

CONTRIBUIÇÕES À CONSULTA
PÚBLICA PARA REVISÃO DO
MODELO DE TELECOMUNICA-
ÇÕES

23/2015

Janeiro, 2016

APRESENTAÇÃO (SUMÁRIO EXECUTIVO)¹

O presente documento apresenta contribuições do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getulio Vargas (FGV CERI) para a Consulta Pública n.º 23/2015 do Ministério das Comunicações, que versa sobre a revisão do modelo de telecomunicações.

Nesta seção serão sintetizados os principais elementos das Contribuições do CERI, as quais são desenvolvidas ao longo do documento. O objetivo consiste em aportar reflexões sobre a regulação setorial em uma perspectiva mais abrangente (*high level*). Para tanto, recorre-se à experiência interdisciplinar do Centro de Regulação, bem como a conjunto de conhecimento relativo a outros setores regulados de infraestrutura no Brasil.

As questões apontadas pelo Ministério de Comunicações são profundamente relevantes e é preciso destacar o mérito de um ente da Administração incumbido da formulação de política setorial abrir tão relevante discussão para a participação pública.

Nesse contexto, para uma melhor compreensão desse documento, é fundamental considerar o princípio norteador da análise em tela. Em primeiro lugar, é preciso ter em mente qual é o objetivo da política pública e adaptar a interpretação desse objetivo ao contexto em que vivemos.

No caso do setor de telecomunicações, caracterizado por transformações tecnológicas, profundas e de grande impacto no modo de vida da população, principalmente nas três últimas décadas, verifica-se uma migração da demanda dos serviços de voz para dados.

É legítimo argumentar que a intensidade da inovação tecnológica nessa indústria continuará a remodelar as necessidades do usuário. **No contexto atual, nos parece que o**

¹ A presente contribuição é fruto de conjunto de discussões e reflexões que se seguem a Seminário realizado na ANATEL em 17 de Junho 2015. Eventos adicionais que ajudaram a aprofundar essa compreensão foram o Seminário de 20 anos da Lei de Concessão, promovido pelo FGV CERI no Rio de Janeiro e o Debate a respeito da mudança no marco regulatório das telecomunicações, que contou com a participação do Professor Flavio Menezes (Universidade de Queensland), do Professor Luiz Gustavo Kaercher Loureiro (FGV Direito Rio), do Pesquisador Maurício Canêdo Pinheiro (Instituto Brasileiro de Economia da FGV), da Oi Telecomunicações. Destaque-se, contudo, que esse documento não necessariamente reflete as posições dos participantes nas referidas discussões.

acesso à internet de alta velocidade é o que melhor atende as expectativas sociais de acesso a telecomunicações.

De forma a acompanhar o processo em curso no setor, o objetivo da política pública deve ser articulado de modo a assegurar neutralidade em relação à tecnologia empregada. Adicionalmente, do ponto de vista econômico, a garantia de acesso a telecomunicações tem que partir do pressuposto de que só deve ser feito se o benefício aos consumidores (não necessariamente o preço) superar o custo de oferecer o acesso. Nesse sentido, os objetivos de garantia “tarifas e preços razoáveis”, estabelecidos em lei, devem ser entendidos como aqueles níveis de preços que refletem custos (eficientes); ao contrário, valores excessivamente baixos resultam em consumo ineficiente, desincentivando investimentos e comprometendo a própria sustentabilidade de longo prazo na indústria.

A observação relativa aos custos eficientes é válida também para os custos impostos pela regulação. É necessário que os custos impostos aos agentes sejam custos necessários e eficientes à consecução dos objetivos que se deseja alcançar com a regulação. A não observância desse princípio pode produzir um ônus desproporcional, que será em última análise transferido aos usuários do serviço (por meio de preços maiores ou pela deterioração da qualidade do serviço prestado).

A identificação desses parâmetros é importante porque determina o espaço onde o setor privado pode não ter os incentivos suficientes a oferecer o serviço e, portanto, exige a intervenção do Estado para garantir o acesso. A ideia é que para aqueles consumidores cuja capacidade de pagar seja maior que o custo, a provisão pelo setor privado não requiera incentivos adicionais.² No caso de o valor para o consumidor ser maior que sua capacidade de pagar (e maior que o custo), precisa-se, então, da intervenção do Estado para que o serviço seja ofertado.

Tendo delimitado os espaços nos quais é necessária a intervenção do Estado para garantir o acesso ao serviço, **é preciso qualificar qual a natureza da intervenção necessária**, sob o risco de que acarrete tão somente custos de transação ineficientes, sem a realização do objetivo inicial da política pública, o efetivo acesso a determinado serviço.

² Enquanto que neste caso não há necessidade de intervenção do estado para se garantir acesso, a presença do Estado se manifesta no seu papel regulador, em geral por intermédio de uma agência reguladora independente e com um mandato de proteger os interesses do consumidor no longo prazo.

Para viabilizar a universalização, o modelo brasileiro criou o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações - FUST, com vistas a alargar o alcance dos serviços de telecom. No entanto, alterado o objetivo do acesso (agora a internet de alta velocidade), faz sentido econômico que os recursos do referido fundo sejam utilizados para subsidiar aqueles consumidores para os quais o benefício do acesso é maior que o custo de atendimento, mas que não possuem capacidade de pagamento.

Estabelecido o objetivo de política – a universalização dos serviços de telecomunicações - o instrumento eleito pelo Poder Público para promovê-lo foi a concessão para a prestação dos serviços de telefonia fixa (STFC). Foge ao escopo da presente análise discutir as motivações para tal opção. Argumentamos, outrossim, que no contexto atual o uso do regime de concessão brasileiro tem particularidades que acabaram por inibir investimentos no setor.

Em particular, uma vez que a vida útil dos ativos necessários para a provisão dos serviços de telecomunicações em regra supera a duração dos contratos de concessão – o que é uma escolha do desenho, não obrigatoriamente é assim - torna-se necessário pensar em reversibilidade dos ativos. Uma das principais justificativas para a exigência de reversibilidade seria capacitar um provedor que venha a substituir o concessionário ao término do contrato (seja ele precoce ou não) dos recursos (ativos) necessários para a prestação dos serviços quando a concessão expirar.

A associação necessária entre concessão e reversibilidade de bens, no entanto, inviabiliza a aplicação do modelo de concessões em telecomunicações: a constante inovação da tecnologia provoca mudanças nos ativos necessários para oferecer o serviço (e inclusive obsolescência). Na prática, a exigência de reversibilidade de todos os ativos leva a um subinvestimento na concessão, tendo em vista que o concessionário não tem incentivos a investir em um ativo que vai passar em breve para o patrimônio do concedente – o que comprometeria sua capacidade de auferir retorno sobre os ativos.

Dada a dinâmica do setor, o regime de autorização se mostra mais apropriado. Em termos jurídicos, passar-se-ia a adotar de forma geral a autorização como um título convergente para a realização dos serviços de telecomunicações. Significa dizer, de imediato, que não haverá discricionariedade administrativa, que pode funcionar como barreiras à entrada, provocada por decisões “estratégicas” do poder público no momento da outorga.

O regime jurídico e regulatório no setor passa(ria) a ser, em regra, o direito privado, com as seguintes características: (i) ausência de assimetrias regulatórias entre os agentes; (ii) menor intensidade de intervenção normativa, privilegiando as soluções de mercado, a auto ordenação dos agentes; e (iii) eventuais obrigações do “regime público” seriam tópicas, a exemplo do uso de recursos públicos, e não deveriam provocar distorções na competição.

Pretendemos argumentar ao longo desse documento que o estabelecimento de eventuais obrigações do “regime público” independe do título habilitante que é demandado para exercício da atividade, seja ele uma autorização ou uma concessão. Faz-se necessário desmistificar a pretensamente insuperável associação da concessão como instrumento necessário para que se dê cumprimento a determinados objetivos da política setorial.

Apesar de a abordagem tradicionalmente adotada pelo Direito Administrativo explorar essa distinção, a análise e a evidência empírica acerca do uso desses instrumentos demonstra que a prática tem flexibilizado essa separação estanque, seja para inserir mecanismos mais flexíveis na concessão (a exemplo das concessões onde não há controle de preços (fixação de tarifas), seja para agregar obrigações tipicamente de regime público a autorizações (a exemplo do controle de qualidade do serviço e a penalidades setoriais). Conforme detalhado na Tabela 2, tais exemplos estão presentes em diversos outros setores regulados de infraestrutura no país, como o transporte de gás natural, o aproveitamento de potencial hidráulico entre 1.000 kW e 30.000 kW (PCH's), a exploração de Terminais Portuários de Uso Privado (TUPs).

1. OBJETO DA CONSULTA PÚBLICA DO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES

N.º23/2015

Os setores regulados de infraestrutura estão sujeitos a diversos desafios no que diz respeito à adequabilidade dos instrumentos regulatórios para propor os incentivos corretos aos agentes e gerar o resultado esperado na disponibilização de um serviço adequado aos usuários. Muitas vezes a inovação tecnológica potencializa esses desafios para a regulação, que necessita estar apta a acompanhar esses movimentos e a revisar seus objetivos e instrumentos de forma a contemplar novos arranjos setoriais.

Dentre esses setores, o de telecomunicações experimenta rápidas evoluções tecnológicas que alteraram – e continuarão a alterar – substancialmente a relação e as necessidades dos usuários com os serviços prestados. Em particular, o tráfego global de dados via telecomunicações móveis continua se expandindo a taxas expressivas, com implicações importantes para a telefonia fixa. O tráfego móvel cresceu 69 por cento somente em 2014, atingindo 2.5 exabytes por mês ao final de 2014. Esse total representa cerca de 30 vezes o tamanho do tráfego que transitou por toda a internet no mundo no ano 2000.³

A rápida evolução tecnológica no setor de telecomunicações coloca em questionamento não só os modelos de negócio tradicionais da telefonia fixa, como também a adequação dos arcabouços regulatórios desenvolvidos com base em realidades econômicas que não mais existem, para promover objetivos sociais.

Nesse contexto, o Ministério das Comunicações lançou a Consulta Pública n.º 23/2015, com vistas a discutir o marco regulatório do setor, notadamente o atual modelo de exploração dos serviços de telecomunicações. Referida consulta visa refletir no marco normativo setorial a importância hoje assumida pelos serviços de acesso à banda larga.

³ http://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/visual-networking-index-vni/white_paper_c11-520862.html

Foram formuladas 27 perguntas agrupadas em quatro grandes eixos⁴ categorizados pelo Ministério em: i) Objeto da Política Pública; ii) Política de Universalização; iii) Regime Público vs. Regime Privado; e iv) Concessão.

O espaço aberto para debate na Consulta Pública ganha ainda maior relevância no cenário atual do país, que enfrenta desafios importantes na sua capacidade de atrair novos investimentos. É essencial para todos os *stakeholders* envolvidos que se tenha clareza sobre qual é o objetivo esperado com a reforma, que sejam adotados os instrumentos apropriados para a realização desses objetivos e que haja previsibilidade e estabilidade regulatória suficiente para que o setor receba novos investimentos, acompanhe a evolução tecnológica atendendo adequadamente a demanda por serviços de telecomunicações no país.

De forma a contribuir com as discussões, apresentamos a seguir as considerações do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getulio Vargas (FGV CERI) a respeito dos temas em debate. Tais contribuições resultam de diálogos que o CERI vem travando no setor, com interlocutores nacionais e internacionais, e de sua experiência com os setores regulados de infraestrutura.

2. COMO PENSAR POLÍTICAS PÚBLICAS

Em primeiro lugar, no processo de desenho e implementação de uma política pública, uma pergunta orientadora da discussão é: qual é o resultado esperado com a política, quais objetivos sociais se deseja atingir? Por exemplo, o “acesso universal a serviços de telecomunicações”, a “competitividade na exploração dos serviços de telecomunicações”, etc.

Delimitado o horizonte dos objetivos a serem perseguidos pela política pública, torna-se então necessário enfrentar outras duas questões fundamentais: i) quais os instrumentos que permitem alcançar esses objetivos; e ii) como medir a efetividade desses instrumentos na busca (acompanhamento) pela realização dos objetivos traçados?

⁴ Há também uma categoria “outros temas” que pede a indicação de outros temas eventualmente não propostos na Consulta e que possam ser relevantes para o objeto da discussão.

No contexto do arcabouço para o setor de telecomunicações no Brasil, a Constituição e a legislação estabelecem um rol de objetivos a serem alcançados pelas políticas setoriais. *Grosso modo*, esses objetivos envolvem a promoção do acesso aos serviços de telecom, em padrões de qualidade adequados e a preços razoáveis⁵.

É importante, contudo, ter claro que **o acesso** a telecomunicações, assim como o acesso a energia ou a transporte, **é de modo geral, um meio**, que permite aos usuários ter acesso a e compartilhar informações e não um fim em si próprio. Assim, o objetivo de acesso universal deve ser qualificado em termos do regime de acesso que atende aos interesses de longo prazo dos usuários, um objetivo internacional padrão. A qualificação 'longo prazo' precisa ser compreendida de modo abrangente: envolve tanto as tarifas e preços a serem cobrados dos usuários, para dado nível de qualidade, como também a sustentabilidade financeira dos provedores e o requerimento de que os custos sejam eficientes do ponto de vista econômico e que as decisões de investimento sejam eficientes.

O atendimento a esse objetivo pressupõe um arcabouço regulatório que combine instrumentos regulatórios e competição quando possível. A premissa subjacente é de que quando a competição é robusta, os preços aos usuários refletem custos eficientes e os investimentos também são prudentes. No entanto, em casos onde não é possível ter-se competição, a regulação econômica (incluindo a determinação de preços, qualidade de serviços, etc.) torna-se necessária. A Tabela 1 apresenta uma lista de objetivos e instrumentos comumente usados internacionalmente.

A discussão acima sugere que o enfoque da política pública deve ser não numa tecnologia ou serviço específico, mas sim num objetivo maior, que é promover o acesso a telecomunicações. Essa distinção é particularmente importante em função das mudanças tecnológicas que resultaram na reorientação de um paradigma de demanda focada em voz para uma demanda focada em dados. A dinâmica tecnológica no setor sugere

⁵ Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

IV - fortalecer o papel regulador do Estado;

V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

VI - criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.

também que sejam privilegiados instrumentos flexíveis para o atingimento dos objetivos de política pública.

Tabela 1.

OBJETIVOS	INSTRUMENTOS
Acesso Universal a Telecomunicações	Combinação entre competição e regulação quando apropriado.
Acesso a serviços de telecomunicações com preços e qualidade que permitam promover o bem-estar dos consumidores. Aumentar a produtividade de empresas e governo com vistas a promover a competitividade da economia brasileira num mundo onde há competição global.	Regulação inclui processos que garantam o acesso a terceiros no caso de 'facilities' que tenham características de monopólio natural, a criação de condições para a promoção de competição quando esta for viável, e um arcabouço regulatório que promova investimentos e ao mesmo tempo proteja os interesses do consumidor.

3. REGIME PÚBLICO VS. REGIME PRIVADO

Uma discussão importante no processo de utilizar instrumentos mais flexíveis diz respeito ao instrumento jurídico de outorga (o título habilitante) que é adotado para a prestação dos serviços de telecomunicações. Atualmente coexistem no Brasil como instrumentos de outorga a concessão (de forma residual, aplicável aos serviços de telefonia fixa, explorados sob “regime público”) e a autorização (aplicável aos demais serviços, explorados sob “regime privado”).

Regime Público vs. Regime Privado

A Lei Geral de Telecomunicações dividiu a exploração dos serviços de telecomunicações sob dois regimes: (i) regime público; e (ii) regime privado. De forma sucinta, a distinção entre os dois regimes atrai para si uma carga conceitual e obrigacional distinta, que pode ser assim resumida:

Regime Privado	Regime Público
Autorização	Concessão ou Permissão (por prazo pré-fixado)
Prazo Indeterminado	Reversibilidade dos bens indispensáveis à prestação do serviço à União no vencimento da outorga
	Sujeito a metas de universalização
	Obrigações de Continuidade do Serviço

Em relação a esses instrumentos, despontam duas preocupações centrais. Em primeiro lugar, tendo em vista que a concessão é atualmente utilizada no setor como um instrumento residual, aplicável apenas a um dos serviços, seria esse instrumento então necessário e suficiente para promover os objetivos da política? A experiência tem revelado que esse instrumento na verdade não tem sido capaz de acompanhar a contínua evolução tecnológica nesse setor e que o regime privado/autorização pode atender aos objetivos setoriais a um custo menor e com a mutabilidade que acomoda a dinâmica do setor.

Essa dificuldade em acompanhar a evolução tecnológica do setor decorre exatamente de a concessão ser usualmente aplicada como um instrumento de atribuição mais rígido, com o estabelecimento de metas pouco ajustáveis e por um longo prazo. Para um setor que vive em rápida e constante evolução tecnológica, esses parâmetros necessitam ser mais facilmente moldáveis para acomodar a(s) nova(s) realidade(s) setoriais.

Em consequência, se a concessão não é o instrumento adequado, como deve se dar a migração do regime público para o regime privado no caso das concessões de serviços de telefonia fixa existentes?

Concessão vs. Autorização

Analisando-se a experiência internacional, o Brasil é um dos poucos países que ainda faz uso do instrumento da concessão no setor de telecomunicações. Não se trata de um demérito essencial do instituto, mas tão somente de um instrumento que atualmente não se mostra mais adequado para promover os objetivos da política pública no setor.

As concessões foram largamente utilizadas na década de 1990 como meio de viabilizar investimentos privados em setores que estavam originalmente incumbidos ao Poder Público. Demonstrada a incapacidade do setor público de fazer frente às demandas sociais na disponibilização desses serviços à coletividade, no país optou-se pelo instrumento da concessão como forma de se estabelecer uma relação jurídica de longo prazo capaz de conferir segurança ao ente privado (equilíbrio econômico financeiro) e ao ente público (através da regulação, das metas de universalização e da reversibilidade de bens).

As condições que motivaram a adoção desse modelo na década de 1990, no entanto, não mais se verificam e, para os dois lados. Do lado do ente privado, a mudança profunda no modelo de negócios do setor leva à consequência de que mesmo o instrumento conhecido para manter a sustentabilidade financeira da concessão não mais se verifica. Não se trata nesse caso de um mero “evento perturbador” que pode ser acomodado dentro do contrato, mas de uma total subversão da lógica do serviço.

Pela ótica do ente público, dois de seus principais instrumentos de intervenção na atividade, notadamente o programa (metas) de universalização e a obrigação irrestrita de reversibilidade, não tem se mostrado como os meios adequados a atingir os objetivos da política setorial. Isso porque, (i) o modelo atrelou a universalização do acesso com a escolha de uma tecnologia que não mais atende às expectativas sociais de bem-estar; e (ii) a lógica subjacente à reversibilidade dos bens, notadamente a continuidade da prestação do serviço e a não duplicação ineficiente da infraestrutura, não é preservada apenas através da concessão e as incertezas atualmente existentes podem ter levado a menores investimentos na rede. Para esse segundo item, significa dizer que a reversibilidade dos bens não se mostra como condição necessária para promover incentivos dos operadores a promover os investimentos adequados.

O objetivo da universalização do acesso ao serviço de voz foi alcançado largamente por meio da telefonia móvel. Dos objetivos estritos iniciais, persiste uma cobrança que onera o setor, o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações - FUST, e que hoje não tem seus recursos canalizados para viabilizar a universalização do que é realmente considerado essencial pelo usuário, o acesso a dados.

A reversibilidade, por sua vez, é usada atualmente como um instrumento de *enforcement* para assegurar que o provedor de serviços atenda aos objetivos da política estabelecida pelo governo. Argumentamos, no entanto, que a aplicabilidade irrestrita desse instrumento pode produzir efeitos perversos no setor. Isso porque, inicialmente, é necessário que se tenha clareza sobre qual o universo dos bens que será objeto da reversão, tendo em vista que os mesmos bens são atualmente utilizados para a prestação de serviços sob diferentes regimes de outorga (concessão e autorização).

Esse efeito é potencializado à medida em que se aproxima o término dos contratos de concessão, pois estes estabelecem que investimentos realizados no prazo de dez anos anteriores ao término do contrato apenas conferem direito a indenização de bens não

amortizados que tenham tido consentimento expresso do regulador. Essa medida desmobiliza investimentos no setor. Ao exigir elevado esforço de monitoramento por parte do regulador, que no limite pode não se mostrar factível, criam-se incentivos para que o provedor de serviços adote uma postura conservadora e, por vezes, leniente, comprometendo a qualidade da prestação dos serviços.

Em suma, o instrumento da reversibilidade que fora pensado originalmente para assegurar e preservar os investimentos feitos no setor acaba produzindo o efeito oposto ao desejado; ao invés de promover investimentos como resultado da segurança jurídica que produziria, enrijece as condições e impõe custos excessivos ao regulador, ao atribuir a competência (poder-dever na Administração Pública) de monitorar e em certas circunstâncias anuir previamente com mobilização e desmobilização de ativos. Em consequência, desincentiva os investimentos de parte do operador. O regime público, portanto, restrito ao serviço de telefonia fixa, acaba por engessar o provedor, criando uma assimetria na direção contrária àquela que se pretendia quando da pactuação dos contratos de concessão.

Ainda que já se admita uma inadequação do regime público para a prestação dos serviços, persiste principalmente da parte da Administração, certo desconforto em migrar totalmente para um regime privado⁶ (para a autorização como instrumento de outorga). Tal postura está primordialmente fundada no receio de que, ao adotar a autorização como instrumento de outorga, restem poucos instrumentos de regulação e controle da atividade pelo Poder Público. Nesse sentido, é importante observar como a experiência internacional tem migrado para a adoção da autorização. Ademais, também, em âmbito nacional, em outras indústrias de rede, a experiência revela que a adoção de institutos mais flexíveis tem sido capaz de garantir o atendimento aos instrumentos de política pública.

A Experiência de Outros Setores Regulados de Infraestrutura no Brasil

Sob uma perspectiva constitucional, as indústrias de rede tiveram um tratamento semelhante no sentido de reservar a titularidade de sua exploração a um ente da federação:

⁶ Adotando-se aqui a terminologia da Lei n.º 9.472/97, que não trata a rigor de uma atividade privada em sentido estrito, mas de uma atividade reservada à União (art. 21, XI) que demanda um título habilitante mais flexível (a autorização) para seu exercício.

ora à União (caso dos serviços e instalações de energia elétrica, do transporte dutoviário de gás natural e dos serviços de telecomunicações), ora aos Estados (os serviços locais de gás canalizado), ora aos Municípios (água e esgoto, iluminação pública).

O modelo setorial adotado para desempenhar essas atividades é diverso. Via de regra, essa diferenciação não compromete o atendimento às peculiaridades de cada setor; ao contrário, essa flexibilidade permite melhor se amoldar às peculiaridades fruto da evolução no tempo e no espaço. Mais ainda, essas diferenças não desnaturam suas semelhanças no que diz respeito a suas raízes constitucionais de atividade reservada.

Antes de passarmos às experiências de outros setores, esse comentário preliminar é relevante para (i) tornar o relato dessas experiências comparável com o que se propõe no âmbito do setor de telecomunicações, bem como para (ii) desmistificar a pretensamente insuperável associação da concessão como instrumento necessário para que se dê cumprimento a determinados objetivos de política setorial.

A Tabela 2 arrola exemplos de outros setores que adotam a autorização como título habilitante e que se valem de compromissos tradicionalmente associados à concessão, superando, em certa medida, essa pretensa oposição essencial entre a concessão e a autorização⁷:

Tabela 2.

ATIVIDADE	TÍTULO HABILITANTE	OBSERVAÇÕES
Transporte de Gás Natural	Autorização	No caso dos gasodutos de transporte autorizados, é prevista a incorporação dos dutos e instalações ao patrimônio público ao final do período da autorização, mediante indenização prévia. Aqui não se trata de uma desapropriação clássica, tendo em vista que não é dada ao privado a oportunidade de questionar as bases legais de tal ato, ficando pré-estabelecido que essa será a destinação dada àqueles bens vinculados à autorização.

⁷ Essa é a abordagem tradicionalmente adotada pelo Direito Administrativo. No entanto, a análise empírica do uso desses instrumentos demonstra que a prática tem flexibilizado essa distinção estanque, seja para inserir mecanismos mais flexíveis na concessão (a exemplo das concessões onde não há um controle de preços (fixação de tarifas), seja para agregar obrigações tipicamente de regime público a autorização.

Aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW (PCH's)	Autorização	O autorizado está submetido a uma série de obrigações que tipicamente não são impositivas à exploração de atividades em um regime privado, a exemplo da obrigação de submeter-se a toda e qualquer regulamentação de caráter geral que venha a ser estabelecida pela ANEEL.
Produção Independente de Energia (PIE) e Autoprodução	Autorização	O art. 21 do Decreto n.º 2003/1996 prevê a possibilidade de o poder público promover a encampação de bens e instalações do PIE e do Autoprodutor.
Terminais Portuários de Uso Privado (TUP)	Autorização	Apesar de os Terminais de Uso Privado serem explorados sob regime privado, o autorizado está sujeito a uma série de obrigações que tipicamente não são observadas em um regime privado (a exemplo do controle da qualidade do serviço prestado e a sujeição a penalidades impostas pelo regulador).

Os exemplos apresentados ilustram como é possível, portanto, encontrar na experiência nacional de outros setores exemplos que contemplam essa preocupação: mesmo se valendo de uma exploração mais próxima ao regime privado (mais flexível), as atividades elencadas estão submetidas a determinadas obrigações (a exemplo da reversibilidade dos bens) pelo fato de serem atividades de titularidade de entes públicos.

O próprio setor de telecomunicações tem exemplo de como essas “obrigações de serviços públicos” foram de certa forma incorporadas para alguns serviços prestados sob regime privado: para o Serviço Móvel Pessoal (explorado em regime privado) foram estabelecidas diversas obrigações de cobertura como parte do processo de licitação de radiofrequências.

Por mais que não se adote terminologias que já tem uma carga semântica associada à prestação do serviço em regime público, a exemplo de metas de universalização, é possível atingir resultados semelhantes a partir de compromissos demandáveis firmados pelos agentes.

Dessa forma, se por um lado é necessário que se tenha claro quais os objetivos da política pública a serem perseguidos, por outro lado, a concessão não é o único meio de estabelecer compromissos executáveis, ou seja, garantir *enforcement*, para a implementação desses objetivos.

No contexto atual parece claro que a política pública deve abarcar como objetivo promover acesso universal aos serviços de internet de alta velocidade. Argumentamos que a experiência internacional é farta em mostrar que um regime privado se mostra como solução igualmente capaz e provavelmente mais favorável para promover os objetivos de política pública dotada de uma flexibilidade capaz de melhor recepcionar a evolução tecnológica em curso no setor.



*Centro de Estudos
em Regulação e
Infraestrutura*