

Espaço Discente

CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE TELEFONIA AMERICANO E O BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO DIREITO ANTITRUSTE

ÉRICA CRISTINA ROCHA GORGA

I — Introdução. II — Monopólio natural: o problema da regulação. III — A formação e a quebra do monopólio da AT&T. IV — A formação e a quebra do monopólio da Telebrás: 1. Análise histórico-política da consolidação do monopólio; 2. A crise do monopólio estatal; 3. A adaptação do Direito; 4. Uma nota sobre o processo de privatização do PND; 5. Atuação recente da ANATEL. V — Conclusões. VI — Bibliografia.

“Transportation companies with all the uses to which they may be applied in transporting goods, wares, merchandise and other kinds of property, and for furnishing suitable and proper accommodations, not to be surpassed, to any who desire to travel are no more convenient and indispensable to the commercial business of the world than those which furnish means for transmitting intelligence by electricity” (S. Walter Jones, *A treatise on the law of telegraph and telephone companies*, 1916).

I — Introdução

Presentemente, passa-se pela fase de mudanças operacionais ditas advindas da privatização e da conseqüente quebra do monopólio do sistema de telecomunicações do país. A partir de julho deste ano, os usuários dos serviços de telefonia devem optar pela operadora que completará a ligação interurbana, discando, para isso, além do código da cidade chamada, o número da operadora escolhida. Os consumidores terão duas alternativas para executar chamadas DDD, podendo assim decidir pela Embratel ou pela operadora regional específica de cada localidade.

Trata-se da inserção do sistema de concorrência na prestação de serviços telefôni-

cos, que, até a privatização da Telebrás, no ano passado, era provido exclusivamente por empresas estatais. A continuidade da transição deverá se dar no final deste ano, quando deverão existir mais duas empresas para prestar o serviço de ligação interurbana, quais sejam, a Bonari (empresa-espelho da Embratel) e a empresa-espelho da operadora regional. O fomento da competição nos mercados de telecomunicações é o objetivo governamental assegurado por lei, a fim de que os consumidores sejam beneficiados com a diminuição de tarifas e o aumento da qualidade dos serviços, sem prejuízo da universalização e da continuidade da oferta.

É incontestável que tais mudanças no sistema de telecomunicações pátrio tiveram como origem e pano de fundo a evolução

que tem ocorrido no mesmo setor em outras partes do mundo. Desse modo, assinala-se a precursora quebra do monopólio privado do Sistema Bell nos Estados Unidos, que revela considerações de extrema importância para o estudo da competitividade e da aplicação do direito antitruste.¹ Neste país, o *Telecommunications Act* de 1996 visou implementar uma série de conciliações estruturais que possibilitem a

1. Yves Dezalay e David M. Trubek, *A reestruturação global e o direito. A internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transnacionais*, pp. 61-63. Da mesma forma o enorme crescimento da importância do direito antitruste em outras partes do mundo é o fenômeno bem recente — a par, é claro, do relevante papel que tal ramo apresentou durante todo o século no direito americano. Dezalay e Trubek afirmam que “quando a comissão propôs a legislação da Comunidade Européia sobre concorrência nos anos setenta, inicialmente os Estados-membros resistiram, pressionando contra qualquer expansão no plano do direito concorrencial europeu além das regras já estabelecidas no Tratado” (os autores referem-se ao Tratado de Roma, que contém apenas duas provisões — arts. 85 e 86 — sobre direito antitruste, as quais até os anos 80 foram raramente utilizadas). A explosão de fusões e incorporações sucedida na Europa no final da década de 80 foi causa de transformação do modo de concepção do direito europeu. Com a instalação do Mercado Comum da Europa, na década de 90, evidenciou-se a necessidade de uma nova forma de legislação européia de controle da concorrência. Num sistema híbrido, influenciado pelo *Bundeskartellamt* (BKA) alemão e pelas técnicas da *common law*, “o regulamento da Comunidade Européia de controle das fusões e outros aspectos da política concorrencial da Comunidade Européia criaram, com efeito, na maior parte da Europa, e pela primeira vez, um direito antitruste, abrindo desta forma um novo mercado para aquelas firmas com experiência necessária para explorá-lo”. Nesse diapasão, também as considerações de Gesner Oliveira, *O papel do CADE na nova economia brasileira*, p. 802: “(...) os anos noventa registram o fortalecimento da aplicação da legislação antitruste na Comunidade Européia e nos EUA e mesmo em países de menor tradição na área, como Japão. Na mesma direção, verifica-se maior onda, desde o pós-guerra, de florescimento de defesa da concorrência, especialmente em regiões antes sob o domínio do socialismo real ou sob modelos estatizantes de industrialização, como na América Latina. Recente estudo do Banco Mundial contém ilustração abundante a esse respeito em países tão díspares como Rússia, Peru, Venezuela, México, Jamaica, República Tcheca e dezena de outros”.

promoção da concorrência na prestação dos serviços de telecomunicações, os quais foram longamente considerados como mercado de monopólio natural.

O próprio mentor do projeto da privatização em nosso país, o então Ministro das Telecomunicações Sérgio Motta, em entrevista em dezembro de 1996, fazia menção expressa às semelhanças do projeto nacional em relação às medidas norte-americanas, que foram tidas como base de reflexão para a concepção do projeto de quebra do monopólio da Embratel.²

Portanto, tendo em vista as relevantes medidas que vêm sendo implementadas na política concorrencial do Brasil, o presente trabalho tem o escopo de debater questões suscitadas no bojo de tal processo.

Para isso, proceder-se-á, inicialmente, à análise das características de um monopólio natural. Em seguida, abordar-se-á

2. *Revista Nacional das Telecomunicações* 210-A, fev. 1997. Seguem trechos extraídos da entrevista coletiva de Sérgio Motta, em 13.12.1996: “(...) Depois de algum tempo, todos os operadores podem prestar qualquer serviço, em qualquer lugar. Vamos estabelecer uma ampla competição. É um ambiente muito parecido com o que propõe a nova lei americana (*Communications ACT*) em vigor desde fevereiro de 1996. (...) Teremos, então, um mercado de plena competição com um número de operadoras globais. A idéia é, assim, chegarmos num horizonte de cinco anos a um mercado totalmente competitivo para todos os serviços. É esse mercado competitivo que vai assegurar a melhora da qualidade. Os preços, não só da linha telefônica, mas também dos serviços, cairão significativamente. (...) Mesmo nesta fase que antecede a privatização, não falamos em aumento de tarifas, mas, sim, em reestruturação tarifária, com a eliminação de subsídios cruzados. É este sistema de subsídios que inviabiliza qualquer processo de privatização. (...) Nossa posição é preservar totalmente o desenvolvimento tecnológico do setor, seja o CPQD ou todos os centros de treinamento. (...) Vale refletir na experiência americana dos laboratórios Bellcore, criados para prestar serviços para as Baby Bells e cuja estratégia não deu certo. O Bellcor está se transformando agora numa espécie de empresa. (...) Não há risco de monopólio privado, a não ser por um período muito curto. Mas o nosso plano é disparar o processo de competição o mais depressa possível. (...) Nós não admitiremos monopólios, isso não interessa. (...)” (grifo nosso).

as condições que ensejam a dissolução do monopólio do Sistema Bell, à luz do direito antitruste americano, fonte indispensável para a discussão do assunto. Passar-se-á ao estudo do caso brasileiro, investigando-se as causas políticas e estruturais da formação do monopólio da Telebrás e os fatores que ensejaram a sua quebra e, após, serão levantadas algumas das principais discussões jurídicas que estiveram (e ainda estão) presentes na condução do processo que longe está de terminado.

II — Monopólio natural: o problema da regulação

O monopólio natural consiste na situação de monopólio criada *naturalmente*, em decorrência das características do próprio meio, e não em razão de eventual comportamento dos agentes econômicos direcionados a esse fim. Tal situação é verificada nos setores onde a competição é impossível, seja por fatores físicos, decorrentes da existência de fontes de insumo únicas ou em função de uma tecnologia protegida por patente ou segredo industrial; ou ainda por fatores econômicos advindos de características inerentes a um setor específico da indústria, as quais tornam a competição ruinosa ou destrutivas.³

Os ganhos de economia de escala extremados são características de monopólios naturais. Havendo grande predominância dos custos fixos totais (parcela dos custos totais decorrentes dos gastos com fatores fixos de produção, independentemente da quantidade produzida) sobre os custos variáveis totais (parcela dos custos totais que variam de acordo com a quantidade de produção, significando a despesa com fatores variáveis de produção), cada quantidade produzida ensejará a diluição do custo fixo total, resultando em ganho de escala que será proporcional ao aumento da produção.⁴

3. Calixto Salomão Filho, *Direito concorrencial, as estruturas*, pp. 191-192.

4. De acordo com a "teoria da produção", a função de produção de curto prazo é caracterizada

Daí, retornos crescentes de escala (ocasionados devido à apropriação do custo fixo no longo prazo juntamente com a necessidade e utilidade⁵ contínuas do produto para o consumidor) aliados a altas barreiras à entrada de outros competidores potenciais no mercado, em razão de custos irrecuperáveis e disponibilização de grandes investimentos iniciais no processo produtivo, acabam por determinar a citada situação de monopólio natural.

Em tal ambiente, a produção de determinado bem ou o fornecimento de serviço específico por uma única firma minimizará os custos do processo produtivo. Assim, um agente econômico poderá eventualmente suprir a demanda de todo o mercado ao expandir continuamente sua produção na medida em que tal conduta acarretará ganhos de escala crescentes. Porém, tendo conquistado mercado, a racionalidade monopolística fatalmente levará o agente a praticar preços monopolistas.⁶

Discorrendo acerca da regulação em monopólios naturais, Viscusi, Vernon e Harrington Jr. explicam que se o ambiente

pela existência de fatores fixos e fatores variáveis, enquanto a função de produção de longo prazo engloba fatores unicamente variáveis (L. C. Pereira de Carvalho, *Manual de Economia*, p. 151).

5. Cf. a explicação do Prof. C. Salomão Filho, *ob. cit.*, p. 194: "Quanto maior o número de usuários, maior a utilidade do produto para o usuário seguinte e, portanto, maiores a probabilidade e lucratividade da venda sucessiva. Em alguns casos extremos, esses retornos crescentes de escala impõem a existência de um monopólio natural. O sistema de telefonia é um bom exemplo. O sistema só tem utilidade para o consumidor na medida em que todos se utilizem daquela mesma companhia. Isso faz com que os usuários com suas linhas telefônicas possam alcançar todas as pessoas e serviços desejados. Obviamente, um serviço telefônico concorrente encontrará tremendas dificuldades para entrar no mercado. Não há nenhum interesse para o usuário em adquirir uma linha telefônica que não permita a comunicação com praticamente ninguém já que todos adotam o primeiro sistema telefônico" (*apud* V. A. E. Kanh, *The economics of regulation: principles and institutions*, v. II, New York, 1971, p. 123).

6. W. Kip Viscusi, John M. Vernon e Joseph E. Harrington Jr., *Economics of regulation and anti-trust*, p. 351.

econômico fosse estático, não sofrendo quaisquer mutações, a determinação de uma política regulatória por parte das autoridades governamentais seria fácil. Uma vez que fosse averiguada a existência de um monopólio natural em um dado mercado, as autoridades determinariam um preço social ótimo (*the socially optimal price*), requerendo que o agente monopolista atendesse toda a demanda existente a esse preço.⁷ Dessa forma, estando estabelecida a regulação, aos agentes reguladores caberia zelar pelo cumprimento da obrigação imposta ao monopolista.

Ocorre que a dinâmica é característica intrínseca de todo ambiente econômico real. Assim sendo, sabe-se que a demanda oscila constantemente em razão de variáveis exógenas, como, p. ex., nas mudanças de preferência dos consumidores, alterações de renda no ambiente mercadológico, ou descoberta de novas tecnologias.

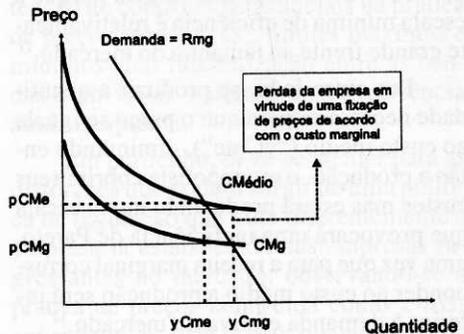
Por isso, a política governamental regulatória deverá adaptar-se de acordo com as mudanças de mercado, já que condições de demanda e de custos podem se alterar até o ponto em que a indústria não seja mais passível de ser considerada como monopólio natural.

Nos EUA, conglomerados privados como a *Consolidated Edison*, a *AT&T* (*American Telephone and Telegraph Company*) e *El Paso Natural Gas*, eram considerados monopólios naturais típicos. Tais

7. Ob. cit., p. 475. No mesmo sentido, expõe Herbert Hovenkamp, *Federal antitrust policy. The law of competition and its practice*, p. 33: "The problem of natural monopoly is easily state: if the market is occupied by a single firm, the firm will charge a monopoly price. If it is occupied by a multiple firms, even assuming that the firms behave competitively, they will have higher costs and will charge higher prices. The traditional solution to the problem of persistent, recognized natural monopoly is price regulation. (...)". E adiante: "When a natural monopoly is recognized as such and subjected to price regulation, it acquires at least a limited immunity from the federal antitrust laws. For some time this has been true of local telecommunications, electric companies, gas companies, and other price regulated utilities".

empresas são controladas por agências regulatórias que operam nos níveis locais e estaduais, devendo aprovar os preços praticados pelos monopolistas, impondo parâmetros a partir da estimativa dos custos e retornos da atividade produtiva para a proteção dos interesses dos consumidores finais.

Sucedo que, conforme observado no gráfico, em um monopólio natural,⁸ o monopolista alcança uma quantidade eficiente de produção (" y_{Cmg} ") ou ótimo de Pareto,⁹ quando o preço se iguala ao seu custo marginal. Entretanto, a esse nível de preços o monopolista não consegue cobrir seus custos, já que o preço pelo qual venderá é menor que seu custo médio, incorrendo em prejuízo.¹⁰



8. Cumpre lembrar que as economias de escala existentes no monopólio natural decorrem de o custo médio e o custo marginal serem declinantes tal como esboçado no gráfico.

9. Vilfredo Pareto (1848-1923), economista e sociólogo italiano, reformulou as idéias de Walras, desenvolvendo o conceito de eficiência nas trocas (economia "parentiana" do bem-estar). A eficiência de Pareto constitui na situação econômica onde não é possível a realocação dos fatores para maior bem-estar de determinado grupo sem que haja diminuição do bem-estar de outro grupo. No "ótimo de Pareto" existe a maior eficiência econômica possível na interação dos agentes.

10. Hal R. Varian, *Microeconomia: princípios básicos*, p. 447, define o monopólio natural como a situação de mercado em que a produção envolve grandes custos fixos e custos marginais pequenos, citando o exemplo da telefonia: "(...) uma empresa telefônica local envolve custos muito grandes para instalar fios e redes de comunicação, enquanto os custos marginais de uma unidade extra de serviço telefônico são muito baixos".

Em outras palavras, a questão fundamental, segundo Varian, está na contraposição do tamanho da “escala mínima de eficiência” — que significa o nível de produção capaz de minimizar o custo médio da empresa — com relação ao tamanho da demanda existente para o mercado. Pode-se dizer que com a diminuição do valor que representa a escala mínima de eficiência, haverá condições crescentes para a entrada de competidores potenciais no mercado. Assim, se a escala mínima de produção eficiente for pequena em relação ao tamanho da demanda (se “y” se deslocar consideravelmente à esquerda em razão de mudanças na curva de custo médio) existe a preponderância de condições competitivas no mercado. Os monopólios surgem porque a escala mínima de eficiência é relativamente grande frente ao tamanho do mercado.¹¹

Por outro lado, se produzir a quantidade necessária para que o preço se iguale ao custo médio (“yCme”), diminuindo então a produção, o monopolista cobrirá seus custos mas estará produzindo numa escala que provocará uma ineficiência de Pareto, uma vez que para a receita marginal corresponder ao custo médio a produção será inferior à demanda efetiva do mercado.¹²

Os órgãos reguladores utilizam, em grande parte, uma fórmula semelhante à descrita abaixo, a fim de se chegar ao preço que deveria ser cobrado pelo monopolista:¹³

11. Id., *ibid.*, pp. 449-450.

12. Geralmente os reguladores determinam o preço que estaria próximo a essa segunda possibilidade, igualando-o ao custo médio da firma e deixando que exista uma situação que não configura o ótimo de Pareto. Isso se dá porque se o monopolista tivesse que vender seu produto abaixo do valor do custo médio, ou ele se retiraria do mercado já que não auferiria lucros, ou o governo teria que subsidiar a produção da empresa, o que geraria grandes controvérsias.

13. Robert S. Pindick e Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomia*, p. 456. Os autores explicam que se trata do critério denominado “regulamentação da taxa de retorno”, baseado na taxa de retorno auferida sobre o capital investido, sendo que o preço máximo permitido é baseado na taxa de retorno esperada que será auferida pela empresa.

$$P = \frac{CVMe + (D + T + sK)}{Q}$$

onde *CVMe* é o custo variável médio, *Q* é a quantidade produzida, *s* é a taxa de retorno permitida, *D* é a depreciação, *T* é o imposto e *K* é o estoque de moeda da empresa. A grande discussão gira em torno da variável *s*, pois a sua determinação envolve conceitos subjetivos de *razoabilidade* e *competitividade*.

Com efeito, um dos maiores problemas apontados sobre tal sistema consiste na impossibilidade de se alcançar o preço ideal a ser praticado pelos monopolistas devido às dificuldades de se proceder às estimativas e de comprovar os verdadeiros gastos da empresa no processo de produção.¹⁴

Uma outra forma de solução aplicada aos setores de monopólio natural trata da empresa pública, por meio da qual o governo exercerá o papel de agente monopolista, procurando administrar uma produção eficiente a partir da cobrança de um preço social otimizado. Nesse caso, visando à consecução da economia “paretiana de bem-estar”, o governo subsidia a produção da firma a fim de que haja otimização da quantidade produzida (no ponto em que o preço equivale ao custo marginal), arcando com as despesas da diferença entre o custo médio e o custo marginal (em destaque no gráfico).

Ao subsidiar o preço para a continuidade da produção, a fim de se conseguir ofertar a quantidade ótima do ponto de vista da eficiência econômica para o consumidor, surgem questões acerca da origem

14. Id., *ibid.*, e também Viscusi, Vernon e Harrington Jr., *ob. cit.*, p. 371: “There is a serious problem implicit in this procedure, however, because a large proportion of a firm’s costs are usually common costs. For example, high voltage power lines are used in common by all costumer groups. And although arbitrary accounting rules can be made up to apportion these costs among groups (for instance, in proportion to their respective annual purchase of the product), none are meaning full in an economic sense as a basis for setting prices”.

dos recursos financeiros que serão alocados no subsídio e acerca da transparência dos burocratas administradores das empresas públicas ao mostrarem os custos justificadores do montante de subsídios utilizados para tal financiamento pelo governo.

III — A formação e a quebra do monopólio da AT&T

Em consonância ao anteriormente abordado, transformações ocorridas no mercado, decorrentes da sua inerente dinâmica, podem resultar em maiores condições de competitividade, fazendo com que a empresa monopolista natural deixe de assim se configurar. Assim, a demanda do mercado a um preço ótimo exigirá que empresas menores (em relação à empresa monopolista natural) passem a atuar visando à maximização da eficiência alocativa. É o que vem acontecendo em certos ramos de mercado como o caso da telefonia nos Estados Unidos, o qual passaremos a estudar em seguida.

Cabe salientar, nesse ínterim, que um dos maiores problemas a ser enfrentado consiste exatamente na forma em que se dará a necessária transição do sistema de monopólio natural para o sistema competitivo. Viscusi, Vernon e Harrington Jr. analisam três formas de conduta que são expostas sinteticamente abaixo.¹⁵

A primeira consiste na manutenção do monopólio natural, não obstante tenha havido mudanças econômicas relevantes que apontam para o seu esvaecimento. Aqui, a política de regulação do monopólio natural nos moldes convencionais (regulação de preço e acompanhamento) produziria custos sociais significativos ao impedir a competição que tem condições de fazer baixar os preços, gerando melhor alocação de riquezas no sistema, o que deverá ocasionar melhoras para o bem-estar do usuário final.

Uma segunda possibilidade diz respeito à desregulação total ao se permitir a li-

vre entrada de novos competidores e se remover o controle de preços. No entanto, a quebra da situação do monopólio natural pode não ser suficiente para ensejar tal liberalização, já que severas mudanças podem ocasionar efeitos adversos, com o surgimento de barreiras e *lobbies* para impedi-las.

Por isso, a terceira forma de conduta, qual seja, a desregulação parcial, é a mais aconselhável política a até economicamente, sobretudo quando existem incertezas sobre as condições efetivas de preço e de demanda no mercado. Nesse caso, é permitida a entrada de competidores a partir do preenchimento de certos padrões demandados. O principal fator consiste na manutenção de controles substanciais na prática de preços como, p. ex., limites máximos e mínimos com flexibilização entre as bandas com vistas à defesa da concorrência ainda incipiente.

Em particular, deve-se atentar para as distorções que podem surgir de uma política de regulação que trate diferentemente a empresa já estabelecida das empresas ingressantes no mercado, observando-se a prática de preços conhecida como *cross-subsidization*. Esta ocorre quando o preço de um produto é fixado com finalidade de gerar rendas adicionais para o subsídio de vendas de um segundo produto ofertado pela empresa. É usualmente praticada a partir da elevação significativa de preço de um produto com baixo custo relativo para que se cumpra um preço inferior de um produto com alto custo relativo. Assim, a renda obtida da venda superfaturada de um produto subsidiará a venda subfaturada de outro. Em última instância, o usuário de "A" subsidiará o consumo do serviço "B". Tal mecanismo é utilizado muitas vezes por empresas telefônicas, aéreas e rodoviárias.

O *cross-subsidization*, ou subsídio cruzado, pode ser utilizado como prática predatória sendo forma ineficiente da alocação de preços, na medida em que a empresa monopolista atuante nos mercados "X", "Y" e "Z", hipoteticamente, tente coibir o

15. Ob. cit., p. 483.

estabelecimento da empresa ingressante no mercado "X", ao utilizar de ganhos monopolistas em "Y" e "Z" para subsidiar a oferta a preço abaixo de custo em "X", visando assim provocar a retirada da nova empresa do mercado "X".

Passa-se para uma abordagem histórica do caso objeto de estudo.

A invenção do telefone por Alexander Graham Bell em 1876, num primeiro instante, não chegou a produzir efeitos significativos uma vez que a comunicação providenciada pelo novo instrumento limitava-se à ligação entre curtas distâncias. Em razão dessa insipiência, a invenção não foi tida como ameaça pela empresa telegráfica *Western Union*, principal fornecedora e monopolista dos serviços telegráficos à época, a qual se recusou a adquirir a patente que lhe foi ofertada por Bell.

O inventor, então, teve a iniciativa de criar em 1877 sua própria empresa, a *Bell Telephone Company*. Sucede que para o desenvolvimento e a eficiência do sistema fazia-se necessária a construção do comutador que providenciaria a interconexão das chamadas à rede, realização que exigiria investimentos consistentes, os quais a empresa recém-constituída não tinha condições de bancar.

Théodore Vail, um dos primeiros diretores da companhia, veio a conceber um sistema que permitisse a realização do empreendimento. Este sistema consistia na contratação de outras empresas que seriam autorizadas a operar os serviços de telecomunicações patenteados por Bell em cada localidade. Em contrapartida, tais operadoras financiariam a construção das redes nos territórios preestabelecidos e designariam de 30% a 50% dos seus retornos à empresa outorgante.¹⁶

A empresa telegráfica *Western Union*, concorrente direta da *Bell Telephone*

Company, não obstante sua vantajosa posição financeira na época, estava impedida de desenvolver a nova tecnologia em função da proteção jurídica decorrente da patente de propriedade de Bell. Em 1879, devido a um processo cujo objeto consistia em infração à legislação sobre patentes, a *Western Union* foi compelida a revender à *Bell Telephone Company* o parque telefônico que ela havia começado a instalar, uma tentativa de estabelecer alicerces no novo mercado.

Por isso, com a consumação da separação legal entre a prestação de serviços telegráficos e a prestação de serviços telefônicos, havia condições para a dominação progressiva do ramo de telefonia pela *Bell Telephone Company*, que após subscrição de aumento de capital teve sua razão social alterada para *American Bell Company* em 1880.¹⁷

Acerca das condições que levaram Bell a consolidar sua posição no mercado, Encaoua e Koebel dispõem:

"On peut distinguer essentiellement quatre types de stratégies employées par Bell pour assurer sa domination: 1. Poursuite de la politique contractuelle de concession accordée à des opérateurs locaux; 2. Extension de la politique de recherche et de protection par les brevets; 3. Création de quelques liaisons de longue distance; 4. Intégration amont par la price de contrôle d'une entreprise d'équipement".¹⁸

Interessa para a análise uma breve discussão dos últimos três itens abordados pelos pesquisadores.

A utilização de patentes aliada ao alto custo de implantação do sistema fizeram desde logo que se constituísse um potencial mercado de monopólio natural no setor de telecomunicações americano.¹⁹ Há várias

17. Id., *ibid.*

18. Id., *ibid.*, p. 480.

19. Id., *ibid.* Os autores afirmam a expansão de 66 patentes em 1879 para 900 patentes em 1894, na data em que a proteção jurídica das patentes originais se expirava.

16. Cf. David Encaoua e Philippe Koebel, *Réglementation et déréglementation des télécommunications...*, p. 479.

teorias que procuram explicar o significado da patente para o direito, sendo que, especialmente para o direito antitruste, a patente apresenta-se como tema de relevância particular.

Não obstante o surgimento das patentes na Idade Média esteja relacionado à garantia de perenidade das técnicas de produção utilizadas nas corporações de ofício civis, no *Mercantilismo* a patente assume uma função pública e estatal, passando a significar um “certificado de qualidade” chancelado pelo Estado. Na época, a patente protegia a exclusividade e os privilégios monopolísticos do Estado na execução de determinadas atividades. Posteriormente, em retomada à sua concepção original, a evolução do instituto foi adquirindo um caráter mais privado. A patente, então, passou a ser concebida como direito natural do inventor fazer uso exclusivo de sua própria invenção; ou, em uma ótica contratual positivista, como a contraprestação a ser recebida, assegurada pelo Estado, pela atividade inventiva executada.²⁰

Areeda e Kaplow suscitam algumas desvantagens apontadas no sistema de patentes em relação à concorrência. Em princípio, uma vez que o conhecimento da técnica foi alcançado, o custo marginal da sua utilização é igual a zero, por isso, a cobrança feita pelo titular da patente em razão de seu uso, necessariamente implicará a subutilização do invento. Contraditória-

mente, o sistema de patentes poderá vir a impedir a busca de progresso tecnológico que é o que ele busca fomentar, já que novos inventores serão dissuadidos da pesquisa de aperfeiçoamento tecnológico que poderá ensejar infração da patente original. Patentes relevantes podem reforçar concentração econômica com a perpetuação do monopólio de certa tecnologia durante o prazo de vigência da proteção jurídica.²¹

Por outro lado, a patente pode ser vista como incentivo para o estímulo de processo inventivo.²² Atualmente, sob o ângulo de um conceito eminentemente concorrencial, esse entendimento prevalece como explicação para a adoção do sistema de patentes como necessário ao progresso tecnológico, pois: 1) a proteção jurídica da patente visa estimular investidores a financiar o processo inventivo, o que assim não seria caso existissem riscos reais de qualquer empresa copiar a tecnologia inventada, sem ter para isso despendido quaisquer recursos no seu desenvolvimento. Logo, a duração da patente propicia tempo para a recuperação dos investimentos utilizados no processo de criação (e para a consecução dos lucros visados em qualquer atividade comercial num sistema capitalista de produção); 2) a partir da garantia de condições que estimularão o processo inventivo, objetiva-se a distribuição de aprimoramentos e de eficiência alcançados aos consumidores finais, que serão beneficiados com a inovação.

A outra estratégia referida para a consolidação do monopólio da Bell nas telecomunicações foi a integração vertical. Em 1881, a Bell passou a controlar a sociedade *Western Electric* que era a principal fornecedora de equipamentos da empresa te-

20. Outra é a posição que sustenta o *disclosure*, conforme a definição de Denis Borges Barbosa, *Uma introdução à propriedade intelectual*, p. 129: “Uma patente, na sua formação clássica, é um direito, conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade da exploração de uma tecnologia. Como contrapartida pelo acesso público ao conhecimento dos pontos essenciais do invento, a lei dá ao titular da patente um direito limitado no tempo, no pressuposto de que é socialmente mais produtiva em tais condições a troca da exclusividade de fato (a do segredo da tecnologia) pela exclusividade de direito. A outra forma usual de proteção da tecnologia é a manutenção do segredo — o que é sempre socialmente desaconselhável, eis que dificulta o desenvolvimento tecnológico da sociedade. (...)” (grifo nosso).

21. *Antitrust analysis: problems, text, cases*, pp. 167-168.

22. *Id.*, *ibid.*, para uma discussão detalhada sobre a questão crítica de a patente fomentar invenções que não teriam ocorrido sem a sua existência, ou se, adversamente, a patente implica em custo social por ser aplicada também a invenções que seriam concebidas mesmo se não existisse essa proteção.

legráfica *Western Union*. Com a formalização de um contrato, segundo o apontado por Encaoua e Koebel, a Bell obrigava-se a utilizar somente os equipamentos fabricados pela *Western Electric*, enquanto esta somente produziria os equipamentos patenteados pela Bell, limitando a sua oferta às empresas que atuavam sob *franchising* do conglomerado.²³ Dessa forma, os serviços da Bell só poderiam ser completados com equipamentos fornecidos por sua controlada, sendo que tais equipamentos, por outro lado, não poderiam ser conectados em outros sistemas de comutadores sem que houvesse perda de qualidade dos serviços.

A *Bell Company* que era monopolista do mercado de serviços telefônicos, por meio de integração vertical, passou então a dominar outro segmento, o mercado de equipamentos telefônicos, no qual não atuava anteriormente. Observe-se, nesse ponto, que a integração vertical não consiste em infração à ordem econômica per se, mesmo se envolver a compra de fornecedor por uma empresa com posição dominante no mercado, como no caso ora abordado. Primordialmente no setor de telecomunicações, tido como monopólio natural, a integração com outros elos da cadeia produtiva pode significar maiores ganhos de escala, aumento de eficiência e melhora da produtividade, acarretando na distribuição de benefícios aos consumidores, através de serviço de maior qualidade ou barateamento dos preços de oferta. Aliás, esse foi um dos argumentos utilizados pelo grupo Bell perante as autoridades antitruste americanas, como veremos posteriormente.

Assim, tendo ocupado sua posição dominante no mercado de telefonia local, em 1885 houve a criação da *American Telephone and Telegraph Company*, a filial da *American Bell Company* incumbida do desenvolvimento da infra-estrutura para as ligações de longa distância no país.

O mercado encontrava-se em plena expansão, proporcionando altos lucros às

operadoras telefônicas. Com a expiração das patentes originais em 1894, outros concorrentes se dispuseram a entrar no mercado tendo em vista tais possibilidades. Devido aos altos preços cobrados pelos serviços ofertados pela Bell, estabelecimentos industriais, bancários e financeiros tomaram iniciativas de desenvolver sua própria rede telefônica para usos comerciais. Outrossim, foram constituídas cooperativas de consumidores para a criação de redes fechadas onde a empresa não estabelecera seu domínio, principalmente na zona rural.

A companhia Bell negou aos concorrentes qualquer tipo de interconexão à sua rede que era então utilizada pela maioria dos usuários. No entanto, o impedimento de interconexão com a rede já estabelecida fez com que os agentes independentes interligassem seus comutadores para concretizar o objetivo comum de ampliação da nova rede alternativa. Noll e Owen revelam que devido à aliança formada por tais grupos, o setor estava se direcionando rumo a um duopólio com redes não comunicáveis.²⁴

Diante do ingresso de tais concorrentes no mercado, a Bell tentou diminuir os preços, porém em razão da estrutura organizacional do grupo houve dificuldades em fazer com que as sociedades operadoras locais licenciadas os baixassem também.

A saída encontrada pelo grupo consistiu na intensificação de pesquisa, com a finalidade de obtenção de maior número de patentes que assegurassem o domínio de novas tecnologias, mormente o desenvolvimento dos serviços de chamadas de longa distância.

Logo, com o desenvolvimento da tecnologia telefônica de longa distância, o sistema Bell passou a oferecer vantagens não ofertadas pelos agentes independentes. A detenção da patente do sistema de longa

24. Roger G. Noll e Bruce M. Owen, *The anticompetitive uses of regulation: United States v. AT&T*, p. 330.

23. Ob. cit.

distância não só proporcionou à Bell o monopólio nesse mercado, como também ensejou a consolidação definitiva do monopólio no setor de telefonia local que se encontrava ameaçado; para os usuários, tornou-se imediatamente preferível ser assinante de um sistema que providenciasse ao mesmo tempo a comunicação local e a em longa distância. Assim, com a aquisição ou a falência do resto da indústria, o sistema Bell passou a deter 90% da rede nacional de assinantes de serviços de telefonia.²⁵

Mais do que simplesmente patentear as tecnologias relacionadas com a criação original do telefone, o grupo Bell empreendeu um verdadeiro processo de acumulação de patentes, no qual o aprimoramento de qualquer instrumento de telecomunicação era patenteado como nova invenção. Com isso, praticamente ao tempo da expiração de cada patente, a empresa havia desenvolvido uma nova tecnologia que substituiria a antiga patente já expirada. Desse modo, existiam grandes barreiras à entrada para os novos concorrentes, que eram impedidos, inclusive, da pesquisa tecnológica em relação a qualquer patente em vigor; a tecnologia tornava-se acessível ao uso dos concorrentes quando já obsoleta, fazendo com que não existissem as mínimas condições de competição no mercado. Leia-se o que Areeda e Kaplow dizem, com propriedade, a respeito do assunto:

“Patent accumulation in the hands of a monopolist presents a dilemma. On the one hand, we certainly do not want to impede research, development, and innovation by all, including monopolists. Nor can we totally prevent a patentee from selling the use of its invention to an existing monopolist without sometimes depriving the patentee of any reward from that invention or without sometimes depriving the public of the best products at lowest cost. On the other hand, the more patents that a monopolist accumulates, whether from internal

invention or from acquisition, the greater the impediment to competition”.²⁶

Entretanto, a política de absorção de agentes independentes ou ainda de separação de nichos de mercado de modo a formar uma situação de cartel dominada pelo grupo Bell ensejou uma série de reclamações por violações do *Sherman Act*.²⁷

Em 1913, houve a formalização do *Kingsbury Commitment* entre a companhia e o *Department of Justice*, no qual aquela se comprometia a não adquirir empresas concorrentes, inclusive abrindo mão da *Western Union* que havia adquirido em 1908.²⁸ O grupo Bell concordou em interconectar sua rede à rede dos agentes independentes remanescentes. Esse acordo permitiu que o grupo mantivesse suas posições no serviço de telefonia local e a distância, tidos como mercados de monopólio natural que seriam regulados por agentes fiscalizadores.²⁹

26. Ob. cit., p. 557. Na doutrina pátria, anota Paula Forgioni em *Breves notas sobre a posição dominante e seu abuso*, p. 63: “Caso típico da total ausência de controle potencial é o das patentes, em que ao titular do direito é assegurado o monopólio. Mas, da mesma forma que qualquer outro caso de posição dominante, o agente econômico não poderá dela abusar, p. ex., açambarcando direitos de propriedade industrial”.

27. Editado em 1890, o *Sherman Act* veio a atender, principalmente, aos anseios do setor rural frente aos abusos advindos do monopólio das estradas de ferro. O diploma visou assegurar a liberdade de atuação dos agentes econômicos e a proteção dos consumidores perante o poder dos monopólios e oligopólios originados em decorrência da concentração industrial no nordeste dos Estados Unidos e das influências dos *trustees*, que formavam amplas barreiras à concorrência nos mercados que controlavam.

28. Com a evolução e crescimento do setor de telefonia e a consequente diminuição de importância da indústria telegráfica, a *Western Union* passara por dificuldades financeiras que acarretaram na sua venda ao grupo Bell, que viera a atuar também nesse segmento.

29. Théodore Vail sustentava que sua empresa necessitava do monopólio para a prestação de *serviços universais*, isto é, para “garantir a todos os cidadãos norte-americanos o acesso aos serviços telefônicos locais e interurbanos em qualquer ponto do território americano”.

A regulamentação americana de telecomunicações interurbanas (*Intercity Telecommunications Market — ITM*) é datada de 1910 com a edição do *Mann-Elkins Act*, que atribuiu ao *Interstate Commerce Commission* a competência para regulação da telefonia interurbana e a fiscalização da *American Telephone and Telegraph (AT&T)*, a qual já havia consolidado seu monopólio na transmissão de longa distância.

Com o *Communications Act* de 1934, houve transferência da competência de regulação do *ITM* para a agência regulatória criada, a *Federal Communications Commission (FCC)*, então responsabilizada pelo controle sobre preços praticados no mercado, pela entrada de produtores e pela interconexão das ligações de longa distância com as linhas telefônicas locais. O modelo engloba agências estaduais de regulação em cada Estado norte-americano, subordinadas à *FCC* da esfera federal.³⁰

A agência recém-vestida passou logo a investigar a integração vertical existente no mercado, sendo que a controvérsia ensejou interposição do processo antitruste *United States v. Western Electric* pelo governo federal em 1949. A queixa fundava-se na monopolização do mercado de equipamentos telefônicos pela *Western Electric* (que não era submetida ao controle da *FCC*) e nas práticas restritivas empenhadas pelas operadoras Bell e pela *AT&T*, que somente adquiriam equipamentos da *Western Electric*.

A *AT&T* refutava as acusações, argumentando que havia necessidade da integração entre o grupo para a prestação de serviços mais vantajosos. A empresa também quis afastar a competência da autoridade antitruste (*Department of Justice* —

Antitrust Division) justificando que o caso era da alçada da agência regulatória específica da matéria, a *FCC*.³¹ As querelas acabam resultando na formulação de um acordo, o *Consent Decree*, em 1956. Assim, foi mantida a estrutura operacional e a *Western Electric* foi obrigada a restringir o fornecimento dos equipamentos às empresas do grupo *AT&T*, o que foi considerado como uma vitória dos réus. Por outro lado, as atividades operacionais do grupo deveriam se limitar àquelas regulamentadas pelos agentes reguladores, o que em pouco tempo significou uma severa medida, pois barrava a entrada do grupo em outros mercados, como, p. ex., o de informática. Havia, ademais, a obrigação de o grupo conceder permissão de operação sob o sistema Bell a qualquer agente independente que assim o quisesse, ou seja, em última instância tal determinação significou a liberalização da política de autorização do uso das patentes detidas pela Bell e mais do que isso: “le Consent Decree de 1956 reconnaissait ainsi implicitement que l’immense potentiel de brevets accumulés par le groupe Bell avait été une arme maîtresse pour maintenir son pouvoir de monopole au cours du temps, en agissant comme une barrière stratégique à l’entrée de concurrents potentiels”.³²

Até finais da década da 50, a *AT&T* permaneceu monopolista do mercado dos serviços de *ITM*, considerado monopólio natural devido aos elevados custos fixos de operacionalização do sistema e ao relativo baixo custo marginal. O monopólio era fundado na superioridade tecnológica do grupo. Ocorre que, devido basicamente ao

30. *FCC, Connecting the globe*: “The American model for regulating telecommunications is derived from the powers vested in the federal and state governments by US Constitution. As a means of regulating interstate and foreign commerce in wire and radio communication, the United States Congress passed the Communications Act of 1934, and created the Federal Communications Commission (FCC)”.

31. Posteriormente no caso *United States v. RCA*, 358 US 334 de 1959, a Suprema Corte americana veio a consolidar o entendimento de que as aprovações da *FCC* não apresentavam “imunidade antitruste”, isto é, a agência desempenhava função de fiscalização do mercado de telecomunicações que não excluía a apreciação dos atos por ela aprovados pela agência antitruste específica, o *Department of Justice*.

32. David Encaoua e Philippe Koebel, *Réglementation et déréglementation des télécommunications...*, p. 488.

advento do desenvolvimento da tecnologia de transmissão por microondas, após a Segunda Guerra Mundial, houve a redução significativa dos custos fixos da prestação de serviços de telecomunicações. Com isso, surgiam pedidos de permissão à FCC para a construção de sistemas de linhas de telecomunicações baseados na nova tecnologia, tanto de firmas privadas quanto governamentais. Assim, houve condições para prestação de serviços de ITM por agentes econômicos mais pulverizados, cuja demanda crescera consideravelmente em razão do desenvolvimento de computadores e da expansão de seu uso a partir dessa época.

Em decorrência, em 1959, a FCC determinou que somente em determinada frequência de transmissão haveria a entrada de novos competidores no mercado, então dominado pela AT&T. Posterior e paulatinamente, a FCC foi empreendendo uma política de regulação (*deregulation*)³³ e

33. Nesse ponto devemos aludir ao significado de uma política de *deregulation* empreendida pela agência norte-americana, que é precisamente analisada pelo Prof. Eros Grau: "A busca de 'mais sociedade, menos Estado' supõe a substituição da *regulação estatal* (= *regulamentação*) por *regulações sociais*. Aí a *deregulation* dos norte-americanos, que designamos mediante o uso do vocábulo 'regulação'. Como os norte-americanos usam o vocábulo *regulation* para significar o que designamos 'regulamentação', *deregulation*, para eles, assume o mesmo significado que indicamos ao usar o vocábulo 'regulação'; vale dizer: a *deregulation* dos norte-americanos está para *regulation* assim como, para nós, a 'regulação' está para a 'regulamentação'" (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 93). No mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld anota que "quando, especialmente na doutrina americana, fala-se em 'desregulação' como sendo (ou devendo ser) a tendência da postura estatal relativamente aos lá denominados 'serviços de utilidade pública', está-se tratando justamente do movimento de introdução da competição nesses serviços, eliminando-se a parte da regulação que, tendo sido criada para controlar os monopólios (controle das tarifas, p. ex.), passou a ser apontada como a grande responsável pela própria manutenção deles. Mas essa 'desregulação' não elimina, antes supõe, a intervenção estatal via 'regulação', só que agora com novas técnicas e novos objetivos, todos coerentes com o projeto de eliminação dos monopólios" (*Direito global*, p. 161).

fomento de competitividade. Fez-se necessária a imposição de limites de preços para a AT&T devido a desconfianças de práticas de *cross-subsidization*.

As operadoras telefônicas locais da AT&T (*Bell System Local Operating Companies*) monopolizaram o serviço de telefonia local por mais de meio século, sendo que sua *Western Electric*, provedora de equipamentos — como o próprio aparelho de telefone — era a única fornecedora para consumidores finais, usuários desse sistema. Outra decisão significativa originou-se a partir da recusa da AT&T de prover a conexão de um equipamento terminal ao seu próprio equipamento já que não se tratava de invenção concebida dentro do Sistema Bell. Em 1968, na decisão conhecida como *Caterfone*, a FCC e os tribunais permitiram que, gradualmente, produtores não ligados ao *Bell System* viessem a vender telefones para o uso doméstico, que concorriam diretamente com tal subsidiária industrial da AT&T, o que acarretou na abertura do mercado de equipamentos de telefones à concorrência.³⁴

Posteriormente, o governo federal ingressou com ação antitruste contra a AT&T (*United States v. AT&T*), alegando que as relações desta com sua subsidiária produtora de equipamentos configuravam ilícito antitruste, e que o monopólio do mercado de telefonia de longa distância assentara-se em bases ilegais. Como explicam Areeda e Kaplow, o governo contestou a integração vertical do conglomerado AT&T em dois principais aspectos, argumentando que o monopólio local de serviços telefônicos, embora legítimo, estava casado com a produção de equipamentos telefônicos e com o fornecimento de serviços telefônicos de longa distância também.³⁵

34. Encoua e Koebel, id., *ibid.*, afirmam que tal decisão "devait donner naissance à ce qu'on a appelé le *marché de l'interconnexion*" (grifo nosso).

35. Philipp Areeda e Louis Kaplow, *Antitrust analysis: problems, text, cases*, p. 527.

E segundo Noll e Owen: "the essence of the government's case against Bell System was that it had used its status as a regulated monopoly in most of its markets to erect anticompetitive barriers to entry in potentially competitive markets". Os autores consideram que o governo abordou o problema por meio de uma simplificação do mercado relevante: "It viewed the telephone system as selling basically one relatively homogeneous technical product: electronic communications capacity of given technical characteristics". Tal delimitação era possível devido à fungibilidade da capacidade da rede telefônica que possibilitava a prestação de vários serviços, em quaisquer proporções, com a utilização da mesma infra-estrutura.³⁶

As cortes americanas, paulatinamente, consolidaram o entendimento de que para a configuração de poder de monopólio, deve-se verificar o poder que o agente econômico tem de controlar o preço e de excluir potenciais competidores do mercado, independentemente da detenção de elevado *market share*. No caso Bell, o serviço telefônico não encontrava substitutibilidade de demanda, ou relevante substitutibilidade de oferta que pudessem vir a ser consideradas. Caso a *AT&T* resolvesse aumentar seus preços, os consumidores não teriam outras alternativas, senão pagar o preço pedido ou deixar de utilizar o serviço telefônico. Os consumidores encontravam-se, assim, em situação de dependência com relação ao serviço prestado pelo grupo, já que existia um baixíssimo grau de elasticidade cruzada (*cross elasticity*) do produto, praticamente inexistindo possibilidade de intercambialidade no mercado. Mesmo se a *Western Electric* resolvesse aumentar os preços de seus equipamentos, as operadoras locais sob *franchising* do sistema Bell teriam que pagar o preço repassando-o aos consumidores, já que estavam adstritas à compra de equipamentos dessa empresa. Ademais, o próprio setor apresentava características

de barreiras naturais à entrada com os altos custos de infra-estrutura e os custos irrecuperáveis (*sunk costs*).

Com efeito, foi alegado que o sistema Bell não havia consolidado seu monopólio através da eficiência na prestação de serviços, mas por intermédio de uma série de práticas anticompetitivas contra potenciais agentes concorrentes. As acusações principais consistiam na recusa do conglomerado em negociar a interconexão à sua rede, práticas discriminatórias que aumentavam os custos dos competidores, abuso contra o processo de regulação por meio de falhas no fornecimento de informações às autoridades e como mecanismo de proteção à entrada de novos agentes, precificação de serviços com vistas à exclusão de potencial concorrência.³⁷

Como conseqüência da ação antitruste promovida pelo *Department of Justice* contra a *AT&T*, em janeiro de 1982, os litigantes anunciaram um acordo pelo qual a empresa concordava em separar suas conexões das 22 companhias telefônicas locais, as quais se organizaram em sete *holdings* denominadas *Regional Bell Operating Companies (RBOCs)*.³⁸ Assim, o grupo Bell

37. Roger G. Noll e Bruce M. Owen, *The anticompetitive uses of regulation: United States v. AT&T*, p. 339.

38. Vernon Viscusi e Harrington Jr., ob. cit., p. 493: "(...) These twenty-two companies were made into seven holding companies, the regional Bell operating companies (RBOCs). Local Bell system operations were subdivided into 161 'local exchange and transport areas' (LATAs) with each LATA being assigned to one of the RBOCs. The key restriction on RBOCs is that they are not allowed to provide inter LATA services. (...)".

E discutindo sobre o aspecto econômico do monopólio natural, os autores colocam (p. 499): "The argument that the local telephone is not a natural monopoly rests on two points. First, the development of digital switching technology has greatly reduced the economies of scale associated with switching services. It is now economically feasible to have a local neighborhood connected to multiple switching facilities which is essential for competition as each carrier would have its own facility. Innovations like this one lie behind some preliminary estimates that the local telcos may have no longer be a natural

aceitou abrir mão de suas operadoras que lhe propiciavam o monopólio de serviços de telefonia local. Em contrapartida a AT&T manteve sua divisão *Western Electric* e seus laboratórios de pesquisa, e as *Long Lines* que proviam os serviços de telecomunicação interurbana.³⁹ Também foi revogado o *Consent Decree*, de 1956, que proibia a AT&T de atuar em qualquer mercado que não os regulamentados, sendo permitido então que a AT&T entrasse em outros setores, como o de computação. A consolidação da quebra de seu monopólio foi consumada em 1984.⁴⁰

Recentemente, foi editado o *Telecommunications Act of 1996* que intencionou a abertura de todo o mercado de telecomunicações norte-americano para a concorrência. Com o novo *Act*, as *Bell Operating Companies* são proibidas de ofertar serviços telefônicos de longa distância até que certas condições sejam preenchidas. Fundamentalmente, o *act* reestruturou os mercados de telefonia locais, acabando com o monopólio concedido às local *exchange carriers*, sendo impostas obrigações e con-

monopoly" (*apud* Bruce C. Greewald e William Sharkey: "The economics of deregulation of local exchange telecommunications", *Journal of Regulatory Economics* 1 (1989):319-339).

39. Roger G. Noll e Bruce M. Owen, *ob. cit.*, pp. 348 e 350: "The government did not contend that the Bell System's prices were predatory for two reasons. First, it could not prove that any price was below some reasonable definition because the data on costs were so poor. Second, even if adequate data existed, the government saw no reason to believe that the prices could satisfy the second test — that they were temporary, for the purposes of creating short-term losses that would be made up later when competition abated. (...) Nevertheless, the government decided not to pursue total dissolution. For one thing, it could not establish that vertical integration between manufacturing and service did not provide some efficiency benefits. (...)".

40. Cf. o comentário de Eleanor M. Fox e Lawrence A. Sullivan, *Cases and materials on antitrust*, p. 236 sobre o caso: "The government, having won round one in its case against AT&T, proceeded to negotiate a settlement that would be heralded as the biggest break-up in American industrial history".

das que visam à promoção da competição no mercado.⁴¹

Segundo dados da FCC, enquanto o *market share* da AT&T no mercado de longa distância caiu de 90% em 1984 para 45% em 1997, as rendas da companhia aumentaram de US\$ 35 bilhões para US\$ 40 bilhões no mesmo período.⁴² Assim, mesmo com perda de parcela de seu mercado, a AT&T conseguiu aumentar seus retornos devido a uma atuação mais competitiva no mercado que implicou na redução de seus custos de operação.

A *Federal Communications Commission (FCC)* explica os métodos de introdução de competição no mercado de telecomunicações estipulados na nova legisla-

41. A *Southwestern Bell* foi obrigada a permitir que a *Time Warner* fizesse conexão com sua rede a fim de que esta pudesse ofertar determinados serviços utilizando-se da infra-estrutura já existente. O "47 USC § 251 (c)" sujeitou os agentes estabelecidos no mercado "to share their networks with competitors".

V. no caso *AT&T Corp. et al. V. Iowa Utilities Board et al.*: "Until de 1990s local phone services was thought to be a natural monopoly. States typically granted an exclusive franchise in each local service area to a local exchange carrier (LEC), which owned, among other things, the local loops (wires connecting telephones to switches), the switches (equipment directing calls to their destinations) and the transport trunks (wires carrying calls between switches) that constitute a local service exchange network. Technological advances, however, have made competition among multiple providers of local service seem possible, and Congress recently ended the longstanding regime of state-sanctioned monopolies.

"The Telecommunications Act of 1996, Pub. L. 104-104, 110 Stat. 56 (1996 Act or Act), fundamentally restructures local telephone markets. States may no longer enforce laws that impede competition, and incumbent LECs are subject to a host of duties intended to facilitate market entry. Foremost among these duties is the LEC's obligation under 47 USC § 251(c) (1994 ed., Supp. II) to share its network with competitors. Under this provision, a requesting carrier can obtain access to an incumbent's network in three ways: It can purchase local telephone services at wholesale rates resale to end users; it can lease elements of the incumbent's network 'on an unbundled basis'; and it can interconnect its own facilities with the incumbent's network."

42. FCC, *Connecting the globe*.

ção.⁴³ O primeiro consiste na *facilities-based competition* que é o caso do agente ingressante no mercado usar de seus próprios conhecimentos tecnológicos para desenvolver uma nova rede. Dessa forma, o agente não se submeterá à exploração de uma rede já existente e possivelmente obsoleta, estando hábil a prestar novos serviços de maior eficiência e capacidade. São esses agentes que provocam a pressão competitiva que acarretará em inovações tecnológicas em todo o setor. No entanto, como haverá necessidade de interconexões para a troca mútua de tráfego com outros provedores, é fundamental que a agência regulatória adapte normas que possibilitem que os ingressantes no mercado tenham poder de barganha para transacionar tal conexão em outras redes, já que o custo de interconexão pode significar uma barreira considerável à entrada. Contudo, a desvantagem existente consiste nos altos custos envolvidos no desenvolvimento de tecnologia própria pressuposta no mecanismo.

Outro método é denominado *unbundled networks elements*. Nesse caso, a empresa ingressante no mercado construirá parcelas da rede, comprando acesso a outras facilidades essenciais que serão providas por agentes estabelecidos no próprio mercado. As vantagens de tal sistema consistem na redução de barreiras à entrada, já que a firma ingressante prestará seus serviços sem necessitar desenvolver sua própria rede, prevenindo a formação de um monopólio a longo prazo por parte do agente estabelecido, uma vez que este fornecerá sua rede para os novos ingressantes, os quais poderão criar novas tecnologias adaptáveis àquela rede para diferenciar seus serviços daqueles já ofertados pelo agente estabelecido. Mister é destacar que o *Telecommunications Act of 1996* dispôs uma lista de serviços controlados pelo agente já estabelecido no mercado, os quais deverão ser providenciados junto à empresa ingressante no mercado.

A terceira forma de incentivo à competição consiste na *resale*, que é definida pela FCC como a situação em que competidores obtêm serviços com uma taxa de desconto junto ao agente estabelecido, para posteriormente vender tais serviços à sua própria clientela. Trata-se da revenda de produtos ofertados pelo agente estabelecido no mercado. A FCC considera que a revenda pode promover competição no setor de telecomunicações, já que é providenciado um veículo de entrada aos agentes ingressantes que não dispõem inicialmente de capital suficiente para desenvolver seus próprios sistemas de serviços. A revenda de serviços de telecomunicações funcionaria como a arbitragem existente nos mercados de capitais.

No entanto, Kuttner aponta o problema existente em se determinar os descontos a serem dados ao agente revendedor. Tais descontos são calculados parcialmente pela oferta e demanda do mercado e por mecanismos de regulação. Caso o desconto concedido ao repassador dos serviços seja muito alto, na prática o provedor primário estará subsidiando os preços de seu próprio concorrente, o que irá de encontro aos seus interesses. Na hipótese contrária, sendo o desconto baixo demais, poucos concorrentes serão capazes de entrar no mercado.⁴⁴

Outrossim, a concorrência pode acabar por produzir excessos de capacidade. O autor cita a corrida na instalação de fibras ópticas em 1990, as quais se caracterizam por sua capacidade de transmissão de centenas de milhares de ligações, sendo o custo marginal de se adicionar uma chamada ao fluxo praticamente nulo. Por isso, as empresas operadoras de cabos ópticos têm incentivos para aumentar o volume de ligações. Em 1995 era estimado que nos EUA existiam cabos de cobre e de fibras ópticas numa proporção quatro vezes superior à necessidade de comunicações de

43. In *Connecting the globe*.

44. Robert Kuttner, *Tudo à venda: as virtudes e os limites do mercado*, p. 312.

longa distância. Nitidamente, um excesso de oferta acarretará na queda dos preços no curto prazo, entretanto, como o sustentado por Kuttner, é evidente que tal exorbitância não constitui em alocação de recursos desejável. Assim, constata-se um *boom* no setor de telecomunicações americano.⁴⁵

A concorrência para a prestação de serviços telefônicos locais ainda é incipiente, sendo que o *Telecommunications Act* de 1996 acabou por ensejar uma enxurrada de reclamações judiciais de consumidores e de agentes reguladores contra as despesas detentoras dos monopólios nestes mercados.

IV — A formação e a quebra do monopólio da Telebrás

1. Análise histórico-política da consolidação do monopólio

Conforme o salientado por A. Rocha Filho em tese sobre o desenvolvimento dos meios de comunicações frente ao processo político brasileiro, até o começo da década de 60, quando da elaboração do Código Nacional de Telecomunicações, as estruturas de comunicações nacionais encontravam-se em estado de anacronismo singular. Com a promulgação deste texto visouse à compatibilização do ordenamento pátrio em relação à modernização que outros países já experimentavam, sendo ressaltada a preocupação com o setor devido à instrumentalização de controle geopolítico intrínseco ao seu desenvolvimento. Fica claro que originalmente a fomentação e o incremento do ramo de telecomunicações foram fruto de razões políticas, internas ou externas, que surtiem efeitos na economia e sociedade brasileiras.⁴⁶

45. Id., *ibid.* O autor faz paralelo ao *boom* ocorrido no setor ferroviário do século XIX. Cf. a obra para a crítica dos principais abusos que têm sido praticados por empresas telefônicas contra os consumidores.

46. Aloísio da Franca Rocha Filho, *Comunicação e tecnologia. Mutações da comunicação e da política no Brasil contemporâneo*, pp. 90 e ss.

Pode-se dizer que a história nacional das telecomunicações teve início em 1808 com a vinda da Família Real ao Brasil e a consequente abertura dos portos, situação que ensejou um “banho” efêmero de prosperidade à então colônia, que passava por fase de profunda estagnação advinda da decadência do ciclo do ouro.⁴⁷ A partir dessa época, surgiram as primeiras providências consideráveis na reorganização dos serviços postais, dada a centralização das atividades da Coroa Portuguesa no Brasil e o incremento comercial que exigia a concepção de serviços de comunicação mais eficazes, sendo criado pelo rei D. João VI o Regulamento Postal do Brasil.⁴⁸

O telégrafo veio a ser utilizado mais tarde em 1852, quando o imperador Dom Pedro II tomou iniciativas quanto à sua implantação, sendo que desde logo assinou-se a função militar da nova tecnologia.⁴⁹

O Decreto 4.491, de 23.3.1870, autorizou o cidadão norte-americano Charles T. Bright e outros a desenvolver linhas telegráficas submarinas. O Decreto 5.058, de 16.8.1872, autorizou o Barão de Mauá a explorar cabo telefônico entre Brasil e Portugal. A firma *Western and Brazilian Telegraph Co.* obteve permissão para explorar serviço telegráfico nacional e internacional por intermédio do Decreto 5.498, de 10.8.1873.⁵⁰ O imperador Dom Pedro II tornou possível a primeira ligação telefônica do país, do Palácio de São Cristóvão para a Praça XV, no Rio de Janeiro.

O Brasil torna-se membro da União Telegráfica Internacional por meio do Decreto 6.701, de 1.10.1877, no mesmo ano da inauguração do serviço telefônico nacio-

47. Cf. Celso Furtado, *Formação econômica do Brasil*, p. 91.

48. Aloísio da Franca Rocha Filho, *loc. cit.*

49. Id., *ibid.*, “Estudos envolvendo o uso de telegrafia eram feitos no Brasil, com o objetivo de melhor policiar o litoral do país” (*apud* Brasil, Ministério das Telecomunicações, *História dos serviços postais e de telecomunicações no país*, p. 6).

50. V. J. C. Mariense Escobar, *O novo direito de telecomunicações*, p. 16.

nal. De fato, diz Vianna, conforme nos relata Escobar, que o direito internacional das telecomunicações com a celebração de tratados e convenções chega a preceder o regramento da matéria no âmbito interno nacional.⁵¹ Por isso considera-se o direito das telecomunicações como eminentemente internacional. Também Perdomo e Maio assinalam a cooperação e regulamentação internacionais como características do direito das telecomunicações.⁵²

Nos primeiros quarenta anos deste século, a ausência de controle e atuação significativa do Estado nos setores da telefonia e telegrafia determinaram o permanente prevailecimento da iniciativa privada, a qual controlava a prestação de cerca de 80% dos serviços no território nacional.

A estratégia das empresas voltava-se ao estabelecimento das telecomunicações em regiões de alta densidade, buscando-se a maior lucratividade possível, sem que houvesse qualquer preocupação com a "natureza pública" da prestação dos serviços. A oferta de serviços, então, concentrava-se na área litorânea, sendo que "o outro Brasil do interior" permanecia adstrito às iniciativas do governo federal que atendia

51. J. C. Mariense Escobar, ob. cit., p. 15. *Apud* Gaspar Luiz Grani Vianna, *Direito de telecomunicações*.

52. Ob. cit., p. 20. Na expressão dos juristas: "Históricamente, el area de las telecomunicaciones ha sido desde siempre objeto de cooperación y regulación internacional. Quizás en ningún otro aspecto los órdenes jurídicos reconocen un protagonismo tan intenso a los organismos internacionales, que de hecho han sustituido como marco de actuación regular, al mecanismo de tratados específicos negociados entre Estados". Os autores citam Jean Michel Arrichi, *Derecho internacional público y comunicaciones*, que explica as razões para a importância da normatização internacional no direito das telecomunicações, que consistem nas condições físicas em que se prestam tais serviços. O espectro radioelétrico de frequências é limitado, exigindo uso racional e consensual. Além do mais, faz-se primordial evitar as interferências entre as estações, daí a necessidade de cooperação internacional para a coordenação do meio radioelétrico.

as áreas deficitárias por meio da Repartição Geral dos Telégrafos.⁵³

Após a Segunda Grande Guerra, as telecomunicações experimentaram largo desenvolvimento em vários pontos do globo, sendo que no Brasil permaneceu a estagnação até a década de 60. Rocha Filho aponta como causas de tal anacronismo: a inexistência de projeto nacional, política ou órgão do Estado que coordenasse e regulasse os serviços; a inexistência de política tarifária que possibilitasse a manutenção de redes através da consideração dos custos, depreciação e remuneração dos investimentos; a falta de orientação e de conhecimento técnico das cerca de 1.000 companhias telefônicas então existentes; a concentração de 75% da rede telefônica do país, já saturada, na região do triângulo Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais; o prevailecimento do rádio como instrumento de comunicação;⁵⁴ a fragmentação do poder concedente entre a União, os Estados e os Municípios, que não beneficiava a prestação dos serviços;⁵⁵ a inexistência de planos de expansão tanto privados como públicos.⁵⁶

Dessa forma, os fatores mencionados constituíam barreiras ao desenvolvimento da indústria de telecomunicações, de forma que não havia quaisquer condições político-administrativas e econômicas que possibilitassem alterações relevantes no setor.

53. *Apud* Gaspar Vianna, *Direito das telecomunicações*, p. 117.

54. O rádio vai assumindo seu caráter de meio de comunicação de massas desde a década de 20, alcançando enorme importância como instrumento de veiculação da propaganda político-ideológica do governo populista de Getúlio Vargas. V. Aloísio da Franca Rocha Filho, ob. cit.

55. Na vigência da Constituição de 1946 cabia à União, Estados e Municípios a exploração dos serviços de telecomunicações, diretamente ou por meio de outorga às empresas telefônicas.

56. Ob. cit., pp. 99-101. "A espera de uma simples ligação podia durar horas ou dias e a instalação de um aparelho telefônico era apenas uma esperança que se arrastava ao longo dos anos", p. 104.

O grande divisor de águas que deflagrou o processo de desenvolvimento foi o Código Nacional de Telecomunicações, que entrou em vigor em 1962, determinando as bases jurídicas para a formação de um novo modelo. Todavia, a importância desse texto legal toma vulto na transformação da situação política, verificada a partir de 1964, com a instalação do governo militar, e as conseqüentes mudanças de cunho predominantemente ideológico que sustentaram a continuidade do projeto de fomentação do desenvolvimento das telecomunicações.⁵⁷

De fato, o governo militar concebeu as telecomunicações como setor estratégico, indispensável ao plano de integração de todo o território e à concretização da doutrina da “Segurança Nacional” elaborada pela Escola Superior de Guerra.⁵⁸ Havia a preponderância do significado militar sobre o civil, sendo que o desenvolvimento dos meios de comunicação buscava a modernização com vistas à inserção do país no plano mundial.

A adoção de política clara de fomentação da infra-estrutura das telecomunicações no governo autoritário pós-64, conduzida por planejamento estatal, de fato propiciou a entrada de meios eletrônicos à sociedade brasileira com finalidade de dina-

mização das estruturas econômicas, sociais e culturais do país. Por outro lado, é inegável que tal desenvolvimento serviu à perpetuação do próprio regime político que fez uso de densa propaganda através de meios de massa (com destaque ao novo sistema de televisão), censurando toda a forma de expressão que pudesse vir a afrontar o sistema estabelecido.

Segundo a análise do sociólogo Aloísio da Franca Rocha Filho: “A conclusão a que se chega da implantação de uma política de comunicação dos governos militares é que ela não trabalhou apenas em um nível. Os governos militares, ao implantarem as infra-estruturas de telecomunicações simultaneamente sofisticaram a rede estatal de comunicação mass-mediática como também desenvolveram políticas de comunicação tendo em vista a sedução das massas pelas campanhas publicitárias empreendidas no período Médici pela AERP — que era o órgão que dava as diretrizes temáticas. Aliás a época dos governos militares pode-se dizer que foi o período em que a propaganda brasileira cresceu enormemente. Tanto em quantidade como em qualidade. Isso em razão da expansão econômica que o país experimentou onde a propaganda e a publicidade passam a integrar o próprio mercado sob a pena de as mercadorias (de toda a ordem) circularem sob um ritmo lento em contradição com as regras básicas do mercado capitalista oligopolizado, e, no caso, sob o timbre de um regime político de exceção que orientava a sua ação política para também influenciar o imaginário das massas”.⁵⁹

Em 1965 foi criada a Empresa Brasileira de Telecomunicações — Embratel, incumbida da implantação do sistema internacional de telecomunicações conforme esboçado no Código de 1962. O Ministé-

57. Apud Michéle e Armand Mattelart. *O carnaval das imagens. A fixação da TV*, São Paulo, Brasiliense, 1989, p. 37: “(...) O ano de 1962 apresenta uma virada decisiva; o Código Brasileiro de Telecomunicações é promulgado. O Código assim representa tanto uma normatização jurídica da matéria telecomunicações mas sobretudo um instrumento político eficaz para a montagem da infra-estrutura e posteriormente da regulação e controle desse sistema complexo. Portanto, dois anos antes do golpe de Estado de 64, o Estado-Maior das Forças Armadas (e mais particularmente a Marinha e o Exército) fez pressão para que este código viesse à luz o mais depressa possível. Pressente-se o elo que o regime militar instaurará entre os objetivos da instalação de uma rede nacional de comunicação e os de segurança nacional”.

58. Esta foi criada em 1948, com vistas à proteção nacional no contexto de potencial beligerância que predominou durante os quarenta e cinco anos de guerra fria entre as duas superpotências que emergiram da Segunda Guerra Mundial.

59. A. F. Rocha Filho, ob. cit., p. 129. O autor cita os apelos à vida, ao trabalho, à saúde, à segurança, ao patriotismo, ao esporte (às vitórias do Brasil nas Copas do Mundo) etc., veiculados nos meios de comunicação.

rio das Telecomunicações foi criado em 1967 com a reforma administrativa executada por Castello Branco (Decreto-lei 200).⁶⁰

O II Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), diploma que organizava as diretrizes do Estado militar, referia os fundos de investimento que se destinariam ao financiamento do sistema de telecomunicações. Foram repassados recursos do Fundo Nacional de Telecomunicações (FNT), além de financiamento proveniente da FINEP, do BNDES e até mesmo de outras empresas estatais como a Vale do Rio Doce.⁶¹ A *holding* Telebrás, possuidora do controle acionário das empresas estatais, foi criada em 1972, no governo Médici, constituindo-se no órgão centralizador do planejamento e execução da política de telecomunicações a partir das diretrizes do Ministério das Telecomunicações.⁶² Desde então, a atuação da Embratel foi concentrada nos serviços de longa distância e de radiodifusão. Em 1977 implantou-se o Centro de Pesquisas e Desenvolvimento (CPqD) que funcionava sob a coordenação da *holding*. O centro visava ao desenvolvimento de tecnologia interna que seria repassada às empresas telefônicas nacionais. Havia a orientação política de apreensão de

conhecimentos a partir da transferência de tecnologia das filiais de multinacionais instaladas no país, sendo determinado que seu controle majoritário fosse nacional. Dessa maneira, construiu-se um ideal de formação de tecnologia nacional, orientado pelo corpo dirigente do sistema de telecomunicações, em grande parte, constituído por administradores e engenheiros especialistas em telecomunicações, destacando-se aqueles formados pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA).

O sistema possuía elevado grau de capitalização devido ao autofinanciamento, que consistia na participação do promitente-assinante de serviços telefônicos na expansão da infra-estrutura operacional por meio da aquisição compulsória de ações da Telebrás, as quais poderiam ser negociadas livremente, e devido ao Fundo Nacional de Telecomunicações (FNT).

Assim, um conjunto de fatores existentes naquele contexto histórico (legislação adequada, política de fomento, aplicação de recursos, independência orçamentária e capacitação técnica qualificada) propiciou que o setor de telecomunicações de fato alcançasse um largo desenvolvimento até finais da década de 70.⁶³ Todavia, há no processo a ressalva do caráter excludente do crescimento desse setor, marcado pela desigual distribuição dos meios em estreita simetria com o fenômeno da precária distribuição de renda do país.⁶⁴

60. O mesmo governo nacionalizou a Companhia Telephonica Brasileira (CTB) de capital canadense, cujo patrimônio foi avaliado em US\$ 96 milhões (in Ethevaldo Siqueira, *Privatização ou caos*, p. 14).

61. Maria Conceição da Costa, *Constrangimentos e mudanças no setor de telecomunicações no Brasil (1979-1995)*, p. 20.

62. A Telebrás executava a política de compras das empresas telefônicas pelo governo. A Companhia de Telefones do Brasil Central (CBTC) foi a única empresa privada que sobreviveu em meio ao monopólio estatal que *de fato* se estabeleceu. A própria Constituição de 1988, que obrigou a instituição da exclusividade de exploração do sistema de telecomunicações pela União, por intermédio de empresas estatais, com o estabelecimento do monopólio *de direito*, apresenta ressalvas no art. 66 das Disposições Transitórias, no sentido de manter as concessões de serviços públicos que estavam em vigor na ocasião, tornando possível a continuidade de operação da CBTC.

63. Como o salientado por Maria C. da Costa, *ob. cit.*, p. 18, o setor de telecomunicações do país não só não era deficitário, como era inclusive utilizado como garantia de empréstimo no exterior para outros setores, devido ao seu "desempenho exemplar".

64. Rocha Filho, *ob. cit.*, p. 143: "Guardando também profundas simetrias com o modelo econômico adotado no país, o sistema de comunicação social, além de excludente e autoritário revela uma forte tendência à concentração da propriedade, das estruturas de produção e transmissão nas redes mais adiantadas no país. O caso da radiodifusão é particularmente gritante. (...)". Na p. 127: "*Finalmente, importa reter que a elaboração e a execução da política de telecomunicações dos governos autoritários militares pós-64 — de resto como aconteceu com*

A bem-sucedida política de desenvolvimento não teve continuidade a longo prazo. O aparato estatal montado não se adequou à crescente demanda de fluxos de informação, sendo caracterizado um rompimento no processo na década de 80. A revolução da informática transformou todo o instrumental de operação das redes de telecomunicações. A fusão entre telecomunicações e informática exigia investimentos e adequação tecnológica constantes para o acompanhamento do progresso mundial do setor.

No plano interno, o próprio regime militar estava em decadência, assolado pela crise fiscal, pela crise da dívida externa, pela crise do modo de intervenção burocrático-estatal. Por isso, pela crise das telecomunicações, a partir de então, deve ser entendida no contexto da crise geral do Estado nacional, na entrada da chamada “década perdida”.⁶⁵

*todas as outras políticas governamentais gerais e setorializadas — processou-se ao completo arripio da sociedade, pelas características do regime militar que ao cercar as liberdades ostentava uma enorme tendência para a ‘centralização crescente em desmedro do espírito federativo (que era defendido pelos ‘históricos’ de 64); preponderância do executivo sobre os outros poderes (que, em certas circunstâncias, perdem substância e passam a cumprir funções quase ornamentais, mas de valioso simbolismo, como nas sucessões presidenciais); convivência entre a ordem jurídica (existe uma constituição) e o arbítrio corporificado no AI-5; censura à imprensa; condicionamento da cultura, um regime de liberdades prescritas cujo exercício é restrito e de arbitrariedades que se rotinizavam” (apud Fernando Henrique Cardoso, *Autoritarismo*, p. 188). Também Maria C. da Costa, ob. cit., p. 10: “(...) no setor de telefonia, o preço de um terminal ou linha telefônica nunca foi pensado como acessível a todas as camadas da população” (grifo nosso).*

65. Maria C. da Costa, ob. cit., pp. 12-16, aponta “uma aproximação da crise do Estado colbertista francês, enquanto sinônimo de empreendedor, e o Estado brasileiro chamado desenvolvimentista e/ou mobilizador que marcou a integração da vida política, da vida econômica e dos atores sociais”. A cientista política, utilizando o referencial da “Escola de Grenoble”, aplicado aos países onde o Estado desempenhou papel fundamental na condução de políticas industriais, analisa o processo de mudanças políticas ocorridas no setor das telecomunicações. A

2. A crise do monopólio estatal

Podem ser apontados como fatores endógenos preponderantes da ruptura: crise financeira e descapitalização, resultando na incapacidade de manutenção dos investimentos nas telecomunicações; aguda crise de gerenciamento manifestada na inabilidade do Estado em proporcionar soluções alternativas e, sobretudo, no uso dos cargos funcionais do conglomerado Telebrás como política, acarretando a substituição do fator de conhecimento técnico pela indicação burocrática baseada na “troca de favores”, o abandono do CPqD e do ideal de desenvolvimento tecnológico.⁶⁶

mudança de paradigma coloca-se em relação a conjuntos de dados situados em dois níveis distintos, o setorial e o global. O setor de telecomunicações enquanto referencial setorial orienta sua dinâmica em relação ao referencial global (o II PND sendo a última expressão da política desenvolvimentista do Estado, e as crises financeiras e de gerenciamento e a dinâmica da economia mundial como causadoras das suas *démarches*).

66. Etchevaldo Siqueira, ob. cit., pp. 20-22, cita as tarifas, os confiscos de *superavits*, a imposição de limites irrealistas de investimentos, a proibição de empréstimos, desvio de recursos de investimento, atrasos na autorização para o lançamento de debêntures, protelações sucessivas nas autorizações para a captação de recursos no exterior (ADRs), os reajustes tarifados aplicados sistematicamente abaixo da inflação. Salieta que “no decênio de 1975-1984, as autoridades econômicas do governo federal acabaram transferindo indevidamente para o Tesouro Nacional mais de US\$ 7 bilhões, a valores de hoje, mediante o confisco dos recursos do antigo FNT (...)”. A política de tarifas deficitárias, além do mais, contribuía para o crescente congestionamento geral dos serviços, já que a maioria dos assinantes sentia-se estimulada a falar muito mais do que o necessário devido aos baixos preços, sendo que não havia condições para a expansão da infra-estrutura dos serviços por parte das operadoras estatais. A contradição consistia em que, para compensar as baixas tarifas, a Telebrás cobrava altíssimos preços na venda de telefones para novos assinantes. Assim, tentando manter “uma tarifa a um preço socialmente ótimo”, a Telebrás penalizava os novos consumidores e com isso impedia, inclusive, que o telefone chegasse às camadas sociais mais baixas, já que estas não dispunham de recursos para aquisição da linha telefônica, que aliás era o mais importante. Cf. o depoimento do ex-assessor jurídico da Telebrás, Wanderley

No panorama mundial, o neoliberalismo ganhava impulso frente às crises enfrentadas pelos Estados social-democratas e principalmente com o fim do socialismo após a queda da União Soviética. Assim, mudanças significativas exógenas (como as pressões políticas externas agravadas em função da dívida externa e da própria dependência do país com relação à cartilha do FMI, que entre outras coisas defendia a abertura de diversos segmentos dirigidos pela atividade estatal;⁶⁷ a assunção do paradigma microeletrônico sobre as técnicas eletromecânicas, alterando drasticamente as formas de competição na indústria) foram desenhando as condições para a retirada do Estado como agente econômico empreendedor.

No governo Collor, oficializaram-se temas como a desestatização com a promulgação da Lei 8.031/90 que criou o Programa Nacional de Desestatização, com objetivos expressos de redução da dívida pública e a retomada de investimentos empresariais a partir da iniciativa privada (art. 1º).⁶⁸ Concretamente, o processo de priva-

Gregoriano de Castro: "Diante da flagrante inconstitucionalidade do desvio dos recursos do FNT para o FND (Fundo Nacional de Desenvolvimento, ou Fundo), conforme reiterados pronunciamentos, em um fútil, de eminentes juristas, o governo extinguiu o FND em 1981(...)".

67. Cf. os comentários de Eric Hobsbawm, *Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)*, p. 556: "O problema era que, desde a década de 70, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, politicamente apoiados pelos EUA, vinham seguindo uma política sistematicamente favorecedora da economia de livre mercado, empresa privada e comércio global, que servia à economia americana de fins do século XX, mas não necessariamente ao mundo (...)".

68. Segundos nos explica Marcos Jordão T. do Amaral Filho, *Privatização no Estado contemporâneo*, pp. 41-42, o conceito de desestatização possui um caráter ideológico, no sentido de ter se tornado um fim perseguido pela sociedade contemporânea, apresentando significado mais amplo que contém as normas de privatização e desregulamentação situadas no campo da realidade concreta e consubstanciadas por atos e leis de direito. Desregulamentação, por sua vez, significa "a eliminação total ou parcial de regras relativas ao mercado e às atividades eco-

tizações brasileiro já havia se iniciado ainda no governo militar do presidente Figueiredo, quando foram privatizadas cerca de 20 empresas estatais que geraram uma renda de US\$ 190 milhões ao Estado. No governo Sarney, a privatização de 18 empresas havia gerado receita de aproximadamente US\$ 533 milhões. Atingindo maiores proporções, o PND de Collor, em menos de três anos de governo, concluiu a privatização de 14 empresas com rendimentos da ordem de US\$ 4.014 bilhões.⁶⁹

Todavia, a Constituição Federal de 1988, diversamente das anteriores, pela primeira vez reservou a exclusividade da União na exploração dos serviços públicos de telecomunicações mediante concessão a empresas sob controle estatal (art. 21, XI).⁷⁰ A Carta Magna influenciada ainda

nômicas". "Privatizar" trata-se de palavra com uso técnico recente, sendo empregada para "designar a transferência das empresas de propriedade do Estado e atividades por ele exercidas para o setor privado, obedecendo às mais variadas formas de transferência do capital aos particulares". O autor ressalta que a privatização embute a busca de democratização de oportunidades já que houve inversão de valores em relação às empresas públicas que passaram a ser vistas como estruturas burocráticas manipuladas por interesses num jogo corporativista em prejuízo do interesse geral. Nesse sentido o significado de privatização atual difere bastante das desnacionalizações ocorridas, p. ex., no governo Churchill, entre 1951 e 1955.

Zuleta Puceiro, *O processo de globalização e a reforma do Estado*, p. 108: "Os programas de privatização refletem uma tendência mundial, ainda que possam variar seus objetivos específicos em cada país. Nos países da América Latina tais programas procuram recursos para atender aos serviços de uma dívida externa acumulada durante as décadas precedentes. Na Europa Ocidental tentam amortecer os efeitos do grave déficit fiscal ocasionado pelas estruturas do Estado Social. No Sudeste Asiático, por outro lado, busca-se atrair capitais internacionais necessários para a consecução de objetivos mais gerais de modernização".

69. Leopoldo Mameluque, *Privatização: modernismo e ideologia*, p. 17.

70. Com efeito, cabe destacar que os textos constitucionais de 1967 e 1969 atribuíam competência à União para a exploração de todo e qualquer serviço de telecomunicações, diretamente ou por meio de outorga de concessão ou permissão para

pelos ditames de “defesa da segurança nacional” e de proteção “dos setores estraté-

quaisquer empresas, pública ou privada, nacional ou estrangeira, incluindo as multinacionais (segundo Gaspar Vianna, *Os serviços de telecomunicações na Constituição de 1988*, p. 24, o artifício de uma redação genérica e imprecisa com relação a esta matéria conferia à União poderes próprios de um regime ditatorial). Daí percebemos que os fatores políticos foram preponderantes na consolidação do monopólio estatal *de fato*, que não era protegido por qualquer dispositivo jurídico que estabelecesse sua criação, já que perante os citados textos constitucionais a União estava autorizada a outorgar a exploração dos serviços a entidades privadas. Por outro lado, a Constituição de 1988, que assegurou a exploração dos serviços públicos de telecomunicações à União, diretamente ou por meio de empresas sob controle estatal, erigindo finalisticamente um sistema monopolista estatal *de direito*, não conseguiu com isso sustentar as estruturas em que se assentava o sistema de telecomunicações brasileiro por muito tempo. A contradição, em síntese, consiste em que o monopólio estatal do setor de telecomunicações brasileiro se consolidou não obstante à inexistência de qualquer mecanismo de direito que assim o determinasse. Prevaleram, portanto, fatores eminentemente políticos tanto na formação do monopólio como na sua quebra, já que esta, conforme dito, foi ocasionada por constrangimentos do sistema político interno e por pressões externas que acabaram determinando a impossibilidade de manutenção do monopólio no panorama institucional. Assim, o apogeu das pressões políticas acabaram culminando na Emenda Constitucional 8, de 1995, que reabre a possibilidade *de direito* de delegação dos serviços às empresas privadas. E aqui devemos aludir a teoria que trata da constituição em seu sentido sociológico que, segundo as lições de Ferdinand Lassale, concebe a constituição, em essência, como a somatória dos fatores reais de poder que regem as leis e as instituições jurídicas em determinado contexto social. Desse modo, existem duas constituições em um país: a *real* e *efetiva*, formada pelo conjunto dos fatores reais e efetivos de poder, e a *escrita* que é a constituição incorporada em papel, transcrita a partir da constituição *real*. Para Lassale, conforme as explanações do Prof. José Afonso da Silva, a constituição escrita “só é boa e durável quando corresponde à constituição real, àquela que tem suas raízes nos fatores de poder que regem no país. *Onde a constituição escrita não corresponde à real, estala inevitavelmente um conflito que não há maneira de eludir e, cedo ou tarde, a constituição escrita, a ‘folha de papel’, tem necessariamente que sucumbir ante o empuxo da constituição real, das verdadeiras forças vigentes no país. Esse conflito irreduzível importará sempre o desrespeito e o descumprimento da constituição escrita, e*

gicos”, fruto da ideologia autoritária militar, ampliou consideravelmente os mono-

*somente se resolverá se esta for modificada para ajustar-se à constituição real, ou, então, mediante a transformação dos fatores reais de poder. Em suma, para esse autor, os problemas constitucionais são primariamente problemas de poder, e não de direito” (Aplicabilidade das normas constitucionais, pp. 23-24, apud Ferdinand Lassale, *Que es una constitución?*) (grifo nosso). Como já nos é notório, a doutrina parece pensada para explicar a situação pátria. É nesse sentido que devemos entender a afirmação de diversos autores de que, mesmo antes da Emenda Constitucional, os políticos “encontraram” formas de burlar a norma máxima. Diz L. C. Moraes Rego (*Privatização ou caos*, p. 51): “O governo Sarney tentou circunavegar a restrição constitucional do art. 21, que restringe às empresas estatais o direito de operar os *serviços públicos* de telecomunicações, caracterizando a telefonia celular, via decreto presidencial, como um *serviço público restrito*. Já o governo Collor chegou a regular os serviços de valor adicionado via portarias, criando, à semelhança do modelo norte-americano, as faixas de frequência A e B para a telefonia celular, sendo uma para a empresa operadora estatal e outra para a futura empresa privada, respectivamente”. Também a cientista política Maria Conceição da Costa, *ob. cit.*, p. 68: “No Brasil, no final da década de oitenta, o governo decidiu avançar em direção a uma privatização setorial, sem esperar a revisão constitucional, inicialmente marcada para outubro de 1993 (...). Para isto classificou vários serviços, tais como telefonia móvel, televisão a cabo e transmissão de dados como ‘serviços especiais de telecomunicações’, o que significa não incluí-los na categoria de ‘serviços públicos’, até o presente, monopólio do Estado. Este recurso permitiu a entrada do capital privado no mercado de telefonia celular em vários Estados, e um conseqüente loteamento da participação das empresas de tequipamentos já presentes no país, como NEC, Siemens e Ericsson, além da entrada de duas novas, AT&T e Alcatel. (...)”.*

Tais considerações vêm a demonstrar como, não raro, as mutações jurídicas são originadas por mudanças no contexto político, histórico e econômico de uma sociedade. Entretanto, com isso, de forma alguma pretendemos abalar a autonomia da ciência jurídica, como um sistema de conhecimento independente e intrinsecamente auto-suficiente, que-remos, sim, reafirmar a importância da compreensão do ordenamento jurídico como parte de um todo maior, no qual a ciência política, economia, sociologia, história e outros sistemas organizados de conhecimento inter-relacionam-se e fundem-se; de onde devemos extrair substratos para uma análise que tem fulcro num entendimento interdisciplinar (e não unilateral) da realidade humana.

pólios estatais, mesmo a *contrario sensu* do que ocorria em outras partes do mundo. Ao mesmo tempo, no inédito capítulo sobre a matéria de comunicação social, a redação do art. 220 § 5º da Lei Maior determina que: "Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio", respondendo formalmente ao anseio de democratização social dos meios de comunicação de massa reclamado por camadas da população, em implícita indignação frente ao aparato do sistema Globo de Comunicação.⁷¹

As contradições desse jaez são comentadas por Celso Bastos em estudo sobre o monopólio estatal do setor petrolífero nacional: "Não obstante os princípios gerais albergados no art. 170, dentre eles o da livre iniciativa (*caput*) e o da livre concorrência (inc. IV), foi possível, ao mesmo Texto Constitucional, acatar e manter um setor monopolizado pela União, em gran-

71. É interessante observar a contraposição apontada por Rocha Filho, ob. cit., pp. 118 e 136, entre a empresa Embratel no setor estatal, e, no setor privado do "empresariado moderno" o grupo Globo de comunicações, que recebeu a concessão para a exploração do sistema de televisão, atuando também na comunicação escrita. No caso da TV e do rádio, a "privatização" decorrente da ausência de foros regulatórios que providenciasssem a fiscalização das formas e dos prazos das concessões, incentivaram a criação de um sistema amparado na "padrinagem" política ou na relação de troca de favores entre o poder concedente e o concessionário. E não cometemos injustiças ao afirmar que, até nossos dias, permanece o *status quo* do setor consolidado na fase áurea do governo militar, pois, como nos esclarece Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes, *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*, p. 324: "Da análise crítica de toda a legislação vigente à luz das normas da Constituição Federal, percebe-se o quanto pouco foi feito no sentido de as efetivar, principalmente no que diz respeito ao monopólio e oligopólio no setor de telecomunicação social, ao caráter educativo, cultural e informativo que a programação das emissoras deve atender (apesar de o CBT e o Decreto 52.795/63 proclamarem tais finalidades como insitas aos serviços de radiodifusão), ao estímulo à difusão da cultura nacional e regional e à produção independente, à efetiva busca de complementaridade entre os sistemas privado, público e estatal e mesmo em relação à defesa dos valores éticos e sociais da pessoa e da família".

de dissonância com tais princípios, a ponto de constituir-se na mais extremada excepcionalidade em toda a tessitura jurídica por eles orientada. A convivência de princípios gerais com exceções desse calibre na Carta Política de 1988 só pode justificar-se pelo entrelaço das tendências ideológicas que contribuíram para a sua elaboração. Daí a necessidade de alterações que, aos poucos, vão ajustando seus preceitos aos fins maiores preconizados pelo Texto Constitucional, contribuindo não só para sua permanência como um todo sistêmico, mas conferindo mais racionalidade ao próprio entendimento de sua teleologia, fundamento de uma ordem jurídica homogênea".⁷²

As alterações a que o autor se refere consistem nas emendas constitucionais que vêm sendo uma constante forma de remendar o texto constitucional. Entre essas, particularmente as editadas a partir de agosto de 1995 têm um direcionamento claro de introduzir mudanças de modo a adequar o ordenamento nacional ao neoliberalismo e à "globalização", com a abertura ao capitalismo internacional.⁷³ São, assim, apontadas as emendas constitucionais que serviriam, *grosso modo*, para quebrar o monopólio estatal nos serviços de gás canalizado (EC 5/95), de telecomunicações (EC 8/95), de petróleo (EC 9/95).

Ulteriormente à constituição do monopólio estatal como regime legal, as eloqüentes falhas da política tarifária praticadas no setor de telefonia, em consonância ao apontado por Siqueira e Mancini, foram tornando o sistema insustentável: "As tarifas de telecomunicações no Brasil revelam altos e baixos absurdos. Uma chamada local custa irrisórios 2 centavos de dólar e uma assinatura residencial menos de um dólar por mês. Esses valores tendem a cair ainda mais a partir do início de 1993, com os subsídios da chamada tarifa social, um

72. Celso Bastos, *Direito Público: estudos e pareceres*, pp. 38-39.

73. V. Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 199.

conceito populista do governo Itamar Franco. Em contrapartida, uma ligação internacional pode custar o triplo dos preços vigentes no exterior, e os serviços de comunicações de dados, por sua vez, são excessivamente caros”.

No mesmo íterim, os autores alegam que para a compensação das baixas receitas operacionais dos serviços básicos, a Telebrás cobrava US\$ 1.200 do consumidor para a aquisição de uma linha telefônica no plano de expansão direto das operadoras. Contudo, devido à demora do recebimento, no mercado paralelo os preços podiam chegar a US\$ 5.000 ou até mais, conforme o lugar e a época.⁷⁴ Originou-se um verdadeiro mercado negro de especulação na comercialização de linhas telefônicas.

O próprio texto constitucional de 1988 foi muito criticado pela redundância e casuística resultantes da redação, ocasionando muitas discussões doutrinárias a respeito de sua exata delimitação. Na realidade sua concepção foi fruto de intensas negociações políticas entre partidos com opiniões antagônicas, defensores da manutenção do monopólio estatal (que já era severamente questionado) a partir da sua garantia jurídica ou favoráveis à abertura do setor à iniciativa privada; o que fica ainda mais evidenciado pela apresentação de diversas emendas no Segundo Turno dos Trabalhos da Constituinte — que comportava somente a supressão de palavras, expressões ou artigos — no sentido de se retirar do texto constitucional a expressão “a empresas sob controle acionário estatal” na tentativa de completa alteração do significado da redação que já havia sido aprovada, o que viria a possibilitar a exploração

dos serviços por grupos privados.⁷⁵ Segue a redação original em epígrafe:

“Art. 21. Compete à União: (...) XI — explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União; XII — explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações; (...)”.

Numa interpretação gramatical do dispositivo constitucional, o texto determinava expressamente que competia à União *explorar diretamente, ou mediante concessão a empresas sob o controle estatal*, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações. Como assinalou Gaspar Vianna,⁷⁶ o texto abrigava todos os processos de telecomunicações que possibilitassem a emissão, transmissão e recepção da palavra falada ou de outros sons, sendo assim irrelevantes o âmbito do serviço ou a tecnologia utilizada pelo meio de comunicação, ou seja, não importava se o serviço telefônico era manual ou automático, urbano ou rural, fixo ou móvel, analógico, digital ou celular, interior ou inter-

75. Cf. Gaspar Vianna, *Os serviços de telecomunicações na Constituição brasileira de 1988*, p. 31, *verbis*: “A julgar pela enumeração exemplificativa, os serviços de dados deveriam ter natureza autônoma quando, na verdade, eles são modalidade do gênero telegráfico, ao lado do telegrama, do telex e do fac-símile. O equívoco que se cometeu pode ser comparado ao de um anúncio que alardeie a venda de ‘limões, laranjas, laranjas-lima e demais frutas cítricas’. Tecnicamente, bastaria a referência genérica aos ‘serviços públicos de telecomunicações’, sem explicitar nenhum deles e remetendo-se para a lei ordinária a conceituação de quais serviços de telecomunicações são, por sua natureza, ‘serviços públicos’ e quais deixam de sê-lo”.

76. *Id.*, *ibid.*, p. 32.

74. Ethevaldo Siqueira e Luciana Mancini in *Privatização ou caos*, p. 12. Adiante, os autores comentam acerca da divisão do desenvolvimento do setor de telecomunicações nacional em cinco fases distintas: Estagnação (1946-1962), Reorganização (1962-1967), Decolagem (1967-1975), Turbulência (1975-1985) e Crise (1985-até os dias em que escreviam, em 1993).

nacional, por fio, fibras ópticas ou radioeletricidade. O dispositivo determinou a exploração dos serviços de telefonia *em geral*, alcançando o gênero e não determinando a espécie. Por isso, eram bastante pertinentes as discussões que suscitaram suposta inconstitucionalidade da abertura da prestação de serviços telefônicos celulares a empresas privadas anteriormente à vinda da Emenda Constitucional 8/95.

Além disso, a constituição de empresa pública ou sociedade de economia mista pelo Estado para a prestação do serviço público por ele outorgado diz respeito à descentralização administrativa por serviços a qual se dá por meio de *lei*. Por isso a pessoa jurídica criada (empresa pública ou sociedade de economia mista) adquire o *direito* à prestação do serviço. Apesar de a Constituição brasileira ter aludido à exploração dos serviços públicos de telecomunicações *mediante a concessão a empresas sob controle acionário estatal*, efetivamente não se delegou a prestação dos serviços por meio do instituto da concessão.⁷⁷ A exploração de serviços através de concessão é caracterizada através de contrato existente entre o Poder Executivo e a empresa concessionária, com a determinação das condições e prazos para a sua prestação. Ora, no caso das empresas estatais prestadoras de serviços de telecomunicações, não houve delegação da Administração pública, mas a instituição da prestação desse serviço pelo Poder Legislativo por intermédio de lei, no caso a *norma constitucional*. Assim, não existia qualquer pra-

zo de prestação uma vez que o serviço deveria ser prestado permanentemente, ou até quando vigesse a norma suprema.

Não obstante a falta de tecnicidade na concepção do dispositivo constitucional, ou a inovação do legislador ao concebê-lo, tal como alguns respeitados juristas preferiram considerar,⁷⁸ o regime jurídico que vigorava era próprio das empresas concessionárias, devendo as empresas estatais observarem os princípios a ele aplicados, tais como, o da continuidade do serviço, subordinação à fiscalização, modicidade de tarifas e outros.

3. A adaptação do Direito

No âmbito internacional, a Rodada Uruguai do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) que encerrou o "Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio",⁷⁹ promulgada no Brasil por meio do Decreto 1.355, de 30.12.1994, DOU de 21.12.1994, em seu "Anexo sobre Telecomunicações" dispôs acerca das medidas que afetam o acesso e a utilização da rede e serviços públicos de telecomunicações, definindo o seu significado: "Serviço público de transporte de telecomunicações significa qualquer serviço de transporte de

78. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 338. "Modernamente, o Poder Público vem outorgando concessões de serviço, *por lei ou decreto*, a entidades autárquicas e paraestatais (empresa pública e sociedade de economia mista), o que constitui uma inovação no sistema tradicional das concessões *por contrato*. Mas nada há a objetar nessa delegação legal, substitutiva da contratual".

77. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, p. 42: "Quando a lei cria empresa e a ela atribui a prestação de um serviço público que a Constituição exige seja prestado *diretamente* ou *mediante concessão*, além de haver ofensa à Constituição, está tirando da Administração aquelas prerrogativas de que só é detentor o poder concedente, pela via contratual. Esse entendimento se reforça pelo fato de a atual Constituição, no art. 175, parágrafo único, inciso I, deixar claro que a concessão tem que ser feita *por contrato*".

79. V. André de Carvalho Ramos e Ricardo Thomazinho da Cunha, *A defesa da concorrência em caráter global: utopia ou necessidade?*, para discussão acerca da emergência de três sistemas concorrentes sobre matéria de política de defesa da concorrência: o sistema de produção unilateral, o sistema de produção regional inserido no processo de formação de blocos regionais e o sistema multilateral revigorado pelo acordo de Marrakesh que criou a Organização Mundial do Comércio. Os autores abordam as reações adversas provocadas pelo sistema unilateral, apontando a gestação de um sistema global de tutela no tocante às práticas restritivas à concorrência que afetem o comércio internacional.

telecomunicações que um membro determine, expressamente ou de fato, seja oferecido ao público em geral. Entre tais serviços podem figurar os de telégrafo, telefone, telex ou transmissão de dados, que envolvem, normalmente, a transmissão entre dois ou mais pontos em tempo real de informações fornecidas pelo cliente, sem que haja qualquer modificação de um ponto a outro da forma e conteúdo das informações em questão. Rede pública de transporte significa a infra-estrutura pública de telecomunicações que permite as telecomunicações entre dois ou mais pontos terminais definidos de uma rede”.

O item “5” que trata sobre o “Acesso às Redes Públicas de Transportes de Telecomunicações e Serviços e Utilização dos Mesmos”, dispõe sobre o direito de acesso não discriminatório às redes e serviços: “a) Cada Membro velará para que os prestadores de serviços de qualquer outro Membro tenham acesso às redes públicas de transportes de telecomunicações e serviços e possam utilizá-los em termos e condições razoáveis e não discriminatórios para a prestação de um serviço incluído em sua lista. (...) Fica entendido que o termo ‘não discriminatório’ se refere à nação mais favorecida e ao tratamento nacional tal como definido pelo Acordo que, utilizado a este setor específico significa ‘termos e condições não menos favoráveis do que as concedidas, em circunstâncias similares, a qualquer outro usuário de redes ou serviços públicos de transportes de telecomunicações similares’”.

Cada país signatário do acordo deverá assegurar que quaisquer prestadores de serviços “tenham acesso e possam utilizar qualquer rede pública de transporte de telecomunicações ou serviço oferecido dentro do território ou através da fronteira daquele Membro, incluindo-se os circuitos privados arrendados (...)”.

O Anexo de Telecomunicações reconheceu a independência do setor e o seu papel fundamental como meio de transporte de outras atividades econômicas. Mais

do que isso, uma política de integração comercial seria impossível sem a ampla interconecção das redes de telecomunicações que proporcionam atualmente a circulação e distribuição dos fluxos de capitais, constituindo-se em pré-requisito básico das atividades econômicas e financeiras.

Neste diapasão, o governo brasileiro assumiu compromissos com a comunidade internacional no sentido de flexibilizar o acesso às redes públicas de telecomunicações. Intensificaram-se as pressões políticas que visavam ao convencimento da opinião pública sobre a necessidade de quebra do monopólio estatal. Após muitas negociações entre os parlamentares e o poder executivo foi concebida a Emenda Constitucional 8, de 15.8.1995, que alterou a redação do inc. XI do art. 21 e da alínea *a* do inc. XII do mesmo artigo: “Art. 21. Compete à União: (...) XI — explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII — explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.

Primeiramente, enfatizamos que não obstante estejamos aqui tratando da quebra do monopólio da Telebrás (com a privatização das companhias estatais) num modo de alusão mais simples, fazemos a ressalva de que, juridicamente, a União permanece competente para explorar diretamente os serviços de telecomunicações. Isso significa que a exploração dos serviços, em última instância, é feita pela União, ainda que mediante autorização, concessão ou permissão para agentes econômicos privados, podendo teoricamente tal ente público retomar a exploração por meio da administração direta se assim o quiser. A titularidade do serviço permanece da União, a qual apenas transfere a sua execução a outrem, que, por sua vez, assumirá as prerrogativas pú-

blicas do serviço, estando sujeito ao regime jurídico por normas publicísticas.⁸⁰

O dispositivo constitucional determinou expressamente a criação de órgão regulador por intermédio da lei que regulasse a matéria, dispondo a respeito da regulação da prestação dos serviços e outros aspectos institucionais.

Conforme nos relata Odete Medauar, as distinções entre descentralização política e descentralização administrativa são bem apontadas por Burdeau. Há descentralização política quando o ente, além de se auto-organizar, possui o direito de participar e, portanto, de influenciar a vontade estatal, concebendo normas que não extraem valor jurídico de nenhuma outra autoridade. O ente não exerce atividades jurídicas em função de concessão ou delegação do Estado, mas a partir de direito próprio detido por ele, existindo a idéia de direito distinta da que fundamenta o ente central. É o caso dos Estados e Municípios brasileiros, p. ex. No caso da descentralização administrativa, diversamente, as atividades desempenhadas pelo órgão descentralizado administrativamente só manifestam valor jurídico na medida em que assim lhes confere o órgão central, estando subordinadas à concessão do centro de poder maior. Tradicionalmente, pode-se distinguir dois modos de realização de descentralização administrativa: a territorial e a descentralização por serviços funcional ou técnica. Nesta última hipótese são encontradas, no direito brasileiro, as autarquias.⁸¹

As autarquias, assim, são entes da administração indireta que recebem incumbência para desempenhar atividades próprias da Administração Pública, ou serviços públicos. A administração direta exer-

cerá a tutela administrativa que consiste na fiscalização e vigilância jurídica pelos órgãos centrais do Executivo sobre os atos editados pelas pessoas administrativas descentralizadas, dotadas de personalidade jurídica, com o fim de assegurar a legalidade e a consecução dos interesses coletivos. A tutela trata-se, em suma, de forma de controle administrativo.

O Decreto-lei 200/67, em seu art. 5º, I, define autarquia como sendo "serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada". O dispositivo, como percebemos, não se mostrou suficiente para que houvesse entendimentos pacíficos quanto ao regime jurídico do instituto. Com efeito, a inserção das agências reguladoras no direito constitucional é bastante problemática, encontrando-se numa área nebulosa: formalmente inseridas na administração pública, suas funções lembram mais as do poder judiciário, quando atuam como agentes fiscalizadores, ou as do poder legislativo, quando agem como entes normativos.⁸²

Para o nosso trabalho, interessa saber que o normativo que veio a regulamentar as citadas exigências constitucionais foi a Lei 9.472/97 que cria a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), submetida a regime autárquico especial, tendo sido o seu regulamento interno aprovado pelo Decreto 2.338/97.

Recebe a denominação de autarquia especial o ente administrativo cuja lei criadora lhe conferiu maiores privilégios e autonomia. Assim, a ANATEL é dotada de independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.⁸³

80. Trata-se da superação do conceito do serviço público proposta por Léon Duguit, que concebia o Estado como grande prestador de serviços essenciais aos governados.

81. Odete Medauar, *Controle administrativo das autarquias*, pp. 27-28, apud Georges Burdeau, *Traité de science politique*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, v. II, 1967.

82. Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto, *Agências reguladoras: origem e natureza jurídica*.

83. Destaca-se que o Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL) já possuía competên-

Quanto à caracterização da delegação da exploração dos serviços de telecomunicações a agentes privados, hodiernamente, autores apontam uma terceira forma de descentralização administrativa denominada de *descentralização por colaboração*, que é justamente aquela verificada quando a execução de determinado serviço público é transferida a pessoa jurídica de direito privado, conservando o poder público a titularidade do serviço.⁸⁴ Aqui devemos lembrar que o serviço público, ao ser delegado a ente privado, não deixará de ser considerado público, na medida em que continua sendo atividade considerada essencial à coletividade, e, por isso, regida predominantemente pelo direito público.⁸⁵

4. Uma nota sobre o processo de privatização do PND

Em artigo publicado na *Gazeta Mercantil*, em 1997,⁸⁶ que teceu considerações

cia normativa. O CADE, não obstante não ser caracterizado como autarquia sob regime especial, apresenta algumas características típicas dela, como a atribuição de mandatos aos Conselheiros não revogáveis *ad nutum*, mecanismo que visa assegurar a independência de influências políticas.

84. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública...*, p. 35.

85. Perdomo e Maio, ob. cit., pp. 26-27, assinalaram a imprecisão conceitual e crise classificatória refletidas no atraso da ciência jurídica em acompanhar o crescimento do setor de telecomunicações. "Existe desde el punto de vista del Derecho, una crisis clasificatoria que impide regular adecuadamente todos los campos abarcados hoy por las telecomunicaciones en sentido amplio. La causa de esta crisis está en la acelerada evolución tecnológica, que introduce permanentemente nuevos servicios y equipos, y en la ausencia de técnica jurídica en la redacción de normas y legislación específica". Revelam a tendência de construção de novos modelos institucionais de regulação caracterizados pelas seguintes linhas gerais: "a) Renovación del concepto de 'servicio público'; b) Distinción entre 'mercado de suministros' y 'mercado de servicios'; c) Dentro del mercado de servicios, distinción entre 'básicos' y 'de valor agregado'; d) Liberación o desregulación como tendencia general; e) Descentralización de los mercados de telecomunicaciones nacionales; f) Separación de regulación y explotación".

86. *Lei das privatizações exclui apreciação do CADE.*

sobre a exclusão de apreciações do CADE no processo de privatização, os jornalistas Arnaldo Galvão e Mariângela Gallucci apontavam dicotomias existentes entre o posicionamento da então Procuradora-Geral da autarquia e o entendimento de alguns advogados especialistas na matéria.

A Procuradora Marisa Freire, em análise do assunto, havia argumentado que, como não existiam critérios claros que pudessem ser aplicados aos interessados na compra das estatais, tanto no momento de participação nos leilões ou quando da venda das ações, foram se firmando alguns equívocos gerais com relação ao Programa Nacional de Desestatização, sendo usados raciocínios falaciosos com o título de excluir a competência do CADE, já que se falava que a sua apreciação dos atos apenas paralisaria ou retardaria o processo de privatização, contrariamente ao interesse público norteador do processo.⁸⁷ Primei-

87. V. Luis Fernando Schuartz, *Dogmática jurídica e Lei 8.884/94*, pp. 74 e 76: "Acostumados (os advogados que atuam na área do direito econômico) durante anos a defender os seus clientes dos abusos estatais em questões ligadas à intervenção na economia, eles sem dúvida contribuíram para o estabelecimento de um superconceito de livre iniciativa, cujo conteúdo semântico deveria ser suficientemente elástico e indeterminado para servir de proteção e arma contra os atos administrativos governamentais. Não é de se admirar que, invertida a posição de ataque e defesa no contencioso antitruste, o referido conceito tenha se tornado ainda mais indeterminado, só que no sentido oposto, isto é, do total esvaziamento e da inaplicabilidade. (...) Trata-se, com efeito, de uma solução de compromisso intersistêmica acimatada às condições institucionais e culturais brasileiras, que implicam, como é sabido, não apenas uma dose maciça de permeabilidade do sistema jurídico em relação às pressões exercidas pelos sistemas econômico, político, de parentesco etc. (e, no que se refere especialmente aos advogados e pareceristas, pelos próprios agentes econômicos concretos dotados de poder, via relações quase sempre hierarquizadas de clientela), mas também, complementarmente, as próprias vicissitudes do discurso dogmático nacional 'especializado', hoje muito pouco comprometido com a consistência, lógica nos usos dos termos e nas cadeias de argumentação, bem como, com a sintonia crítica em face das inovações técnicas surgidas nos centros desenvolvidos (...)"

ramente, pensava-se que como o Estado estava vendendo empresas as quais, muitas vezes, já detinham posição dominante no mercado relevante (algumas sendo até monopolistas), não haveria motivos para a análise da questão pelo órgão de defesa da concorrência. Outrossim, como a participação dos interessados nos leilões era precedida de inscrição formal englobando cadastramento e análises de propostas, pensava-se que a simples admissão ao leilão já pressupunha a autorização das autoridades para aquisição da posição dominante pelas empresas participantes da licitação. Além de tudo, prevalecia o argumento da *failing company defense*, ou seja, que se não aceitas as condições ofertadas pelos interessados nos leilões, a empresa a ser privatizada corria o risco de não sobreviver no mercado.⁸⁸

Apontado o primado constitucional de defesa da livre concorrência, as disposições da Lei 8.884/94 e a necessidade de apreciação *a posteriori* prevista no Decreto 1.204/94, Marisa Freire defendia a submissão de todos os atos decorrentes da aquisição do controle acionário da empresa privatizada ao CADE, concluindo que: "Por outro lado, sempre que ficar evidenciado que a privatização resultou em prejuízo à concorrência, que não possa ser superado em virtude do não atendimento das condições legais, será competente o CADE para negar aprovação ao ato de privatização e até mesmo determinar a sua desconstituição total nos termos legais".⁸⁹

Em consonância ao escrito por Galvão e Gallucci, o Advogado Onofre C. Arruda Sampaio, defensor de posição contrária, sustentava que não existia amparo legal para a opinião supracitada, argumentando que a lei que criou o PND (Lei fede-

ral 8.031/90) é uma lei especial que dispõe sobre todos os aspectos relevantes do processo de privatização. Nessa lei, segundo Arruda Sampaio, não há previsão de que os atos praticados devam ser submetidos ao CADE, já que, nas suas palavras, "sendo lei especial, suas disposições prevalecem sobre aquelas da Lei 8.884/94, que tratam da concorrência em seu âmbito geral", e que "não havendo disposição determinando a submissão ao CADE na Lei 8.031/90, apenas se houvesse uma disposição específica na Lei 8.884/94, estabelecendo que as operações de privatização deveriam ser revistas pelo CADE, é que se poderia sustentar tal dever/poder do órgão".

Galvão e Gallucci apontavam que a opinião de Tércio Sampaio Ferraz Júnior era no mesmo sentido, não sendo possível o CADE desfazer uma privatização. Considerava o jurista que "a Lei 8.031/90 (PND) tem um processo de venda que se legitima desde que cumpridos os trâmites previstos", não sendo o caso de se submeter as privatizações ao CADE, pois na expressão citada pelos jornalistas "o espírito da Lei Especial 8.031/90 não foi esse, já que tal lei surgira antes da Lei federal 8.158, que criou o programa de exame pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), e não incluía essa possibilidade". Além disso, Ferraz Jr. alegava que uma das partes envolvidas em um processo de privatização é o fundo que a Lei 8.031/90 estabelece, e atrás dele encontrava-se a própria União. O controle prévio do CADE com a sugestão de "guidelines", segundo o mesmo, chegou a ser previsto no Decreto 724/93, que regulamentava a Lei 8.031, onde existia uma norma para o gestor respeitar a defesa da concorrência e os direitos do consumidor, porém o Decreto 724/93 foi substituído pelo Decreto 1.204/94 e tal norma desaparecera. Os jornalistas, nesse diapasão, ainda esclareciam que: "os especialistas em direito da concorrência concordam que, depois de privatizada a empresa, há o controle comportamental e se ocorre um ato irregular o CADE pode, p. ex., até determinar a divisão da empresa (...)".

88. Marisa Vasconcelos Freire, *A atuação do CADE diante da desestatização*, p. 69. O Prof. José Reinaldo Lima Lopes, *Direito do consumidor e privatização*, manifestou sua concordância com a opinião da autora sobre a jurisdição do CADE (grifo nosso).

89. Id., *ibid.*, p. 71.

Postas preliminarmente essas considerações, consideramos indispensável que tenhamos algumas reflexões a respeito. Convém ressaltar que muito embora os normativos de que trataremos em seguida já tenham sido revogados, entendemos a discussão ainda como deveras pertinente para que possamos, por um lado, analisar o ocorrido na evolução do processo de privatização nacional, reavaliando os argumentos jurídicos nele argüidos e, por outro, confrontar as reflexões realizadas com o desenrolar da situação atual.

A Lei 8.031/90, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização, elencou em seu art. 1º os objetivos fundamentais orientadores do processo (que, em essência, vieram a ser repetidos nos Decretos 724/93 e 1.204/94): “Art. 1º. É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais: I — reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (...) IV — contribuir para a modernização do parque industrial do País, *ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;* (...)” (grifo nosso).

O Decreto 724/93 continha um dispositivo em sua Seção VI do Capítulo I que tratava “Das Diretrizes para os Projetos de Privatização”, dispondo: “Art. 6º. Os projetos de privatização deverão obedecer e consolidar políticas governamentais relativas a: (...) III — (...) defesa da livre concorrência e do consumidor; (...)”.

De fato, o Decreto 1.204/94, que veio a revogar o Decreto 724/93, não incluiu a Seção VI acima referida em sua estrutura, de forma que neste texto legal não existia expressa alusão à obediência dos princípios de defesa da concorrência e de defesa do consumidor. Porém, será mesmo que tal supressão acarretaria qualquer mudança com relação aos princípios que o PND deveria abraçar efetivamente?

Ora, sabe-se que a livre concorrência⁹⁰ e a defesa do consumidor são princípios orientadores da ordem econômica brasileira, conforme as disposições do art. 170 da Constituição Federal, a qual, dispensável aludir, consiste na *norma fundamental legislada* que rege *toda a vida jurídica do país*, de modo imperativo.

Em estudo acerca da aplicabilidade das normas constitucionais e da sua capacidade de produção de efeitos jurídicos (eficácia), o ilustre Prof. José Afonso da Silva, dispondo sobre os princípios conformadores das ordens econômica e social, valoradores das normas constitucionais disserta que “esses princípios são programáticos; mas apenas no sentido de que definem as bases dos fins e tarefas estatais e enquanto põem os objetivos e determinações do programa a ser cumprido pelo Estado. *Constituem direito imediatamente vigente e são diretamente aplicáveis.* Assim, a determinação constitucional segundo a qual as ordens econômica e social têm por fim realizar a justiça social constitui uma *norma-fim*, que permeia todos os direitos econômicos e sociais, mas não só eles como, também, toda a ordenação, porque nela se traduz um princípio político conformador, *que se impõe ao aplicador da Constituição.* Os demais princípios informadores da ordem econômica — propriedade privada, função social da propriedade, *livre concorrência*, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego — são da mesma natureza. (...) Nesse sentido, hão de reputar-se *plenamente eficazes e diretamente aplicáveis*,

90. Aliás, consoante opinião de Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, e Paula A. Forgioni, *Breves notas sobre a posição dominante e seu abuso*, p. 53, nem seria necessário que o legislador tivesse sido expresso ao incluir no rol dos princípios constitucionais, o da livre concorrência, já que o próprio princípio da livre iniciativa implica necessariamente a asseguuração da livre concorrência, bastando a existência daquele para abrangê-la.

embora nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhes tem dado aplicação adequada, como *princípios-condição* da justiça social"⁹¹ (grifo nosso).

Por isso, a Constituição preceitua normas e princípios de caráter geral, determinando as diretrizes em que o legislador ordinário deverá se pautar para possibilitar a sua aplicação *in concreto*. Da mesma forma, o intérprete da lei deverá sempre considerar os princípios constitucionais.

Talvez a nomenclatura *normas programáticas* faça o brasileiro lembrar dos programas políticos de governo, que, com pesar, em nosso país são associados a promessas que na maioria das vezes não são cumpridas. Ora, as promessas de governo são promessas pessoais dos candidatos que empenham sua palavra para conquistar eleitorado, muitas vezes num *marketing* pessoal maquiavélico (os fins justificam os meios). É certo que muitas das promessas de políticos guardam toda a relação com as prescrições de nossa constituição-cidadã, no entanto daí entender que a Constituição também postula normas vazias, desprovidas de coercibilidade, significaria rasgar a Carta Magna, transformando em letra morta todo o ordenamento jurídico erigido sob ela. As normas programáticas estipulam

91. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, pp. 143-144. O Prof. cita as lições de J. J. Canotilho, *Direito Constitucional*, nesse sentido: "os princípios políticos constitucionalmente conformadores são os que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, nos quais se condensam as opções políticas fundamentais e se reflete a ideologia inspiradora da constituição. Entre elas, ele (Canotilho) inclui as disposições caracterizadoras da organização econômica e social. Finaliza, observando que, tal como acontece com relação aos princípios jurídicos fundamentais, *os princípios políticos constitucionalmente conformadores* são normas gerais que a própria constituição ou o legislador desdobram em normas mais precisas e individualizadoras. No entanto, como eles exprimem as concepções políticas fundamentais do poder constituinte, *todos os órgãos do poder devem considerá-los como princípios rectores e operantes quer no momento da criação do Direito, quer no momento de sua aplicação*" (grifo nosso).

princípios tanto de conduta como de organização, são normas que dão as diretrizes para a concepção de outra norma que irá dotá-las de eficácia plena, ademais, da mesma forma que outras normas, as programáticas possuem caráter vinculativo.

Como nos coloca Eros Grau ao criticar o que se tem sustentado acerca das normas programáticas: "na atribuição de caráter meramente programático a determinadas disposições constitucionais, o que se pretende é transformá-las em estereótipos ou meros termos de efeito. (...) Cumpre reconhecer, assim, que a Constituição é, toda ela, norma jurídica e, como tal, todos os direitos nela contemplados têm aplicação direta, vinculando tanto o Judiciário, quanto o Executivo, como o Legislativo. Devemos ter por inconcebível, portanto, o estabelecimento de distinção absoluta entre direitos e garantias constitucionais, para o efeito de que se justifique a não institucionalização de tais direitos. E isso especialmente quando é certo que sobretudo os direitos fundamentais de ordem social e econômica não consubstanciam mero *status negativo*, por isso mesmo pressupondo, para a sua realização, o estabelecimento de certas instituições que às autoridades públicas cumprirá criar ou proteger. *Sustento, nestas condições, que as normas constitucionais programáticas, sobretudo — repita-se — as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário*"⁹² (grifo nosso).

92. *Direito, conceitos e normas jurídicas*, pp. 124-126. O autor ainda vai além, afirmando que "todas as normas constitucionais — inclusive as genericamente referidas como *normas programáticas* (normas perspectivas e normas programáticas propriamente ditas) — têm aplicação direta, sendo inteiramente compatível com o sistema constitucional vigente a declaração, pelo Poder Judiciário, da *inconstitucionalidade por omissão*, sempre que algum preceito constitucional resultar carente de condições de aplicação em razão da inexistência ou *omissão das normas legislativas* necessárias a dar-lhe execução" (grifo nosso).

Quanto à norma programática prevista no art. 173, § 4º, da CF: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”; pode-se dizer que esta deixou de ser norma programática já que a lei competente para a sua concreção, qual seja, a Lei 8.884/94, foi concebida com o intuito de regulamentar toda a matéria referente à defesa da concorrência, determinando o órgão competente para aplicá-la.⁹³

De forma que, do acima exposto, podemos verificar claramente que o fato de o legislador ter excluído a referência explícita aos princípios da *defesa da livre concorrência* e *defesa do consumidor* quando concebeu o Decreto 1.204/94, que regulamentava a Lei 8.031/90, não implicava em qualquer consequência jurídica que possibilitasse levar a crer que as condições em que se daria a defesa da concorrência eram diferentes sob a vigência desse decreto com relação às condições existentes na vigência do Decreto 724/93. E mais do que isso, pouco importaria também se o legislador não tivesse se referido a esses princípios em qualquer normativo que regesse o Programa Nacional de Desestatização. Os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor constituem-se nos alicerces sobre os quais está fundada a ordem econômica nacional, sendo que qualquer lei que vise afastar a sua aplicação está fadada a ser inconstitucional.

Com relação à supressão dos mencionados princípios pelo legislador do Decreto 1.204/94, temos a dizer que, de duas uma: ou o legislador percebeu a redundância da repetição na norma infraconstitucional dos princípios já embutidos no Texto Maior e portanto já implícitos em qualquer norma; ou o legislador, movido por quaisquer razões políticas ou econômicas, passou por cima do ordenamento jurídico ao intencionar que a simples não enunciação dos princípios significasse a sua aplicação.

93. Cf. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 148.

Ademais, devemos observar outro ponto fundamental. O Decreto 1.204/94, em sua Seção V do Capítulo VI intitulada “Da Defesa da Concorrência”, art. 48, veio substituir o art. 54 do Decreto 724/93, mantendo a sua mesma orientação. Lê-se no art. 48: “Art. 48. Os adquirentes de ações representativas do controle acionário da empresa privatizada obrigam-se a fazer com que a sociedade privatizada preste à Secretaria de Direito Econômico — SDE, após a liquidação financeira da operação de compra, as informações que possibilitem aferir a aplicabilidade do disposto na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994”.

Da confrontação desse dispositivo com o dispositivo análogo existente no Decreto 724/93,⁹⁴ percebemos que o legislador adequou o Decreto 1.204/94 ao novo sistema de direito concorrencial instituído. Com efeito, a Lei 8.884 é datada de 11.6.1994 enquanto o Decreto 1.204 é de 29.7.1994, de modo que as empresas privatizadas foram submetidas a prestar *informações que possibilitem aferir a aplicabilidade do disposto na Lei 8.884, de 11.6.1994*. Resta saber, portanto, exatamente em que seria aplicável a Lei 8.884, após a liquidação financeira da operação de

94. O art. 54 do Decreto 724/93, por sua vez, tinha a seguinte redação: “Os adquirentes de ações representativas do controle acionário da empresa privatizada obrigam-se a fazer com que a sociedade privatizada preste à Secretaria Nacional de Direito Econômico — SNDE, após a liquidação financeira da operação de compra, as informações que possibilitem aferir a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, na redação dada pelo art. 13 da Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991”. Note que o art. 13 da Lei 8.158, que dava nova redação ao art. 74 da Lei 4.137, dizia respeito justamente aos ajustes, acordos ou convenções de qualquer forma que pudessem limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, os quais deveriam ser apresentados para o exame da SNDE. Segundo o § 2º do dispositivo, as fusões e incorporações eram abrangidas, sendo que a SNDE deveria tomar as providências para que houvesse a desconstituição total ou parcial dos atos caso concluisse pela sua não aprovação (§ 3º). O CADE, órgão judicante da estrutura, funcionava junto à SNDE, estando a ela vinculado administrativamente.

compra, uma vez que o legislador mencionou o artigo específico da Lei a ser aplicado, como havia feito no Decreto 724/93 ao referir o "art. 74 da Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, na redação dada pelo art. 13 da Lei 8.158 de 8 de janeiro de 1991".

Não se fazem necessárias grandes análises, para constatarmos, indubitavelmente, que o legislador referia-se à aplicação do art. 54 da Lei 8.884. Ora, no Decreto 724/93 que regulava a mesma matéria, o legislador havia aludido a observação do artigo específico para o *controle das estruturas* feito pela antiga SNDE. A sociedade privatizada, após a liquidação financeira da operação era *obrigada* a prestar informações à SDE de acordo com o § 4º do art. 54. Por isso, todo o processo de controle de atos e contratos previsto na Lei 8.884 seria usado para a verificação da ocorrência de eventuais prejuízos à concorrência.

E disso decorre, logicamente, que o CADE poderia concluir pela não aprovação dos atos em consonância ao disposto no § 9º do art. 54, podendo também determinar a firmação de compromisso de desempenho para assegurar o cumprimento das condições previstas no § 1º do citado dispositivo. Além do que, a própria Lei 8.884/94 é precisa e contundente em seu art. 15: "Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de *direito público ou privado*, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, *mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal*" (grifo nosso).

Portanto, se, como quis o legislador, a Lei 8.884 é aplicável *integralmente* às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, não está sendo referido somente o *controle comportamental de atos e infrações*, mas também o *controle de estruturas* estabelecido na lei. O legislador não excepcionou qualquer forma de tratamento específico a ser utilizado com relação às privatizações, e como a legislação foi concebida justamente na época do auge do

PND e dos debates sobre a matéria, não havendo qualquer defasagem histórica passível de ser alegada, não resta dúvidas de que se fosse desejado tal tratamento diferenciado, haveria o legislador inserido expressamente a exceção na Lei 8.884.

A única diferença é a seguinte: uma venda de empresa privada a outra empresa privada segue as regras de direito privado estabelecidas no Código Comercial, já a venda de empresa pública a empresa privada, ou seja, a privatização, é realizada por intermédio das regras de direito público que visam defender o interesse público na alienação de patrimônio estatal. Por isso, a venda de empresas públicas é feita por processo específico regido por princípios de direito público. Após, superada a fase da venda e compra, ou como aludiu o art. 48 do Decreto 1.204, *após a liquidação financeira da operação*, seria aplicada a análise sob a ótica concorrencial da venda efetuada.

Alguns argumentavam que o CADE não poderia desconstituir a compra da empresa privatizada porque a análise posterior do ato implicava muito prejuízo financeiro devido aos gastos que já haviam sido mobilizados no processo. Ora, o ordenamento pátrio determinou que o controle das estruturas se desse *a posteriori* da realização do ato a ser analisado pelas autoridades antitruste.⁹⁵ O uso de tal sistema pode de fato ser desvantajoso em alguns aspectos, mas há que se notar que em qualquer caso de ato de concentração, o controle de estruturas se dá dessa forma, de modo que, legalmente nem poderia haver controle de estruturas prévio no processo de privatização, posto que, conforme o sustentado, pe-

95. O sistema de notificação varia de país para país. Nos Estados Unidos, p. ex., é requerida a prestação de informação básica durante negociação, antes da finalização do ato, para que as autoridades antitruste verifiquem a existência de problemas potenciais para a concorrência. Caso existam indícios, será requerido um segundo pedido de prestação de informação mais detalhada para a identificação dos reais efeitos do ato.

rante o direito concorrencial as empresas privatizadas não são tratadas em regime de exceção.

É claro que pelo fato de que parte das empresas públicas que foram privatizadas detinha elevado *market share* ou até monopólio do mercado em que atuavam, a autarquia deveria analisar cuidadosamente cada caso, atentando para o grau de concentração que já era existente no mercado.

Por todo o exposto, consideramos que o CADE era (e é) competente para observar o controle de estruturas das empresas privatizadas, verificando o impacto do ato para a concorrência, podendo, de acordo com a lei, aprovar o ato ou não aprová-lo, ou ainda definir compromisso de desempenho para a sua aprovação.

Queremos, também, mencionar a seguinte passagem, que diz respeito à interpretação reclamada pelo direito para a realização da jurisprudência prática, de autoria do professor Eros Grau: “O intérprete autêntico, ao *produzir* normas jurídicas, pratica a *juris prudentia* e não uma *juris scientia*. O intérprete autêntico, então, atua segundo a *lógica da consequência* (Comparato 1979/127): a *lógica jurídica* é da escolha entre várias possibilidades *corretas*. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada (Larenz 1983/86). A norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação*. Por isso a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito; no direito há apenas o ‘aceitável’ (*justificável*). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução (Heller 1977/241)”⁹⁶ (grifo nosso).

96. Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 33, e reiterado pelo autor na p. 154, apud Fábio Konder Comparato, “Reflexões sobre o método do ensino jurídico”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, LXXIV, 1979; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª ed., Berlin, Springer Verlag, 1983; Herman Heller, *Teoria del Estado*, trad. de Luis Tobío, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.

O Professor explica a razão maior que repudia o entendimento de que o intérprete autêntico atua no campo de uma certa “discricionariedade”. “Essa razão repousa sobre a circunstância de ao intérprete autêntico não estar atribuída a formulação de *juízos de oportunidade*, porém, exclusivamente, de *juízos de legalidade*. Ainda que não seja o juiz, meramente, a ‘boca que pronuncia as palavras da lei’, sua *função* — *dever-poder* — está contida nos lindes da *legalidade* (e da *constitucionalidade*). Interpretar o direito é formular *juízos de legalidade*. A discricionariedade — não será demasiada repetição — é exercitada em campo onde se formulam *juízos de oportunidade*, exclusivamente, porém, quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública a sua formulação”⁹⁷.

Ou, como quer Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade — na concepção da doutrina tradicional — consiste na “margem de liberdade” de que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante caso concreto, a *fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal*, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente” (grifo nosso).

Assim, em síntese, a interpretação do direito deve fluir em função das disposições do texto legal (*juízo de legalidade*), de modo que mesmo havendo certa margem de discricionariedade para o administrador (*juízo de oportunidade*), este deverá utilizar (*poder-dever*) critérios de *razoabilidade* para a aplicação da solução mais adequada ao caso fático, a fim de que seja satisfeita a *finalidade* ou o *escopo legais*. O Poder Executivo, ao desempenhar a fun-

97. Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 156.

ção de administrar a execução das normas jurídicas, levará a efeito o Direito de acordo com a *juris prudentia*.

Também sob esse aspecto, não nos parece adequado que o Executivo realize um processo de privatização que tem como uma das suas finalidades a *ampliação da competitividade* dos diversos setores da economia sem a participação efetiva do órgão administrativo competente para a defesa da concorrência, ou, apenas designando um representante do CADE para participação das reuniões da Comissão Diretora do PND, sem direito a voto, como foi estabelecido pelo Decreto 1.204/94 (alínea d, § 4º do art. 8º) que regulamentou a Lei 8.031/90.

Verificamos que, mais uma vez, administradores influenciados por fatores políticos (pressão de *lobbies* etc.) e econômicos (preocupação de que eventual possibilidade de análise da privatização efetuada pelo CADE viesse a diminuir o valor de venda das estatais etc.) deixaram que boa parte do processo de desestatização se fizesse ao completo arrepio do exame da matéria concorrencial, constituindo-se esta, aliás, em apenas mais uma falha imbuída no processo. Assim, passa novamente o Executivo por cima do Legislativo, permanecendo o Judiciário de mãos atadas, e o direito como mero coadjuvante.

Recentemente, a Lei 9.491, de 9.9.1997, veio revogar a Lei 8.031/90, determinando procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização. Os incs. I e IV do art. 2º dessa lei fazem referência às instituições financeiras que serão objeto de desestatização, a qual, consoante o § 5º do art. 6º, será coordenada pelo Banco Central do Brasil (BACEN).

Nesse ínterim vimos levantar breves questões que permeiam as privatizações que serão neste bojo empreendidas. Uma vez que a privatização das instituições financeiras se dará sob o controle do BACEN, devemos averiguar se o CADE será competente para analisar os atos de concentração e em que circunstâncias isso se daria.

Em consonância ao apontado pelo Prof. Calixto Salomão Filho, da leitura da Lei 4.595/64 (arts. 10, X, alíneas c e g, e 11, VII), percebe-se que o BACEN deverá vigiar as empresas que atuam nos mercados financeiros e de capitais com relação às modalidades operacionais por elas utilizadas, sendo competente para a aplicação de penalidades (art. 10, IX) (*controle comportamental*), também o BACEN deverá conceder autorização às instituições financeiras no caso de fusão ou incorporação (*controle das estruturas*). Por isso, essa autarquia é dotada de prerrogativas para exercer a fiscalização no tocante à defesa da concorrência no mercado das instituições financeiras (possuindo a mesma competência atribuída ao CADE pelo art. 54 da Lei 8.884) consoante o disposto no art. 18, § 2º, da Lei 4.595/64.⁹⁸

Adota-se o referencial da *pervasive power doctrine* como base para a análise do poder conferido ao BACEN e da consequente possibilidade de afastamento da competência do CADE para o tratamento das questões antitruste em relação às instituições financeiras. Assim, percebe-se de fato que o BACEN é dotado de poderes regulamentares legais extensos o suficiente para afastar a competência do CADE, o que é salientado devido ao conhecimento específico do mercado financeiro que detém para exercer suas funções devidamente. No entanto, quanto ao âmbito concorrencial, a autarquia do setor financeiro nunca atuou efetivamente de modo a considerar os aspectos mercadológicos da competitividade, de modo que a sua atuação não se perfaz profunda ou *pervasive*. Segundo Calixto Salomão Filho, *verbis*: "O Banco Central jamais exerceu sua competência teórica em matéria concorrencial. Não é possível em qualquer justificativa ou exposição de motivos de normativos identificar qualquer referência à análise da situação do ponto de vista concorrencial. Portanto, em

98. Calixto Salomão Filho, *Atuação estatal e ilícito antitruste*, pp. 45-46.

sua profundidade, o poder do Banco Central não pode ser considerado *pervasive* e as condutas por ele aprovadas não podem ser tidas como imunes à aplicação do direito concorrencial e à revisão do órgão especificamente encarregado dessa função (CADE), pelo menos até que ele demonstre efetiva assunção da fiscalização do setor financeiro também do ponto de vista concorrencial. Perfeitamente possível, portanto, nessa esfera, não só a revisão administrativa do próprio ato administrativo. *O não exercício de uma competência legal em sua plenitude por um determinado órgão e a existência de competência concorrente de outro órgão tornam essa postura necessária*⁹⁹ (grifo nosso).

Dessa maneira, se o órgão com atribuição específica de exercício da tutela concorrencial no mercado financeiro não atuar *adequadamente*, o órgão que tem competência geral para a matéria, o CADE, deverá proceder o controle das estruturas dos atos provenientes da privatização no setor das instituições financeiras.

5. A atuação recente da ANATEL

A Lei 9.472/97 regulou a desestatização das empresas de telecomunicações regulamentando os serviços telefônicos e instituindo o órgão regulador ANATEL.

O Decreto 2.592, de 15.5.1998, aprovou o plano geral de metas para a universalização do serviço telefônico fixo comutado prestado no regime público, cujo art. 1º define: "Para efeito deste plano, entende-se por universalização o direito de acesso de toda pessoa ou instituição, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, ao Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso público geral, prestado no regime público, conforme definição do art. 1º do Plano Geral de outorgas, aprovado pelo Decreto 2.534, de 2.4.1998, bem como a utilização desse serviço de telecomunicações em serviços es-

senciais de interesse público, nos termos do art. 79 da Lei 9.472, de 16.7.1997, e mediante o pagamento de tarifas estabelecidas na regulamentação específica". O Plano estabelece prazos para a oferta de determinados serviços, cujos custos serão suportados exclusivamente pelas concessionárias de acordo com os respectivos contratos de concessão (sendo que nos casos específicos a ANATEL poderá propor fontes adicionais de financiamento segundo o § 2º do art. 4º).

Há projeto de lei para a criação do fundo de universalização dos serviços de telecomunicações destinado a providenciar recursos para cobertura de parcelas de custo advindas do cumprimento das obrigações de universalização para as operadoras em regime público que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço; e para o fundo de desenvolvimento tecnológico das telecomunicações. Nesse ponto, sobre aspectos do direito do consumidor, o Prof. José Reinaldo Lima Lopes destaca dois princípios que, como diz, até então inexistiam nas agências reguladoras brasileiras: a publicidade e uma quase judicialização¹⁰⁰ de seu processo decisório, e a necessidade de compatibilização do interesse do consumidor já incluído no mercado com o dos consumidores potenciais (que serão atendidos através da obrigação de ampliação dos serviços visando-se a universalidade).¹⁰¹ As operadoras estarão sujeitas a obrigações de continuidade no to-

100. *Apud* Martin Shapiro, *Who guards the guardians?*, Athens (GA), The University of Georgia Press.

101. José Reinaldo Lima Lopes, *Direito do consumidor e privatização*. Remetemos aos seguintes trechos: "As relações entre consumidores e prestadores de serviços públicos desestatizados rege-se simultaneamente pelo direito especial do consumidor e pelo direito administrativo. Os direitos sociais de caráter universal e redistributivos podem ser também defendidos pelo direito do consumidor quando sua prestação for feita pela livre iniciativa e neste caso os respectivos prestadores estão sujeitos a regras públicas que impeçam discriminação e tratamento desigual injustificável em uma sociedade democrática".

cante a fruição dos serviços de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas de forma que existam condições adequadas de uso dos serviços.¹⁰²

102. A título da comparação histórica, um jurista americano do começo do século, expõe sobre a discussão existente acerca das companhias de telégrafo e telefone deverem ou não ser responsabilizadas pela falha na continuidade dos serviços, ou "a correta transmissão de inteligência" nas suas palavras, transcreve um dos entendimentos precusores dado por um juiz presidente, comentando que existia apenas um caso anteriormente julgado na mesma linha, o qual ocorrera num tribunal inglês. Na expressão do juiz da época "The rules of law which govern the liabilities of telegraph companies are not new. They are old rules applied to new circumstances. Such companies hold themselves out to the public as engaged in a particular branch of business in which the interests of the public are deeply concerned. They propose to do a certain service for a given price. There is no difference in the general nature of the legal obligations of the contract between carrying a message along a wire and carrying goods or a package along a route. The physical agency may be different but the essential nature of the contract is the same. (...)" (*Parks v. Atla California Tel. Co.*, 13 Cal. 722, 73 Am. Dec. 589). Não obstante, o autor sustentava posição contrária, entendendo que não se poderia ainda considerar o telégrafo e o telefone como *common carriers* uma vez que a tecnologia utilizada não era perfeitamente dominada, sendo que as companhias telegráficas e telefônicas só seriam responsabilizadas por falhas de transmissão se elas não despendessem a devida cautela na prestação do serviço. Enquanto isso, as transportadoras comuns eram sempre responsabilizadas pelas perdas total ou parcial das mercadorias, exceto se estas fossem causadas "by act of the parties, by public enemy or by the act of God". Contudo, o autor já previa à época a evolução para a responsabilização das companhias de telecomunicações em semelhança àquela aplicada para as companhias de transporte ordinárias: "As time advances, improvements on electrical transmission of news are being rapidly made. We are approaching perfection in the art of telegraphy as the day pass, and it will only be a short time until the facilities for transmitting news will be even better and safer than for the transportation of goods by common carrier. When this time comes — if it should ever — there is no reason why the same stringent laws which are applicable to common carriers should not be applied with equal force and every particular to these companies; and when they are, of course they will then fall under the head of common carriers". Cf. S. Walter Jones, *A treatise on the law of telegraph and telephone companies*, pp. 26-28.

Através da Consulta Pública 147, de 21.6.1999, a autarquia submeteu à consulta os procedimentos administrativos a serem tomados pela agência nos casos de possibilidade de infração à ordem econômica, que deva vir a ser julgada pelo CADE.

O Anexo A da Análise 18/98-GCAV da ANATEL apresenta a justificativa para a criação de seu Comitê de Defesa da Ordem Econômica. A ANATEL passará a exercer o mesmo papel reservado pela Lei 8.884/94 à Secretaria de Direito Econômico (SDE), ficando, então, a agência das telecomunicações atribuída das competências enumeradas no art. 14, incs. I a XVI da Lei 8.884/94 no que se refere ao setor de telecomunicações.¹⁰³ Por intermédio da Resolução 58, de 14.9.1998, foi criado tal comitê, tendo sido aprovado seu regimento interno pela Resolução 59 do mesmo dia.¹⁰⁴ A Portaria Conjunta 1, de 9.9.1998, criou Comissão competente para a elaboração de propostas de cooperação institucional entre a ANATEL e o CADE.

Foi celebrado em 25.2.1999 um Convênio entre a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) que tem a finalidade de promover o intercâmbio de estudos e informações entre os órgãos com relação a processos de reorganização societária de empresas de telecomunicações.

No plano internacional, o governo brasileiro celebrou em 19.2.1998 um ajuste

103. A Lei 9.472/97 dispõe em seu art. 19: "Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) XIX — exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE".

104. Foram criados o Comitê para a universalização dos serviços de Telecomunicações e o Comitê de defesa dos usuários de serviços de telecomunicações, por meio das Resoluções 96, de 1.2.1999 e 107, de 26.2.1999, respectivamente.

complementar com a União Internacional de Telecomunicações válido por três anos para cooperação da instituição internacional na implementação da Agência Nacional de Telecomunicações com o fornecimento de apoio técnico e metodológico para o desenvolvimento dos aspectos fundamentais na regulamentação setorial (art. 1º), disponibilizando US\$ 22.145.000,00 ao organismo internacional.

V — Conclusões

A formação do monopólio no sistema de telefonia americano foi fundada em práticas anticoncorrências empreendidas pela iniciativa privada das operadoras do Sistema Bell. A quebra do monopólio detido pelo grupo processou-se paulatinamente por fatores eminentemente concorrenciais, devido a evolução de uma série de processos judiciais impetrados pela *Antitrust Division* do *Departement of Justice* que culminaram em 1984 com a dissolução do monopólio no âmbito da telefonia local. Desde 1996, com a promulgação do *Telecommunications Act*, as autoridades vêm tentando ampliar a concorrência no mercado, com o intuito de instalá-la principalmente nos setores de telefonia interurbana e internacional que eram ainda dominados pelo grupo.

Em contraste, o monopólio da Telebrás foi erigido pelo Estado brasileiro, que marca a história do país como grande agente empreendedor presente na economia. A quebra do monopólio deu-se por fatores predominantemente políticos e econômicos, de forma que a preocupação sob a ótica da concorrência toma vulto somente agora com a implantação dos mecanismos básicos que proporcionarão a atuação conjunta da ANATEL e do CADE com vistas à promoção da concorrência no setor de telecomunicações.

Sem embargo, o modelo brasileiro vem inspirando-se na experiência americana para balizar seus objetivos. Contudo, devemos ressaltar que, efetivamente, a

consolidação da concorrência neste mercado não é factível a curto prazo, sobretudo devido a algumas barreiras naturais à entrada e ao fato de a privatização pressupor um regime de duopólio inicial. Toda a comparação de condutas e controles entre o sistema pátrio e o estrangeiro deve levar em conta a discrepante formação histórica dos processos da quebra do monopólio e mesmo da cultura antitruste existente em cada país.¹⁰⁵

Comparado a outros setores privatizados nesta década, o das telecomunicações pode ser tomado como exemplo, mormente no que se refere à legislação que enfatizou a defesa da concorrência, existindo a preocupação da delimitação da competência das autarquias que disciplinarão o setor. Por outro lado, na maioria das privatizações ocorridas sob o PND, motivos políticos e econômicos resultaram na não participação adequada do CADE. Como o sustentado, tal autarquia é competente para proceder o controle das estruturas das empresas priva-

105. Pedimos licença a Luis Fernando Schuartz, ob. cit., p. 81, para parafrasear sua sábia crítica em nossa conclusão: "É sabido que um dos traços mais característicos do subdesenvolvimento cultural é o impulso à imitação, irrefletida e normalmente fora de contexto, de idéias estrangeiras e o Direito da Concorrência não é certamente exceção. Mesmo sendo certo que o processo mais amplo de globalização econômica converteu em puro engodo muita insistência na manutenção de um suposto caráter nacional nos nossos produtos intelectuais, é também verdade que peculiaridades nacionais ainda existem, e que esquemas abstratos gerados em outros meios sociais e culturais devem passar pelo filtro da reflexão crítica antes de serem aplicados aos distintos casos particulares. No Direito da Concorrência esta reflexão necessária jamais ocorreu; ao contrário, o valor e prestígio de uma idéia parecem crescer à medida que se consegue mostrar que ela foi copiada imediatamente de um manual antitruste estrangeiro. No caso do conceito de concorrência, esta circunstância foi agravada pelo fato de o nascimento do Direito da Concorrência no Brasil no início dos anos 90 ter coincidido historicamente com a onda neoliberal, de modo que foi irresistível a tentação de recorrer ao produto final do trabalho acumulado há décadas da doutrina e jurisprudência americanas, sem refletir sobre as suas condições sociais e históricas de aplicabilidade".

tizadas, devendo exercer atribuições de defesa da concorrência no caso da existência de órgão com competência concorrente que não exerça tais prerrogativas.

Bibliografia

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. *Privatização no Estado contemporâneo*. São Paulo, Ícone, 1996.

AREEDA, Philip e KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, text, cases*. Boston, Little, Brown and Company, 1988.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo, Saraiva, 1998.

BRONCKERS, Marco, C. E. J. e LAROUCHE, Pierre. "Telecommunications services and the world trade organization", *Journal of World Trade* 3/5-48, v. 31, jun. 1997.

CELLI JÚNIOR, Umberto. "A liberalização das telecomunicações", in *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil*, coord. Paulo Borba Casella e Araminta de Azevedo Mercadante. São Paulo, LTr, 1998.

_____. "A nova organização dos serviços na lei geral de telecomunicações", *Revista de Direito Administrativo* 211/151-61, Rio de Janeiro, jan.-mar. 1998.

COSTA, Maria Conceição da. *Constrangimentos e mudanças no setor de telecomunicações no Brasil (1979-1995)*. Tese (Doutorado em Ciência Política), Faculdade de Ciências Políticas da USP, São Paulo, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo, Atlas, 1997.

DEZALAY, Yves e TRUBEK, David M. "A reestruturação global e o direito. A internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transacionais", in *Direito e globalização econômica. Implicações e Perspectiva*, org. José Eduardo Faria. São Paulo, Malheiros Editores, pp. 29-80, 1998.

DUTRA, Pedro. "Regulação na forma da lei", *Gazeta Mercantil*, 7.1.1999, p. A-2.

ENCAOUA, David e KOEBEL, Philippe. "Réglementation et déréglementation des télécommunications: leçons anglo-saxonnes et perspectives d'évolution en France", *Revue Économique* 140F/475-520, Paris, 1987.

ESCOBAR, J. C. Mariense. *O novo direito de telecomunicações*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 1999.

FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. *Connecting the globe. A regulator's guide to building a global information community*. www.fcc.gov/connectglobe/foreword/html.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo, Ed. RT, 1998.

_____. "Breves notas sobre a posição dominante e seu abuso", *RDM* 107/45-69, São Paulo, jul.-set. 1997.

FOX, Eleanor M. Sullivan e LAWRENCE, A. *Cases and materials on antitrust*. St. Paul, West Publishing Co., 1989.

FREIRE, Marusa Vasconcelos. "A atuação do CADE diante da desestatização", *Revista de Direito Econômico* 23/67-72, Brasília, abr.-jun. 1996.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1991.

GALVÃO, Arnaldo e GALLUCCI, Mariângela. "Lei das privatizações exclui apreciação do CADE", *Gazeta Mercantil*, 5.2.1997, p. A-10.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

_____. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo, Ed. RT, 1988.

HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos. O breve século XX: 1914-1991*, trad. de Age of extremes: the short twentieth century: 1914/1991, por Marcos Santarrita. São Paulo, Cia. das Letras, 1995.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy. The law of competition and its practice*. St. Paul, West Publishing Co., 1994.

JONES, S. Walter. *A treatise on the law of telegraph and telephone companies*. Kansas City, Vernow Law Book Company, 1916.

KUTTNER, Robert. *Tudo à venda. As virtudes e os limites do mercado*, trad. de Everything for sale, por Cláudio Weber Abramo. São Paulo, Cia. das Letras, 1998.

_____. "As Baby Bells não querem concorrentes", *Gazeta Mercantil*, 2.4.1997, p. A-3.

LONDOÑO, Alfonso Miranda. "El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones", *Revista do IBRAC* 6/133-74, v. 4, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. "Direito do consumidor e privatização", *Revista de Direito do Consumidor* 26, ed. especial, São Paulo, abr.-jun. 1998.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo, Ed. RT, 1997.

MAMELUQUE, Leopoldo. *Privatização: modernismo e ideologia*. São Paulo, Ed. RT, 1995.

MARKS, Herbert E. "Telecommunications Act of 1996", in *Law and technology* 2/14-33, v. 29, 1996.

MEDAUAR, Odete. *Controle administrativo das autarquias*. São Paulo, Bushatsky, 1976.

MINISTÉRIO DAS TELECOMUNICAÇÕES. *Diretrizes gerais para a abertura do mercado de telecomunicações*. www.mc.gov.br/biblioteca/publicacoes/avisos/sumario_exec_i.html.

NOLL, Roger G. e OWEN, Bruce M. "The anticompetitive uses of regulation: United States v. AT&T (1982)", in *The antitrust revolution. The role of economics*. John E. Kwoka Jr. e Lawrence J. White. Oxford University Press [1994?].

OLIVEIRA, Gesner. "O papel do CADE na nova economia brasileira", in *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil*, coord. Paulo Borba Casella e Araminta de Azevedo Mercadante. São Paulo, LTr, 1998.

OLIVEIRA, José Carlos de. *Concessões e permissões de serviços públicos*. Bauru, Edipro, 1996.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. *Agências reguladoras: origem e natureza jurídica*. São Paulo, Pesquisas do PIBIC/CNPq, 1999.

PERDOMO, Matías Rodríguez e MAIO, Carlos Bastón. *Marco jurídico y formas de gestión en telecomunicaciones. Situación en derecho comparado y en el ámbito nacional*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991.

PINDICK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*, trad. de Pedro Catunda. São Paulo, Makron Books, 1994.

PINHO, Diva Beneditas e VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval (org.). *Manual de Economia*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992.

PIRES, José Cláudio Linhares e PICCININI, Maurício Serrão. *Serviços de telecomunicações: aspectos tecnológicos* 5, Rio de Janeiro, BNDES, 1997.

PUCEIRO, Zuleta. "O processo de globalização e a reforma do Estado", in *Direito e globalização econômica. Implicações e Perspectivas*, org. José Eduardo Faria. São Paulo, Malheiros Editores, pp. 105-26, 1998.

RAMOS, André de Carvalho e CUNHA, Ricardo Thomazinho da. "A defesa da concorrência em caráter global: utopia ou necessidade?", in *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil*, coord. Paulo Rocha Borba Casella e Araminta de Azevedo Mercadante. São Paulo, LTr, 1998.

REVISTA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES 210-A [fev. 1997 (mensal)] e 216-A [ago. 1997 (mensal)]. São Paulo, Telexpress Editora.

ROCHA FILHO, Aloísio da Franca. *Comunicação e tecnologia. Mutações da comunicação e da política no Brasil contemporâneo*. Tese (Doutorado em Sociologia), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, São Paulo, 1997.

ROCHA, Bolívar Moura. "Regulação de infraestrutura de defesa da concorrência: proposta de articulação", *RDM* 112/85-92, São Paulo, out.-dez. 1998.

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

_____. "Atuação estatal e ilícito antitruste", *RDM* 106/35-47, São Paulo, abr.-jun. 1997.

_____. "Direito empresarial público", *RDM* 112/9-18, São Paulo, out.-dez. 1998.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. "Dogmática jurídica e Lei 8.884/94", *RDM* 107/70-98, São Paulo, jul.-set. 1997.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

SIMONATO, Frederico. "A privatização no Brasil", *RDM* 112/93-96, São Paulo, out.-dez. 1998.

SIQUEIRA, Ethevaldo. *Privatização ou caos*. São Paulo, Telexpress Ed., 1993.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coords.). *Direito global*. São Paulo, Max Limonad, 1999.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*, trad. de *Intermediate microeconomics: a modern approach*, por Ricardo Inojosa. Rio de Janeiro, Campus, 1999.

VIANNA, Gaspar. "A nova Constituição brasileira e a exploração dos serviços públicos de telecomunicações", *Revista Forense* 305/324-9, jan.-mar. 1989.

_____. "Os serviços de telecomunicações na Constituição brasileira de 1988", *Revista de Informação Legislativa* 107/19-42, Brasília, jul.-set. 1990.

_____. "A exploração dos serviços dos serviços de telecomunicações na Constituição brasileira (interpretação da Emenda Constitucional 8, de 1995)", *Revista de Direito Administrativo* 204/145-61, Rio de Janeiro, abr.-jun. 1996.

VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M. e HARRINGTON Jr., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. Massachusetts Institute of Technology, 1997.

WALD, Arnoldo. "A evolução do regime legal da Petrobrás e a legislação antitruste", *RDM* 112/55-65, São Paulo, out.-dez. 1998.