comerciais e culturais, bem como possui razoável influência sobre as contas externas, por meio de receitas auferidas e de despesas realizadas em moeda internacional. Atendendo ao cenário nacional, a aviação regular provê um pilar fundamental para a promoção do turismo, a qualificação de mão-de-obra e a geração de investimentos em infra-estrutura de transportes.

O setor de transporte aéreo no Brasil passou por duas grandes reformas regulatórias ao longo dos últimos 35 anos: a introdução da regulação estrita (a era da “competição controlada”), entre o final dos anos 1960 e início da década de 1970, e a Política de Flexibilização da Aviação Comercial (a era

do “livre mercado”), introduzida no início da década de 1990. Ao longo dessas quatro décadas de políticas governamentais para o setor, estes foram os dois marcos regulatórios mais notáveis, os quais influenciam o debate com relação à regulação do setor ainda hoje. Com a liberalização dos anos 1990 e, mais recentemente, com o advento da Lei de criação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) – Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005 –, alcançou-se o resultado em que o transporte aéreo é, hoje em dia, um setor com alto grau de desregulamentação econômica, no qual, na maioria das situações, as companhias aéreas competem livremente por posições no mercado. Dado que o setor possui atualmente um marco regulatório mais liberal, tem-se que o adequado entendimento da dinâmica dessa indústria passa por uma maior compreensão de como se processa a concorrência entre as empresas participantes do mercado.

Para ser eficiente e apresentar-se como alternativa competitiva viável no mercado de aviação comercial, uma companhia aérea precisa investir pesadamente em sistemas de gestão e na tomada de decisão ágil e eficaz. Uma das decisões que mais afetam sua *performance* operacional e financeira é a decisão quanto à determinação de sua capacidade produtiva, ou seja, quanto à alocação do tipo de aeronave, sua configuração em termos de número de assentos, bem como a determinação do número de frequências de vôo a serem operadas nos vários mercados existentes no âmbito de sua malha aérea. Trata-se de uma etapa do processo decisório da companhia aérea que é fundamental para todo o sistema aéreo, dado que, em última instância, não apenas influencia na determinação do posicionamento de mercado daquela empresa, mas também engendra aspectos operacionais relevantes, como a intensidade do uso das pistas de pouso e decolagem e do controle de tráfego aéreo, com efeitos relevantes nos níveis de congestionamento do sistema como um todo.

Adicionalmente, tem-se que a decisão quanto à configuração da capacidade produtiva de uma companhia aérea não está isenta da incerteza que permeia o mundo dos negócios. De fato, há um conjunto de incertezas geradas pelas expectativas quanto ao fluxo de receitas futuras, aos padrões de reação da concorrência, ao montante dos custos irrecuperáveis, ao risco regulatório, dentre outros aspectos de difícil avaliação *ex ante*.

Conclui-se, dessa forma, que o processo de tomada de decisão quanto à capacidade produtiva das companhias aéreas é complexo e sujeito à influência de inúmeros fatores não adequadamente observáveis por autoridades interessadas no acompanhamento econômico e por analistas de mercado. No entanto, investigações de cunho empírico mais pormenorizadas podem ser efetuadas para identificar regularidades nesse importante aspecto decisório do setor aéreo. Neste âmbito de investigar a forma como a oferta é dimensionada, este artigo busca apresentar evidências quanto aos impactos que políticas públicas – nomeadamente a Política de Flexibilização dos anos 1990 – geraram sobre a oferta das empresas. Com esse intuito, foi realizado um Estudo de Caso utilizando-se dados de oferta de empresas aéreas regulares de transporte de passageiros em suas operações domésticas no período entre 1999 e 2006, como forma de compreender o comportamento competitivo dos agentes no período pós-desregulamentação econômica. Análises de indicadores de concentração da oferta e de qualidade da cobertura do transporte aéreo ao longo do território nacional foram empregadas nesse sentido.

Atendo-se ao Brasil, o momento atual é bastante propício à discussão acerca de questões regulatórias aplicadas à tomada de decisão quanto à capacidade das empresas na aviação comercial – leia-se tamanho das aeronaves e número de frequências de vôos. Muito recentemente, em março de 2006 e pondo fim a alguns anos de debate em esferas legislativas nacionais, ocorreu uma alteração institucional significativa no setor, marcada pelo encerramento das atividades do Departamento de Aviação Civil (DAC), órgão com atribuições fundamentalmente técnicas, o qual cedeu lugar para a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Essa transição – assim como o processo prévio de debates – deu um ímpeto renovado para a discussão a respeito do estado atual dos marcos regulatórios brasileiros. Outro fato recente que estimula o estudo da matéria regulatória se refere à forma como rotas e o acesso a aeroportos hoje concedidos à Varig seriam alocados a outras empresas aéreas no cenário em que a empresa gaúcha encerrasse definitivamente as suas atividades. A importância dessa questão é realçada em virtude do fato de o acesso ao aeroporto ser reconhecido como um dos fatores que conferem poder de mercado a uma empresa aérea, fato estilizado ilustrado por Evans &

Kessides (1993) e por Borenstein (1989). Por fim, há a sucessão de eventos que ficou conhecida como “apagão aéreo”, representada pelas crises sistêmicas de 2006/2007, os quais resultaram na recente reação governamental em prol de uma maior interferência na determinação das variáveis de capacidade das empresas aéreas.

O presente trabalho está assim organizado: na Seção 2, serão apresentadas a estrutura e a evolução do marco regulatório do transporte aéreo, com ênfase na descrição da chamada “Política de Flexibilização” da Aviação Comercial Brasileira e da legislação em vigor sobre a concessão de linhas aéreas no Brasil. Na Seção 3, será fomentada uma discussão visando a um maior entendimento acerca do processo de determinação da capacidade produtiva pelas empresas aéreas em mercados desregulados, tendo-se como referencial um estudo dos determinantes da oferta das companhias aéreas, visando, em última instância, a apontar as causas econômicas do “apagão aéreo”. Por fim, seguem-se as conclusões do trabalho.

## **4.2 Estrutura e evolução do marco regulatório do transporte aéreo**

Os principais dispositivos legais referentes ao arcabouço regulatório do transporte aéreo podem ser encontrados tanto na Carta Magna brasileira como no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBAer) – Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986 –, e na Lei da ANAC – Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005. A Constituição Federal, em seu art. 21<sup>1</sup>, XII, estabelece que compete à União: “XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária”.

O Código Brasileiro de Aeronáutica dispõe sobre o transporte aéreo regular, subconjunto dos serviços aéreos públicos, estabelecendo que estes serão explorados por regime de concessão ou autorização:

Art. 175. Os serviços aéreos públicos abrangem os serviços aéreos especializados públicos e os serviços de transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular ou não regular, doméstico ou internacional.

§ 1º A relação jurídica entre a União e o empresário que explora os serviços aéreos públicos pauta-se pelas normas estabelecidas neste Código e legislação complementar e pelas condições da respectiva concessão ou autorização.

§ 2º A relação jurídica entre o empresário e o usuário ou beneficiário dos serviços é contratual, regendo-se pelas respectivas normas previstas neste Código e legislação complementar, e, em se tratando de transporte público internacional, pelo disposto nos Tratados e Convenções pertinentes (arts. 1º, § 1º; 203 a 213).

§ 3º No contrato de serviços aéreos públicos, o empresário, pessoa física ou jurídica, proprietário ou explorador da aeronave, obriga-se, em nome próprio, a executar determinados serviços aéreos, mediante remuneração, aplicando-se o disposto nos arts. 222 a 245 quando se tratar de transporte aéreo regular.

Por fim, a lei de criação da ANAC estabelece em seu art. 2º: “Compete à União, por intermédio da ANAC e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária”.

#### 4.2.1 A política de flexibilização da aviação comercial brasileira

No que tange aos aspectos de regulação econômica do setor aéreo, tem-se que as principais normas que tratam da questão foram expedidas no contexto da chamada Política de Flexibilização da Aviação Comercial Brasileira. A Política de Flexibilização foi um conjunto de ações governamentais adotadas no início dos anos 1990 com o objetivo de gradativamente remover os controles sobre variáveis econômicas do setor.

Trata-se de um período em que governo e agentes setoriais estavam fortemente influenciados pelo avigoramento do ideal do neoliberalismo em nível mundial, bem como pelas percepções quanto aos efeitos que as restrições à política de regulação estrita então vigente acarretavam na dinâmica do mercado. A partir desse consenso pela mudança do marco regulatório, foi realizada, em 1991, a chamada V Conferência de Aviação Civil (Conac), que contou com a participação de representantes das

companhias aéreas e resultou em um conjunto de recomendações em prol da maior desregulação econômica do mercado.

A Política de Flexibilização do setor começou efetivamente a partir de 1992, dentro do chamado “Programa Federal de Desregulamentação” do governo Collor (Dec. n. 99.179, de 15-3-1990), apesar de elementos de liberalização de preços por meio de bandas tarifárias já estarem vigentes desde 1989. Representando o estabelecimento de um novo marco regulatório da aviação comercial, essa reorientação de políticas foi implementada a partir de uma seqüência de portarias expedidas pelo DAC, ao longo da década de 1990 e início dos anos 2000.

A liberalização do setor aconteceu de forma gradual e nas linhas do programa governamental de desregulamentação dos setores regulados e da própria economia brasileira. Pode-se dizer que foi implementada em três rodadas, respectivamente, em 1992, 1998 e 2001, em uma trajetória muito semelhante aos “pacotes” de liberalização promovidos pela União Européia (UE); com a abordagem européia, seguida pelo DAC, houve ênfase na graduação das políticas, de forma a se tentar evitar seus potenciais efeitos “danosos” de curto prazo, sobretudo em termos de um forte acirramento da competição no mercado, como aconteceu com a desregulamentação norte-americana, a partir de 1978.

Com a Primeira Rodada de Liberalização – PRL (1991-1997), os monopólios regionais, vigentes desde a época do Sistema Integrado de Transporte Aéreo Regional (SITAR), que já se apresentavam distorcidos por conta da crescente competição entre companhias regionais, em busca de maior escala de operação, e companhias nacionais, foram definitivamente abolidos (Portaria n. 075/GM5, de 6-2-1992, e Portarias n. 686 a 690/GM5, de 15-9-1992). Dessa forma, a política de “4 companhias nacionais e 5 companhias regionais” dos anos 1970 foi oficialmente extinta e, a partir de então, a entrada de novas operadoras passou a ser estimulada, o que resultou em uma onda de pequenas novas companhias aéreas entrantes no mercado (por exemplo, Pantanal, Tavaj, Meta, Rico etc.), algumas oriundas de empresas de táxi aéreo. A única exceção com relação ao monopólio das regionais ficou por conta de alguns pares de aeroportos, ligando as cidades de São Paulo, do Rio de Janeiro, de Belo Horizonte e de Brasília. Esses pares de aeroportos, ligando em geral os centros das cidades envolvidas,

eram conhecidos como “Vôos Direto ao Centro” (existentes desde 1986) e mais tarde foram denominados “Linhas Aéreas Especiais”<sup>2</sup>.

Outra medida adotada foi a introdução de preços de referência com novas bandas tarifárias, que agora variavam de – 50% a +32% do valor principal<sup>3</sup> – sem dúvida, uma inovação diante do sistema de preços controlados do período de forte regulação. A competição em preços era agora vista como “saudável” para a indústria e passou a ser encorajada; nesse sentido, as bandas tarifárias eram concebidas como instrumentos temporários para intensificar a rivalidade de preços. Contudo, os preços ainda eram, de certa forma, indexados, dado que as tarifas de referência eram, por definição, controladas e sujeitas às políticas de reajustes periódicos.

No final dos anos 1990, as autoridades de aviação decidiram remover dois importantes dispositivos de controle da competição que ainda perduravam no setor: as bandas tarifárias e a exclusividade do direito de as regionais operarem as Linhas Aéreas Especiais. Isso gerou a Segunda Rodada de Liberalização – SRL (final de 1997 e início de 1998, com as Portarias n. 986 e 988/DGAC, de 18-12-1997, e Portaria n. 05/GM5, de 9-1-1998), que visava a dar mais liberdade às companhias aéreas e, em última instância, estimulou o primeiro grande surto de competitividade desde o início da desregulamentação. De fato, em 1998, foram observados fenômenos de “guerras de preços” e “corridas por frequência”, muito divulgados pela mídia, os quais nada mais representavam que os efeitos de curto prazo das novas medidas implementadas, mas que geraram uma movimentação competitiva como não se via pelo menos desde a década de 1960.

Em 2001, um acordo entre o DAC e o Ministério da Fazenda permitiu que a maioria dos mecanismos de regulação econômica que ainda persistiam no setor fosse removida. De fato, por meio de portarias paralelas dos dois órgãos governamentais, foi posta em prática uma total liberalização dos preços (Portarias n. 672/DGAC, de 16-4-2001, e 1.213/DGAC, de 16-8-2001). Isso coincidiu com a flexibilização dos processos de entrada de novas firmas e de pedidos de novas linhas aéreas, frequências de voo e aviões (Terceira Rodada de Liberalização, TRL, ou

“Quase-Desregulação”), em um processo que culminou com a entrada da Gol em janeiro de 2001.

Finalmente, em 2003, com o novo governo federal, e seguindo novas orientações de política setorial, o regulador voltou a implementar alguns procedimentos de interferência econômica no mercado, objetivando controlar o que foi chamado de “excesso de capacidade” e o acirramento da “competição ruínosa” no mercado.

Pelo texto das portarias de 2003, sobretudo a 243/GC5 (que explicitamente “dispõe sobre as medidas destinadas a promover a adequação da indústria de transporte aéreo à realidade do mercado”), de 13 de março de 2003 e a 731/GC5, de 11 de agosto de 2003, o DAC passava a exercer uma função moderadora, de “adequar a oferta de transporte aéreo, feita pelas empresas aéreas, à evolução da demanda”, com a “finalidade de impedir uma competição danosa e irracional, com práticas predatórias de conseqüências indesejáveis sobre todas as empresas”.

Esse período pode ser denominado “re-regulação”, uma fase em que pedidos de importação de novas aeronaves, novas linhas e mesmo de entrada de novas companhias aéreas voltaram a exigir estudos de viabilidade econômica prévia, configurando-se uma situação semelhante à do período regulatório típico, de *controle de oferta*. A diferença entre os períodos foi que, desta vez, a autoridade preferiu a utilização de mecanismos discricionários de controle, isto é, passíveis de introdução ou retirada de acordo com a vontade do regulador, em vez de uso de regras explícitas de regulação, que ditassem claramente sob quais circunstâncias caberia à autoridade atuar sobre o mercado.

Pode-se argumentar que a re-regulação de 2003 representou o fim do período da Política de Flexibilização da aviação comercial brasileira, dado que promoveu uma interrupção na trajetória de concessão de maiores graus de liberdade estratégica às companhias aéreas e sinalizou ao mercado que o regulador teria a habilidade de intervir no mercado, de forma discricionária, quando julgasse necessário. A promulgação da Lei da ANAC (Lei n. 11.182, de 27-9-2005), a qual consagrou os conceitos de regime de liberdade tarifária e livre acesso e livre mobilidade, pode ser interpretada como um movimento no sentido de resgatar os objetivos iniciais da Política de Flexibilização.

#### 4.2.2 Legislação em vigor sobre a concessão de linhas aéreas

No que diz respeito à legislação referente à concessão de linhas aéreas e seus impactos na tomada de decisão empresarial quanto à determinação da capacidade produtiva – frequências de voo e tipo e configuração de assentos das aeronaves –, vigora atualmente o regime de “Livre Mobilidade”. Trata-se de um arcabouço mais liberal que visa a dar agilidade e induzir eficiência no sistema de concessões de linhas aéreas para empresas regulares certificadas para atuar no segmento doméstico de passageiros. Por curiosidade, esse regime foi implementado apenas nas disposições transitórias da Lei n. 11.182, de criação da ANAC. Temos assim, no Capítulo VI, referente àquelas “Disposições Finais e Transitórias”, o § 1º do art. 48 com a seguinte redação:

§ 1º Fica assegurada às empresas concessionárias de serviços aéreos domésticos a exploração de quaisquer linhas aéreas, mediante prévio registro na ANAC, observada exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado expedidas pela ANAC.

Caminhando na mesma direção, o Decreto n. 5.731, de 20 de março de 2006, que dispõe sobre a instalação, a estrutura organizacional da ANAC e aprova o seu regulamento, expressa que:

Art. 10. Na regulação dos serviços aéreos, a atuação da ANAC visará especialmente a: I – assegurar às empresas brasileiras de transporte aéreo regular a exploração de quaisquer linhas aéreas domésticas, observadas, exclusivamente, as condicionantes do sistema de controle do espaço aéreo, a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado.

Dos conceitos acima encontrados, temos que apenas o de “prestação de serviço adequado” encontra definição explicitamente tratada no ordenamento legal, mesmo que não específico do setor aéreo. De fato, a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de

concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, trata, em seu Capítulo II, dessa relevante matéria no que tange aos serviços regulados:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

A ANAC possui um sistema de mensuração da pontualidade, regularidade e eficiência operacional das companhias aéreas herdado do extinto Departamento de Aviação Civil, o qual auxilia o regulador no acompanhamento dos níveis de prestação de serviço adequado. Por outro lado, definições acima consideradas, como a de “condicionantes do sistema de tráfego aéreo” ou de “capacidade operacional de cada aeroporto”, ainda carecem de definição explícita no conjunto de normas que regem o setor.

No que tange especificamente ao controle feito pela autoridade em situações de infra-estruturas aeroportuária e de controle de tráfego aéreo escassas, existe uma normatização infralegal emanada da própria ANAC. Criada para preencher a lacuna quanto à alocação dos chamados *slots*, isto é, os horários de chegadas e partidas de aeronaves em aeroportos congestionados, essa normatização visou a detalhar a forma de regulação nos casos considerados como exceção ao Regime de Livre Mobilidade consagrado pela Lei da ANAC.

Assim, e após consulta e audiência públicas realizadas pela agência, expediu-se a Resolução n. 2, de 3 de julho de 2006, que aprova o regulamento sobre a alocação de *slots* em linhas aéreas domésticas de transporte regular de passageiros, nos aeroportos que menciona, e dá outras providências. Os aeroportos que essa resolução menciona são aqueles que operam no limite de sua capacidade operacional, como, por exemplo, o Aeroporto de Congonhas, em São Paulo. Um sistema de rodízio foi então desenvolvido para possibilitar a prestação do serviço pelas companhias

aéreas regulares, sistematizando, em regra explícita, a configuração da alocação dos *slots* naquele aeroporto. Por um lado, a normatização dessa importante questão regulatória possibilitou o início de maior compreensão, por parte da sociedade, de como funciona a distribuição da infra-estrutura escassa entre entes privados neste setor – fator que pode ser considerado benéfico. Por outro lado, entretanto, tem-se que a formatação da regra acabou por preservar as participações de mercado das companhias aéreas dominantes no Aeroporto de Congonhas (Tam, Gol e Varig), o que, na prática, apenas serviu como consolidação do sistema de *grandfather rights*, que prevalecia até então. Os chamados *grandfather rights* retratam uma situação típica do transporte aéreo mundial, na qual a dominância histórica da(s) companhia(s) aérea(s) em um dado aeroporto se torna institucionalizada pelas próprias regras que governam aquele aeroporto, isto é, todo o arcabouço normatizador da rotina aeroportuária acaba sempre por consolidar a dominância do agente de operação aérea<sup>4</sup>.

### **4.3** Discussão sobre o processo de determinação da capacidade produtiva pelas firmas em mercados aéreos livres<sup>5</sup>

A literatura dedicada ao estudo da oferta no transporte aéreo regular de passageiros sinaliza que, em ambientes com mercados aéreos desregulados ou com alto grau de liberalização econômica, existe um conjunto típico de níveis de decisão com que uma empresa aérea se depara no sentido de determinar a magnitude de sua capacidade produtiva. Dentre os inúmeros níveis existentes, podem-se destacar as seguintes etapas:

1. A escolha quanto ao número e ao tamanho dos aviões que comporão a sua frota.
2. A configuração interna dessas aeronaves.
3. A forma e a abrangência da rede de vôos (malha aérea), bem como a definição das bases operacionais e dos possíveis aeroportos *hubs* (concentradores de vôos).
4. O número de vôos operados por ligação e a alocação das aeronaves para cumprirem determinada programação de vôos.

5. Acordos operacionais com outras empresas aéreas para o compartilhamento mútuo de assentos em vôos.
6. A adoção de práticas de controle de estoque de assentos.

Todas essas etapas representam circunstâncias em que ocorrem decisões a respeito do nível de capacidade produtiva de uma empresa aérea, compreendida enquanto oferta de assentos-quilômetros. A ordem em que tais esferas de decisão estão expostas acima não necessariamente implica um ordenamento segundo sua importância para a lucratividade ou a perenidade da empresa aérea. A ordem de enumeração reflete somente, de forma geral, graus crescentes de reversibilidade das ações. O que importa ressaltar é que nenhuma dessas etapas é indiferente na geração de impactos sobre receitas potenciais e custos para a empresa aérea. Assim, todas essas questões são passíveis de ser inseridas no problema de maximização de lucros da empresa aérea.

Discorrendo sumariamente a respeito de algumas das etapas acima enumeradas, podem-se evidenciar os impactos que essas decisões exercem sobre receitas e custos para uma empresa aérea. No que se refere à etapa de composição de frota, Röller & Sickles (1997) propuseram um modelo de competição de empresas aéreas duopolistas em dois estágios e, aplicando-o à indústria do transporte aéreo na Europa para as décadas de 1970 e 1980, encontram evidências de que o dimensionamento da frota traz impactos posteriores no comportamento competitivo das empresas, ou seja, na maneira como os preços são formados e, por conseguinte, na forma como se adquire e exerce poder de mercado. Ou seja, obtêm evidências de que a composição da frota possui uma contrapartida estratégica para a empresa aérea, ao determinar a inserção competitiva da empresa aérea e o poder de mercado que a empresa poderá usufruir.

No que concerne à etapa de decisão a respeito da forma e da abrangência da rede de vôos, seus impactos sobre a lucratividade da empresa aérea são tais que este tema foi tópico de estudo em inúmeros trabalhos, especialmente de origem norte-americana, por conta da mudança marcante ocorrida na forma das redes das empresas aéreas dos EUA, na seqüência do processo de desregulamentação, ocorrido ao final da década

de 1970. Segundo o que Borenstein (1989), Evans & Kessides (1993) e Oum, Zhang & Zhang (1995), entre outros, verificaram, assistiu-se a uma progressiva transição de redes lineares – nas quais predominam pares de aeroportos servidos diretamente sem a presença de escalas intermediárias ou de conexões em aeroportos de captação e redistribuição de passageiros (*hubs*) – para redes na forma *hub & spoke*, ou seja, com a predominância de vôos que se originam de uma porção diminuta de aeroportos centrais.

Os efeitos econômicos dessa transição ao consumidor não tardaram a ser percebidos e pesquisados. Conforme os autores acima citados, percebeu-se que a existência de *hubs* conferia poder de mercado à empresa aérea que o dominasse. Entre as razões para esse maior poder de mercado, Evans & Kessides (1993) apontaram para a propriedade de recursos aeroportuários cujo investimento é caro e cuja disponibilidade é escassa, tais como portões de embarque e, em algumas ocasiões, a totalidade de terminais de passageiros. Borenstein (1989) apontou para a existência de propriedade sobre *slots* de operações, a reputação de abrangência de rede adquirida, a existência de programas de passageiros freqüentes e até mesmo as relações existentes com canais locais de venda de passagens (agentes de viagens locais).

Outro fator que se adiciona para explicar o poder de mercado que pode ser exercido em ligações pertencentes a uma rede com a presença de *hub* é a redução no *schedule delay* imposto a passageiros potenciais ou efetivos. Esse conceito, muito recorrente em análise de transportes, refere-se à incompatibilidade iminente entre a grade de horários de partidas e chegadas de uma empresa aérea e as necessidades do passageiro individual: conforme for a valoração que o passageiro dá a seu tempo, tal incompatibilidade poderá gerar escolha por uma empresa aérea rival, por uma rota alternativa, por outro meio de transporte ou até mesmo por não realizar a viagem e retirar-se desse mercado. Uma rede em formato de *hub & spoke*, porém, contribui para o adensamento das ligações, já que cada vôo atende não somente ao tráfego local, mas também à parcela de passageiros que está em trânsito de ou para o aeroporto *hub*. Nessas condições, um fato geralmente observado é que a freqüência de partidas é aumentada, o que contribui para reduzir – ou mesmo eliminar – o *schedule delay* imposto aos passageiros das ligações.

Similarmente ao que ocorre com a decisão quanto à composição de frotas, a decisão quanto à forma de organizar a rede de uma empresa aérea é permeada por considerações estratégicas. A esse respeito, Oum, Zhang & Zhang (1995) formularam um modelo hipotético e verificaram que, sob poucas hipóteses simplificadoras a respeito da estrutura de custos das empresas aéreas, a decisão de formar uma estrutura de rede no formato *hub & spoke* é uma estratégia dominante, ou seja, uma empresa aérea possuiria sempre, sob as condições apontadas em seu modelo, incentivo para organizar sua rede segundo o formato de *hub & spoke* para obter vantagens de custo e de poder de mercado sobre as empresas concorrentes e até mesmo ser capaz de barrar a eventual entrada de novas empresas aéreas nos mercados atendidos.

Quanto às demais etapas de decisão em capacidade, empresas aéreas podem dispor de liberdade para estabelecer acordos comerciais com outras empresas aéreas, ou em regime de sobreposição (ou seja, quando as empresas que entram em acordo já exploravam os mercados anteriormente, porém de maneira individual) ou de complementação de rotas, podendo haver, em ambos os casos, coordenação de horários e compartilhamento de assentos. Tais acordos permitem que a capacidade de cada empresa participante seja alterada, pois pode incluir uma permissão para que uma empresa aérea venda assentos em vôos operados pela empresa parceira, o que gera disponibilização dupla dos assentos cobertos pelos termos do acordo e, conseqüentemente, uma alteração real na capacidade de cada empresa envolvida. No entanto, a variação na capacidade pode ocorrer também em razão de medidas de racionalização da oferta, ou seja, por meio da supressão de freqüências antes operadas por uma ou por todas as empresas aéreas participantes de um acordo de compartilhamento de assentos.

No Brasil, houve recentemente amplo acordo operacional de *code-share* entre empresas aéreas regulares nacionais entre o 2º trimestre de 2003 e o 2º trimestre de 2005, envolvendo a Tam e a Varig. O impacto desse acordo na oferta de serviço de transporte aéreo no mercado doméstico mostrou-se inequívoco: a suspensão conjunta e simultânea de vôos rentáveis serviu de subsídio para que a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) identificasse indícios de conduta de

cartel e realizasse estudos que culminaram em pareceres e em um julgamento para o caso (Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2004), o qual resolveu pela reversão do acordo entre as empresas envolvidas.

Finalmente, hoje em dia é comum que as empresas aéreas pratiquem discriminação de preços com o suporte de ferramentas de gerenciamento de receitas (*yield management*). A existência dessa rotina no processo de vendas das empresas aéreas significa que, mesmo havendo a previsão da ocorrência da frequência e estando determinado equipamento designado para cumpri-la, há ainda uma última etapa na decisão a respeito de capacidade: a quantidade de assentos que estará disponível a cada preço. Isso ocorre porque o gerenciamento de receitas constitui-se de três pilares fundamentais: 1) diferenciação de produtos, tomando por base a segmentação de consumidores, algo que geralmente se identifica por meio de atributos observáveis escolhidos pelo passageiro para seu voo<sup>6</sup>; 2) discriminação de preços, ou seja, a substituição do preço médio e único por um leque amplo de preços possíveis, com o objetivo de maximizar as receitas auferidas; 3) controle de estoque de assentos, ou seja, a utilização de técnicas matemáticas de alocação e disponibilização da oferta nos sistemas de reserva, tomando por critério as previsões de demanda de cada voo e, assim, promovendo limites dinâmicos na quantidade de passagens disponíveis para cada classe tarifária existente<sup>7</sup>.

#### **4.4 Estudo de caso: evolução das frequências de vôos domésticos e impactos do comportamento competitivo recente das companhias aéreas**

Uma vez enumeradas as diferentes etapas no processo de decisão quanto à capacidade produtiva de uma empresa em mercados caracterizados pela liberalização econômica, será efetuado, na presente seção, um estudo de caso contendo um estudo da evolução recente da oferta de frequências de vôos domésticos das companhias aéreas brasileiras. Essa análise visa a

identificar tendências no comportamento dos agentes e explicações para os problemas que afetam o setor na atualidade, sobretudo no que tange aos atritos existentes entre as esferas pública e privada e as questões advindas desses atritos e que impactam a rotina regulatória do transporte aéreo.

Com a desregulamentação dos anos 1990 e a entrada da Gol, em 2001, estabeleceu-se um marco no incremento da competitividade das companhias aéreas, no segmento doméstico da aviação comercial brasileira. Tanto a nova entrante como a Tam, que, com o pós-desregulação, havia se consolidado como empresa de âmbito nacional, começaram a competir vigorosamente no mercado, havendo forte indução de maior eficiência e produtividade na operação. Como consequência disso, empresas do período regulatório (Vasp, Transbrasil e grande parte da Varig) não conseguiram adaptar suas gestões à nova realidade do mercado e deixaram o segmento. O resultado foi, no cômputo geral, benéfico ao consumidor, com expansão de mercado e queda nos preços (*vide* Oliveira e Salgado, 2006).

Entre as ações em prol da maior competitividade pelas companhias aéreas, podem ser citadas quatro. Em primeiro lugar, houve melhor gerenciamento de custos, que envolveu a simplificação do serviço ao passageiro, com o corte de despesas operacionais e comerciais e a racionalização de sistemas de distribuição. Essa medida teve como consequência direta as perdas na qualidade percebida do usuário tradicional do transporte aéreo, mas teve como contrapartida uma ampliação do mercado e uma sensível melhoria na gestão e na eficiência das companhias aéreas, que passaram a apresentar resultados financeiros positivos desde então.

Em segundo lugar, houve a ampliação da capacidade produtiva para atender à demanda crescente, induzida por uma maior competição em preços. Isso resultou em aeronaves maiores, ampliação da frota, com novos pedidos aos fabricantes e maior número de frequências de voo.

Em terceiro lugar, buscou-se um uso mais intensivo da frota no âmbito de suas redes, visando a ganhos de produtividade – o que acarretou maior pressão sobre os insumos produtivos (tripulação, manutenção etc.) e também maior geração de externalidades, como ruído no entorno dos aeroportos, emissões de poluentes e congestionamento no espaço aéreo.

Por fim, recorreu-se à concentração da rede em poucos aeroportos concentradores de tráfego – os chamados *hubs*, no jargão do setor –, com vistas a gerar economias de escopo e densidade<sup>8</sup>. Como consequência, estimulou-se a ampliação do *mix* de passageiros com diferentes origens e destinos em uma mesma aeronave, havendo queda nos custos operacionais, maior oferta, aumento da qualidade para o passageiro viajante por motivos de negócio e um consequente aumento do poder de mercado das firmas estabelecidas.

Em termos gerais, podem-se ressaltar as seguintes consequências positivas das ações de mercado para ajustar a capacidade produtiva, adotadas pelas companhias aéreas no pós-desregulamentação:

- Operação mais eficiente e produtiva, queda dos custos e aumento da lucratividade.
- Maior acesso ao mercado de capitais para financiar a expansão do sistema.
- Queda de preços em mercados e horários específicos, indução de nova demanda.
- Maior oferta e conveniência ao segmento *business*.

Por outro lado, algumas consequências nefastas foram também induzidas, especialmente advindas de uma maior concentração das operações (em poucas empresas e poucos aeroportos) e uma menor cobertura ao longo do território nacional.

Para ter uma idéia desse processo de aumento na concentração e queda na cobertura, pode-se recorrer à Tabela 1 a seguir. Com ela, pode-se perceber que 28% das frequências de vôo regulares domésticas estão concentradas nos dois maiores aeroportos, isto é, aqueles aqui denominados aeroportos *Top-2* em frequências de vôo: o Aeroporto de Congonhas (São Paulo), com 21% de participação nos movimentos, e o Aeroporto de Brasília, com 7% de participação nos movimentos. Adicionalmente, temos que 45% dos vôos estão concentrados nos aeroportos chamados de *Top-5*, que incluem, além dos dois maiores, também os aeroportos de Santos

Dumont e Galeão (Rio de Janeiro) e o de Guarulhos (São Paulo). Se adicionarmos os aeroportos de Salvador, Curitiba, Porto Alegre, Confins (Belo Horizonte) e Recife, teremos que esse conjunto, que forma o conjunto dos aeroportos *Top-10* em termos de frequências domésticas, compõe mais do que 60% do total de vôos no País. Isso indica, de maneira nítida, que o nível de concentração do sistema é elevado.

Tabela 1 – *Ranking* dos Aeroportos Brasileiros com Relação às Frequências Domésticas (Fonte: HOTRAN/DAC-ANAC)

<i>Rank</i>	<i>Aeroporto</i>	<i>Número de Frequências de Voo</i>	<i>Share (%)</i>	<i>Share Acumulado (%)</i>
1	Congonhas	43,982	21%	21%
2	Brasília	15,167	7%	28%
3	Santos Dumont	12,651	6%	34%
4	Galeão	12,393	6%	40%
5	Guarulhos	11,030	5%	45%
6	Salvador	8,705	4%	49%
7	Curitiba	7,938	4%	53%
8	Porto Alegre	7,846	4%	57%
9	Confins	6,858	3%	60%
10	Recife	5,977	3%	63%
	<b>Subtotal</b>	<b>132,547</b>	<b>63%</b>	
	<b>Restante do Sistema</b>	<b>78,860</b>	<b>37%,</b>	
	<b>Total Doméstico</b>	<b>211,407</b>	<b>100%</b>	

A Figura 1 mostra a evolução das participações dos grupos de aeroportos *Top-2*, *Top-5* e *Top-10*, antes e depois das últimas medidas de desregulamentação econômica da Política de Flexibilização, expedidas em

agosto de 2001. Pode-se perceber que, ao longo de todos os três grupos de aeroportos, houve incremento da participação no total de freqüências de vôos no sistema. Isso é indicativo do estímulo à concentração em *hubs* propiciado pela maior liberalização econômica do setor.

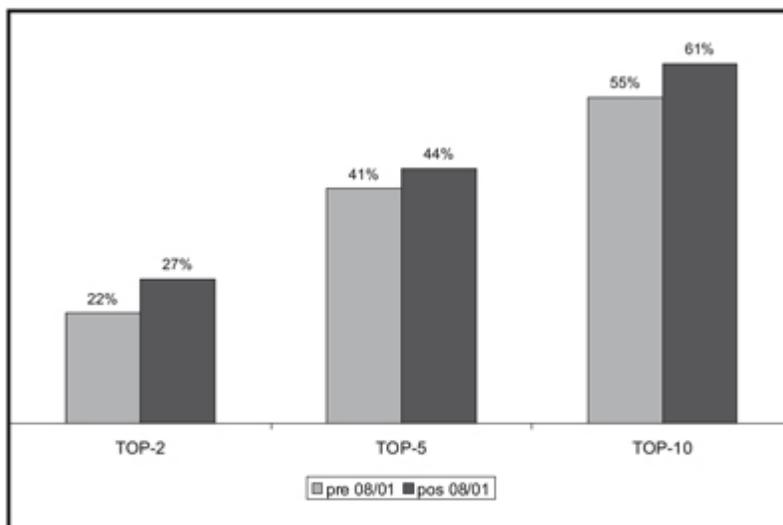


Figura 1 – Participação nas Freqüências Domésticas – Grupos de Aeroportos Brasileiros (Fonte: HOTRAN/DAC-ANAC)

As tendências de maior concentração também podem ser visualizadas por meio das Figuras 2, 3 e 4 a seguir, que mostram, mês a mês, no período de janeiro de 1999 a dezembro de 2006, a evolução da participação das freqüências nos três grupos de maiores aeroportos do Brasil.

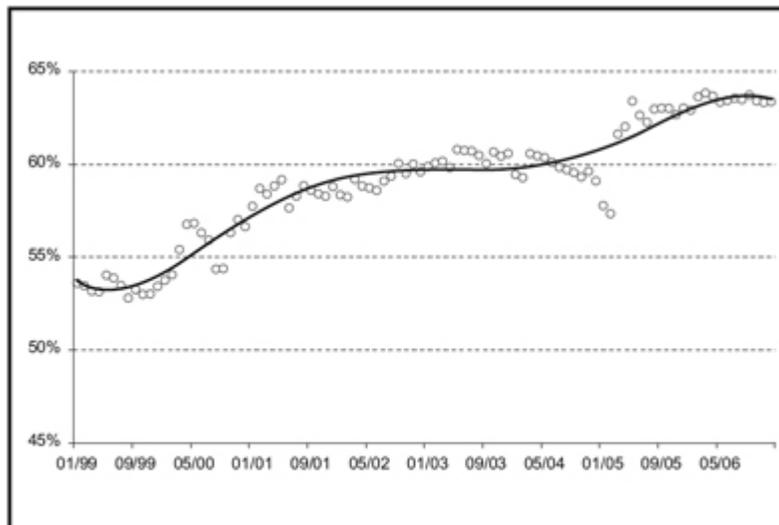


Figura 2 – Participação nas Frequências Domésticas – Grupos dos *Top-10* Maiores Aeroportos (Fonte: HOTRAN/DAC-ANAC)

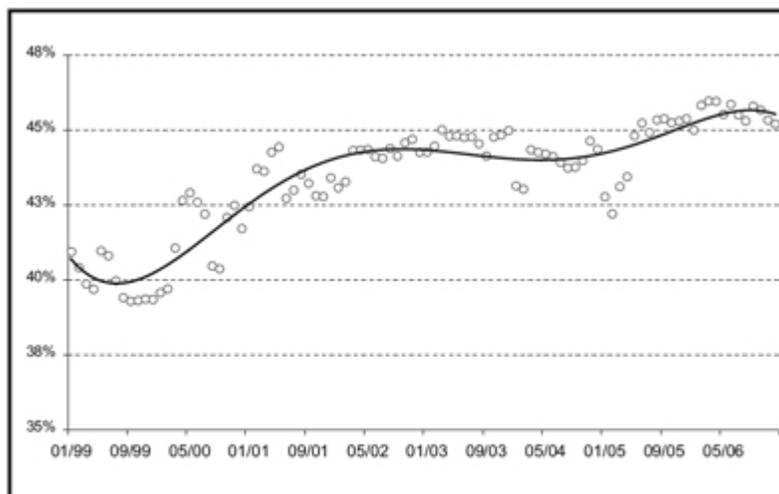


Figura 3 – Participação nas Frequências Domésticas – Grupos dos *Top-5* Maiores Aeroportos (Fonte: HOTRAN/DAC-ANAC)

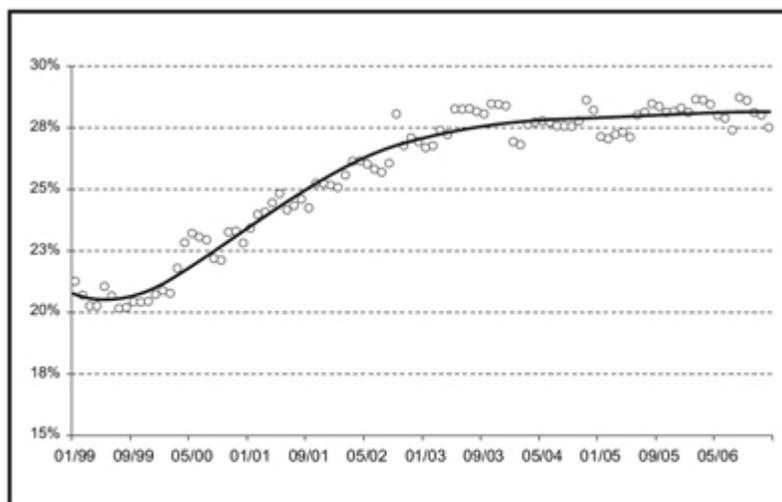


Figura 4 – Participação nas Frequências Domésticas – Grupos dos *Top-2* Maiores Aeroportos (Fonte: HOTRAN/DAC-ANAC)

O outro lado da moeda do incremento na concentração do sistema aéreo em poucos aeroportos é a queda nos indicadores de cobertura ao longo do território nacional. A Figura 5 a seguir apresenta a evolução no número de cidades atendidas pela aviação comercial regular doméstica no Brasil, de acordo com posições extraídas do HOTRAN, sistema da ANAC que se reporta às características de todos os vôos regulares do País.

Pode-se perceber que o transporte aéreo no País, que contava com uma cobertura em torno de 180 cidades em 1998, presenciou notável deterioração nesse importante indicador de universalização, hoje com menos de 140 cidades atendidas (queda de mais de 20%). Vale ressaltar que o transporte aéreo regular no Brasil, antes da década de 1970, possuía uma cobertura de mais de 300 cidades ao longo do território. Essa deterioração foi causada principalmente pela mudança tecnológica advinda com os jatos:

A introdução de aeronaves mais modernas e de maior porte contribuiu para mudanças nas redes de linhas das empresas, que passaram a priorizar aquelas rotas que viabilizassem a utilização de aeronaves desse tipo. Em conseqüência, as atividades ficaram concentradas nas cidades de maior expressão econômica (...) (GOMES *et al.*, 2002)

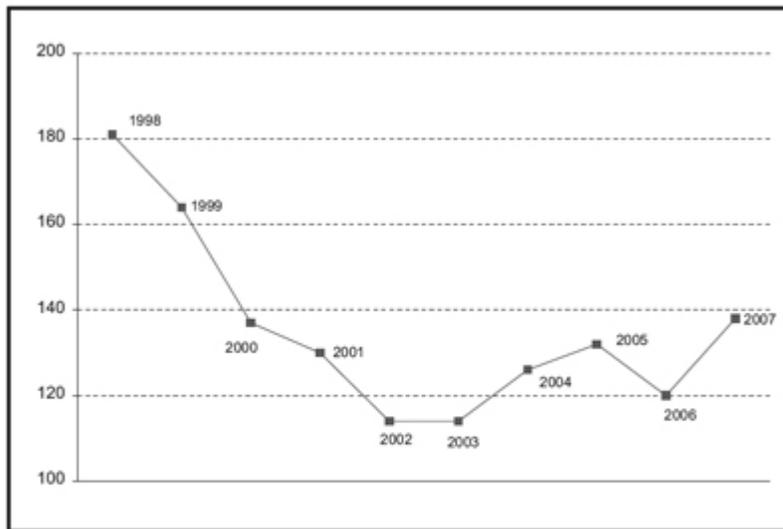


Figura 5 – Número de Aeroportos Servidos – Transporte Aéreo Regular (Fonte: HOTRAN/DAC-ANAC)

## 4.5 Considerações finais

Como conseqüência de quinze anos de medidas de liberalização econômica, implementadas pela Política de Flexibilização da Aviação Comercial, o País possui hoje um transporte aéreo mais competitivo e eficiente, mas também com operação mais concentrada em poucos aeroportos e regiões. Isso aconteceu porque as companhias aéreas, em um esforço impressionante de conquista de eficiência e de produtividade, vêm expandindo suas operações e alocando frequências de vôos em mercados específicos, sobretudo naqueles em que detêm habilidade para precificar mais alto e acima do custo marginal – ou seja, de exercer poder de mercado. E como os custos marginais incluem tarifas de infra-estruturas aeroportuária e de controle de tráfego aéreo que são invariáveis com relação às condições do próprio mercado, tem-se reforçado o efeito de maior atração de vôos. Dessa forma, é natural observar uma concentração em aeroportos centrais e em horários de pico, nos quais o poder de mercado é mais elevado – o que é reforçado por conta da invariabilidade da precificação das infra-estruturas.

Assim, desde 2001 – ano da entrada da Gol e da última rodada de desregulamentação econômica da aviação doméstica – tem havido, por parte das companhias aéreas, um movimento de concentração dos vôos regulares nos dez maiores aeroportos brasileiros em detrimento dos aeroportos de pequeno e médio portes. De fato, tem-se que a fatia de mercado dos dez principais aeroportos subiu de 55% para valores em torno dos 65%. Isso implica a deterioração da cobertura do setor ao longo do território nacional. Adicionalmente, essa deterioração vem acarretando forte vulnerabilidade do sistema aéreo a choques exógenos nos dois principais aeroportos do País, dado que um a cada quatro vôos domésticos pousa ou decola em Congonhas ou Brasília. Esses choques exógenos podem acontecer por motivos meteorológicos (chuvas, nevoeiro etc.) que impliquem o fechamento dos aeroportos ou por quaisquer incidentes ou acidentes que afetem as suas operações normais; uma vez materializados, tais choques geram um efeito em cascata por todo o sistema aéreo nacional, acarretando episódios de atrasos e cancelamentos de vôos em massa pelo País afora.

Com a maior concentração em poucos aeroportos *hubs*, há o atual congestionamento nos grandes centros, com geração de gargalos na infraestrutura aeroportuária e do espaço aéreo. A combinação de livre mercado para o setor aéreo (Política de Flexibilização) com o estrito controle e regulação das infra-estruturas relacionadas mostrou-se, assim, fortemente indutora de perdas de bem-estar econômico. Essas perdas de bem-estar econômico podem ser medidas em termos de preços mais altos e prestação de serviço mais sujeito a atrasos e cancelamentos, pelo lado do consumidor (passageiros), e de menor lucratividade e ambiente menos propício a novos investimentos, pelo lado do produtor (companhias aéreas).

Com vistas à alavancagem do crescimento econômico, na pauta das Políticas Públicas devem constar os termos “eficiência microeconômica” e “reformas regulatórias”. As autoridades responsáveis devem atuar com ênfase redobrada nos pontos em que exista atrito entre a lógica privada de racionalidade econômica de maximização de lucros por parte das operadoras aéreas e a ótica pública, de promoção do bem-estar econômico no caso de falhas do mercado, no caso do Estado regulador.

Com relação à situação do setor aéreo, é fundamental avançar na desregulamentação econômica, promovendo-se uma “flexibilização” também das infra-estruturas, precificando-as de forma a reduzir o poder de mercado das operadoras e a induzir melhor alocação das instalações escassas do setor. Paralelamente, devem-se incentivar mecanismos de fomento à aviação regional e de indução de tráfego em aeroportos subutilizados. Privatizações e parcerias público-privadas devem também estar presentes nas discussões, dado que é fundamental não apenas induzir novos investimentos, mas ainda alavancar a gestão aeroportuária, possibilitando maior agilidade nas negociações entre os representantes locais dos aeroportos e as companhias aéreas. Essas medidas têm a potencialidade de conciliar o livre mercado – e seus visíveis benefícios para o transporte aéreo, com preços em queda e demanda em alta – com metas de universalização social e territorial. Como consequência, tem-se aí uma política que minimizaria os riscos de gargalos de infra-estrutura no setor.

## REFERÊNCIAS

- BETTINI, H. **Macroeconomic, regulatory and market determinants of airline capacity setting**. Dissertação (Mestrado em Transporte Aéreo e Aeroportos) – Instituto Tecnológico de Aeronáutica, São José dos Campos, 2006.
- BETTINI, H.; OLIVEIRA, A. Investigação dos determinantes da alocação da capacidade em mercados aéreos domésticos. **Anais do V Simpósio de Transporte Aéreo (SITRAER)**, Brasília, Sociedade Brasileira de Pesquisa em Transporte Aéreo (SBTA), 2006.
- BORENSTEIN, S. Hubs and high fares: dominance and market power in the U.S. airline industry. **The RAND Journal of Economics**, v. 20, Issue 3, p. 344-365, 1989.
- BRANDER, J.; ZHANG, A. Market Conduct in the airline industry: an empirical investigation. **The RAND Journal of Economics**, v. 21, Issue 4, p. 567-583, 1999.

EVANS, W.; KESSIDES, I. Localized market power in the U.S. Airline Industry. **The Review of Economics and Statistics**, v. 75, Issue 1, p. 66-75, 1993.

GOMES, S.; LACERDA, S.; BASTOS, V.; CASTRO, M. **Aviação Regional Brasileira (Modal Aéreo IV)**. Informe Infra-Estrutura – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES 50, 2002.

LOVADINE, D.; OLIVEIRA, A. V. M. A desregulamentação da aviação civil no Brasil. *In*: SALGADO, L. H.; DA MOTTA, R. S. (Ed.). **Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: IPEA, 2005, p. 245-283.

OLIVEIRA, A. V. M. *Performance dos regulados e eficácia do regulador: uma avaliação das políticas regulatórias do transporte aéreo e dos desafios para o futuro*. **Documento de Trabalho n. 007 – Acervo Científico do Núcleo de Estudos em Competição e Regulação do Transporte Aéreo (NECTAR)**. São José dos Campos, SP, 2005. Disponível em: <[www.nectar.ita.br](http://www.nectar.ita.br)>.

OLIVEIRA, A. V. M.; FERRAZ, R. B. “Overbooking”, gerenciamento de receitas e previsão de demanda: estudo empírico das posições em sistemas de reservas de companhias aéreas. **RAC – Revista de Administração Contemporânea**, v. 12, n. 2, abr./jun. 2008.

OLIVEIRA, A. V. M.; SALGADO, L. H. Reforma regulatória e bem-estar no transporte aéreo brasileiro: e se a flexibilização dos anos 1990 não tivesse ocorrido? **Documento de Trabalho n. 013 – Acervo Científico do Núcleo de Estudos em Competição e Regulação do Transporte Aéreo (NECTAR)**. São José dos Campos, SP, 2006. Disponível em: <[www.nectar.ita.br](http://www.nectar.ita.br)>.

OUM, T. H.; ZHANG, A.; ZHANG, Y. Airline network rivalry. **The Canadian Journal of Economics**, v. 28, Issue 4a, p. 836-857, 1995.

RÖLLER, L-H.; SICKLES, R. **Capacity and Product Market Competition: measuring market power in a “puppy-dog” industry**. Discussion Paper FS IV 97-31. Wissenschaftszentrum Berlin Für Sozialforschung.

Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Nota técnica n. 29/2004/COGDC-DF/SEAE/MF**. Ministério da Fazenda, Brasília, 2004.

Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Nota informativa n. 55/2005/COGDC-DF/SEAE/MF**. Ministério da Fazenda, Brasília, 2004.

[1](#) Artigo que elenca as competências da União.

[2](#) A única exceção ao monopólio das companhias aéreas regionais nas “Linhas Aéreas Especiais” era a Ponte Aérea Rio de Janeiro–São Paulo, ligação tradicionalmente operada pelo *pool* de empresas nacionais.

[3](#) Antes era de –25% e +10% da tarifa de referência.

[4](#) Curiosamente, o texto original da lei que criou a ANAC continha dispositivos que fortaleciam o *grandfathering* e foram vetados por orientação do Ministério da Fazenda: “Art. 48. Os contratos de concessão em vigor relativos às outorgas de serviços aéreos cujos vencimentos se verificarem antes de 31 de dezembro de 2010 ficam automaticamente prorrogados até aquela data” (*vetado*). E “§ 2º Enquanto forem atendidas as exigências regulamentares de prestação de serviço adequado, ficam mantidos os eslots atribuídos às empresas concessionárias de serviços aéreos” (*vetado*).

[5](#) O texto desta Seção contou com a colaboração de Humberto Bettini. Para uma referência nacional sobre o processo de determinação da capacidade produtiva das companhias aéreas, *vide* Bettini (2006).

[6](#) Entre esses atributos destacam-se vôos com escala ou diretos, partidas em dias de semana ou em fim de semana, saída de aeroportos centrais ou periféricos, opção por voar em horário de pico ou fora de horário de pico, passagens reservadas e compradas com grande ou pequena antecipação em relação ao horário do vôo, previsão de longa ou curta permanência no destino etc. Todos esses atributos permitem que a empresa aérea pratique discriminação de preços.

[7](#) O controle de estoque de assentos (*seat-inventory control*) é parte integrante de uma ferramenta mais ampla, conhecida na indústria de transporte aéreo como *yield management*. *Vide* Oliveira e Ferraz (2008).

[8](#) Economias de escopo acontecem em um processo produtivo de uma firma, quando seu custo médio decresce na medida em que ela amplia seu portfólio de produtos.

# 5 ELEMENTOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO NOVO MARCO REGULATÓRIO NA GESTÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL: QUAL O ESPAÇO DA INICIATIVA PRIVADA?

*Vinicius Marques de Carvalho*

*Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw, doutor em Direito pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) e pela Universidade de São Paulo, chefe-de-gabinete da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.*

## **5.1** Introdução

O debate sobre um novo modelo de gestão e prestação dos serviços de saneamento básico no Brasil vem-se intensificando nos últimos anos. Grande parte do desenho institucional vigente até hoje deriva da estrutura montada pelo Plano Nacional de Saneamento (PLANASA)<sup>1</sup>. Apesar das críticas ao modelo, muitas delas pertinentes – como as relativas aos aspectos centralizadores relacionados à distribuição dos recursos financeiros e à falta de transparência e controle social –, os resultados obtidos em termos de cobertura e de acessibilidade da população às redes de infra-estrutura urbanas não são desprezíveis.

Nos últimos anos, como ocorreu em outros setores de infra-estrutura, buscou-se desenhar um sistema nacional que fornecesse os parâmetros para a participação privada nos serviços de saneamento básico. Esse novo desenho institucional teria como missão combinar o interesse público na universalização e na qualidade dos serviços com o retorno financeiro esperado pela iniciativa privada. Para isso, seria necessário garantir ao Poder Público instrumentos de regulação e controle da atividade privada.

A despeito dos apelos persuasivos de organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, a participação privada nos serviços de saneamento básico ainda encontra resistência. De fato, a onda de privatizações que atingiu os setores de telecomunicações e energia elétrica nos últimos anos passou longe do setor de saneamento básico. Com algumas importantes exceções, prevalece a prestação pública dos serviços por meio de autarquias municipais ou empresas estaduais.

Sustenta-se que a análise dos limites da participação privada na gestão dos serviços de saneamento básico não pode prescindir de uma abordagem relacionada ao ambiente institucional que envolve o setor, tendo em vista a importância do caráter intersetorial e intergovernamental que o delimita.

A importância dos serviços de saneamento básico para a saúde pública, a preservação ambiental principalmente relacionada à gestão dos recursos hídricos e a própria organização do espaço urbano, por si sós, já demonstrariam a existência de desafios impostos à consolidação de um novo arcabouço jurídico-institucional para o setor. Adicione-se, ainda, em decorrência das questões acima, a forma pela qual o saneamento básico se enquadra na órbita federativa. A Constituição de 1988 estabelece competências para os três entes federativos nesta matéria, o que estimula uma disputa sobre a titularidade para a prestação dos serviços.

Partimos do pressuposto de que, embora formalmente uma atividade não deixe de ser serviço público quando executada por empresas privadas, a forma como a política pública desenhada para gerir a atividade incorpora a participação privada é determinante para saber se, materialmente, a atividade continua um serviço público.

A análise da compatibilidade entre iniciativa privada e serviços públicos depende, de um lado, de um estudo das características do próprio serviço, em suas dimensões industriais, econômicas, sociais e institucionais, e, de outro lado, das formas jurídicas em que a participação privada pode configurar-se. O fato de o saneamento básico ser um serviço público justifica a necessidade da intervenção pública. No entanto, devem-se levar em conta as dimensões acima para se definir como intervir<sup>2</sup>.

O objetivo deste artigo é, desse modo, compreender os elementos que estruturam e conformam a gestão dos serviços de saneamento básico no Brasil, ou seja, que identificam sua dimensão institucional. Para tanto,

estudaremos: os desafios a serem enfrentados pelas políticas públicas do setor; a disciplina constitucional do serviço de saneamento básico; e a importância das relações intergovernamentais para a gestão desses serviços. Com base nessa análise, pretendemos, ao final, identificar os limites da participação privada.

## 5.2 O saneamento básico na atualidade: desafios e interfaces do setor

Certamente, a universalização dos serviços de saneamento básico é ainda o principal desafio a ser perseguido pelas políticas públicas<sup>3</sup>. Tentaremos, baseados em alguns dados sobre o setor, quantificar e qualificar essa tarefa<sup>4</sup>, examinando a sua relação com as desigualdades sociais e espaciais.

Não obstante ser o mais abrangente dentre os serviços de saneamento básico do País, a rede de distribuição de água atinge, segundo a PNSB, apenas 63,9% do número total de domicílios. Tais serviços caracterizam-se, também, por um desequilíbrio regional, visto que, enquanto na Região Sudeste é de 70,5% a proporção de domicílios atendidos, nas Regiões Norte e Nordeste o serviço alcança, respectivamente, apenas 44,3% e 52,9% dos domicílios.

Segundo a pesquisa, é importante mencionar, ainda, que, entre 1989 e 2000, o volume de água distribuída sem tratamento aumentou proporcionalmente. Do volume total de água distribuída no conjunto do País, em 1989, apenas 3,9% não era tratado. Em 2000, essa proporção quase que dobrou, passando para 7,2%.

A desigualdade entre os estratos populacionais dos municípios brasileiros se manifesta de forma mais visível examinando-se o volume *per capita* da água tratada distribuída. Os menores municípios recebem menor volume *per capita*, em todas as regiões, particularmente nas Regiões Nordeste e Norte. Nos municípios com menos de 20.000 habitantes, no Norte, a água tratada distribuída alcança somente 40 litros diários *per*

*capita* (0,04 m<sup>3</sup>). O Sudeste apresenta uma situação bem mais favorável independentemente do porte populacional.

O serviço de esgotamento sanitário é o que tem menor presença nos municípios brasileiros. No Brasil, segundo a PNSB, apenas 33,5% do número total de domicílios recenseados são atendidos por rede geral de esgoto. Os municípios que têm apenas serviço de coleta superam a proporção daqueles que coletam e tratam o esgoto (32,0% e 20,2%, respectivamente). Além disso, os resultados revelam um quadro marcante de desigualdades regionais. O atendimento chega ao seu nível mais baixo na Região Norte, onde apenas 2,4% dos domicílios são atendidos, seguidos das Regiões Nordeste (14,7%), Centro-Oeste (28,1%) e Sul (22,5%). A Região Sudeste apresenta o melhor atendimento; ainda assim, ele cobre pouco mais da metade dos domicílios da região (53,0%) e, mesmo na região do País com a maior proporção de municípios com esgoto coletado e tratado, somente um terço deles apresenta uma condição adequada de esgotamento sanitário.

Do ponto de vista econômico-financeiro, Ricardo Araújo (2003, p. 31-32) aponta uma tendência de receitas estacionárias e de custos crescentes baseada em vários aspectos, entre eles:

(i) A busca de universalização dos serviços impõe a necessidade de expansão dos sistemas de água em áreas periféricas novas, onde há a presença de usuários de baixa renda, sendo que as arrecadações tarifárias nessas áreas encontram-se, em geral, abaixo dos custos de investimento e mesmo de operação (comercial, inclusive) das prestadoras de serviços, de modo que essas expansões são fortemente subsidiadas.

(ii) Há uma perda relativa ou absoluta de clientes nas faixas mais altas de consumo, sobretudo industriais, subsidiadores dos investimentos de expansão dos sistemas para a população de renda mais baixa, como é a própria estrutura tarifária do PLANASA e as municipais também. Por conta disso, os usuários de maior porte passaram a recorrer a outras fontes de suprimento – sobretudo poços profundos – ou a equipamentos economizadores de água.

(iii) As prestadoras dos serviços de saneamento devem defrontar-se, cada vez mais, com necessidades de substituição de equipamentos e manutenção de grandes, médias e pequenas estruturas, em razão de um inexorável envelhecimento dos sistemas.

(iv) Por fim, as expansões dos sistemas dependem da busca de mananciais novos, os quais se situam em locais mais distantes. Com isso, ampliam-se os custos de investimento e operação, elevando-se o custo médio por metro cúbico de água produzido.

O quadro acima exposto sugere um desafio a qualquer proposta de reorganização do marco regulatório da gestão dos serviços de saneamento básico no Brasil; trata-se da imperiosa necessidade de universalizar os serviços.

No entanto, para assegurar a todos condições adequadas de saneamento básico, são necessárias políticas que invadam questões relacionadas às desigualdades regionais/territoriais e sociais, além de tratar especificamente a questão do esgotamento sanitário, que, sem dúvida, relaciona-se com a preservação dos recursos hídricos.

Enfim, ainda mais do que os outros serviços de infra-estrutura, o saneamento não admite excluídos. É imperioso entender que a universalização dos serviços de saneamento básico é um objetivo que não pode ser tratado, pelo menos numa sociedade periférica – em que vige um processo de urbanização espacialmente e socialmente segregador –, de maneira segmentada. A universalização exige, para sua própria eficácia social, estratégias concertadas e planejadas, até porque universalizar os serviços de saneamento significa, em primeiro lugar, garantir a todos o acesso à rede de distribuição de água e coleta de esgoto, assegurar que ninguém seja excluído do serviço em virtude da incapacidade de pagamento e, por fim, garantir o tratamento do esgoto coletado. Enquanto os dois primeiros aspectos relacionam-se diretamente com a dimensão espacial e social, o último envolve diretamente a proteção da qualidade do insumo básico desses serviços: a água.

Como pudemos observar das estatísticas da PNSB/2000, apesar dos avanços nos serviços de abastecimento de água e, em menor medida, nos serviços de esgotamento sanitário, ainda há relevante parcela da população carente desses serviços. Ao buscar qualificar essas carências, percebemos nítidas distinções entre níveis de cobertura por tipos de serviço (abastecimento de água e esgotamento sanitário), entre regiões e em função da renda das populações atendidas. A pesquisa constata que, se a

desigualdade de serviço domiciliar de rede geral de esgoto está relacionada ao tamanho da população dos municípios, os distintos estágios de desenvolvimento do País explicam as diferenças inter-regionais encontradas.

O fato é que, em relação aos serviços de saneamento básico, as distorções geradas pelo processo de urbanização intensificaram uma das maiores conseqüências desses processos de urbanização nos países de industrialização tardia como o Brasil: a reprodução e intensificação da segregação social por meio da segregação espacial. Uma das formas de mensurar esse fenômeno é analisar a distribuição dos serviços públicos essenciais entre a população.

Com efeito, há uma distribuição desigual tanto do ponto de vista regional como intra-urbano dos serviços de saneamento, que acaba por intensificar a relação entre os serviços públicos de saneamento básico e a renda da população, ou a desigual distribuição dela.

Essa dinâmica se revela nas dificuldades de financiamento dos serviços apenas pela via tarifária. Por isso a importância do debate sobre a política de subsídios. No caso brasileiro, por exemplo, o comprometimento da renda com a conta de água e esgoto representava, em 1998, 1% da renda *per capita*, enquanto em países desenvolvidos como a França e a Alemanha representava 0,65% e 0,63%, respectivamente (CAMARGO e SANTOS, 2002, p. 69). A própria ligação entre a renda da população e o acesso aos serviços demonstra a necessidade de efeitos tarifários distributivos.

Quer-se, com isso, ressaltar que todo o debate sobre o desenho institucional do setor e as questões jurídicas ligadas à participação privada nos serviços de saneamento tem como pano de fundo o fato de que qualquer estratégia de universalização tem sua efetividade condicionada à implementação consentânea de políticas públicas de desenvolvimento social, urbano e ambiental<sup>5</sup>.

### **5.3 Saneamento básico como serviço público na Constituição de 1988**

Esperamos até aqui ter delimitado os desafios impostos aos serviços de saneamento básico, bem como situado o impacto de sua realização no fenecimento das desigualdades sociais e espaciais, além, é claro, da sua importância ambiental, no que tange à preservação dos recursos hídricos e, por conseqüência, da saúde da população.

A questão a que tentaremos responder, ou ao menos aprofundar, nesse momento, refere-se a como os serviços de saneamento básico se enquadram em face da divisão que se pode realizar a partir da Constituição entre serviços econômicos e sociais. Há um duplo papel desses serviços identificados ao longo da história da sua prestação no Brasil, evidenciado até por contradições de políticas públicas, como o PLANASA, que não conseguiu resolver o “caráter ambíguo de sua inserção como empresa ou como serviço público, a justificar a ineficácia no atendimento social pela condição de empresa e, vice-versa, a ineficiência econômica pela condição de serviço essencial” (SILVA, 1996, p. 4-13).

De um lado, é serviço econômico, ou industrial-comercial. Organiza-se na forma de redes de infra-estrutura, a sua prestação envolve a cobrança de tarifas e é passível de ser concedido à iniciativa privada. Tais características os submetem às disposições contidas nas leis que regulamentam a prestação desses serviços<sup>6</sup>, segundo as exigências do art. 175 da Constituição.

De outro, o serviço de saneamento básico pode ser considerado um serviço social, na medida em que é responsável por uma dimensão essencial do direito à saúde, imprescindível para a efetivação da dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF) e para a realização dos objetivos da sociedade brasileira (art. 3º da CF).

A união entre saneamento básico e saúde pública, como se percebe, resultou, ao longo da história, no incremento substancial da penetração do Estado na sociedade e no território do País<sup>7</sup>. Esse aspecto histórico de desenvolvimento das políticas públicas foi acompanhado pela consagração da saúde como um direito.

Há, dessa forma, um paralelismo entre a tomada de consciência dos problemas de saneamento básico, a constituição da saúde como um problema coletivo e a sua transformação num direito. Essa relação nos permite enxergar o saneamento como um componente determinante do direito à saúde.

Com base nas considerações sobre essa relação é possível associar diretamente os serviços de saneamento básico aos serviços de saúde pública e considerá-los, portanto, serviços sociais. De acordo com o art. 196 da Constituição Federal:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ora, o principal efeito da prestação dos serviços de saneamento básico é exatamente a redução do risco de doença.

Tal qual salientamos, o saneamento básico se consagrou como uma manifestação da saúde como problema coletivo. Tal afirmação alia-se às disposições legais para revelar a importância da questão do ponto de vista social. O saneamento básico é reconhecido como um dos serviços que mais contribuem para a melhoria da saúde, da qualidade de vida e do meio ambiente, o que induz a necessidade de sua universalização, pressuposto essencial da realização do princípio da igualdade. Isso significa que os serviços de saneamento básico devem atender às demandas sanitárias mínimas e essenciais da população, considerando as condições e diferenças sociais dos usuários e a determinação da expansão dos serviços tendo como horizonte a satisfação de toda a população. Ao não se poderem excluir as populações de baixa renda, nem as áreas de baixa densidade populacional, esses serviços tornam-se essenciais, de interesse de todos indistintamente, cujos parâmetros não se podem medir segundo os critérios de mercado (ALVES, 1998, p. 24).

De fato, o saneamento básico e a saúde estão enredados na configuração de um sistema público de solidariedade social que, lastreado na Constituição de 1988, objetiva garantir aos cidadãos a capacidade para o seu pleno desenvolvimento e bem-estar. Trata-se, enfim, de um direito social que, como tal, possui no princípio da solidariedade seu fundamento inarredável.

Da caracterização feita acima é possível destacar algumas aplicações em termos da relação dos serviços com a sociedade que revelam, na prática, a atualidade do desafio de conciliar as lógicas econômica e social que presidem essa atividade.

Podemos salientar, inicialmente, o debate sobre as conseqüências do não-pagamento das tarifas dos serviços pelos usuários, configurando sua inadimplência. Quando se trata de um serviço de relevância social do saneamento básico, deve-se garantir que principalmente a população de baixa renda não seja de forma alguma excluída do acesso ao serviço. Em segundo lugar, é preciso que, em todos os casos, seja assegurado um nível mínimo de abastecimento de água para garantir condições adequadas de salubridade ambiental da unidade de consumo. E, por fim, no caso dos serviços de esgotamento sanitário, não há dúvida, pelas implicações relativas à saúde pública mencionadas, de que não é possível a interrupção da prestação. É claro que tais iniciativas devem estar claramente inseridas numa política pública de universalização dos serviços que pode assegurar até a gratuidade tarifária para algumas situações.

Uma segunda implicação digna de nota diz respeito à obrigação de conexão de todas as unidades de consumo à rede pública. Permitir que grandes consumidores, principalmente industriais, ou setores econômicos, não se conectem à rede pública pode significar o comprometimento de toda a estrutura tarifária, e, por decorrência, de toda a organização econômico-financeira do setor. Impediria, enfim, a realização do saneamento como um serviço ou direito social.

Mas, sem dúvida, a maior implicação de encarar o saneamento básico como um serviço social está na dimensão institucional, mais especificamente na forma como a Constituição organiza as competências relativas à gestão dos serviços sociais, exigindo, de um lado, a ação de todos os níveis de poderes públicos na sua efetivação e, de outro, uma solução gerencial que abarque todo o território nacional, incluindo as especificidades regionais.

Acreditamos que, se no começo do século XX a solidariedade estava em dar caráter nacional ao problema do saneamento, consolidá-lo como tarefa do Estado brasileiro, no começo do século XXI agrega-se a dimensão federativa. A universalização dos serviços relacionados ao saneamento

básico é um compromisso com a Nação brasileira, cuja implementação envolve todas as esferas federativas, por meio de seus mecanismos de cooperação e coordenação.

## **5.4 Saneamento básico e Federação: competências e titularidade**

A amplitude e a diversidade das situações individuais e sociais que interessam à saúde exigem o envolvimento simultâneo de vários entes públicos. De fato, a consolidação do direito à saúde comporta, além das atividades de controle e vigilância sanitárias, a prestação de serviços. Nesse tópico, com base em uma análise contextual dos critérios de distribuição de competências adotados na Constituição Federal, afirmamos a tese de que os serviços sociais – instrumentos de realização de direitos humanos – dependem do esforço conjunto de todas as esferas de poder político, revelado pela predominância de competências materiais e legislativas comuns nesse âmbito (5.4.1). Em seguida, ressaltamos a controvérsia sobre a titularidade dos serviços de saneamento básico (5.4.2). Por fim, detemo-nos sobre o impacto dessa análise sobre a gestão dos serviços ressaltando o desafio da cooperação, do planejamento e do financiamento (5.4.3).

### **5.4.1 Distribuição de competências na Constituição de 1988: competências comuns, serviços sociais e o saneamento básico**

Em primeiro lugar é preciso mencionar que os critérios e a própria repartição de competências são o retrato da Federação, conferem concretude a um modelo de organização de Estado, que no caso brasileiro é o federalismo.

Levando em conta a organização das competências num cenário de federalismo cooperativo (adotado pela Constituição de 1988), não podemos deixar de concordar com as considerações de Alaôr Caffé Alves:

Na verdade, entre nós, exatamente em razão daquele desenvolvimento altamente integrado que caracteriza a dinâmica socioeconômica contemporânea, triunfa a

concepção solidária das instâncias governamentais federativas, onde as competências comuns e concorrentes sobrelevam às exclusivas (1998, p.172).

Em segundo lugar, podemos afirmar que nenhum dos entes integrantes de uma Federação é autorizado a identificar ou promover interesses próprios sem ter em vista os interesses dos demais, sendo a cada um interdito estabelecer primazia em prol de si mesmo. Talvez o aspecto primordial seja o reconhecimento de que todos os entes integrantes da Federação são co-titulares de interesses comuns, cuja promoção se desenvolve por meio da atuação conjunta e indissociável, assegurando-se a todos eles respeito recíproco. Os entes federativos são parcelas de um todo e o conjunto desses entes federativos não é uma simples soma de partes. O todo (a Federação) é mais do que a mera soma das partes (entes federados) (JUSTEN FILHO, 2005, p. 5).

Em terceiro lugar, o critério de titularidade de competências não é uniforme e homogêneo. As competências atinentes a bens públicos são orientadas por critérios diversos daqueles que se relacionam com a discriminação de competências tributárias. A diferenciação de competências legislativas não observa critérios idênticos aos adotados para competências administrativas/materiais (JUSTEN FILHO, 2005, p. 7).

Apesar de a Constituição realizar uma diferenciação clara entre as competências materiais e legislativas, tendo em vista o objetivo do nosso estudo – compreender a dimensão federativa da gestão dos serviços de saneamento –, fixamo-nos na distinção entre competências privativas/exclusivas e comuns/concorrentes.

O que singulariza as competências comuns ou concorrentes é a organização nacional de funções de grande relevância para a sociedade como um todo, as quais, por isso mesmo, envolvem a concretização de direitos fundamentais. O rol apresentado pelo art. 23 fornece essa dimensão ao salientar as questões de natureza social (incisos II, V, VIII, IX, X e XII) e ambiental (VI, VII e XI).

Detalhemos um pouco mais cada uma das competências dos entes federativos na gestão dos serviços de saneamento básico.

#### *5.4.1.1 Competências da União*

Tratamos aqui da principal competência da União na gestão dos serviços de saneamento básico, suporte até para que ela possa exercer também sua função executiva de contribuir para a melhoria das condições de saneamento básico. Trata-se da competência para o estabelecimento das diretrizes para o setor (art. 21, XX).

A análise dessa competência é fundamental para identificar os limites da ação da União na gestão dos serviços de saneamento. E é impossível realizá-la sem nos determos sobre o que se entende por *diretrizes*.

Nota-se que, na maioria das vezes, a Constituição utiliza essa expressão para tratar de competências legislativas concorrentes, em que o papel da União se restringe ao estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º). No entanto, no caso em apreço, a Constituição insere a competência de estabelecer diretrizes entre as competências materiais. A singularidade do enquadramento das diretrizes como competência executiva está no seu maior âmbito de atuação, para além do estabelecimento de normas gerais, e demonstra o importante papel da União na gestão dos serviços de saneamento básico.

Concordando com Floriano Azevedo Marques, entendemos que as diretrizes, como não são normas gerais, não regulam o serviço de maneira meramente abstrata ou principiológica. O papel da União é estruturante, orientado para a integração das ações de saneamento, para a sua operacionalização (MARQUES NETO, 2005, p. 86).

A partir das considerações acima, as diretrizes emanadas da Constituição nada mais são do que a concretização da função planejadora da União no setor de saneamento básico. Elas estipulam os fins a serem perseguidos pelos atores que interagem na gestão dos serviços e os meios mais adequados para persegui-los. Além disso, por se tratar da organização em nível nacional de um serviço alvo de intervenções de todos os entes da Federação, as diretrizes nacionais não se podem abster de instituir critérios de repartição e compartilhamento das funções regulatórias, estimulando o relacionamento cooperativo<sup>8</sup>. Com isso, a União assume o papel de coordenadora das ações referentes à implementação da política pública no setor de saneamento básico.

Sem dúvida, há um grande limite a essa forma de atuação estatal. Trata-se da necessidade de preservar a autonomia dos entes federativos. As

diretrizes, até por terem abrangência nacional, devem estar associadas a esse interesse e a sua predominância em relação aos interesses locais ou regionais, não devendo, contudo, invadir a capacidade de se auto-administrar e organizar das demais instâncias da Federação.

#### *5.4.1.2 Competências dos estados*

Um dos temas mais polêmicos relacionados aos serviços de saneamento básico no Brasil diz respeito ao papel reservado aos Estados na gestão desses serviços.

Além da competência comum de empreender esforços para a melhoria das condições de saneamento básico, há outro fundamento constitucional que reside na competência dos estados para instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e micro-regiões com o objetivo de integrar a organização, o planejamento e a execução de funções de interesse comum (art. 25, § 3º).

A existência do fenômeno metropolitano é inquestionável. O grande dilema na verdade é estruturar um padrão de relações intergovernamentais que, num ambiente federativo, estimule a ação conjunta e não represente o sufocamento de um desses poderes. É esse o desafio que a Constituição de 1988 deixou para os empreendedores institucionais.

Não se pode negar a necessidade real de integração das funções públicas comuns e que a sua complexidade institucional exige coordenação, planejamento e articulação das políticas públicas. A própria explicitação do conceito de interesse comum metropolitano, reconhecendo-se a premência de encarar os desafios da prestação dos serviços públicos, foi um avanço, possibilitando até mesmo conferir uma dimensão territorial à gestão dos serviços. Nota-se que a Constituição de 1988 substituiu o termo “serviços de interesse comum” por “funções de interesse comum”, revelando que as regiões metropolitanas podem visar à conjugação de atividades-meio, ou seja, o planejamento, o controle, a fiscalização e o próprio financiamento, muito mais do que apenas a execução de serviços.

A Constituição de 1988 institucionalizou uma nova arena para o estabelecimento de acordo entre os vários atores que atuam no cenário metropolitano, permitindo o surgimento de formatos institucionais flexíveis, mais condizentes com as diferentes realidades regionais e que resistam à dicotomia centralização x descentralização.

Principalmente em meados dos anos 1990 passa-se a consolidar a idéia de que, embora a descentralização política possa ter sido um mecanismo importante para maior eficácia, transparência e acesso a serviços e equipamentos urbanos (especialmente para a população mais pobre), trata-se de uma solução que não pode ser generalizada, estando longe de ser uma panacéia aplicável a qualquer caso. A cristalização desse contexto, em termos de formato institucional, vem à tona com as tentativas de combinar diferentes formas de associações compulsórias, reguladas pelos três âmbitos de governo, com diversas modalidades voluntárias de cooperação metropolitana, valorizando-se a colaboração entre as três esferas de governo (AZEVEDO e GUIA, 2004, p. 104-105).

Como pressuposto da montagem desses novos mecanismos institucionais deve estar a necessidade de arrefecer as tensões entre as esferas federativas. A gestão dos serviços exige isso.

Como essa dimensão territorial comanda a dinâmica metropolitana, quando nos referimos às *funções públicas de interesse comum* na gestão dos serviços públicos não queremos aludir à organização mais direta de sua execução, no tocante ao controle e fiscalização do prestador da atividade, mas a sua regulamentação mais ampla, abarcando desde a disciplina do uso do solo e o estabelecimento de parâmetros ambientais até a formulação e implementação das políticas públicas. Há, assim, conforme cada caso, o compartilhamento de funções de planejamento, financiamento, controle e fiscalização.

#### **5.4.1.3 Competências dos municípios**

Aos municípios cabe a prestação dos serviços públicos de *interesse local*. Essa expressão substituiu o termo “peculiar interesse”, utilizado nas Constituições anteriores.

Nesse sentido entendemos que, em praticamente todos os serviços públicos, haverá uma parcela de interesse local sobre a qual o município poderá interferir. A questão é analisar, de acordo com os preceitos constitucionais, qual a extensão e profundidade dessa intervenção em cada serviço.

Tal caracterização nos leva a concluir que, no caso de serviços públicos, pode haver funções relacionadas a sua gestão em que não se identifica a predominância do interesse local, ainda mais se essas funções

representarem interesses da sociedade como um todo, como os relacionados à saúde pública ou ao meio ambiente. Nesses casos, há dimensões do planejamento, do financiamento e da regulação que devem ser compartilhadas pelos entes federados, segundo as diretrizes fixadas pela União. Podemos citar como exemplo típico dessa situação a saúde pública, em que há temas afeitos a cada uma das esferas de gestão.

O dilema se impõe quando a Constituição não define quais seriam esses serviços predominantemente locais. Nesses casos, que são a grande maioria<sup>9</sup>, a absorção de serviços pelos municípios depende de considerações históricas e geográficas.

Históricas porque a prestação de um serviço, ao longo do tempo, pelo município acaba por consolidar a sua titularidade. O problema desse método decorre de, freqüentemente, o mesmo serviço ser “historicamente” oferecido, seja pelos Estados, seja pelos Municípios, ou mesmo pela União, configurando realidades distintas e dificultando uma resposta homogênea e abstrata para a questão. Nesses casos, prevaleceria uma análise caso a caso e, portanto, indutiva. Seria a realidade da prestação que definiria a titularidade.

Geográficas porque a determinação e definição de um interesse como local pode derivar de sua circunscrição aos limites do território do município. O problema, nesse caso, está em aquilatar essa circunscrição, principalmente na hipótese dos serviços organizados em redes de infraestrutura. Nesses casos, muitas vezes, a própria organização industrial impõe que etapas essenciais da produção do insumo oferecido à população não se circunscrevam ao território municipal.

Na verdade, todo esse dilema decorre de um processo histórico de formação da Administração Pública brasileira em que prevaleceu uma sobreposição de planos e de competências, em que, muitas vezes, o surgimento de uma nova estrutura não implicava uma substituição da anterior, criando-se um emaranhado de atribuições coincidentes, limitadas apenas pelas características físicas de cada atividade.

#### 5.4.2 Competências constitucionais e os serviços de saneamento: a controvérsia da titularidade

A distribuição das competências constitucionais, aliada à evolução histórica da prestação dos serviços de saneamento básico e à realidade geográfica de sua infra-estrutura, proporcionou uma série de interpretações sobre a titularidade desses serviços.

É da natureza ambígua de tais serviços que emerge toda a confusão. De serviço econômico, o saneamento básico leva à possibilidade de ser outorgada a concessão de sua prestação à um particular que pode auferir sua renda das tarifas pagas pelos usuários, o que decorre da sua própria organização industrial na forma de redes de infra-estrutura. De serviço social, resguarda a sua relação direta com o direito à saúde, do que decorre admitir a sua pertinência à realização da dignidade da pessoa humana e torná-lo uma responsabilidade nacional, um dever do Estado brasileiro. Como nos demais serviços sociais – educação e saúde, por exemplo –, o saneamento básico seria, segundo essa premissa, um serviço de competência comum a todos os entes da Federação.

Tendo em vista essas considerações, acreditamos ser necessário distinguir as funções públicas decorrentes dessas competências compartilhadas – como serviço social que é – das relativas à titularidade dos serviços, que, sem dúvida, acabam sendo limitadas.

Titular, nesse contexto, é aquele responsável pela prestação dos serviços, até mesmo pela escolha do prestador. Porém, regulamenta, controla e fiscaliza essa prestação não apenas segundo os parâmetros estabelecidos por ele, havendo, assim, competências que não pertencem apenas ao titular dos serviços. As funções públicas de planejamento, regulação e, em alguns casos, até de execução são divididas entre os entes conforme as disposições constitucionais.

Com base no conjunto das disposições constitucionais é possível resolver o problema da titularidade dos serviços de saneamento básico a partir da diferença entre a titularidade da prestação dos serviços das outras competências relacionadas à gestão dos serviços em âmbito nacional.

Entendemos que, em face da atual configuração constitucional e dos pressupostos do federalismo brasileiro que asseguram a autonomia das esferas político-administrativas, a titularidade da prestação dos serviços de saneamento básico é municipal.

A questão se reduz à possibilidade de transferência dessa titularidade aos estados quando do estabelecimento das regiões metropolitanas. Acreditamos que essa transferência não se realiza. Da dicção do § 3º do art. 25 não é possível essa interpretação, visto que o fenômeno da regionalização enseja a necessidade de integração das funções de interesse comum – comuns aos municípios que compõem a região. A transferência da titularidade ao Estado seria incompatível com os objetivos da regionalização dos serviços, que é a integração das políticas públicas locais de desenvolvimento urbano. Ora, transferir ao Estado a competência dos serviços cujo impacto da gestão não se circunscreve ao âmbito local significaria a desintegração desses serviços, a sua fragmentação em etapas que dificultam a gestão conjunta. Ou seja, acarretaria o efeito inverso.

Vislumbra-se, por ocasião do transbordamento dos limites locais, o surgimento de uma região de prestação de serviços que exige, obriga mesmo, a articulação dos municípios envolvidos. Constatada, assim, a emergência de interesse regional, especialmene metropolitano – que, nos serviços de saneamento, pode ser identificado por diretrizes da União<sup>10</sup> –, lei complementar estadual pode tornar compulsória a associação entre os municípios por meio da criação de uma região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião. Sendo assim, respondemos à questão sobre qual o ente titular dos serviços públicos regionalizados por meio da referida lei complementar estadual da seguinte forma: a titularidade dos serviços pertence aos municípios conjuntamente, no máximo em comunhão com o respectivo Estado federado, não havendo fundamento constitucional para qualificar determinado serviço como de titularidade estadual quando sua organização não se restringir aos limites de apenas um município.

#### 5.4.3 Impacto das competências constitucionais sobre a gestão dos serviços de saneamento básico: o desafio da cooperação, do planejamento e do financiamento

Consolidamos, assim, a tese de que, em relação ao polêmico tema da distribuição de competências federativas relacionadas aos serviços de saneamento básico, na prevalência de aspectos regionais ou regiões metropolitanas, não se visualiza, na atual configuração constitucional, assento, para as teses centralizadoras, ou seja, de defesa da titularidade estadual.

Entretanto, devemos ressaltar novamente que, no caso dos serviços de saneamento básico, a atribuição de titularidade não confere tão amplos poderes de gestão. Em razão da dificuldade de enquadrá-los como serviços públicos econômicos ou sociais simplesmente, podemos afirmar que os serviços de saneamento básico são serviços de interesse local que exigem uma gestão compartilhada. Como há muitas competências comuns em jogo, a articulação entre elas no âmbito das relações intergovernamentais torna-se imprescindível.

Surge uma nova dimensão cooperativa e coordenadora coerente com os princípios constitucionais. Insere-se, assim, uma abordagem *associativista* que não se dirige apenas à execução de serviços públicos e respectivas concessões, mas também à normatização (como a disciplina regulamentar e administrativa do uso e ocupação do solo, a fixação de parâmetros, padrões etc., ou seja, a regulação), o estabelecimento de políticas públicas (diretrizes, planos, projetos, programas, bem como políticas de financiamento, operação de fundos etc.) e os controles (medidas operacionais, licenças, autorizações, fiscalização, polícia administrativa etc.) (ARAÚJO, 2003, p. 71). Para evitar que determinadas superposições ineficazes ocorram, os poderes públicos devem partilhar, mediante o exercício de funções complementares e coordenadas, a gestão dos serviços, controlando-os e fiscalizando-os em suas respectivas fases, etapas ou dimensões (local, microrregional, regional, estadual ou nacional) (ALVES, 1998, p. 31).

Nesse contexto, o grande desafio da gestão seria assegurar a cooperação entre os entes da Federação responsáveis pela gestão associada dos serviços. Estamos aqui diante do disposto no art. 241 da Constituição, *in verbis*:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada<sup>11</sup> de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

É recente na legislação brasileira a regulamentação dos chamados consórcios públicos, instrumentos destinados a viabilizar a cooperação entre os entes da Federação. Trata-se da Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005<sup>12</sup>.

O consórcio público pode ser um importante instrumento do aparato institucional de gestão dos serviços de saneamento, já que, em certo sentido, assume uma característica importante do modelo administrativo desenvolvido para as regiões metropolitanas. Trata-se da possibilidade de destacar alguns serviços, identificados como de interesse comum, discriminando também as atividades que envolvem a sua gestão como o planejamento, o financiamento, a regulação e a execução.

Os consórcios se assemelham aos Estabelecimentos Públicos de Cooperação Intercomunal (EPCIs) franceses, na medida em que aqui também a cooperação passa a assumir caráter institucional, pois acarreta o surgimento de uma entidade específica. Como não se trata apenas de uma cooperação contratual nas ações públicas, essa dimensão institucional pode ajudar na consolidação de projetos de desenvolvimento urbano conjugados, que, aliados à gestão de serviços, podem formar um conjunto homogêneo, um espaço de solidariedade para elaborar e conduzir um projeto comum de organização do território.

O consórcio público se apresenta tanto como um instrumento de concretização de estratégias de *coordenação federativa* como de *cooperação*<sup>13</sup>. No primeiro caso estamos diante das hipóteses de regionalização dos serviços previstas no art. 25, § 3º, da Constituição Federal, quando, como vimos, a gestão associada dos serviços se impõe, é compulsória. No segundo, referimo-nos à associação voluntária dos municípios em torno da gestão dos serviços.

No Brasil a regionalização pode ser vista como uma resposta à crise do modelo de gestão estritamente local, que tem, entre suas causas, a diminuição da disponibilidade dos recursos hídricos – seja em qualidade, seja em quantidade – em virtude do aumento considerável das necessidades de diferentes setores e do contato crescente com os dejetos poluentes das redes de esgotos e da indústria.

O papel da União é fundamental nesse contexto. É por meio das diretrizes dela emanadas que se vai identificar ou a exigência ou a conveniência de regionalização dos serviços de saneamento básico. Dessa

forma, além de consolidar o saneamento básico como um direito fundamental, estabelecendo o direito de acesso universal a todos os cidadãos, ela deve criar os mecanismos para que tal objetivo se realize. Acreditamos que um dos principais instrumentos para essa realização está na criação de oportunidades para a cooperação entre os entes federativos. Trata-se de tentar conformar *regiões ótimas de prestação* dos serviços. Ótimas não apenas no sentido de garantir apenas a eficiência econômica, mas, essencialmente, de assegurar a sustentabilidade territorial, social, ambiental e técnico-administrativa das políticas públicas de universalização dos serviços.

De fato, não há somente ganhos financeiros no processo de regionalização. Frequentemente, a transferência de competências para uma escala regional é acompanhada de um progresso técnico que permite melhorar a qualidade dos serviços, que devem, por sua vez, adequar-se às normas ambientais cada vez mais exigentes. Para tanto, exige-se do Estado – leia-se, no caso brasileiro, União e Estados – um poder de condução sobre a implementação da cooperação. De um lado, estimulando-a; de outro, como mencionado acima, assumindo um papel de coordenação, que pode ser traduzido na forma de um *poder de iniciativa*, pelo qual eles interferem na definição dos perímetros dos consórcios. Só com a incorporação do papel de promotor da cooperação pela União e Estados é que o processo de regionalização dos serviços no Brasil pode desenvolver-se e aprimorar-se em longo prazo.

Não se trata de uma tarefa trivial; a coordenação em escala regional das ofertas setoriais de infra-estrutura urbana e serviços a ela associados é uma meta que não foi atingida no Brasil sob nenhum dos modelos institucionais até agora tentados, ou seja, tanto sob o modelo de oferta estatal dos serviços, predominante até meados da década de 1990, como sob o regime de oferta privada regulada (SILVA, 2004, p. 365). Apesar dessas dificuldades, o aparato institucional do setor deve promover a coesão da estrutura reguladora com os contextos regionais e locais, tendo em vista até as diversidades e desigualdades regionais que imperam no Brasil. A União deve, assim, assegurar a pertinência dos sistemas locais e regionais de prestação e regulação dos serviços às diretrizes estabelecidas, com o

objetivo de garantir o caráter público dos serviços, irremediavelmente ligado ao compromisso com a universalização.

Temos, dessa forma, como diretrizes fundamentais da gestão dos serviços de saneamento básico: a sustentabilidade, ou seja, a garantia do caráter duradouro dos benefícios das ações, considerados os aspectos jurídico-institucionais, sociais, ambientais, energéticos e econômicos relevantes a elas associados; a intersetorialidade, compreendendo a integração das ações de saneamento entre si e com as demais políticas públicas, especialmente com as de saúde, meio ambiente, recursos hídricos, desenvolvimento urbano e rural, habitação e desenvolvimento regional; e a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios na melhoria das condições de salubridade ambiental.

Para tanto, as formas de atuação da União destinadas à construção dessa dimensão *ótima* de prestação e regulação dos serviços que, por sua vez, ajude no estabelecimento de um intercâmbio explícito entre os âmbitos decisórios urbano/regional e setorial, não se esgotam no estabelecimento de diretrizes nacionais; pelo contrário, as funções que, no âmbito da competência comum de melhorar as condições de saneamento básico, a União pode desenvolver são tão ou mais importantes. Identificamos que isso pode ocorrer em dois campos: o do planejamento (5.4.3.1) e o do financiamento (5.4.3.2).

#### *5.4.3.1 Planejamento e serviços de saneamento básico*

Como produto do Estado que implementa políticas públicas orientadas para fins específicos, o planejamento é um método de atuação que, se não envolve o controle de todas as variáveis, pelo menos pressupõe que, com base no conhecimento disponível, pode direcioná-las segundo uma lógica distinta da de oferta e demanda. É possível, portanto, afirmar que nos setores submetidos ao processo de planejamento se suprime, parcial ou totalmente, do mercado a função de fonte de organização das relações econômicas. Tal fato permite que o planejamento seja um método de ação pública que interfira diretamente nas formas de alocação de riqueza, concentrando-a ou desconcentrando-a.

Daí a importância do planejamento na gestão dos serviços públicos. Como ressaltamos anteriormente, os serviços públicos devem, no Brasil, assegurar a toda a população as condições mínimas de dignidade e bem-

estar. Desse modo, as políticas públicas devem assumir como principal diretriz a universalização dos serviços, o que, numa sociedade desigual em que a exclusão social se reproduz na incapacidade de acesso aos serviços, exige métodos de alocação dos recursos (técnicos, administrativos e econômicos) baseados num padrão redistributivo, ou seja, substitutivo do mercado. Enfim, exige planejamento.

No caso dos serviços de saneamento básico, o planejamento ganha ainda mais importância em razão do impacto já referido na saúde pública e na salubridade ambiental. Aqui, fala mais alto a sua condição de serviço social e, por conseqüência, a impossibilidade de impedir o acesso ao serviço de quem não possa pagar por ele. Além dessa dimensão social, o planejamento ganha importância na gestão dos serviços de saneamento básico em virtude, exatamente, de uma característica institucional do setor que poderia, à primeira vista, enfraquecê-lo. Trata-se da estrutura federativa de prestação dos serviços que impediria a coordenação e direcionamento das ações estatais, imprescindível para a efetivação do planejamento. Não se trata propriamente de um óbice, mas de um condicionamento.

É natural que, para a própria concretização do federalismo cooperativo – em que imperam as competências comuns principalmente em relação à realização dos direitos fundamentais e em que a função primordial do Estado já não é a produção do direito, mas a realização de políticas –, deva reconhecer-se à União o papel de coordenação. Essa última, se, de um lado, não pode obstruir ou assumir as competências locais e regionais, tem como principal função na dinâmica da Federação conduzir a integração das competências comuns na formulação das políticas públicas, tendo em vista o interesse de todo o País.

O contexto acima revela, ao fim e ao cabo, grande potencial para a articulação entre federalismo e planejamento. Como já ficou evidente, a atividade de planejamento deve ter como pressuposto a capacidade de diagnóstico, ou seja, conhecer a realidade do setor objeto da política pública. A essa possibilidade de identificar, qualificar e quantificar deve-se somar a capacidade de organizar e orientar as ações, públicas e privadas, em direção às metas e resultados pretendidos. E isso pode ser assegurado exatamente pela dimensão processual (RATTNER, 1979, p. 8) que o

planejamento assume no Estado federal no momento da gestão de políticas e serviços que envolvem competências comuns.

Quando nos debruçamos sobre as competências da União na gestão do setor de saneamento básico, verificamos que há elementos suficientes para que isso se comprove. Ela pode garantir tanto a existência do planejamento quanto as condições de sua realização e seus objetivos. Tudo com base na sua competência para instituir as diretrizes, que, como já referido, não se confundem com as normas gerais e podem interferir nas condições materiais de prestação dos serviços.

Até aqui nos referimos à competência privativa da União de estabelecer as diretrizes para o saneamento básico. No entanto, há ainda a competência comum a todos os entes da Federação de melhorar as condições de saneamento básico. Aqui já não se trata de somente exigir o planejamento e estipular as condições de sua realização. Trata-se da atividade mesmo de planejar. E aqui não há como a União impor o seu planejamento aos outros entes da Federação, pois há, de fato, uma limitação. Explica-se.

Podemos equiparar, no que tange ao uso do planejamento, a dimensão federativa, em que não há como a União invadir competências privativas dos Estados e Municípios, à situação do setor privado, prevista no art. 174 da Constituição. Em ambos os casos o conteúdo do planejamento é indicativo, ou seja, não determina o comportamento. Sendo assim, é plenamente possível que a União condicione o acesso aos recursos federais para o financiamento dos serviços e obras de saneamento básico à adesão a uma política pública nacional. Cumpre destacar que, nesse caso, não nos referimos às diretrizes nacionais para o setor. Estas são obrigatórias, independentemente de adesão, já que pertencem à competência privativa da União, como exaustivamente afirmado nessa tese.

O fato de ser um planejamento indicativo não impede que seja um planejamento ativo e perene. Favorece a dimensão processual e concertada que mencionamos acima. Ainda que as recomendações não sejam compulsórias, não deixam de ser normativas, consubstanciam-se num convite à adoção de certo comportamento, que, como tal, depende da colaboração de seus destinatários. As próprias recomendações ou condições muitas vezes já podem ser produto de uma mediação que envolve o consenso dos destinatários. Como as ações não são obrigatórias, sua

eficácia depende e se apóia sobre os efeitos de uma série de estímulos e restrições não jurídicos, mas de natureza psicológica, política e moral (GRAU, 1977, p.110) e, incluiríamos, econômico-financeiras.

A solução, portanto, para que haja uma política nacional de universalização dos serviços de saneamento está, a nosso ver, na consolidação, por parte da União, de estratégias de planejamento indutivo ou indicativo, utilizando como estímulo a adesão dos demais atores da Federação às políticas de financiamento.

#### *5.4.3.2 Financiamento dos serviços de saneamento básico*

Nesse contexto, as políticas voltadas para o financiamento dos serviços de saneamento básico ganham centralidade no Brasil. Não há como ser diferente numa sociedade em que parte significativa da população ou não tem acesso às redes de distribuição de água e coleta de esgoto ou não consegue pagar pelos serviços.

Devemos, assim, fazer eco às considerações de Alaôr Caffé Alves sobre o financiamento dos serviços de saneamento:

Deve-se obedecer, na medida do possível, ao princípio da justiça social distributiva, pelo qual o saneamento supriria o próprio saneamento, num processo de autoprodução e autoprovisamento (...) Por isso, as tarifas passam a ser instrumentos de gestão dos serviços de saneamento básico, limitadas pelo poder aquisitivo da população universalmente considerada. (...) A política tarifária, neste caso, não pode considerar o Estado de maneira uniforme, impondo uma tarifa única para todo o seu território (1998, p. 41-42).

Em razão das circunstâncias de nossa estrutura federativa – em que a descentralização de poder e competências não correspondeu à descentralização de recursos financeiros – à União é reservado um papel essencial na consolidação de uma política nacional de financiamento que possibilite a concretização da universalização dos serviços em bases distributivas. Para tanto, no planejamento de suas ações, ela dispõe de alguns instrumentos:

(i) A União pode, por meio da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), executar diretamente obras voltadas para assegurar o acesso da população aos serviços, utilizando, para tanto, recursos orçamentários. Esse tipo de ação pode destinar-se, principalmente, a resolver o problema de falta de saneamento básico nas áreas rurais.

(ii) Direcionar recursos onerosos de fundos sob sua gestão como o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), para financiar as ações nos âmbitos locais e regionais. Aqui a União pode exigir o cumprimento de determinados requisitos pelos tomadores dos empréstimos que, por sua vez, poderiam ser realizados com juros abaixo dos níveis praticados pelas instituições financeiras. Os requisitos envolveriam, por exemplo, a existência de uma política local ou regional de universalização, o cumprimento de critérios de salubridade ambiental, de transparência das ações públicas, entre outros.

(iii) Já no âmbito das diretrizes para o setor, a União poderia estimular a consolidação de políticas tarifárias que criassem estruturas estratificadas de tarifas voltadas para gerar efeitos distributivos entre grandes e pequenos usuários – incentivando até mesmo a economia de uso da água – ou, ainda, entre os usuários de maior e menor renda.

Sobre esse último item é possível tecer algumas considerações. Mesmo em países com níveis de desigualdade social e regional reduzidos, até não terem atingido a universalização dos serviços, a participação do Estado nacional no financiamento dos serviços foi intensa, inclusive por meio de mecanismos que poderiam ser aproveitados no Brasil, como no caso francês, com a formação de um fundo nacional com os recursos advindos da cobrança do uso da água pelos comitês e agências de bacia. Tais recursos foram muito utilizados para fazer da política nacional de gestão dos recursos hídricos um instrumento para garantir, com base no princípio do poluidor-pagador, a universalização do tratamento dos esgotos.

Entendemos que, também no caso brasileiro, a instituição da cobrança do uso da água pode ser um mecanismo decisivo para financiar uma política nacional de universalização dos serviços de saneamento básico, direcionada, prioritariamente, para a preservação dos rios e mananciais por meio do tratamento de todo o esgoto coletado. Os dispositivos normativos que permitem e regulamentam essa estratégia já existem, como já salientado

neste estudo. Tratar-se-ia, no caso em tela, de estabelecer um subsídio cruzado externo. Cruzado porque decorrente da própria prestação dos serviços e externo porque seria gerido pelos comitês de bacia, de modo que os recursos auferidos seriam aplicados em toda a circunscrição da bacia hidrográfica e não necessariamente na região de prestação do serviço onde foi recolhido. Com isso seria promovida uma intersecção entre a região de prestação do serviço e uma região de desenvolvimento.

Essa expansão do alcance dos subsídios, além de extravasar o território de prestação, extravasa a dimensão setorial, pois, na medida em que a política de subsídios é conduzida no âmbito da gestão integrada dos recursos hídricos, é possível que o financiamento das obras de tratamento de esgoto ocorram a partir de recursos advindos de outros usos da água.

As políticas de subsídios acabam por reforçar o papel do planejamento. A eficácia social dessas políticas está condicionada à capacidade de conhecimento do setor em todo o País, por isso a necessidade de um processo de planejamento constante e articulado no âmbito da Federação. Ele é condição essencial para que os subsídios não se transformem em instrumentos de suporte da gestão administrativa das empresas prestadoras do serviço, como salientamos acima. Ademais, só um processo de planejamento arejado pela participação dos envolvidos pode vincular, de fato, a regulação e a prestação dos serviços. Enfim, os subsídios só poderão ser potencializados se houver condições de avaliação dos serviços e de todas as ações ligadas a políticas públicas que venham a interferir na sua gestão.

## **5.5 Limites e desafios à participação privada na prestação dos serviços de saneamento básico**

Todas as dimensões da gestão dos serviços de saneamento básico apontadas acima em alguma medida impõem uma série de restrições à participação privada nesse setor (5.5.1). Esse contexto reforça a necessidade de a participação privada estruturar-se em torno de um instrumento de intervenção institucional do Estado. Tentamos discutir como pode configurar-se essa intervenção (5.5.2).

### 5.5.1 Limites à participação privada: integração intersetorial, intergovernamental e a universalização dos serviços

Até esse momento, esperamos ter sedimentado a tese de que a política pública para os serviços de saneamento básico deve ter como pressuposto que a universalização – em suas dimensões quantitativas e qualitativas – depende de mecanismos de sustentabilidade ambiental, territorial e social e que, por sua vez, no contexto institucional brasileiro, isso só se realiza com a integração intersetorial (5.5.1.1) e intergovernamental (5.5.1.2).

Essas integrações têm dificuldade de se desenvolver num ambiente em que prevalece a prestação privada, em especial quando se tem no horizonte a universalização dos serviços (5.5.1.3).

#### *5.5.1.1 Integração intersetorial: a gestão de recursos hídricos*

A criação de interfaces entre a gestão dos serviços de saneamento básico e o Sistema Nacional de Gestão de Recursos Hídricos tem como fundamento a inserção da lógica ambiental na prestação dos serviços. Trata-se de um caminho para contrabalançar a gestão da oferta pela chamada gestão da demanda. Em termos claros, isso representa introduzir, do lado dos serviços de saneamento, maior preocupação com preservação da qualidade e da quantidade dos recursos hídricos, ou seja, com o tratamento dos esgotos coletados e com a economia do uso da água, respectivamente. Há, dessa forma, maior preocupação com o ciclo hidrológico, tendo em vista que o tratamento dos esgotos diminui a degradação da água que será novamente coletada para abastecer a população. Do lado da gestão dos recursos hídricos, significa a sua participação no financiamento dos serviços de saneamento, notadamente no tratamento de esgotos, com a articulação de ações no âmbito dos comitês de bacias voltadas para a universalização dos serviços de saneamento e com a implementação de instrumentos de controle de *performance* dos serviços.

Essa integração faz sentido porque não é aconselhável relegar o controle da demanda ao prestador direto dos serviços, ainda mais se ele for privado, já que impera a lógica mais imediatista de quem vê na cobrança de tarifas proporcionais ao consumo sua fonte de receitas ou de lucro. A visão de sustentabilidade temporal certamente não é compatível com a exploração

meramente econômica e, muito menos, com a gestão setorializada dos serviços.

Essa intersecção, na prática, significa a introdução de novas instâncias de planejamento, controle e fiscalização que invadem o âmbito da relação direta entre titular e prestador e que, no fundo, têm por objetivo a universalização dos serviços. É esse extravasamento da regulação contratual que acaba por se apresentar como um limite à participação privada. É muito difícil imaginar que as empresas possam incorporar essa dimensão ambiental e, principalmente, sujeitem-se à regulação e ao planejamento de outras instâncias (SILVA, 2002, p.111).

Se a participação privada for adotada como solução primordial para assegurar o financiamento da universalização dos serviços de saneamento no Brasil e se isso se der por meio da dimensão contratual de regulação – ou seja, dos contratos de concessão – corre-se o risco de não se viabilizar a sustentabilidade ambiental dos serviços. A participação privada deve ser ordenada num ambiente institucional de longo prazo, em que sua lucratividade não dependa apenas do aumento do consumo de quem já está conectado à rede de abastecimento.

#### *5.5.1.2 Integração intergovernamental: a sustentabilidade territorial*

Como vimos da análise acima, garantir a sustentabilidade territorial dos serviços de saneamento básico é um requisito essencial à sua universalização, já que ela envolve o equacionamento de questões ligadas à expressão espacial – urbana ou regional – das desigualdades sociais, além ser uma consequência das próprias características do serviço. Encadeando o argumento, podemos afirmar que o produto dessa relação entre universalização e território significa a interação entre as diversas órbitas político-administrativas que compõem a Federação brasileira.

Há muitas intervenções malsucedidas, demonstrando que a provisão de infra-estrutura urbana nas áreas mais pobres é tarefa complexa, exigindo ação integrada do Poder Público. É aí que salta aos olhos a precariedade de um modelo de gestão do saneamento básico que se aparte do poder local responsável pela gestão do espaço urbano. Essa separação praticamente inviabiliza as intervenções integradas de urbanização nas áreas onde mora a população pobre, que fica condenada ao estigma da inviabilidade técnica de atendimento pelas concessionárias (REZENDE e HELLER, 2002, p. 21).

Da identidade – universalização, sustentabilidade territorial, ação conjunta no âmbito da Federação – podemos extrair alguns condicionamentos à participação privada.

Uma ênfase acentuada na prestação privada leva a uma fragmentação da oferta de serviços outrora integrados em sistemas mais abrangentes, que garantem a viabilidade econômica dos sistemas menores e o acesso da população de baixa renda mediante subsídio cruzado e tarifação progressiva ou social. Haveria, portanto, um risco de *dumping* social associado ao interesse exclusivo do capital privado pelas regiões mais rentáveis (*cherry picking*), deixando aos governos o ônus de arcarem sozinhos com o atendimento das áreas e populações mais pobres (REZENDE e HELLER, 2002, p. 78-79).

A própria dificuldade de definir a titularidade dos serviços no atual quadro federativo é prova da limitação que a integração territorial impõe à participação privada, ao menos na forma contratual. Aceitando a titularidade municipal, ora se considera que a descentralização excessiva da prestação dos serviços seria um entrave, ora que seria um estímulo à privatização.

No primeiro caso, as características do setor seriam um óbice às tentativas de natureza legal que visavam a agregar mercados para permitir – especificamente em regiões metropolitanas e aglomerados urbanos semelhantes – a exploração dos serviços em regime econômica e financeiramente viável (ARAÚJO, 2003, p. 3)<sup>14</sup>.

De fato, a concessão dos serviços de água e esgotos tem enfrentado dificuldades institucionais. Como aponta Marcelo Vargas, conforme a tradição jurídica e administrativa consagrada no País desde a República Velha, que passou incólume pela ditadura militar, os serviços de saneamento são vistos como de competência municipal, de modo que apenas os poderes públicos municipais teriam o poder de decidir por sua concessão a empresas privadas ou paraestatais. Essa limitação de ordem jurídico-legal tem dificultado as tentativas de privatização de algumas empresas estaduais de saneamento básico que se viram impedidas de transferir a concessão dos serviços locais que gerenciam a seus eventuais compradores sem o consentimento formal dos respectivos municípios (VARGAS, 2005, p. 72).

De acordo com esse raciocínio, a coincidência entre a titularidade e a prestação dos serviços no âmbito regional mais amplo – no caso, os estados – seria o ambiente ideal para a concessão dos serviços do ponto de vista da viabilidade econômica (ganhos de escala e escopo). O problema é que essa alternativa não possui amparo na Constituição Federal. Como podemos notar, no máximo seria possível afirmar a titularidade comum, na presença de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. Desse modo, a regionalização, não significando avocação de titularidade exclusiva para os estados, é muito mais um empecilho do que um estímulo à concessão dos serviços.

Não é à toa que a maioria das reformas regulatórias na América Latina que priorizaram a privatização dos serviços trazia em seu bojo a descentralização política, facilitando o acesso das empresas privadas a mercados mais rentáveis, devidamente delimitados.

Desse modo, o maior risco para a sustentabilidade territorial dos serviços está tanto numa centralização da titularidade nos estados como numa consideração estrita de titularidade municipal que renegue a importância da cooperação e, principalmente, da coordenação federativa, impedindo os processos de regionalização necessários para promover a integração entre as regiões de serviço e de desenvolvimento.

Sem dúvida, no Brasil, um movimento de incentivo às concessões privadas seguiria a trilha da auto-sustentação, já que teria como pressuposto aliviar o Estado das funções de financiamento. No entanto, no caso de setores como o de saneamento básico, em que a participação do Estado no financiamento continua essencial, a participação privada acaba aproximando-se muito mais das outorgas de privilégios do século XIX do que de qualquer projeto de modernização. De fato, o aumento da participação privada em regimes de concessão plena pode, além de não gerar um alívio para os cofres públicos, aumentar a demanda por investimentos públicos na medida em que, como é inviável a estruturação de um sistema de equilíbrio financeiro em nível nacional, com a iniciativa privada ficarão os serviços nas localidades passíveis de gerar lucro e com o Poder Público as localidades deficitárias.

A necessidade de integração territorial, na medida em que tem como fundamento a inclusão social, é um limite à possibilidade de concessões

privadas em áreas delimitadas apenas pela sua rentabilidade econômica. Além disso, como a análise das competências federativas demonstra, a regionalização dos serviços envolve o compartilhamento de uma série de competências entre os Municípios, os Estados e a União que, por sua vez, exige um processo de planejamento constante.

Nesse contexto, o prestador privado dos serviços não deveria submeter-se apenas à regulação do contrato de concessão, mas à atividade planejadora e reguladora de esferas mais amplas, o que dificilmente é possível por meio de uma coordenação meramente contratual da relação público-privado. A solução seria a implementação de um aparato jurídico-institucional que viabilizasse a participação privada sem comprometer a efetividade da coordenação territorial dos serviços.

### *5.5.1.3 O desafio da universalização: a sustentabilidade social*

Todas as questões referidas acima convergem para o problema de assegurar a universalização dos serviços de saneamento básico. Ela exige o equacionamento das dimensões territoriais, ambientais e interage com o fato de os serviços terem grandes impactos na qualidade de vida da população, especialmente na saúde, configurando-se como um direito.

É evidente que, quando se trata da realização de um direito por meio de um serviço público, não é impertinente o debate sobre a viabilidade e a conveniência da participação privada – leia-se, do mercado – na sua implementação. Mas antes de enunciar um juízo definitivo, seria importante dar um passo atrás e nos perguntar qual o sentido de incentivar a participação privada na gestão de serviços públicos que devem ser universalizados. A resposta nos parece imediata: buscar a sua cooperação no financiamento desse processo de universalização. Embora possa parecer óbvio, muitas vezes se esquece de verificar, primeiro, a capacidade de a iniciativa privada realizar esse esforço e, segundo, a que custo social, ambiental e econômico.

Algumas pistas podemos retirar da experiência internacional. Nos países desenvolvidos a universalização desses serviços foi alcançada com uma participação muito expressiva do Estado. Mesmo no caso da França, onde prevalece grande participação privada, o Estado foi decisivo. E é ainda hoje, na medida em que contribui para o aperfeiçoamento institucional. A compreensão dessa diferença de contextos, portanto, parece-nos

fundamental para o equacionamento de uma política voltada para a universalização. Como já anotamos, a análise das relações entre tarifas, custos e níveis de provisão dos serviços mostra que esta atividade é ainda bastante subsidiada em nível mundial. Os usuários dos serviços de saneamento recebem tanto *subsídios governamentais*, por pagarem tarifas que não cobrem os custos econômicos diretos e indiretos dos serviços, como *subsídios ambientais*, em função de as tarifas não incorporarem os custos ambientais reais derivados do uso da água (CAMARGO e SANTOS, 2002, p. 64).

A importância do financiamento da universalização é grande porque, no caso de sociedades como a brasileira, grande parcela da população não suporta arcar com os custos totais dos investimentos necessários para universalizar os serviços por meio do pagamento de tarifas. Os baixos níveis de renda da população e a desigualdade social tendem a limitar as possibilidades de repasse integral dos custos de coleta e tratamento dos efluentes para as tarifas de saneamento.

Há que ter em mente, portanto, que a inclusão da participação privada no projeto de universalização dos serviços de saneamento básico deve contar com contrapartidas privadas em termos de investimentos. O desenho institucional dessa participação deve ser capaz de estimular de fato esse investimento.

### 5.5.2 Alternativa para participação privada na gestão dos serviços de saneamento básico: a sociedade de economia mista

Podemos sustentar, após as considerações feitas acima, que a participação da iniciativa privada na gestão dos serviços de saneamento básico no Brasil deve inserir-se numa estrutura institucional de intervenção estatal.

Enfim, todas as limitações à participação privada apresentadas neste artigo confluem para uma atuação direta do Estado na gestão dos serviços de saneamento básico, de modo que o desenho jurídico-institucional, voltado para integrar a iniciativa privada, deve ser capaz de compatibilizar o investimento privado com os imperativos do planejamento, da articulação federativa e da sustentabilidade social dos serviços.

Duas hipóteses surgem como alternativas para assegurar a participação privada na gestão dos serviços de saneamento básico de forma compatível

com a atuação institucional do Estado.

A primeira reside na delimitação de empreendimentos voltados para a consolidação dos sistemas físicos, como unidades de produção e tratamento da água, bacias coletoras e estações de tratamento de esgotos. Nesses casos, poderia ser utilizada a modalidade de concessão administrativa prevista na lei de parcerias público-privadas (Lei n. 11.079, de 30-12-2004)<sup>15</sup>. Seriam celebrados contratos vinculados especificamente à construção e exploração temporária (no prazo necessário para o ressarcimento dos investimentos) dessas unidades, sendo que a empresa não seria responsável pela execução da política tarifária, sua relação seria direta com o poder concedente e, acima de tudo, a definição da sua atuação já estaria subordinada à política pública de universalização dos serviços. Ou seja, a definição sobre a alocação dos recursos gerados pela atividade continuaria pública.

A segunda hipótese de participação privada estaria sediada na superação da chamada *governança bilateral* em nome de uma intervenção institucional do Estado baseada na *governança unificada*, na forma descrita abaixo.

A Sociedade de Economia Mista (SEM) é, por excelência, o instrumento institucional de intervenção do Estado. Seria necessário um novo trabalho para analisarmos em que medida esse instrumento institucional pode ser mais adequado como técnica de economia mista do que as relações contratuais de concessão do serviço público no caso do saneamento básico. Não é nosso objetivo esgotar o tema da SEM como técnica de intervenção estatal. Apenas alguns apontamentos serão anunciados, como estímulo até, para futuras reflexões.

O primeiro deles está associado à capacidade, já comprovada ao longo da história, de a SEM constituir instrumento para congregar esforços na implementação de políticas setoriais imbuídas de superar condições de subdesenvolvimento.

Foi exatamente esse o papel que, em muitas situações, as SEMs exerceram ao longo do século XX, principalmente em países da periferia do capitalismo. Nos serviços de saneamento básico no Brasil elas tiveram uma importância fundamental na consolidação de uma política pública nacional no período de vigência do PLANASA e, apesar dos diversos problemas desse modelo, foram promovidos avanços na gestão desses serviços.

E aqui encontramos uma segunda vantagem da utilização desse instrumento institucional. Há uma experiência consolidada no Brasil de gestão dos serviços de saneamento básico por meio dessa estrutura que não pode ser simplesmente descartada.

A SEM ainda pode constituir uma peça relevante na implementação das políticas públicas de saneamento básico, desde que, é claro, sejam superados alguns problemas com raízes no “pecado original” dessas empresas, que foi o seu desenvolvimento num ambiente de autoritarismo político. Como vimos, no atual contexto federativo, a centralização territorial (regionalização) não deve significar centralização política. Ou seja, não se podem alijar os municípios da gestão dos serviços. Além disso, deve-se também avançar na integração intersetorial, transformando as preocupações com a gestão da demanda, com a dimensão ambiental, em política da empresa.

Esses problemas podem ser superados por uma nova dinâmica das relações intergovernamentais que emergem da Constituição de 1988 e têm reflexos intensos na gestão dos serviços de saneamento básico, em que convergem e se complementam competências dos três entes da Federação, como vimos acima. Essa dinâmica pode consolidar-se no âmbito das empresas com a participação dos municípios como acionistas das empresas de saneamento estaduais, tal qual já acontece no caso de Belo Horizonte<sup>16</sup>.

Há um segundo problema que também tem raízes históricas na conformação das empresas estatais no Brasil, para o qual a participação do capital privado pode configurar-se como parte da solução. Trata-se da utilização das SEMs como instrumento de políticas alheias ou até contrárias à preservação da política pública executada por ela. No Brasil isso ocorreu quando foram subordinadas aos objetivos macroeconômicos de combate à inflação.

Não foi a exacerbação dos objetivos públicos e socializantes das políticas públicas setoriais que levou à crise dos grandes sistemas setoriais nacionais baseados em estruturas empresariais. A crise só foi possível em virtude da vitória dos imperativos macroeconômicos sobre os objetivos das empresas enquanto gestoras de uma política pública. A imposição de um interesse externo ao da própria empresa que colidia com a sua sustentabilidade econômica acabou reduzindo ao máximo o seu caráter de

técnica de economia mista. Uma participação mais intensa do capital privado poderia ter impedido, em nome da sustentabilidade econômica da empresa, o fracasso da política pública.

A partir dessas considerações baseadas na experiência histórica brasileira, podemos afirmar que a presença da iniciativa privada na gestão dos serviços de saneamento básico por meio da participação acionária nas SEMs pode – além de estimular a busca de eficiência econômica e administrativa e servir como forma de atrair investimentos para o setor – impedir a instrumentalização da gestão dos serviços por outras políticas ou interesses.

Essa participação poderia ocorrer ou por meio da venda de ações da empresa no mercado de capitais, pulverizando parte do capital da empresa entre vários agentes, ou pela escolha de um *sócio estratégico*, que tomaria parte na própria administração da empresa.

Mas, para que essas soluções sejam factíveis (principalmente a segunda), é necessário estabelecer uma nova equação entre instituição e contrato no seio das SEMs. Trata-se de buscar uma forma de impedir que o conflito latente entre o interesse público e o privado não macule ou paralise a gestão da sociedade. Para tanto é necessário deslocar o fundamento da constituição da sociedade da idéia de convergência de interesses. Calixto Salomão Filho propõe esse deslocamento ao sugerir a aplicação da teoria do contrato-organização como forma de identificar o interesse social nas sociedades anônimas (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 13-42).

Essa teoria seria uma forma renovada de institucionalismo, mais integrativa, que procuraria integrar os interesses dos sócios com os da sociedade, a partir da identificação desse último com a organização mais eficiente do feixe de contratos que compõem a atividade da empresa. Essa concepção visa a superar a dicotomia entre o contratualismo e o institucionalismo como fundamento do interesse da sociedade comercial.

Se, de um lado, não é possível conceber a SEM com fundamento em uma concepção de interesse social que não seja institucionalista, de outro, como pudemos observar da realidade brasileira, o institucionalismo nas SEMs exacerbou-se. Não nos referimos apenas à preponderância de interesses externos que condicionam a vida da sociedade, mas ao fato de esses interesses colidirem com o objetivo de preservação da empresa.

Parece-nos óbvio que se uma SEM é instituição concebida para gestão de um serviço público, nada mais relevante do que identificar o interesse social com a preservação da empresa e, portanto, do próprio serviço público.

Enxergando a SEM como um contrato-organização, seria possível articular os interesses públicos e privados na gestão da empresa a partir de uma forma diversa de enfrentar o problema do conflito de interesses. Como Calixto Salomão explica essa construção teórica baseia-se na diferença entre *contratos associativos* e *contratos de permuta*. O núcleo dos contratos associativos está na organização criada, enquanto nos contratos de permuta o ponto fundamental é atribuição de direitos subjetivos. Adotada a teoria do contrato-organização, é no valor da organização, e não mais na coincidência de interesses de uma pluralidade de partes ou em um interesse específico à autopreservação, que se passa a identificar o elemento diferencial do contrato social. O objetivo da compreensão da sociedade como organização é exatamente o melhor ordenamento dos interesses nela envolvidos (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 33).

Há grande impacto dessa concepção sobre o problema do conflito de interesses. Tem-se como pressuposto um sistema mais integracionista, em que há cooperação na consecução do interesse social. Não é o interesse comum que gera a cooperação, mas a existência da própria organização que, por si só, deve ser capaz de estabelecer um ambiente de confiança mútua que supere a análise simplesmente utilitarista e permita enfrentar a incerteza quanto ao futuro, superando a incerteza com relação ao parceiro. Nesse contexto, a sociedade já não é pensada como uma relação entre indivíduos atomizados maximizadores de seus próprios interesses. Ela se vincula, desde o instante de consolidação de sua estrutura operacional, aos instrumentos concretos de efetivação de sua missão institucional.

Segundo a perspectiva do contrato-organização, o conflito de interesses se resolve por meio de uma solução orgânica ou estrutural, que se configura na

tentativa de resolver nos órgãos societários o problema de conflito, seja através da incorporação no órgão de todos os agentes que têm interesse ou sofrem as conseqüências, ou através da criação de órgãos independentes, não passíveis de ser influenciados pelos interesses conflitantes (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 345).

Esse passo ainda não foi dado pela legislação brasileira, e no senso comum ainda impera a impossibilidade de compatibilizar interesse público e privado numa estrutura empresarial. Acaba preponderando, e isso se verifica na prática, a concepção de que as SEMs são empresas públicas simplesmente. Ainda que sem nos aprofundarmos no tema, cremos ser possível fomentar esse arranjo institucional como forma de participação privada na gestão dos serviços públicos em geral e de saneamento básico em particular.

## **5.6 Considerações finais**

Analisamos neste artigo os elementos que conformam a dimensão institucional da gestão dos serviços de saneamento básico no Brasil e que devem nortear as políticas públicas no setor. Dividindo-se nos aspectos intersetoriais, intergovernamentais e sociais, essa dimensão também oferece caminhos para a identificação de limites à participação privada. Além de a imprescindível integração entre esses aspectos obrigar a revalorização do planejamento estatal, cuja capacidade interventiva sobre a iniciativa privada é limitada, a importância social dos serviços exige que as tarifas cobradas não reflitam apenas a lógica econômica de sustentabilidade financeira. A submissão linear a essa lógica implicaria abandonar os pressupostos de solidariedade social, na medida em que dificulta a universalização dos serviços. Tudo isso reforça a necessidade da intervenção institucional em detrimento da meramente regulamentar. Com essa conclusão, entendemos pertinente retomar a discussão sobre o papel das sociedades de economia mista na gestão desses serviços.

É preciso ressaltar que nenhuma dessas questões, isoladamente consideradas, seria suficiente para justificar a defesa de uma menor participação do setor privado na gestão do saneamento básico. É o conjunto delas, permeado pelas experiências históricas analisadas, que permite formular tal juízo ao final do trabalho. Em tese, é possível conceber um contrato de concessão conciliável com uma política de universalização

desses serviços que preveja até a existência de subsídios cruzados. Entretanto, ao longo do artigo, suscitamos elementos que nos permitem desconfiar da viabilidade prática dessa alternativa, entre eles: a importância que adquire o planejamento num ambiente institucional com a participação de três esferas governamentais; e a confluência de diversas estratégias de financiamento.

Se pudéssemos resumir, numa única frase, o dilema da participação privada, ou melhor, o reconhecimento da sua fragilidade, nos serviços de saneamento básico, diríamos que: se estruturada como estratégia central da política pública, ela inviabiliza uma solução integrada e nacional para a universalização dos serviços no Brasil.

Como a distinção entre atividade econômica e serviço público não reside na “natureza das coisas”, mas sim no modo como se consideram as necessidades coletivas a serem satisfeitas em determinadas conjunturas históricas, o substrato material dos serviços públicos se configura com as políticas públicas e seus respectivos regimes jurídicos. Estes são os responsáveis por criar as condições institucionais que retirem as atividades consideradas serviços públicos da esfera da integração por meio da troca, inserindo-as na esfera da redistribuição.

Desse contexto deriva a importância do direito como técnica de construção institucional. Ajudando a delimitar a intervenção institucional ou regulamentar do Estado para cada caso, o direito contribui para a implementação de políticas públicas de gestão dos serviços e para fazer com que a conformidade aos preceitos constitucionais dependa essencialmente das regras e instituições que organizam os serviços e não das intenções de quem os conduz.

Por fim, resta ainda uma reflexão. Ao contrário do que parece, após as reformas regulatórias e privatizantes dos anos 1990, o debate sobre a relação entre serviços públicos, política pública e bem-estar social está mais aceso do que nunca. É, porém, necessário que o pensamento jurídico ajude a inverter os termos da equação: o que está em jogo não é a possibilidade de haver competição nos serviços públicos (atividades destinadas a constituir estruturas concentradoras de poder econômico), mas sim a capacidade de as missões dos serviços públicos sobreviverem à lógica de mercado. Esta, aliás, não necessariamente implica um ambiente concorrencial, mas,

certamente, significa exclusão no acesso aos serviços. Enquanto, em muitas situações, como a do saneamento básico, houver motivos para achar que essa lógica impede a universalização de serviços essenciais para a coletividade, serão bem-vindas as intervenções estatais e as políticas públicas que levem os serviços públicos a reduzir as desigualdades.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Alaôr Caffé. **Saneamento básico: concessões, permissões e convênios públicos**. Bauru: EDIPRO, 1998.

ARAÚJO, Ricardo Guilherme de. **A transição institucional do setor de saneamento e a questão metropolitana**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Filosofia, Ciências Sociais e Letras da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

AZEVEDO, Sérgio de; GUIA, Virgínia Rennó dos Mares. Os dilemas institucionais da gestão metropolitana no Brasil. *In*: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz (Org.). **Metrópoles: entre a coesão e a fragmentação, a cooperação e o conflito**. São Paulo: Perseu Abramo, 2004.

CAMARGO, Aspásia; SANTOS, Marilene. Universalização do saneamento: por uma gestão eficiente dos recursos escassos. *In*: ABICALIL, Marcos Thadeu; OLIVEIRA, Cecy; MEDEIROS, Emerson (Orgs.). **O pensamento do setor de saneamento no Brasil: perspectivas futuras**. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento. Secretaria de Política Urbana/IPEA, 2002 (Modernização do Setor de Saneamento, v. 16).

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces**. São Paulo: Atlas, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

———. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

HOCHMAN, Gilberto. **A era do saneamento: as bases da política de saúde pública no Brasil**. São Paulo: Hucitec, 1998.

INFURB – Núcleo de Pesquisas em Informações Urbanas da Universidade de São Paulo. **Fundamentos e propostas de ordenamento institucional**. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento. Secretaria de Política Urbana/IPEA, 1995 (Modernização dos Serviços de Saneamento Básico, v. 1).

JUSTEN FILHO, Marçal. **Parecer elaborado sobre minuta de anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico**, 2005. Disponível em: <[www.cidades.gov.br/media/ParecerMarcalJustenSaneamento.pdf](http://www.cidades.gov.br/media/ParecerMarcalJustenSaneamento.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Parecer elaborado sobre minuta de anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico**, 2005. Disponível em: <[www.cidades.gov.br/media/ParecerFlorianoAzevedoMNetoSaneamento.pdf](http://www.cidades.gov.br/media/ParecerFlorianoAzevedoMNetoSaneamento.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2006.

MMA/SRH. Ministério do Meio Ambiente/Secretaria de Recursos Hídricos. **Plano Nacional de Recursos Hídricos**. Documento Base de Referência, nov. 2003. Disponível em: <<http://pnrh.cnrh-srh.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2006.

MUÑOZ, Héctor Raul. Razões para um debate sobre as interfaces da gestão dos recursos hídricos no contexto da Lei de Águas de 1997. *In*: MUÑOZ, Héctor Raul (Org.). **Interfaces da gestão de recursos hídricos: desafios da Lei de Águas de 1997**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente/Secretaria de Recursos Hídricos, 2000.

NASCIMENTO, Nilo de Oliveira; HELLER, Léo. Ciência, tecnologia e inovação na interface entre as áreas de recursos hídricos e saneamento. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 10, n. 1, jan./mar. 2005.

RATTNER, Henrique. **Planejamento e bem-estar social**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

REZENDE, Cristina Sonaly; HELLER, Léo. **Saneamento no Brasil: políticas e interfaces**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Conflito de interesses: a oportunidade perdida. *In*: LOBO, Jorge. **Reforma da Lei das Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

———. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ricardo Toledo. **Elementos para regulação e o controle da infraestrutura regional e urbana em cenário de oferta privada de serviços**. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996.

———. Ordenamento institucional, tecnologia e perspectivas de integração dos serviços. *In*: ABICALIL, Marcos Thadeu; OLIVEIRA, Cecy; MEDEIROS, Emerson (Orgs.). **O pensamento do setor de saneamento no Brasil: perspectivas futuras**. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento. Secretaria de Política Urbana/IPEA, 2002 (Modernização do Setor de Saneamento, v. 16).

———. Infra-estrutura urbana, necessidades sociais e regulação pública: avanços institucionais e metodológicos a partir da gestão integrada de bacias. *In*: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz (Org.). **Metrópoles: entre a coesão e a fragmentação, a cooperação e o conflito**. São Paulo: Perseu Abramo, 2004.

VARGAS, Marcelo Coutinho. **O negócio da água: riscos e oportunidades das concessões de saneamento à iniciativa privada: estudos de caso no Sudeste Brasileiro**. São Paulo: Annablume, 2005.

1 Trata-se do instrumento que articulou, do modo mais completo até hoje no Brasil, as ações dos diversos atores públicos e privados numa estratégia de expansão dos serviços de saneamento básico como um objetivo nacional. O estado atual dos serviços de saneamento básico no Brasil, incluindo suas qualidades e deficiências, é em grande medida produto do modelo de gestão do setor implementado durante o regime militar, que teve no PLANASA seu principal instrumento. Esse período foi o auge do processo de intervenção do Estado, com o desenvolvimento e implementação de uma política nacional – com dimensões institucionais, financeiras e tecnológicas bem definidas – destinada a assegurar a prestação dos serviços de saneamento básico. O objetivo do plano era atender, até 1980, 80% da população com abastecimento de água e 50% com esgotamento sanitário, articulando uma estratégia em que a União atuava como agente financiador, por meio do Banco Nacional de Habitação (BNH), e os estados

atuavam como executores da política, por meio das companhias estaduais de saneamento.

2 É importante ressaltar que esse trabalho se insere num momento histórico decisivo para o futuro da gestão do saneamento básico no Brasil. Após anos de indefinição regulatória – desde a extinção do BNH, em 1985, não era estruturada uma política pública nacional para o setor – foi promulgada a Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para a gestão dos serviços de saneamento básico, bem como uma política federal.

3 Nesse sentido, a Lei n. 11.445/2007 dispõe, no art. 2º, I, que os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base no princípio fundamental da universalização do acesso. A universalização é definida, no art. 3º, III, como a ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico.

4 Utilizamos, para compor o quadro estatístico do setor de saneamento e quantificar o desafio da universalização, os resultados da Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (PNSB) de 2000, realizada pelo IBGE.

5 Nesse sentido a Lei n. 11.445/2007 instituiu como princípio fundamental de gestão dos serviços de saneamento básico a “articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante” (art. 2º, VI).

6 A Lei n. 8.987/95 estipula que tais serviços devem satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º, § 1º). Sendo ainda mais específica, a Lei n. 9.074/95 impõe ao poder concedente “o atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional, inclusive as rurais” (art. 3º, IV).

7 Não seria exagero afirmar que, na história da expansão dos serviços de saneamento básico, verifica-se uma relação direta entre a urbanização, espontânea ou não, e a saúde pública. A denúncia das condições de vida da classe trabalhadora durante a Revolução Industrial proporcionou o surgimento da medicina como prática política e o saneamento básico ascendeu como instrumento poderoso de política sanitária. Os processos de industrialização, urbanização e crescimento populacional tinham constituído uma sociedade na qual um dos elos principais era a doença, especialmente quando esta se apresentava à sociedade sob a forma epidêmica. A extensão do fenômeno também estava vinculada à constituição do Estado nacional, sendo crescente a convicção da perda de eficácia das soluções individuais e locais, então vigentes, para resolver um problema que se tornava crescentemente coletivo e nacional. Assim, descobriram-se os elos de interdependência social que tornavam os indivíduos social e politicamente interdependentes e percebeu-se que a possibilidade de regular seus efeitos

negativos passava pela sua constituição como questão nacional. Sobre o tema ver: REZENDE e HELLER, 2002; HOCHMAN, 1998.

**8** Foi exatamente para o estabelecimento dessas diretrizes que veio a Lei n. 11.445/2007. Ela estabelece diretrizes para a prestação regionalizada dos serviços, estimulando a cooperação entre os entes federativos (arts. 14 a 18), para o planejamento (arts. 19 e 20), para a regulação (arts. 21 a 27), para a definição dos aspectos econômicos, sociais (arts. 29 ao 42), técnicos (arts. 43 a 46) e para o controle social (art. 47).

**9** A Constituição só define explicitamente como serviço local o transporte coletivo (art. 30, V).

**10** A Lei n. 11.445/2007 estabeleceu o que caracteriza a prestação regionalizada: "Art. 14. A prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico é caracterizada por: I – um único prestador do serviço para vários Municípios, contíguos ou não; II – uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços, inclusive de sua remuneração; III – compatibilidade de planejamento". Embora corretamente tenha estipulado o compartilhamento do planejamento, da regulação e da fiscalização, o que, na prática, significa a titularidade comum, não estipulou as diretrizes para identificar o interesse regional nos serviços de saneamento.

**11** O Decreto n. 6.017/2007 define gestão associada de serviços públicos como o "exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos" (art. 2º, IX).

**12** Essa lei foi recentemente regulamentada pelo Decreto n. 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

**13** Algumas experiências de cooperação federativa por meio da formação de consórcios públicos já se vêm desenvolvendo nos Estados do Paraná, Piauí, Santa Catarina, Minas Gerais e Ceará.

**14** O autor aponta ainda outros fatores de resistência a processos de reforma do setor: i) as inconsistências das estratégias do governo federal, muitas vezes ambíguas; ii) resistência tanto ativa quanto inercial oposta pela estrutura remanescente do antigo PLANASA; iii) resistência a qualquer iniciativa de centralização de titularidades; iv) contrariedade mais ou menos geral do setor com as possibilidades implícitas de concessão privada dos serviços na esteira do processo de reorganização institucional (*ibid.*, p. 38).

**15** Essa modalidade de concessão de serviço público não representa exatamente uma inovação em relação ao previsto na Lei n. 8.987/95, na medida em que esta já previa a concessão de serviço público precedida de obra pública (art. 2º, III). A novidade da concessão administrativa está na possibilidade de fazer a remuneração do concessionário não depender diretamente da arrecadação tarifária, já que o usuário imediato dos serviços é o Poder Público. Mesmo nesse

ponto, não se trata propriamente de uma novidade no ordenamento jurídico. A própria Lei de Concessões não exige que a remuneração se faça diretamente pelos usuários; exige apenas que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado (art. 2º, III). Além disso, no atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas (art. 11). A principal novidade da Lei n. 11.079/2004 está no seu art. 6º, na ampliação do rol de formas de remuneração ou contraprestação da Administração Pública nos contratos: I – ordem bancária; II – cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei. Ademais, preceitua que o contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. Com essas novas disposições e com a possibilidade de diversas formas de repartição de risco e de remuneração, a concessão de serviço público deixa de ser um tipo contratual único, podendo assumir diversas configurações.

16 O município de Belo Horizonte detém 9,67% das ações com direito a voto da COPASA, conforme apresenta o sítio da empresa (<[www.copasa.com.br](http://www.copasa.com.br)>).

# 6 PROPRIEDADE INTELECTUAL E O MERCADOFARMACÊUTICO: UMA REFLEXÃO SOBRE A APLICAÇÃO DE LICENÇAS COMPULSÓRIAS NO MARCO DE POLÍTICAS NACIONAIS DE SAÚDE PÚBLICA

*Mônica Steffen Guise*

*Professora do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw, doutoranda em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, especialista em Propriedade Industrial pela Universidade de Buenos Aires, pesquisadora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas – Direito GV.*

## 6.1 Introdução

Quando concede o direito de exclusividade por meio de uma carta patente, o Estado garante a seu titular – o inventor – um direito *negativo* de “impedir terceiros, sem seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o produto objeto da patente”<sup>1</sup>. Isso significa que, durante o período de vigência do título de propriedade (no Brasil, 20 anos), *somente* o titular da patente (pessoa física ou jurídica) está autorizado a fazer uso da nova invenção.

A razão de ser desse direito de exclusividade encontra fundamento em inúmeras teorias<sup>2</sup>. Entre elas, destacam-se a da recompensa (*reward theory*), a da recuperação (*recovery theory*) e a do incentivo (*incentive theory*).

De acordo com a primeira teoria, o inventor deve ser *recompensado* por seu esforço intelectual. Ela deriva, conforme elucidado por Sherwood (1990, p. 37), dos privilégios concedidos pelos reis aos pensadores e

escritores que agregavam novos produtos intelectuais ao domínio público do reino.

A segunda teoria defende que o inventor precisa *recuperar* os esforços empreendidos ao longo da criação do novo produto: tempo, dinheiro, pesquisa etc. Não existe, entretanto, garantia de que essa recuperação ocorrerá, já que novos produtos – mais eficientes e com preços mais competitivos – podem entrar no mercado simultaneamente.

A terceira teoria, por sua vez, prega que o *incentivo* é essencial para que haja novas criações intelectuais. Em outras palavras, se não houvesse um incentivo aos inventores, estes não mais despenderiam tempo e dinheiro com novas criações. Dessa forma, o incentivo também serve para assegurar que a sociedade se beneficie constantemente de produtos resultantes do esforço inventivo.

Calixto Salomão (2007, p. 155) explica, ainda, que a proteção à invenção industrial serve ao estímulo criativo na medida em que impede o *free-riding* (efeito carona), ou seja, “o aproveitamento por parte daquele que não investiu na pesquisa dos resultados dela advindos”.

Seja pela justificativa encontrada em uma ou outra teoria (ou na combinação de todas elas), o fato é que o direito de exclusividade garantido pela patente a seu titular é a força motora de muitos ramos da indústria hoje. A patente possibilita a escassez ao transformar a fluidez do conhecimento em bens apropriados e artificialmente retirados do domínio público. Ao gerar monopólios temporários, as patentes inibem a concorrência e trazem como consequência direta a possibilidade de elevação de preços. Assim, o detentor do título de propriedade é *recompensado* (economicamente) por seus esforços, *recupera* os investimentos realizados ao longo do processo de invenção e é *incentivado* a continuar criando. O direito negativo garante, ainda, que não haja apropriação indevida de sua criação intelectual.

Internacionalmente, a garantia dessa proteção dá-se por meio de tratados (multilaterais, regionais e/ou bilaterais) que versam sobre propriedade intelectual. Esta é uma sistemática de especial relevância àquelas economias que conseguiram, ao longo dos anos, desenvolver e agregar valor a produtos e processos intangíveis e que se encontram fortemente inseridas no comércio internacional.

Nesse contexto, destaca-se a indústria farmacêutica, intensiva em conhecimento. A entrada e a permanência no mercado de empresas desse segmento dependem em grande medida de seu grau de inovação tecnológica e sua conseqüente proteção legal em todos os países nos quais atuam.

Com esse pano de fundo, o presente artigo apresenta importante exceção ao direito de exclusividade conferido pela patente, a licença compulsória. O objetivo aqui é instigar o leitor a refletir sobre um dos temas que mais controversias têm gerado nesta última década quando se fala em medicamentos: como encontrar o delicado equilíbrio entre o interesse público e o interesse privado.

## 6.2 O mercado farmacêutico e o contexto internacional de proteção patentária

De modo geral, a indústria farmacêutica, especialmente as farmoquímicas<sup>3</sup>, alega que a proteção patentária é condição *sine qua non* para investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D). O montante exato para o desenvolvimento de um novo medicamento é desconhecido, mas a literatura traz algumas estimativas: Correa (1997, p. 25) indica US\$ 140 milhões, ao passo que Agnew (2000) sugere valores que variam de US\$ 300 milhões a US\$ 500 milhões. Em que pese a falta de acesso a valores exatos, a Federação Internacional de Associações de Produtores Farmacêuticos (*International Federation of Pharmaceutical Manufacturers Associations – IFPMA*) afirma que o período de exclusividade garantido pela patente é um dos pilares da inovação farmacêutica (IFPMA, 2007, p. 3).

Não obstante o desconhecimento de valores exatos, o fato é que é altamente improvável que uma empresa invista quantias tão elevadas para o desenvolvimento e conseqüente introdução no mercado de uma nova droga se seu concorrente puder, mais que rapidamente, copiar a fórmula e vender o mesmo produto por um preço substancialmente menor<sup>4</sup>.

Como os grandes *players* da indústria farmacêutica atuam em grande escala no comércio internacional, a introdução de níveis globais harmônicos

de proteção patentária (sobretudo em países em desenvolvimento) é necessária para impedir o comum fenômeno da imitação de medicamentos por indústrias locais. Com a garantia do direito de exclusividade nos mais diversos países, somente os titulares das patentes ou seus licenciários podem fornecer localmente os produtos protegidos.

A garantia internacional do direito de exclusividade passou a ser uma realidade globalmente mais tangível para a indústria farmacêutica com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC). Explica-se.

O estabelecimento da OMC mudou o cenário mundial das patentes. Com ela, *todos* os países que desejassem fazer parte da Organização foram obrigados a nivelar a proteção dos direitos de propriedade intelectual a um patamar mínimo comum, garantido pelo Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio<sup>5</sup> (TRIPs, sigla em inglês para *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*). Ele é hoje o conjunto mais representativo de diretrizes sobre propriedade intelectual, compiladas em um único instrumento que integra o universo de disposições sobre comércio internacional, resultado da Rodada Uruguai de negociações do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*).

O Acordo TRIPs regulamenta amplamente a maior parte das questões relacionadas à propriedade intelectual e traz em seu bojo disposições substanciais que garantem o reforço geral dos direitos globais de propriedade intelectual, além de determinar o que devem os Estados fazer para que esses direitos sejam respeitados. O Acordo também consagra a aplicação de sua matéria aos procedimentos de solução de controvérsias da OMC, razão pela qual se diz que, com a criação da Organização, a proteção internacional da propriedade intelectual passou a ter “garras e dentes”.

A regra contemplada no art. 27.1 do TRIPs é de essencial importância para a compreensão do impacto causado pela OMC na indústria farmacêutica. Trata-se da exigência de que os membros outorguem, dentro de um cronograma específico<sup>6</sup>, patentes para *todos* os tipos de invenção, sem discriminação quanto ao campo da tecnologia. Dispõe o artigo que “[...] qualquer invenção<sup>7</sup>, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável [...]”.

É importante destacar que, até então, muitos países – dentre os quais o Brasil<sup>8</sup> – optavam por não conceder patentes a produtos e processos

químico-farmacêuticos. Desse modo, a OMC permite que a indústria farmacêutica internacional tenha seus produtos protegidos em um número substancialmente maior de países, em especial aqueles em desenvolvimento (GUISE, 2007, p. 39).

Como consequência direta da nova proteção<sup>9</sup>, a indústria passa a contar com monopólios temporários, artificialmente criados por força do direito de exclusividade concedido pela patente. Essa situação possibilita a fixação de preços elevados para os novos medicamentos colocados no mercado (uma vez que aqueles que já se encontravam em domínio público não poderiam mais ser objeto de proteção).

### **6.3 Efeitos concretos da elevação de preços para o Brasil**

Nesse novo contexto de proteção da propriedade intelectual, a experiência brasileira em matéria de saúde foi diferente de qualquer outro país. O Programa DST/AIDS levou o governo a sentir na pele as consequências dos novos preços dos medicamentos.

O Brasil foi o primeiro país em desenvolvimento a criar um Programa de Acesso Universal a medicamentos para pacientes infectados com o vírus HIV/AIDS. Em 1991, o Sistema Único de Saúde (SUS) passou a fornecer *Zidovudine* (AZT) a milhares de pacientes. Conforme novas drogas foram sendo descobertas, o Ministério da Saúde aumentou os medicamentos disponíveis, que eram localmente produzidos (leia-se copiados) por laboratórios nacionais.

Em 1996, a entrada em vigor da Lei n. 9.313 (Lei Sarney) tornou obrigatória a distribuição universal e gratuita de medicamentos ARVs a todos os portadores da enfermidade. Essa lei exigiu uma reestruturação da política conduzida até então pelo Ministério da Saúde, cujo principal produto foi a criação do Programa DST/AIDS no âmbito do SUS.

Dispõe a lei que:

Art. 1º Os portadores do HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.

§ 1º O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

§ 2º A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

Art. 2º As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Obrigado a fornecer gratuitamente os medicamentos ARVs a todos os participantes do Programa DST/AIDS, o governo brasileiro foi o primeiro a sentir – em grande escala – os efeitos da elevação de preços das drogas trazidos pelo patenteamento de produtos químico-farmacêuticos. Assim, em 2001 o Ministério da Saúde começou a negociar com os laboratórios detentores das patentes cujos medicamentos representavam os custos mais elevados do Programa. Entre 2001 e 2007, foram inúmeras as negociações entre governo e indústria, e seus resultados foram tanto positivos como negativos<sup>10</sup>.

O ponto a ser observado é que a principal característica dessas negociações foi a constante ameaça, por parte do governo brasileiro, de emitir uma licença compulsória para os medicamentos ora em foco.

Mas o que é a licença compulsória?

## 6.4 A licença compulsória

Conforme foi visto, ao conceder um direito de exclusividade ao titular da patente, o ordenamento jurídico cria um ambiente no qual se permite a existência de um monopólio.

No caso em questão, a fixação de preços demasiadamente elevados por parte da indústria farmacêutica pode vetar o acesso a medicamentos e gerar a clássica tensão entre o interesse privado da empresa (de recuperar seus investimentos, ser recompensada economicamente por seus esforços e ter incentivos para continuar investindo em P&D) e o interesse público da sociedade de ter acesso à saúde por meio de medicamentos.

O Acordo TRIPs – lembre-se, norteador da legislação nacional em matéria de propriedade intelectual a partir do advento da OMC – permite que os Estados façam uso de determinados instrumentos jurídicos que servem para solucionar essa tensão. Entre tais instrumentos encontra-se a licença compulsória.

A licença compulsória é um instrumento jurídico que, sem implicar a supressão do direito do titular<sup>11</sup>, corrige o exercício do direito de exclusividade de forma abusiva e garante a consecução de interesses públicos. Carlos Correa (1999, p. 168) conceitua a licença compulsória como “autorização outorgada por autoridade nacional competente, sem ou contra o consentimento do detentor do título, para exploração de um objeto protegido por uma patente ou outro direito de propriedade intelectual”.

O fundamento de sua concessão é que, em determinadas circunstâncias, o amplo acesso à invenção é considerado pelo Estado mais relevante do que o interesse privado do detentor da patente de explorar sua invenção com exclusividade.

O Acordo TRIPs não faz referência direta ao termo “licenças compulsórias”, mas as contempla em seu art. 31, que dispõe sobre “outros usos sem a autorização do titular do direito”. Esse artigo estabelece os requisitos mínimos que devem ser cumpridos quando um membro da OMC optar por sua utilização. É este o marco geral no qual as legislações nacionais devem basear-se.

As condições para a concessão de uma licença compulsória previstas no TRIPs podem ser resumidas da seguinte forma: a) toda solicitação para obter uma licença compulsória deve ser considerada em função de suas características próprias; b) antes de pedir a licença compulsória, o interessado deve solicitar a concessão de uma licença voluntária por parte do detentor da patente, em termos e condições comerciais razoáveis<sup>12</sup>; c) o alcance e a duração da licença compulsória limitar-se-ão ao objetivo para o

qual ela foi autorizada; d) a licença compulsória terá caráter não exclusivo; e) a licença compulsória não será transferível; f) a licença servirá principalmente para o abastecimento do mercado interno do país membro que a autorize<sup>13</sup>; g) a licença cessará uma vez que deixe de existir a causa que levou a sua concessão; h) o titular da patente receberá uma remuneração adequada tendo em vista o valor econômico da outorga da licença em questão; e, finalmente, i) a validade jurídica de toda decisão relativa à transferência de licenças compulsórias estará sujeita a revisão judicial.

Uma interpretação mais extensiva do Acordo TRIPs também encontra fundamento para a licença compulsória no art. 8º, que dispõe sobre os princípios que devem nortear os membros na formulação de suas legislações internas de propriedade intelectual. Notadamente, esse artigo afirma que os membros podem adotar as medidas que julgarem necessárias para a proteção da saúde pública e para a promoção do interesse público.

No Brasil, o conceito de licença compulsória foi introduzido com a entrada em vigor do primeiro Código da Propriedade Industrial<sup>14</sup>, em 1945. O Capítulo XII do Título I desse Código previa a concessão de licenças compulsórias quando a patente não fosse explorada nos dois anos subsequentes à sua concessão, ou então quando sua exploração houvesse sido interrompida, sem justificativa, por um período de tempo superior a dois anos<sup>15</sup>. Esse Código também previa todo o procedimento para obtenção de uma licença compulsória, os direitos do licenciado e do licenciador, bem como as razões para seu cancelamento.

Entre 1967 e 1971, três Códigos de Propriedade Industrial entraram em vigor<sup>16</sup> no Brasil e todos eles dispunham sobre a concessão de licenças compulsórias. Em 1971, um novo código foi promulgado e o capítulo que tratava das licenças compulsórias mantinha as mesmas disposições contidas nas leis anteriores.

A lei atual, n. 9.279, prevê várias modalidades de licenças compulsórias em seu art. 68, que traz a seguinte redação:

O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder

econômico<sup>17</sup>, comprovado nos termos da Lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1º Ensjam, igualmente, licença compulsória:

I – a não-exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II – a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

§ 2º A licença só poderá ser requerida por pessoa com legítimo interesse e que tenha capacidade técnica e econômica para realizar a exploração eficiente do objeto da patente, que deverá destinar-se, predominantemente, ao mercado interno, extinguindo-se nesse caso a excepcionalidade prevista no inciso I do parágrafo anterior.

§ 3º No caso de a licença compulsória ser concedida em razão de abuso de poder econômico, ao licenciado, que propõe fabricação local, será garantido um prazo, limitado ao estabelecido no art. 74, para proceder à importação do objeto da licença, desde que tenha sido colocado no mercado diretamente pelo titular ou com o seu consentimento.

§ 4º No caso de importação para exploração de patente e no caso da importação prevista no parágrafo anterior, será igualmente admitida a importação por terceiros de produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto, desde que tenha sido colocado no mercado diretamente pelo titular ou com o seu consentimento.

Também prevêm a concessão de licença compulsória os arts. 70 e 71, que tratam, respectivamente, da licença compulsória para patentes dependentes e de casos de emergência nacional e interesse público.

Art. 70. A licença compulsória será ainda concedida quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes hipóteses:

I – ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação à outra;

II – o objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico, em relação à patente anterior.

III – o titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior.

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória temporária e

não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

A licença compulsória por emergência nacional e interesse público distingue-se das demais licenças previstas na lei brasileira, pois nesse caso o interesse a prevalecer não é aquele do licenciado, mas sim o *público*. Assim, não há que falar em correção de abuso ou adequação à finalidade do direito, mas sim em uma prevalência do público sobre o privado.

## 6.5 O caso Efavirenz

Uma vez estabelecido o conceito da licença compulsória, é preciso retomar o contexto brasileiro das negociações do Ministério da Saúde com a indústria farmacêutica para redução de preços dos medicamentos ARVs. Ao longo de muitos anos de negociações, a ameaça de emissão de uma licença compulsória como instrumento de barganha começou a perder força. Afinal, a licença nunca havia sido efetivamente utilizada.

Em 2007, entretanto, esse cenário foi drasticamente alterado com o medicamento Efavirenz.

O Efavirenz, cuja patente pertence à empresa *Merck, Sharp & Dome*, é o medicamento importado mais usado no tratamento da AIDS. Hoje, 38% das pessoas que vivem com HIV/AIDS no Brasil utilizam o remédio em seus esquemas terapêuticos. Estima-se que até o final de 2007, 75 mil dos 200 mil doentes brasileiros tenham feito uso dele. O Programa DST/AIDS informa, ainda, que o custo anual por paciente equivale a US\$ 580, o que representaria um orçamento anual de US\$ 42,9 milhões (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2007).

As negociações do Ministério da Saúde com a empresa *Merck, Sharp & Dome* tiveram início em 2007 e, ao longo de algumas semanas, logo resultaram ser infrutíferas. Isso preparou o terreno para uma radical mudança de atitude por parte do governo brasileiro em relação à utilização da licença compulsória.

Em 24 de abril de 2007, o Poder Executivo brasileiro declarou o medicamento de interesse público nacional por meio da Portaria n. 886. Em 4 de maio desse mesmo ano, foi promulgado o Decreto n. 6.108, que concedeu o licenciamento compulsório, “por interesse público, de patentes referentes ao Efavirenz, para fins de uso público não comercial”.

Com a licença compulsória, o governo brasileiro passou a estar legitimado a importar a versão genérica do medicamento e/ou produzi-lo localmente. De acordo com o Ministério da Saúde, a ação garantirá a sustentabilidade do Programa, tendo em vista seu potencial de economia.

## 6.6 Considerações finais

A emissão da licença compulsória brasileira representou um marco na América Latina e no mundo no contexto de políticas de saúde pública. Na América Latina, a decisão do País foi pioneira; no mundo, o Brasil passou a integrar um time composto por países como a Tailândia e a África do Sul, que recentemente também fizeram uso da licença compulsória em prol de políticas nacionais de saúde pública.

O objetivo do presente artigo, entretanto, não foi apenas relatar o caso brasileiro de licenciamento compulsório. Tampouco buscou-se aqui defender um ou outro interesse (apesar do forte apelo de temas como a saúde e acesso a medicamentos).

O que se pretendeu – e talvez somente agora a introdução deste artigo passe a fazer maior sentido – foi apresentar os fundamentos de um sistema de proteção privada em face de um contexto (o da saúde) que exige a flexibilização do sistema de modo a atender aos mesmos interesses que ensejaram a proteção em um primeiro momento.

Em outras palavras, só há que falar em licença compulsória de medicamentos no momento em estes *existam*. E uma análise das principais teorias (da recompensa, da recuperação, mas principalmente do incentivo) que justificam a existência de um sistema de proteção à propriedade intelectual que gera monopólios temporários mostra que, não fosse essa exata proteção, os medicamentos em questão poderiam muito bem não existir.

A tensão entre interesse público e interesse privado é muito mais complexa do que o imediato interesse da indústria ao cobrar preços elevados por determinado produto e o imediato interesse da sociedade em ter acesso a ele. Há situações, como a relatada neste artigo, nas quais o interesse público que fundamenta o próprio sistema de proteção é obrigado a flexibilizá-lo por meio de instrumentos como a licença compulsória.

O problema que se coloca é a preservação dos fundamentos da razão de ser da proteção, que é colocada em xeque sempre que o sistema é flexibilizado. É dizer, a atividade privada continuará a investir no desenvolvimento de novos produtos se não tiver a garantia da recompensa, do retorno e do incentivo?

O grande dilema enfrentado hoje pelos formuladores de políticas públicas, bem como pelos operadores do direito, é saber até que ponto a flexibilização dos direitos de exclusividade outorgados pela patente serve ao interesse público. Em curto e em longo prazo.

## REFERÊNCIAS

AGNEW, Bruce. **When pharma merges, R&D is the dowry** (2000). Disponível em: <[http://www.biotech-info.net/pharma\\_merge.html](http://www.biotech-info.net/pharma_merge.html)>. Acesso em: 2 fev. 2005.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BERMUDEZ, Jorge Antonio; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; ESHER, Angela (Orgs.). **Acesso a medicamentos: direito fundamental, papel do Estado**. Rio de Janeiro: ENSP, 2004.

CORREA, Carlos M. **The Uruguay round and drugs**. World Health Organization, 1997.

———. **Derecho de patentes: el nuevo régimen legal de las invenciones y los modelos de utilidad**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

———. **Intellectual property rights and the use of compulsory licences: options for developing countries**. Buenos Aires, 2003. Disponível

em: <<http://www.netamericas.net/research/papers/documents/Ccorrea/Ccorrea3.doc>>. Acesso em: 20 jan. 2004.

GUISE, Mônica Steffen. **Comércio internacional, patentes e saúde pública**. Curitiba: Juruá, 2007.

IFPMA – International Federation of Pharmaceutical Manufacturers and Associations. **Policy pillars of pharmaceutical innovation** (2007). Disponível em: <<http://www.ifpma.org/News/Publications.aspx?page=3>>. Acesso em: 12 jun. 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Programa DST/AIDS. **Brasil decreta licenciamento compulsório do Efavirenz**. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMISE77B47C8ITEMIDA5D44CBB54934EEE912E15DA572BA68CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 13 maio 2007.

ROSENBERG, Barbara. **Patentes de medicamentos e o comércio internacional**: os parâmetros do TRIPs e do direito concorrencial para a outorga de licenças compulsórias. Tese (Doutorado em direito econômico) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito industrial, direito da concorrência e licenciamento compulsório. *In*: BASSO *et al.* **Direitos de propriedade intelectual & saúde pública**: o acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil. São Paulo: IDCID, 2007.

SHERWOOD. Robert M. **Intellectual property and economic development**. Oxford: Westview, 1990.

UNCTAD; ICTSD. Project on IPRs and Sustainable Development. **Resource book on TRIPs and development**. Cambridge: Cambridge University, 2005.

WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **The Use of Essential Drugs**. Seventh Report of the WHO Expert Committee, WHO Technical Report. Series 867. Genebra, 1997.

<sup>1</sup> Art. 42 da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996.

<sup>2</sup> Nesse sentido, ver SHERWOOD, 1990.

3 No setor farmacêutico destacam-se as indústrias farmoquímicas, já que são aquelas que efetivamente investem em Pesquisa e Desenvolvimento e não apenas fabricam medicamentos com base em tecnologias existentes (ROSENBERG, 2004, p. 63).

4 É notório o fato de que as indústrias farmacêuticas não investem em medicamentos que não lhes garantam lucros. Dados da Organização Mundial de Saúde (WHO, 2005) mostram que o investimento no desenvolvimento e aperfeiçoamento de medicamentos que combatem as chamadas “doenças de países pobres” (como a malária, por exemplo) tem sido praticamente nulo nas últimas décadas.

5 O Acordo TRIPs compõe o Anexo 1-C do Acordo Geral que cria a OMC, ata final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai do GATT, em 1994. Os Anexos 1, 2 e 3 do Acordo da OMC integram o conjunto denominado “Acordos Multilaterais de Comércio” e são vinculantes a todos os membros.

6 Para maiores detalhes sobre os diferentes prazos de aplicação do Acordo TRIPs concedidos a países desenvolvidos, países em desenvolvimento e países de menor desenvolvimento relativo, ver GUISE, 2007.

7 As únicas exceções afetam plantas, animais (excluindo-se os microorganismos) e procedimentos essencialmente biológicos para a produção de plantas e animais.

8 Lei n. 5.772, de 21 de dezembro de 1971.

9 Que no Brasil passa a valer com a entrada em vigor da Lei n. 9.279/96.

10 Para maior aprofundamento sobre essas negociações, ver BERMUDEZ, OLIVEIRA & ESHER, 2004.

11 Por essa razão, acredita-se que o termo “quebra de patente” é equivocado, uma vez que os direitos do titular não são suprimidos, mas sim o objeto da patente é temporária e compulsoriamente licenciado.

12 Essa disposição torna obrigatória uma negociação anterior com o detentor do título. O mesmo artigo, no entanto, permite exceções em casos de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência, bem como as de uso público não comercial e quando uma licença é concedida para remediar práticas anticompetitivas.

13 A controvérsia internacional quanto à utilização da licença compulsória para o abastecimento do mercado interno do país que a autoriza foi solucionada pela Decisão do Conselho Geral de 30 de agosto de 2003 (OMC (I), 2003). Sobre a implementação do § 6º da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPs e Saúde Pública de 2001, ver CORREA, 2004.

14 Decreto-Lei n. 7.903, de 1945, emendado pelo Decreto-Lei n. 8.481, de 1945.

15 Art. 53.

16 Decreto-Lei n. 254, de 28 de fevereiro de 1967; Decreto-Lei n. 1.005, de 21 de outubro de 1969; e Decreto-Lei n. 5.772, de 21 de dezembro de 1971.

[17](#) Sobre o tema abuso de patente e abuso de poder econômico, ver BARBOSA, 2003, p. 503.