



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UnB)**

**Faculdade de Direito (FD)**

**Curso de Graduação em Direito**

**GABRIELA BERBERT-BORN**

**O MOMENTO DE FIXAÇÃO DOS COMPROMISSOS REGULATÓRIOS  
E SEUS IMPACTOS EM UM PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO:  
EM BUSCA DE UMA ESTABILIDADE FLEXÍVEL**

*Towards a flexible stability:  
When to make regulatory commitments and the impacts on a privatization process*

**Brasília**

**2020**



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UnB)**

**Faculdade de Direito (FD)**

**Curso de Graduação em Direito**

**O MOMENTO DE FIXAÇÃO DOS COMPROMISSOS REGULATÓRIOS  
E SEUS IMPACTOS EM UM PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO: EM  
BUSCA DE UMA ESTABILIDADE FLEXÍVEL**

**Autora:** Gabriela Berbert-Born

**Orientador:** Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, dezembro de 2020.

# FOLHA DE APROVAÇÃO

GABRIELA BERBERT-BORN

**O Momento de Fixação dos Compromissos Regulatórios e seus Impactos em um Processo de Privatização: em Busca de uma Estabilidade Flexível.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2020.

## BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha  
**(Orientador – Presidente)**

---

Ma. Andréa da Fonseca Santos Torres Magalhães  
**(Membro)**

---

Dr. Renato Soares Peres Ferreira  
**(Membro)**

---

Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão  
**(Suplente)**

À **Liane Lídia Born** (*in  
memoriam*).

## AGRADECIMENTOS

À Faculdade de Direito da UnB, que me proporcionou tantos aprendizados nesses últimos seis anos. Em especial, ao Professor Márcio Iorio Aranha, que me honrou com a sua orientação nesta monografia. Pela confiança em mim depositada e pelo privilégio que foi tê-lo como guia durante a pesquisa.

Também nominalmente, agradeço aos professores Ana Frazão, André Gomma, João Costa Neto, Jorge Galvão, Luiz Alberto Gurgel, Pedro Felipe Santos e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto – que, cada um a sua maneira, marcaram de forma especial a minha graduação. Por encarnarem o que é ser, na minha opinião, verdadeiramente *Professores*.

Ao Núcleo da Saúde da Defensoria Pública do Distrito Federal, na pessoa do Dr. Fernando Honorato. Por me fazer enxergar no Direito um valioso instrumento para melhorar a vida das pessoas – e assim avivar em mim o gosto por esse curso.

Ao escritório Sérgio Bermudes, minha maior escola de prática jurídica. Em especial, aos Drs. Guilherme Coelho e Vinícius Conceição, pelo papel tão decisivo que desempenharam em meu amadurecimento profissional e pessoal.

Ao Gabinete do Ministro Luiz Fux, no STF, onde pude vivenciar a mais rica experiência de estágio que se pode imaginar. Em particular, aos Drs. Mário Guerreiro e Walter Schröder, pelo interesse genuíno em meu aprendizado; e à Dra. Andréa Magalhães, por ser fonte de inspiração diária em todos os sentidos possíveis.

Ao Gabinete do Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, no TSE, que foi também fonte de tanto crescimento. Agradeço especialmente à Dra. Aline, por me chefiar com tanta doçura; e ao próprio Ministro – e Professor querido –, por comprovar que é possível transmitir tanto brilhantismo e excelência quanto modéstia e simpatia.

Ao Gabinete da Liderança do Partido Novo na Câmara dos Deputados, que me permitiu iniciar efetivamente na vida profissional com um trabalho em que vejo tanto propósito. Em especial, ao Dr. Renato Ferreira, pela motivação diária e por coordenar a nossa pequena equipe com tanta habilidade.

Com muito carinho, agradeço ainda aos queridos Guilherme Lacerda, Isabela Maria, Lara Scapetti, Miguel Aires, Gabriel Fonseca, Leonardo Pereira, Roberto Aragão, Pedro Bichuette e Sophia Guimarães – que são, sem dúvidas, os melhores presentes que ganhei da UnB. Pelo companheirismo durante a graduação e pelos laços de amizade que permanecerão

daqui em diante. Aos cinco últimos – que se dedicaram a ler minha pesquisa com tanta atenção – agradeço pelo apoio e pelas observações tão preciosas.

Aos meus demais amigos e amigas, que tornaram esta jornada bem mais tranquila e prazerosa. Em especial, às Sete, por serem as “de sempre”, para sempre.

Ao Eduardo Farah, que me lembra diariamente do que importa de verdade. Por me fazer feliz e assim tornar tudo mais leve.

Ao Vô Ruy, ao Vô Oití e à Vó Mari, cujos colos e ligações me trazem tanto aconchego. Por aliviarem meus dias corridos cuidando de mim com tanta ternura.

À Vó Liane, minha maior inspiração e a quem dedico este trabalho. Por guiar os meus passos de outros planos... E por me permitir senti-la tão perto.

Com especial gratidão, aos meus pais, Roberto e Mylène, e ao meu irmão, Gui, por me encorajarem em absolutamente todos – todos – os meus voos. É bem mais fácil voar quando se tem um porto seguro como a nossa família. A vocês, devo tudo o que sou.

Finalmente, agradeço a Deus – que, tão generoso que é, me presenteou com todas essas pessoas e oportunidades. Por fazer eu me sentir tão querida e abençoada.

## FICHA CATALOGRÁFICA

Bm Berbert-Born, Gabriela  
O Momento de Fixação dos Compromissos Regulatórios e seus Impactos em um Processo de Privatização: em Busca de uma Estabilidade Flexível / Gabriela Berbert-Born; orientador Márcio Iorio Aranha. -- Brasília, 2020.  
141 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2020.

1. Direito Regulatório. 2. Pragmatismo. 3. Privatizações. 4. Telecomunicações. 5. Teoria da Regulação Responsiva. I. Iorio Aranha, Márcio, orient. II. Título.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BERBERT-BORN, G. (2020). O Momento de Fixação dos Compromissos Regulatórios e seus Impactos em um Processo de Privatização: em Busca de uma Estabilidade Flexível. Monografia Final de Curso em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 141p.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>NOTAS METODOLÓGICAS.....</b>	<b>3</b>
<b>ESTRUTURA DO TRABALHO .....</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO I – CONTEXTUALISMO.....</b>	<b>8</b>
<b>1.1 A Privatização da Entel.....</b>	<b>9</b>
1.1.1 O surgimento da Entel: a precoce estatização das telecomunicações na Argentina .....	9
1.1.2 A alienação da Entel: a veloz desestatização das telecomunicações na Argentina .....	11
1.1.3 Estruturas regulatórias: a tentativa de ajustes no durante e no pós-privatização .....	17
1.1.4 Os resultados da privatização da Entel .....	25
<b>1.2 A Privatização da Telebrás .....</b>	<b>34</b>
1.2.1 O surgimento da Telebrás: a estatização das telecomunicações no Brasil .....	34
1.2.2 Estruturas regulatórias: os ajustes pré-privatização .....	38
1.2.3 A alienação de ativos da Telebrás: a desestatização das telecomunicações no Brasil .....	49
1.2.4 Os resultados da privatização da Telebrás.....	51
1.2.4.1 A tensão entre estabilidade e flexibilidade ilustrada no caso brasileiro: a fixação do regime público para o STFC .....	65
<b>CONCLUSÃO PARCIAL.....</b>	<b>67</b>
<b>CAPÍTULO 2 – CONSEQUENCIALISMO .....</b>	<b>69</b>
<b>2.1 A Causa .....</b>	<b>70</b>
<b>2.2 As Consequências .....</b>	<b>82</b>
2.2.1 Consequências positivas? Resultados apontados pela literatura especializada .....	83
2.2.2 Consequências contraproducentes? Estabilidade vs. flexibilidade e blindagem política vs. permeabilidade popular.....	91
<b>2.3 As Variáveis Concorrentes .....</b>	<b>98</b>
<b>CONCLUSÃO PARCIAL.....</b>	<b>109</b>
<b>CAPÍTULO 3 – ANTIFUNDACIONALISMO.....</b>	<b>111</b>
<b>3.1 Teoria responsiva: a escolha do marco teórico.....</b>	<b>111</b>
<b>3.2 Teoria responsiva: pressupostos e características .....</b>	<b>115</b>
<b>3.3 Teoria responsiva: compatível com a ideia de fixação de compromissos regulatórios? .....</b>	<b>118</b>
<b>3.4 Teoria responsiva: compatível com a fixação <i>prévia</i> de compromissos regulatórios? .....</b>	<b>124</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>126</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>134</b>

## RESUMO

O objetivo desta pesquisa é analisar a relação entre os *resultados* do processo de desestatização de uma empresa prestadora de serviços públicos (variável dependente) e o *momento* em que é estruturado o desenho regulatório-institucional do setor privatizado (variável explicativa/independente). Busca-se investigar: (i) se a sequência entre regular e privatizar importa; e (ii) se – sob o prisma da teoria da regulação responsiva, marco teórico eleito para guiar o trabalho – é desejável que os compromissos regulatórios sejam firmados antes de iniciado o processo de privatização.

Em termos metodológicos/procedimentais, o trabalho se vale do Pragmatismo como fio condutor para a análise, aqui compreendido enquanto método pautado por três elementos fundamentais: o contextualismo, o consequencialismo e o antifundacionalismo. Intenta-se, com isso, agregar uma visão mais técnica e objetiva ao tema das privatizações, cuja carga ideológica não raro conduz a uma discussão polarizada e cega aos efeitos das múltiplas variáveis envolvidas nesses processos. Seguindo essa tríplice matriz pragmatista, a pesquisa se estrutura em três partes. O capítulo inicial, Contextualismo, de viés descritivo, contrasta dois casos de privatização no setor das telecomunicações nos anos 1990 em que a variável explicativa estudada destoa de forma evidente: o da Entel, na Argentina, em que não foi erguido um aparato regulatório significativo antes de sua alienação; e o da Telebrás, no Brasil, em que houve a preocupação de se criar a agência reguladora e a lei setorial antes de se iniciar o processo de privatização. O Capítulo 2, Consequencialismo, de viés analítico, investiga as possíveis relações entre essa variável e os resultados de cada processo. O Capítulo 3, Antifundacionalismo, de viés crítico, examina esse quadro pelas lentes da teoria da regulação responsiva.

O estudo sugere que a sequência entre regular e privatizar de fato importa quando se toma por base as experiências de privatização dos anos 1990. Por um lado, a fixação prévia dos compromissos regulatórios pareceu correlacionada a uma série de resultados positivos nesses processos. Por outro, mostrou-se passível de ensejar certos efeitos contraprodutivos, advindos sobretudo da tensão entre a *estabilidade* inerente a esses compromissos e a necessária *flexibilidade* de adaptação a novos cenários. Essa questão se revelou mais complexa, todavia, quando analisada pelo prisma da teoria da regulação responsiva e de um olhar atento à evolução das instituições desde a década de 1990. Com efeito, ao se conceber a regulação e a realidade institucional como *fluxos* em constante evolução, e não como questões estáticas, vinculadas a um momento específico, observa-se que a própria pertinência de se tentar sequenciar a regulação e a privatização é, em grande medida, reduzida – para não dizer superada. Essa nova perspectiva oferece estratégias para se manejar a tensão entre *estabilidade* e *flexibilidade*, gerada pela fixação prévia dos compromissos, e indica em que medida esses conceitos aparentemente antagônicos podem se mostrar compatíveis e complementares no Direito Regulatório.

Palavras-chave: Compromissos Regulatórios; Direito Regulatório; Institucionalismo; Pragmatismo; Privatizações; Telecomunicações; Teoria da Regulação Responsiva.

## ABSTRACT

This undergraduate thesis analyzes the relationship between the *results* of the process of privatization of public utilities (dependent variable) and the *moment* when the regulatory-institutional design of the privatized sector is structured (independent/explanatory variable). Its objectives are to investigate: (i) whether the sequence between regulating and privatizing matters; and (ii) whether – from the perspective of the responsive regulation theory, the theoretical framework chosen to guide the work – it is desirable or not that the regulatory commitments are established *before* starting the privatization process.

Concerning methodology, Pragmatism offers the guiding thread for the analysis – here understood, for purposes of this research, as a method composed by three fundamental elements: contextualism, consequentialism and anti-foundationalism. This is intended to add a more technical and objective overview of the privatization debates, which are frequently discussed in a polarized setting that neglects the multiple variables involved in these processes. Following the pragmatist matrix, the research is structured into three parts. The initial chapter, *Contextualism*, which has a *descriptive* character, presents two cases of privatization of telecommunications in the 1990s with different explanatory variables and outcomes: the Entel privatization, in Argentina, in which a regulatory structure was not built before its alienation; and that of Telebrás, in Brazil, where there was a concern to create a regulatory framework and an agency before starting the privatization process. Chapter 2, *Consequentialism*, which has an *analytical* character, investigates the possible relationships between this variable and the results of each process. Finally, Chapter 3, *Antifundationalism*, which offers a *critical* perception, examines this whole picture through the lenses of the theory of responsive regulation.

The research suggests that the sequence between regulation and privatization does matter when considering the privatization experiences of the 1990s. It was observed that establishing regulatory commitments *before* privatizing seems correlated, on the one hand, with a set of positive results in these processes; and, on the other hand, with some counterproductive effects, arising mainly from the tension between the *stability*, inherent in these commitments, and the necessary *flexibility* to adapt the regulatory system to new scenarios. Nevertheless, the issue becomes more complex when analyzed from the perspective of the responsive regulation theory and once considered the evolution of institutions since the 1990s. This is due to an approach based on conceiving regulation and institutional reality as *flows*, and not as static issues linked to a specific moment. Therefore, it shows that the relevance of trying to sequence regulation and privatization is, to a large extent, reduced - not to say overcome. This new perspective offers strategies to manage the tension between *stability* and *flexibility* and indicates to which extent these apparently antagonistic notions can be compatible and complementary in regulation.

Keywords: Regulatory Commitments; Regulation Law; Institutionalism; Pragmatism; Privatizations; Responsive Regulation Theory.

## LISTA DE FIGURAS

<b>Figura 1</b>	– Pirâmide de Constrangimento Normativo.....	118
-----------------	--	-----

## LISTA DE TABELAS

<b>Tabela 1</b>	– Cronograma de privatização da Entel.....	14
<b>Tabela 2</b>	– Lances ofertados no leilão da Entel para a Região Sul .....	16
<b>Tabela 3</b>	– Lances ofertados no leilão da Entel para a Região Norte.....	16
<b>Tabela 4</b>	– Indicadores Operacionais: Região Sul – Telefônica.....	27
<b>Tabela 5</b>	– Indicadores Operacionais: Região Norte – Telecom.....	28
<b>Tabela 6</b>	– Preços de instalação de linhas telefônicas na Argentina.....	28

## LISTA DE ACRÔNIMOS

<i>AFTIC</i>	<i>Autoridad Federal de Tecnologías de la Información</i>
<i>Anatel</i>	<i>Agência Nacional de Telecomunicações</i>
<i>Aneel</i>	<i>Agência Nacional de Energia Elétrica</i>
<i>Antaq</i>	<i>Agência Nacional de Transportes Aquaviários</i>
<i>ANTT</i>	<i>Agência Nacional de Transportes Terrestres</i>
<i>CBT</i>	<i>Código Brasileiro de Telecomunicações</i>
<i>CGU</i>	<i>Controladoria Geral da União</i>
<i>CNC</i>	<i>Comisión Nacional de Comunicaciones</i>
<i>CNCT</i>	<i>Comisión Nacional de Correos y Telégrafos</i>
<i>Contel</i>	<i>Conselho Nacional de Telecomunicações</i>
<i>CTB</i>	<i>Companhia Telephonica Brasileira</i>
<i>CTBC</i>	<i>Companhia de Telefones do Brasil Central</i>
<i>DNTE</i>	<i>Diréccion Nacional de Teléfonos del Estado</i>
<i>Embratel</i>	<i>Empresa Brasileira de Telecomunicações</i>
<i>Entel</i>	<i>Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Argentina)</i>
<i>FNT</i>	<i>Fundo Nacional de Telecomunicações</i>
<i>FUST</i>	<i>Fundo de Universalização das Telecomunicações</i>
<i>ITT</i>	<i>International Telephone &amp; Telegraph</i>
<i>LDI</i>	<i>Longa Distância Internacional</i>
<i>LDN</i>	<i>Longa Distância Nacional</i>
<i>LGT</i>	<i>Lei Geral das Telecomunicações</i>
<i>OCDE</i>	<i>Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico</i>
<i>ONU</i>	<i>Organização das Nações Unidas</i>
<i>Procon</i>	<i>Programa de Proteção e Defesa do Consumidor</i>
<i>PGMQ</i>	<i>Plano Geral de Metas de Qualidade</i>
<i>PGMU</i>	<i>Plano Geral de Metas de Universalização</i>
<i>PND</i>	<i>Programa Nacional de Desestatização</i>
<i>SMP</i>	<i>Serviço Móvel Pessoal</i>
<i>STFC</i>	<i>Serviço Telefônico Fixo Comutado</i>
<i>SEST</i>	<i>Secretaria de Controle de Empresas Estatais</i>
<i>Telebrás</i>	<i>Telecomunicações Brasileiras S.A</i>
<i>TCU</i>	<i>Tribunal de Contas da União</i>
<i>UTPR</i>	<i>Union Telefónica del Rio de la Plata</i>

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar as possíveis relações entre os *resultados* do processo de desestatização de uma empresa prestadora de serviços públicos (variável dependente) e o *momento* em que são fixados os compromissos regulatórios no setor privatizado (variável independente/explicativa). Busca-se investigar: (i) se a sequência entre regular e privatizar importa; e (ii) se – sob o prisma da teoria da regulação responsiva, marco teórico escolhido para guiar o trabalho – é desejável que os compromissos regulatórios sejam firmados *antes* de iniciado o processo de privatização.

Embora diversos estudos sobre reforma regulatória recomendem que as privatizações sejam realizadas somente após a estruturação de um arcabouço regulatório consistente<sup>1</sup>, essa lógica foi invertida em vários dos processos de desestatização dos anos 1990, sobretudo nos países em desenvolvimento. À época, em um cenário de grave recessão mundial em que os ideais neoliberais ganhavam terreno fértil, havia a forte crença de que uma privatização rápida seria imprescindível para combater os problemas sociais, políticos e econômicos atribuídos à falta de governança das estatais; viabilizar a inadiável expansão das redes físicas necessárias à prestação de serviços públicos; e, principalmente, sanear os elevados déficits fiscais com os recursos angariados com os leilões (COUTINHO, 2014, p. 94–97; VIEIRA DE CARVALHO, 2007, p. 104–113).

Nesse contexto, pressionados pela necessidade de caixa e influenciados pela ideologia então vigente, os governos desses países não raro acabaram definindo os termos de seus compromissos regulatórios<sup>2</sup> *durante* ou somente *após* a alienação das empresas estatais,

---

<sup>1</sup>Em diversos estudos realizados nos anos 1990 para instruir países interessados em realizar reformas regulatórias, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE e o Banco Mundial – BM recomendaram expressamente que as privatizações fossem *precedidas* da estruturação de instituições regulatórias (GUASCH; SPILLER, 1999, p. 181–195, 2001, p. 233–251; WALLSTEN, 1999, p. 15). Essa mesma recomendação tem sido sublinhada em documentos mais recentes. No relatório *Policy Makers Guide for Privatisation* de 2019, por exemplo, a OCDE destacou que “the government should normally not privatise SOEs before an appropriate regulatory framework has been established” (OCDE, 2019, p. 46).

<sup>2</sup>Expressão comumente encontrada em inglês: *regulatory commitment*. Por compor a variável explicativa analisada no presente trabalho, esse conceito será objeto de estudo detido no Capítulo 2. Para fins de compreensão inicial do termo, oportunas as considerações de Diogo Coutinho: “[e]m um Estado regulador, há uma dada altura em que se definem e cristalizam as “regras do jogo”. Trata-se de um momento – razoavelmente localizável no tempo em cada setor regulado – em que se forma entre o poder público e os investidores privados o que se chama no jargão da regulação *compromisso regulatório*” (COUTINHO, 2014, p. 90). Como complementam Faraco e Coutinho, trata-se de “uma espécie de pacto inicial que, se por um lado não é imutável, por outro só pode ser alterado, conforme o senso comum cristalizado, de modo oportuno e nunca de maneira extemporânea, uma vez que alterações atabalhoadas costumam levar, dada a opção passada pelo financiamento privado da infra-estrutura, a prejuízos para os cidadãos” (FARACO; COUTINHO, 2007, p. 265).

apostando nas privatizações como um elemento-chave para as reformas “em detrimento da construção de um pano de fundo institucional cuidadoso, necessário para que tais reformas funcionassem” (COUTINHO, 2014, p. 95).

Por um lado, há significativa literatura que correlaciona essa inversão de sequência entre regular e privatizar a uma série de efeitos negativos, seja em termos de *eficiência* na prestação das atividades pelos novos operadores, seja em termos de *equidade* e *universalização* de acesso aos serviços públicos privatizados. Aponta-se, por exemplo, que a falta de regulação prévia é passível de reduzir o valor de venda das empresas, de enfraquecer e/ou inviabilizar investimentos privados a médio e longo prazo (PARGAL, 2003, p. 8; WALLSTEN, 2002, p. 14–16), de aumentar os riscos de falhas de concorrência, de desestimular a boa performance no setor, de induzir comportamentos oportunistas, de culminar em contenciosos judiciais de atrofiar políticas de universalização<sup>3</sup> (COUTINHO, 2014, p. 97) e de frear a capacidade de expansão e penetração das redes (WALLSTEN, 1999, p. 15).

Noutro giro, há abundante discussão a respeito dos efeitos paradoxais do Estado Regulador (SUNSTEIN, 1999) e de como a regulação pode representar uma intervenção contraproducente no funcionamento dinâmico dos mercados (GRABOSKY, 1995). Um argumento recorrente, por exemplo, é o de que a regulação acaba por engessar parâmetros de atuação que logo se tornarão defasados, sobretudo em setores que sofrem rápidas transformações com o desenvolvimento de tecnologias disruptivas (FARACO; COUTINHO, 2007, p. 276).

Diante desse quadro, parte-se da seguinte pergunta de pesquisa: em que medida o *momento* da estruturação do desenho regulatório-institucional influencia os resultados alcançados com a privatização? A hipótese a ser testada é a de que a sequência entre regular e privatizar de fato importa – e de que é desejável, sob a luz da teoria da regulação responsiva, que os compromissos regulatórios sejam firmados *antes* de iniciado o processo de alienação das empresas.

---

<sup>3</sup>Esse aspecto específico da *universalização dos serviços públicos* é amplamente explorado por Diogo Coutinho em sua obra “Direito e economia política na regulação de serviços públicos” (2014), sendo a questão da sequência entre regular e privatizar abordada sobretudo nas páginas 88 a 91.

## NOTAS METODOLÓGICAS

Ainda que a pesquisa tenha a modesta pretensão de analisar uma variável bem específica dos processos de privatização – o *momento* em que firmados os compromissos regulatórios – ela busca se inserir no esforço mais amplo de matizar a carga ideológica que costuma acompanhar a pauta da intervenção do Estado na economia.

Com efeito, falar em privatizações ainda faz o debate caminhar rapidamente para discursos polarizados e calcados em ideologias – de modo que variáveis importantes, passíveis de tornar o processo mais ou menos eficiente e equitativo, acabam não sendo suficientemente incorporadas às discussões.

Diante disso, e considerando o novo fôlego que a agenda das desestatizações vem ganhando no contexto atual, o presente trabalho parte da premissa de que é necessário ultrapassar a lógica dicotômica – “*privatizar vs. não privatizar*” e “*regular vs. desregular*” – e centrar a discussão em “*como, e sob quais condições, privatizar e regular*”.

É nesse sentido que a pesquisa intenta *trazer maior objetividade* para essa pauta: a partir de uma análise *pragmática* acerca dos possíveis impactos que a *variável explicativa* foco do estudo – o *momento* em que firmados os compromissos regulatórios em relação à venda da estatal – pode gerar nos *resultados* de um processo de privatização (*variável dependente*), busca-se, ainda que de forma singela, tornar o debate democrático melhor informado e contribuir para o desenvolvimento de modelos mais funcionais.

Já a esta altura, duas ressalvas merecem ser feitas: (i) não se acredita em uma pretensa cientificidade e neutralidade valorativa; e (ii) não se toma como pressuposto que o aspecto ideológico é uma variável irrelevante. Aliás, considerando que os processos de desestatização dependem em larga medida da vontade política do Executivo e do Legislativo para serem implementados, a própria ênfase nessa agenda em determinado momento histórico depende, dessa forma, da ideologia do governo em exercício. O que o trabalho toma como pressuposto é que o debate não pode ser calcado *apenas* sob a ótica da ideologia, uma vez que a viabilidade e os bons resultados desses processos dependem de aspectos técnicos – os quais podem ser melhor vislumbrados e debatidos a partir de um estudo sistemático da experiência recente e de suas consequências.

É por isso que, sob uma *perspectiva procedimental/metodológica*, a pesquisa será orientada pelo Pragmatismo – compreendido para fins do estudo como um *método* que envolve

três características<sup>4</sup>: (i) o *contextualismo*, que demanda a consideração da experiência prática – social, política, histórica, econômica e cultural – em que o problema se insere; (ii) o *consequencialismo*, que preconiza a avaliação das diferenças *concretas* que determinada decisão produz sobre a realidade; e (iii) o *antifundacionalismo*, que rejeita a existência de premissas teóricas imutáveis e abstratas, de verdades apriorísticas e perpétuas, e que demanda uma postura sempre atenta às novas possibilidades capazes de refutar as hipóteses até então concebidas como verdadeiras (BINENBOJM, 2016, p. 54-55, 328).

Na síntese precisa de José Vicente Santos de Mendonça (2010, p. 38) “se não existem *fundações* que justifiquem ou validem conceitos ou teorias, deve-se apreciá-las a partir de suas *consequências*, as quais só adquirem sentido dentro do *contexto* no qual estão inseridas”. Assim, esses três elementos centrais servirão como *fio condutor* para a análise.

Cabe ressaltar que, embora se valha do termo em sua concepção mais ampla<sup>5</sup>, a pesquisa também se inspira em alguns aspectos *específicos* do pragmatismo jurídico de Richard Posner, sobretudo por três razões. *Primeiro*, porque essa abordagem frisa a sua *neutralidade com compromissos políticos específicos*<sup>6</sup>, o que se coaduna com os esforços da pesquisa em suplantiar a carga ideológica inerente à agenda.

*Segundo*, porque diferencia dois momentos de análise: a descrição e a prescrição, destacando que ele, o Pragmatismo, *não configura um critério normativo ou prescritivo* da decisão, senão que possui um viés *descritivo/analítico*. Por isso, centra-se primordialmente em identificar “um estado de coisas que seriam prognosticamente gerados por cada decisão possível” (*descrição/análise*) e reconhece caber a uma etapa *subsequente* a definição da escolha adequada segundo critérios políticos ou jurídicos (*prescrição*)<sup>7</sup>.

No mesmo sentido, o trabalho também busca se organizar cingindo esses dois momentos: como melhor explicado adiante, realiza-se primeiro um estudo objetivo (de viés *descritivo*, no Capítulo 1, e *analítico*, no Capítulo 2) que, em seguida, serve de insumo para

---

<sup>4</sup>Assim sumariza Thamy Pogrebinski (2005, p. 26). Também no sentido de reconhecer esses três elementos como aspectos comuns às análises pragmáticas, ver: ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 176.

<sup>5</sup>Aqui, vale ressaltar que foge ao escopo da pesquisa debater os diferentes matizes internos do movimento pragmático. Como explicado, o que se busca é tão somente valer-se de seus elementos centrais como guias para se empreender a análise.

<sup>6</sup>Confira-se em: POSNER, 2003, p. 84.

<sup>7</sup>Nesse sentido, ao diferenciar o pragmatismo de Posner do utilitarismo (este sim configurando um critério prescritivo da decisão), Gustavo Binenbojm (BINENBOJM, 2016, p. 54) sublinha que “uma etapa, portanto, consiste em individualizar, aos pares, cada decisão possível e as consequências dela decorrentes (etapa descritiva). A etapa seguinte consistirá na ordenação desses pares consoante algum critério de julgamento (político ou jurídico, conforme o caso) entre os estados de coisas a serem alcançados (etapa normativa ou prescritiva)”.

uma análise crítica (de viés *prescritivo*) no Capítulo 3, realizada à luz dos critérios fornecidos pela teoria da regulação responsiva.

*Terceiro* porque, para além dos três elementos centrais do “gênero” pragmatismo citados acima, o pragmatismo jurídico de Posner sublinha outros elementos da ciência jurídica úteis à análise que se busca empreender, dentre os quais: a consideração aos aspectos institucionais e culturais *locais*, a *empíria* e o *caráter instrumental* do Direito. Na síntese do autor:

O pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência do “**caráter local**” do conhecimento humano, da **dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da “verdade”**, da consequente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última **depender da cultura e das instituições sociais** e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e ação sociais sejam válidos como **instrumentos a serviço de objetivos** humanos tido em alto apreço, e **não como fins em si mesmos**. (POSNER, 2007, p. 526 – grifos nossos)

Desse modo, embora direcionado a uma teoria de tomada decisões judiciais – o que de certa forma se desvia do cerne da pesquisa –, o pragmatismo jurídico, tal como sintetizado acima por Posner, ilustra bem a concepção pragmática que servirá de *ancoragem procedimental* ao trabalho.

Já em termos de *ancoragem substancial*, toma-se a teoria da regulação responsiva como marco teórico central do estudo. Como se verá mais detidamente no Capítulo 3, a escolha dessa teoria para fornecer as lentes pelas quais a hipótese será analisada não é aleatória. Bem ao contrário, alinha-se aos propósitos do trabalho por diversos ângulos – notadamente ao buscar transcender o debate binário sobre regulação e desregulação<sup>8</sup> e sugerir que o desenho regulatório deve se apoiar em estudos empíricos. Ademais, ao superar a arraigada compreensão do direito como exclusivamente dependente do ilícito e da sanção, a teoria da regulação responsiva personifica o elemento *antifundacionalista* tão caro às abordagens pragmáticas.

Em suma, o objetivo de se ancorar o presente trabalho no pragmatismo, em termos procedimentais, e na teoria da regulação responsiva, em termos substantivos, nada mais é do que inscrever a pesquisa na tendência descrita por Gustavo Binbenbim (2016, p. 49–60) como o *giro pragmático do Direito Administrativo*: trata-se de “basear conceitos, proposições e decisões no exame de suas consequências práticas, em um determinado contexto concreto, sem

---

<sup>8</sup>O que se traduz inclusive no próprio subtítulo de sua obra de referência: o livro de Ian Ayres e John Braithwaite (1992) “Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate”.

prestar necessária reverência a premissas teóricas inquestionáveis – eis o itinerário do pragmatismo jurídico-administrativo” (2016, p. 60).

Inspirando-se nesse mote, todas as etapas da presente pesquisa foram operadas em consideração a esses três elementos, evitando-se análises e conclusões descontextualizadas, vazias em termos de consequências práticas ou fundadas em premissas teóricas imutáveis e abstratas. De forma mais evidente, a tríplice matriz pragmatista se refletiu também na estrutura do trabalho<sup>9</sup>, espelhando-se não apenas na denominação dos três capítulos que o compõem, mas sobretudo no raciocínio que se buscou desenvolver em cada um. Essa estrutura é apresentada a seguir.

## **ESTRUTURA DO TRABALHO**

O Capítulo 1 do trabalho, denominado “*Contextualismo*”, de *viés descritivo*, parte do contraste de dois casos em que a variável independente/explicativa estudada – o *timing* em que firmados os compromissos regulatórios – apresenta-se de forma evidentemente distinta: o da privatização da Entel, na Argentina, em que não foi erigido um aparato regulatório mínimo antes de sua alienação; e o da venda da Telebrás, no Brasil, em que houve a preocupação de se criar a agência reguladora e a lei setorial antes de iniciado o processo de privatização.<sup>10</sup> Na linha do que sugerem as abordagens pragmáticas, essa descrição busca abranger os aspectos políticos, econômicos, históricos e institucionais próprios de cada país na época em estudo, a fim de se apresentar o relato de cada caso devidamente inscrito em seu respectivo contexto.

Esse cotejo contextualizado serve de insumo para que, no Capítulo 2, nomeado “*Consequencialismo*”, de *viés analítico*, sejam investigadas as possíveis relações entre a variável independente e as variáveis dependentes (os resultados em cada processo), no esforço de se compreender as *diferenças concretas* que podem advir quando os compromissos regulatórios são fixados *antes* da alienação de uma empresa estatal prestadora de serviços públicos ou quando são estabelecidos apenas *durante/após* esse processo.

Essa investigação cinge-se em três partes. Inicialmente, preocupa-se em se definir com maior precisão o significado e os limites semânticos das variáveis em estudo (*subcapítulo 1* –

---

<sup>9</sup>A divisão da estrutura do trabalho dessa forma foi inspirada na obra “Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática”, de Andréa Magalhães (2017), cuja disposição dos capítulos segue este mesmo arranjo baseado nos três elementos que compõem a matriz pragmática.

<sup>10</sup>Vale ressaltar que o setor das telecomunicações é apontado como a única exceção a essa tendência de primeiro privatizar e depois definir as metas e regras de regulação no programa brasileiro de 1990 (COUTINHO, 2014, p. 96). Essa ressalva será melhor explorada mais adiante.

“*A Causa*”). Em seguida, apresenta-se uma revisão bibliográfica de autores e instituições que se debruçaram sobre o tema, a fim de se elencar os resultados dos processos de privatização que, em geral, são apontados pela literatura especializada como atrelados ao momento em que são fixados esses compromissos (*subcapítulo 2 – “As Consequências”*). Nesse ponto, pondera-se em que medida os casos do Brasil e da Argentina ratificam ou contradizem essas conclusões. Após, reflete-se acerca da influência de outras variáveis passíveis de *concorrer* para os resultados do processo de privatização, a exemplo do ambiente institucional, do conteúdo e da origem jurídico-institucional do desenho regulatório (*subcapítulo 3 – “As Variáveis Concorrentes”*).

Finalmente, no Capítulo 3 – denominado “*Antifundacionalismo*”, de viés *crítico* – busca-se empreender uma análise crítica do quadro delineado nos capítulos precedentes sob as lentes da *teoria da regulação responsiva*. Para tanto, apresentam-se as principais marcas identificadoras dessa teoria; evidencia-se de que modo ela preenche o elemento antifundacionista recomendado pelas abordagens pragmáticas; e, em seguida, reflete-se sobre sua interface com a concepção de compromissos regulatórios, ponderando-se em que medida as ideias de estabilidade (própria destes) e de flexibilidade (intrínseca à lógica da regulação responsiva) são compatíveis entre si. Por fim, as principais conclusões e reflexões colhidas ao longo do trabalho são sistematizadas e resumidas na seção final de “*Conclusão*”.

## CAPÍTULO I – CONTEXTUALISMO

### Relato dos casos da privatização da Entel, na Argentina, e da Telebrás, no Brasil

*“Por evidente, se as proposições precisam ser confrontadas com a diferença que fazem na prática, o método pragmático não pode desconsiderar o contexto real e deve levar sempre em conta a intersubjetividade que lhe confere sentido e valor.”*

*(Gustavo Binenbojm)<sup>11</sup>*

O objetivo deste primeiro capítulo é descrever os casos que servirão de objeto de análise nos próximos capítulos: os processos de privatização da Entel, na Argentina (subcapítulo 1.1), e da Telebrás, no Brasil (subcapítulo 1.2).

A fim de inserir essas descrições nos respectivos contextos – tal como pressupõe o método pragmático – o relato de cada caso engloba os seguintes aspectos. *Primeiro*, antes de se adentrar o estudo do processo de desestatização, dá-se um passo para trás para compreender o processo de *estatização* dos serviços de telecomunicações em cada país, com o objetivo de conhecer o contexto e o processo de surgimento dessas companhias e de depreender as motivações e aspectos conjunturais que, a partir daí, levaram o pêndulo a virar rumo à redução do controle operacional direto do Estado sobre esses serviços. *Segundo*, busca-se descrever o processo de privatização em si (*e.g.*, a modelagem da venda, o perfil das companhias privadas interessadas, as condições de participação e os resultados do leilão). *Terceiro*, são destacados os ajustes regulatórios e estratégicos que foram realizados para viabilizar esse novo modelo de prestação dos serviços de telecomunicações, antes e após a venda (e, no caso brasileiro, os aspectos que oportunizaram a realização desses ajustes em momento *anterior* à alienação). *Quarto* e por fim, são mostradas as principais consequências desses processos e em que medida os resultados alcançados realizaram ou não os objetivos inicialmente pretendidos.

---

<sup>11</sup> Em sua obra “Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenado” (2016, p. 54-55), referindo-se ao pilar do *contextualismo* que compõe a tríplice da matriz pragmatista – a qual descreve como parte da demonstração do que denomina giro pragmático do direito administrativo: “uma tendência contemporânea da disciplina” e “uma estratégia prescritiva de análise e decisão em busca de soluções aptas a alcançar os melhores resultados práticos para os problemas enfrentados pela Administração Pública”.

## 1.1 A Privatização da Entel

### 1.1.1 O surgimento da Entel: a precoce estatização das telecomunicações na Argentina

O processo de estatização das telecomunicações na Argentina teve início já na década de 30, bem antes do que no Brasil. Até essa época, os serviços de telecomunicação no país eram prestados por operadoras privadas, sobretudo estrangeiras, com mínima regulação pelo governo federal. Em 1936, diante de um quadro de intensa fragmentação e de grandes deficiências em termos de integração doméstica do sistema de telefonia<sup>12</sup>, o governo decidiu intervir: mediante decreto<sup>13</sup>, declarou-se que os serviços telefônicos constituíam “serviços nacionais sob jurisdição federal” e que, portanto, as companhias privadas prestadoras desse serviço passariam a operar com *status* de permissão precária, passível de ser cancelada a qualquer momento. Foi o primeiro passo para o processo de *estatização* da *telefonia* na Argentina (ABDALA; HILL, 1993, p. 8-10).

Somente na década seguinte, todavia, esse processo ganhou fôlego de fato. Ao assumir a presidência em 1946, em um contexto de pós 2ª Guerra Mundial<sup>14</sup>, o coronel Juan Domingo Perón logo implementou um plano para a redução dos fatores de vulnerabilidade externa do país que, dentre outras medidas, incluía a nacionalização dos serviços públicos prestados por companhias estrangeiras. Com efeito, uma de suas primeiras medidas enquanto presidente foi a compra da *Union Telefónica del Rio de la Plata* – UTPR, grupo que pertencia à companhia americana *International Telephone & Telegraph* – ITT e que era responsável por operar cerca de 89% das linhas telefônicas na Argentina<sup>15</sup>. Com a assimilação de outras companhias menores

---

<sup>12</sup> Como apontam Abdala e Hill (1993, p. 8), em 1945 havia 43 companhias telefônicas distintas operando em diferentes províncias da Argentina de forma totalmente desconectada. Usuários de uma província mais ao norte do país não conseguiriam, por exemplo, completar uma chamada para Buenos Aires, embora pudessem realizar sem maiores dificuldades uma ligação para Europa.

<sup>13</sup> Decreto nº 1.698/1936.

<sup>14</sup> Graças ao fornecimento de material bélico para os combatentes de ambas as guerras mundiais, a Argentina dispunha de uma grande reserva de capital, o que possibilitou ao governo comprar os grandes empreendimentos controlados por atores privados estrangeiros no país.

<sup>15</sup> Outros 7% eram operados pela Compañía Entrerriana de Teléfonos S.A. – CET e pela Compañía Argentina de Teléfonos – CAT, ambas pertencentes ao grupo sueco Ericsson; e 4% por outras companhias menores (MULLER, p. 346-348). Como ressalta Pastoriza (1996, p. 53), “somente a Compañía Argentina de Teléfonos (CAT) – pertencente ao grupo sueco Ericsson – permaneceu sobre propriedade privada devido a desacordos em relação ao preço de transferência. A CAT, entretanto, foi proibida de fazer investimentos adicionais no período 1948/59. Em 1959, o governo decidiu que não compraria mais a empresa, liberando-a para expandir sua rede. A CAT permaneceu operando mediante autorização precária até 1992, tendo sido submetida à mesma estrutura tarifária da Entel.” Ou seja – assim como no Brasil, como se verá no subcapítulo seguinte – a estatização das telecomunicações na Argentina margeou com a permanência de operadora privada, ainda que esta contivesse pequena participação no mercado.

nos meses subsequentes, consolidava-se a nova companhia estatal de telefonia: a *Diréccion Nacional de Teléfonos del Estado* – DNTE, oficialmente criada em 1948 (ABDALA; HILL, 1993, p. 9; MULLER, 2007, p. 345-347).

Em termos normativos, o prosseguimento desse processo de estatização – que até então vinha ocorrendo inteiramente por decretos do Executivo – ganhou força ao ser respaldado pela Constituição de 1949, cujo artigo 40 determinava que:

Art. 40. [...] Los servicios publicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningun concepto podran ser enajenados o concedidos para su explotacion. Los que se hallaren en poder de particulares seran transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, **cuando una ley nacional lo determine.** (grifos nossos)

Em seguida, com a edição de um novo decreto<sup>16</sup> em 1956, o governo rebatizou a DNTE de *Empresa Nacional de Telecomunicaciones* – Entel e permitiu que, progressivamente, a estatal passasse a prestar a totalidade de *outros* serviços de telecomunicações – para além dos serviços telefônicos. Abria-se caminho, agora, para a estatização completa dos outros serviços de telecomunicações na Argentina (MULLER, p. 347-349).

Em 1972, ambos esses decretos – o de 1936, que definiu a telefonia como serviço nacional, e o de 1956, que estendeu esse escopo para outros serviços de telecomunicações – foram confirmados em nível legal pela *Ley Nacional des Telecomunicaciones*<sup>17</sup>, marco que conferiu então, de forma explícita, o monopólio legal ao Estado de todas as atividades de telecomunicações (ABDALA; HILL, 1993, p. 9; PASTORIZA, 1996, p. 38).

Nos primeiros anos em que esteve sob o comando estatal, a Entel cresceu e foi modernizada, despontando como uma das maiores companhias de telecomunicações do mundo na década de 50<sup>18</sup>. Nas décadas seguintes, contudo, o que se observou foi uma rápida deterioração das condições operacionais e financeiras da empresa, o que leva a crer que grande

---

<sup>16</sup> Decreto nº 310/1956, o qual estabeleceu que “se constituirá uno entidad que con carácter de empresa del Estado, prestará conjuntamente los servicios telefónicos, telegráficos, radiotelegráficos y demás complementarios de telecomunicaciones de propiedad de la Nación, y por cuyo medio el Estado se hallará en óptimas condiciones para desarrollarlos coordinadamente, como lo exigen una mejor técnica administrativa y las necesidades primordiales del país”.

<sup>17</sup> Lei nº 19.798/1972.

<sup>18</sup> Como apontam Abdala e Hill (1993, p. 10), “in 1956 it was one of the ten largest firms in terms of the number of lines installed and it ranked seventh in the number of calls placed. In 1957 Argentina had 42.86 % of the telephones installed in South America and the telephone density in the city of Buenos Aires was almost twice as high as any other major urban area in Latin America”.

parte desse sucesso inicial fora apenas reflexo da relativa prosperidade econômica da Argentina naquela época (PASTORIZA, 1996, p. 39).

Com efeito, já na década de 70, o setor das telecomunicações passou a acumular problemas das mais diversas ordens. Em uma conjuntura de intenso nacionalismo, a política industrial de substituição das importações, utilizada pelo governo nas décadas de 50 e 60, acabou limitando o acesso da Entel às tecnologias de outros países, o que não somente aumentou o custo de seus equipamentos como os tornou rapidamente obsoletos. Além desses problemas de ordem técnica, também se intensificavam os problemas gerenciais: a empresa não mais se mostrava capaz de suprir o intenso aumento de demanda por linhas e a qualidade de seus serviços tornou-se cada vez mais crítica. Citem-se ainda os diversos problemas trabalhistas (como os baixos índices de produtividade e os episódios frequentes de greve e de sabotagem pelos próprios trabalhadores) e as recorrentes denúncias de corrupção, que acabavam por minar a credibilidade da empresa (PASTORIZA, 1996).

Na década de 80, esse quadro de decadência no setor das telecomunicações foi fortemente catalisado pela recessão mundial, que provocou grandes impactos na Argentina e gerou intensa deterioração financeira de seu setor público (ABDALA; HILL, 1993, p. 10-11; PASTORIZA, 1996, p. 36-39). Sabia-se que a solução para os problemas técnicos, gerenciais, trabalhistas e tarifários da Entel demandaria grandes investimentos ligados à modernização e à ampliação das redes – o que era impossível naquele cenário de grave crise econômica. Em paralelo, diante de uma divulgada convicção de ineficiência da ação direta do Estado na economia, as ideias neoliberais ganhavam cada vez mais força em todo o mundo ocidental. (ABDALA; HILL, 1993, p. 10-11; PASTORIZA, 1996, p. 36-39; VIEIRA DE CARVALHO, 2007, p. 104). Nesse contexto, começou a se cogitar a privatização do setor.

### *1.1.2 A alienação da Entel: a veloz desestatização das telecomunicações na Argentina*

A primeira proposta de privatização da Entel, formulada no governo do Presidente Raul Alfonsín, em 1987, era a de sua privatização parcial. A ideia era formar uma empresa de economia mista em que o governo permaneceria com 51% das ações – mantendo o controle acionário –, doaria 9% aos trabalhadores da empresa e venderia 40% a um novo investidor, que se tornaria responsável pelo gerenciamento e operação da empresa (PASTORIZA, 1996, p. 40).

Ainda que algumas companhias privadas tenham manifestado interesse nessa proposta, o plano não vingou: havia forte resistência dos trabalhadores e fornecedores da Entel; foram feitas duras críticas em relação à falta de competitividade e de regulação no modelo proposto

(não haveria leilão, e sim negociações para a venda dos 40% da empresa); e, principalmente, Alfonsín não conseguiu obter o apoio necessário no Congresso<sup>19</sup>.

Com as eleições de 1989, todavia, houve uma significativa mudança na situação institucional e política do país: o Partido Peronista elegeu não apenas o presidente, Carlos Menem, como também a maioria dos integrantes da Câmara e do Senado. Essa particular conjuntura representou uma janela de oportunidade para a implantação de um ambicioso programa de reformas estruturais na Argentina, o qual foi iniciado já nos primeiros meses de governo com a aprovação da *Ley de la Reforma del Estado*<sup>20</sup> em agosto de 1989. Essa lei estabeleceu os parâmetros para o programa de privatização e concedeu amplos poderes ao Executivo, possibilitando-lhe inclusive alterar, via decreto, as leis preexistentes que não se mostrassem em coerência com os objetivos da reforma (ABDALA, 1993, p. 6; MULLER, 2005, p. 350).

Em um cenário de crise, no qual o governo dispunha de pouca credibilidade interna e externa, Menem – agora autorizado pelo Congresso – optou por começar com a privatização das maiores e mais difíceis estatais a fim de sinalizar que estava realmente comprometido com a mudança do papel do Estado na economia argentina (ABDALA, 1993, p. 12; PASTORIZA, 1996, p. 37; WORLD BANK, 1993, p. 21). Assim, a Entel – escolhida como primeira – acabou virando um *teste da habilidade* do Presidente em conduzir a reforma: se a operação fosse bem-sucedida, Menem conquistaria a legitimidade necessária para prosseguir com a implementação das demais alterações estruturantes almejadas, o que tornava essencial a *rápida* conclusão dessa empreitada inicial a fim de viabilizar o programa inteiro (ABDALA, 1993, p. 12).

Nesse contexto, com pressa e temendo que eventuais leis adicionais ficassem emperradas por grupos de interesse no Congresso, o governo conduziu a privatização

---

<sup>19</sup> Na época, a fim de conferir respaldo normativo a essa primeira proposta de privatização, foram editados três decretos que previam a desmonopolização de serviços públicos prestados por empresas estatais e a possibilidade de transpasse do patrimônio estatal afetado a esses serviços para empresas privadas (os decretos de nº 1651/1987, 1757/1987, e 1842/1987). Todavia, estes se mostravam em completo desacordo com a *Ley Nacional des Telecomunicaciones* de 1972, que, como visto, estabelecia o monopólio legal do setor. Assim, era necessário apoio do Congresso para suprimir esse óbice legislativo ou ao menos conferir legitimidade ao Executivo para fazê-lo (como ocorreu logo em seguida, mas já no governo de Carlos Menem, com a aprovação da *Ley de la Reforma del Estado*) (ABDALA; HILL, 1993, p. 11; COELHO, 2005, p. 313).

<sup>20</sup> Lei nº 23.696/1989.

essencialmente por decretos de necessidade e urgência<sup>2122</sup>. Luigi Manzetti (1999, p. 110 – grifos nossos) ilustra a dimensão do uso desses recursos:

Through such decrees the executive assumes legislative powers without congressional approval (...) **from 1853 and 1989 this type of decree power was exercised twenty-five times. Menem, between 1990 and 1994, used them over 300 times...**and to prevent Congress from changing important legislation affecting the privatization program, Menem also made **an unprecedented use of total and partial presidential vetoes.**

Nesse sentido, editados apenas alguns dias após a *Ley de la Reforma*, os primeiros decretos<sup>23</sup> modificaram os trechos da *Ley Nacional des Telecomunicaciones* de 1972 considerados incompatíveis com as mudanças almejadas, anunciaram a privatização da Entel e designaram a equipe de intervenção que seria responsável por preparar a companhia para a venda. Em seguida, logo se iniciou o processo de “saneamento” da empresa: instituiu-se um significativo aumento tarifário – que representou um aumento de 473% do valor do pulso telefônico em termos reais – e criou-se um programa de demissões e aposentadorias incentivadas – que reduziu o quadro de pessoal de 48 mil para 42,6 mil. Buscava-se, com isso, apresentar a Entel aos potenciais investidores com uma estrutura de tarifas e de custos mais rentável (PASTORIZA, 1996, p. 40).

Alguns meses depois, o Decreto nº 62<sup>24</sup>, editado em 5 de janeiro de 1990, estabeleceu as principais diretrizes do processo: (i) instituiu um cronograma da privatização, prevendo que a transferência da companhia aos novos proprietários se daria já em outubro do mesmo ano (confira-se na Tabela 1); (ii) definiu os requisitos mínimos que os potenciais compradores

---

<sup>21</sup> Como se verá melhor no capítulo seguinte, é evidente que, se por um lado esses decretos seriam mais fáceis de serem implementados do que uma lei; por outro, seriam também mais facilmente revertidos no governo seguinte, o que acabou refletindo certa insegurança aos potenciais investidores. Ainda assim, o presidente optou por se valer desse instrumento em nome da velocidade do programa. Como explicam Abdala e Hill (1993, p. 7): “given the division of powers between the two branches of government, the probability that subsequent elections were likely to lead to the executive and legislature being controlled by different parties, any law enacted by the unified government under President Menem would be difficult to reverse. However, in the interest of speed in the privatization of ENTel and the implementation of the first stage of the reform program, the Menem administration chose not to use this mechanism. It relied instead on the powers to act by executive decree given to it by the State Reform Law”.

<sup>22</sup> Como ressaltam Abdala e Hill (1993, p. 13), “later privatizations, that took place subsequent to the privatizations provided for in the State Reform Law, were implemented by laws passed by Congress rather than by decrees. This is true of the privatizations natural gas, power, oil, and the ports. While in some cases this caused delays in the privatization process, these delays did not have the same potential negative impact on the credibility of the reform program as a delay in one of the first privatizations might have had”.

<sup>23</sup> Decretos nº 59/1990, 60/1990, 61/1990.

<sup>24</sup> O Decreto nº 62/1990, que continha o “Pliego de Bases y Condiciones para la Privatizacion del Servicio Publico de Telecomunicaciones”. Texto disponível em: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/2520/norma.htm>

deveriam preencher, a fim de garantir que eles detivessem as habilidades técnicas e os recursos financeiros necessários para atingir os investimentos esperados; *(iii)* estabeleceu as obrigações a serem seguidas pelas companhias ganhadoras, como a proibição de importar equipamentos e de comprar uma parcela mínima de seus produtos de fornecedores locais; *(iv)* previu certos princípios básicos do regime regulatório no setor (como se verá mais detidamente na seção seguinte); e *(v)* definiu os termos e condições da venda da Entel – ainda que diversas dessas disposições tenham sofrido alterações durante o processo de alienação (ABDALA; HILL, 1993, p. 13-15).

Original Schedule for the Sale of Entel	
January 10, 1990	Publication of the call to bid
January 22	Opening of the consultation period.
March 2	Last date to carry on consultations on the Document.
March 21	Deadline for the presentation of bid'ers for their prequalification, and the opening of the presentations at 18 hrs.
March 28	Notification of the results of the prequalification.
April 5	Opening of the period of access to information.
May 22	Closing of the period of access to information.
June 11	Deadline for the presentation of the proposals of the prequalified bidders, and opening of the proposals at 18 hrs.
June 14	Notification of the preaward.
June 22	Deadline for the presentation of objections to the preaward.
June 28	Deadline for the award by decree of the Executive Branch and resolution of the objections to the preaward.
August 6	Deadline to sign the Transfer Contract.
October 8	Deadline to Take Possession.

Tabela 1 – Cronograma de privatização da Entel constante no Decreto 62/1990

Fonte: ABDALA; HILL, 1993, p. 49

Nos termos desse decreto, a ideia era que a Entel fosse dividida em quatro empresas: duas operadoras locais de telefonia (uma responsável por operar os serviços da região Sul do país e a outra os da na região Norte, sendo a zona metropolitana de Buenos Aires cingida entre

as duas), além de uma empresa de serviços adicionais<sup>25</sup> e de outra de serviços internacionais (estas operando em todo o território nacional). As quatro empresas seriam vendidas a *duas* companhias privadas, que passariam a controlar, cada uma, uma das operadoras locais, e a dividir entre si o controle das duas outras empresas (as de serviços adicionais e internacionais) na proporção de 50% cada (PASTORIZA, 1996, p. 39-40).

Desde que cumprissem metas mínimas de investimento determinadas no decreto, essas duas companhias privadas fariam jus a uma licença de exclusividade na oferta de serviços telefônicos básicos<sup>26</sup> nas respectivas regiões (Norte ou Sul) por um período de cinco anos – prazo este que, no decorrer do leilão, acabou sendo modificado para sete anos, após pressão das companhias participantes. Caso cumprissem um segundo conjunto de metas mais ambicioso (em especial no tocante ao número de linhas instaladas a cada ano), o prazo poderia ainda ser prorrogado por mais três anos. Findo esse período de 10 anos, as empresas continuariam com a licença de operação, mas perderiam o direito de exclusividade<sup>27</sup> (FORCINITO, 2005, p. 3; PASTORIZA, 1996, p. 41).

O leilão foi então anunciado quase que imediatamente, definindo-se que os lances deveriam ser compostos por uma parte em dinheiro e outra relativa à assunção das dívidas do governo argentino<sup>28</sup>. Das catorze companhias inicialmente interessadas<sup>29</sup> – as quais compraram os documentos da licitação vendidos por US\$ 20.000,00 –, apenas sete apresentaram os documentos necessários para a pré-qualificação<sup>30</sup> e, dentre essas sete, apenas três de fato ofertaram lances ao final<sup>31</sup>. Foram elas: a *Telefónica*, da Espanha, a *Bell Atlantic*, dos Estados

---

<sup>25</sup> Como transmissão de dados, videoconferência e *paging*.

<sup>26</sup> Vale notar que essa garantia de exclusividade não se aplicava aos serviços de valor adicionado e tampouco aos de telefonia celular.

<sup>27</sup> Como aponta Abdala e Hill (1993, p. 14), o Governo chegou a considerar vender a Entel sem uma licença exclusiva. No entanto, considerando que essa condição constituía o ativo mais valioso no pacote e o governo temia não receber nenhum lance, optou-se por manter a previsão de exclusividade.

<sup>28</sup> O valor mínimo da porção em dinheiro seria de 114 milhões para a parte sul e de 100 milhões para a parte norte, não havendo lance mínimo para o montante relativo à assunção das dívidas. Estabeleceu-se ainda que o governo assumiria todos os débitos da Entel (que era de 200 milhões para a companhia do sul e 178 milhões para a do norte) (ABDALA; HILL, 1993).

<sup>29</sup> Quanto ao perfil geral desses consórcios inicialmente interessados, Pastoriza (1996, p. 40) aponta que a maioria possuía uma estrutura tripartite que incluía “um sócio estrangeiro (que aportava a tecnologia, o know-how e o management), um sócio local (ligado a grandes grupos econômicos) e um sócio financeiro (na maioria das vezes um banco estrangeiro detentor de títulos da dívida externa argentina, os quais foram maciçamente usados como moeda de privatização”.

<sup>30</sup> Como se verá a seguir, essa queda de 14 para sete compradores potenciais ocorreu logo após uma alteração inesperada no regime de tarifas e nos requisitos exigidos para a pré-qualificação.

<sup>31</sup> Também como será explicitado adiante, essa queda de sete para três ocorreu justamente quando o decreto que esclarecia a estrutura regulatória – editado bem ao final do processo de licitação – deixou em aberto o nível de tarifas inicial, o que acabou gerando incertezas quanto à expectativa de rentabilidade das empresas.

Unidos, e a *France Cable and Radio/Stet*, um consórcio da Itália e da França (ABDALA; HILL, 1993, p. 15-19).

Embora todas tenham ofertado valores iguais em dinheiro – os lances mínimos delimitados pelo governo – a *Telefónica* apresentou lance superior para o componente das dívidas tanto para a região Sul como para a Norte, como mostra a tabela abaixo. Tendo em vista que as condições estipuladas no decreto não permitiam que ambas as zonas ficassem reunidas na mão de um mesmo consórcio<sup>32</sup>, a *Telefónica* optou pela parte sul.

<b>Bids for Southern Region</b>		
	<b>Telefonica</b>	<b>Stet and Cable et Radio</b>
<b>Cash</b>	114	114
<b>Argentine dept</b>	2180	1944
<b>Interest on debt</b>	540	389
<b>Total</b>	2834	2447

<b>Bids for Northern Region</b>			
	<b>Telefonica</b>	<b>Bell Atlantic</b>	<b>Stet and Cable et Radio</b>
<b>Cash</b>	100	100	100
<b>Argentine dept</b>	1850	1856	1750
<b>Interest on debt</b>	458	371	350
<b>Total</b>	2408	2337	2200

Tabelas 2 e 3 – Lances ofertados nos leilões para as regiões Sul e Norte  
 Fonte: ABDALA; HILL, 1993, p. 16

Já em relação à parte Norte, a princípio esta deveria ter sido concedida à *Bell Atlantic* – que havia ofertado o segundo maior lance para as dívidas, como se nota na tabela acima. No entanto, tal companhia enfrentava dificuldades burocráticas internas na época e – ainda que o governo argentino tenha flexibilizado condições e elasticado prazos para permitir sua permanência no processo – ela acabou retirando sua oferta do leilão. Como consequência, a

---

<sup>32</sup>Ainda que as companhias tivessem o monopólio da prestação dos serviços de telefonia em suas respectivas regiões, a exigência de que cada zona fosse explorada por uma companhia distinta visava gerar certa "yardstick competition" entre ambas – além de promover mais segurança de que haveria ao menos duas competidoras potenciais no país ao final do período de monopólio (ABDALA; HILL, 1993 p. 14-15).

zona norte restou à terceira e última companhia, que ofertara o menor lance de todos (ABDALA; HILL, 1993, p. 15-19).

Concluído o leilão, o contrato de transferência foi assinado em 8 de novembro de 1990. Em seus termos finais, foram transferidas 60% das ações da empresa Norte ao consórcio operado *France Cable and Radio/Stet* (dando origem à companhia *Telecom Argentina*) e 60% das ações da empresa Sul à *Telefónica de España* (criando-se a empresa *Telefónica Argentina*), totalizando uma receita de US\$ 214 milhões em dinheiro e mais US\$ 5.029 milhões em dívida pública. Dos demais 40% de ações de ambas as companhias, 10% foram ofertados para trabalhadores da Entel e os outros 30% para o público em geral, colocados no mercado em dezembro de 1991 (*Telefónica*) e em março de 1992 (*Telecom*) (ABDALA; HILL, 1993, p. 15-19; PASTORIZA p. 41-42).

Curioso notar que o valor arrecadado com a venda desses 30% de ambas as companhias – de US\$ 830 milhões, da parte da *Telefónica* e de US\$ 1.227 milhões da parte da *Telecom* – foi não somente bem superior à expectativa de arrecadação do governo com a venda *dessa parcela* (de US\$ 300 milhões no total), como ainda mais elevado do que o valor em dinheiro<sup>33</sup> correspondente ao total arrecadado com a venda dos 60% à *France Cable and Radio/Stet* e à *Telefónica de España*, ocorrida meses antes. Por fim, o valor de 10% reservado aos trabalhadores foi vendido por US\$ 16,6 milhões em dezembro de 1992, completando a operação de repasse da totalidade da empresa para as mãos de particulares (ABDALA; HILL, 1993, p. 17-18).

### *1.1.3 Estruturas regulatórias: a tentativa de ajustes no durante e no pós-privatização*

Observa-se que há certo consenso – tanto nos relatos dos estudiosos do tema como nos diagnósticos emitidos por organismos internacionais acerca das reformas regulatórias dos anos 1990 – em se afirmar que, na Argentina, sobretudo no setor das telecomunicações, a regulação foi sacrificada em nome da velocidade que se quis imprimir ao processo de privatização

---

<sup>33</sup> Como explicam Abdala e Hill (1993, p. 17), considerando que na época da transação o valor dos títulos de dívida era de 19 centavos de dólar no “second market”, “the equivalent cash value of the price paid for the first 60% of ENTel was US\$ 1,169 million: US\$ 630.8 million for the southern company that became Telefónica and US\$ 538.7 million for the northern company that became Telecom”.

(ABDALA; HILL, 1993, p 20; FELDER; OSZLAK, 2000, p. 10; PASTORIZA, 1996, p. 38 e 47; SIMAO, 2010, p. 46)<sup>34</sup>.

De fato, a preocupação com a montagem de um mecanismo regulatório foi marginal no curso desse processo – seja antes, durante ou após a conclusão das vendas. Nesse sentido, Abdala e Hill (1993; 1996) apontam dois ângulos pelos quais se pode observar a fraqueza da estrutura regulatória na privatização da Entel: (i) no período *pré-privatização*, pela *ausência de previsão* de um desenho regulatório antes de iniciado o processo; e (ii) *no durante e pós-privatização*, pela falta de real *implementação* das diretrizes regulatórias previstas (de forma atrasada) no decreto regulamentador editado momentos antes de serem submetidos os lances finais do leilão.

Quanto ao primeiro ponto, os autores sublinham que essa “desatenção” inicial com o regime regulatório não foi acidental, mas uma decisão consciente<sup>35</sup> e estratégica do governo para acelerar o processo e reduzir o número de obstáculos políticos que a privatização teria de superar (ABDALA; HILL, 1993, p. 20-21). É verdade que, com a edição do já citado Decreto nº 62, em 5 de janeiro de 1990, algumas diretrizes regulatórias bem elementares foram traçadas: além de fixar metas qualitativas e quantitativas mínimas para a melhoria dos bens e serviços (que as operadoras deveriam cumprir para permanecer no regime de exclusividade em suas respectivas regiões)<sup>36</sup>, esse ato estabeleceu também um conjunto inicial de regras sobre o reajustes de tarifas (ainda que muito genérico)<sup>37</sup>. Além disso, conferiu ao Secretariado de Comunicações do Ministério das Obras Públicas a responsabilidade de atuar como autoridade reguladora e, nessa condição, destrinchar os aspectos regulatórios básicos previstos no decreto

---

<sup>34</sup> Também no sentido de afirmar esse consenso, a Organização Internacional do Trabalho – OIT indica que “[e]xiste un alto consenso en pensar que el Gobierno prestó mayor atención a cómo hacer atractivas y exitosas las transacciones de privatización para los capitales extranjeros, que al desafío de la generación de reglas de regulación apropiadas y a la creación de sus instituciones específicas” (GONZALEZ; ORSATTI, 2001, p. 8).

<sup>35</sup> Postura que inclusive contrariou frontalmente os conselhos do Banco Mundial na época, que recomendou expressamente ao governo argentino que estruturasse um regime regulatório antes de começar o processo de privatização (ABDALA; HILL, 1993, p. 20).

<sup>36</sup> Confira-se o Capítulo X do Decreto nº 62.

<sup>37</sup> Confira-se o Capítulo XII do Decreto nº 62 para as regras genéricas de reajuste. Quanto às tarifas em vigor na posse das companhias, o decreto estabeleceu que estas deveriam ser definidas (pela autoridade regulatória) antes da data de apresentação dos lances do leilão. Confira-se: “12.2. Tarifas vigentes a la Toma de Posesión: **Las tarifas serán ajustadas en el período anterior a la fecha de presentación de las ofertas a un nivel adecuado para proporcionar a un Operador eficiente una tasa de retorno razonable sobre los Activos Fijos sujetos a Explotación.** En el período intermedio entre este ajuste y la Toma de Posesión, las tarifas serán actualizadas de acuerdo con la evolución mensual del Índice de Precios al Consumidor” (grifos nossos).

nas semanas seguintes e estabelecer a moldura regulatória para as privatizações até o dia 28 de fevereiro daquele ano<sup>38</sup>.

Acontece que o Secretário de Comunicações à época – e a maior parte da sua equipe – não apoiava a forma com que o governo vinha conduzindo a privatização da Entel e tampouco acreditava que o processo seria realmente concretizado no prazo previsto. Portanto, inexistiu qualquer interesse ou senso de urgência no cumprimento tempestivo dessa tarefa. Foi somente em 22 de junho de 1990 – quatro meses após o termo estabelecido no Decreto nº 62 e poucos dias antes do prazo final para os últimos lances do leilão serem submetidos pelas companhias – que um decreto regulamentador<sup>39</sup> foi finalmente editado (ABDALA; HILL, 1993, p. 21).

Apesar de se reconhecer que, em termos de conteúdo, parte de tal decreto – elaborado com a ajuda do Banco Mundial – tenha sido “bem desenhada” (como exposto mais detidamente logo abaixo), vários aspectos sensíveis comprometeram a efetividade dessa tentativa de empreitada regulatória no *durante* e no *pós-privatização*. Primeiro, o fato de o decreto regulamentador ter sido editado após o vencimento do prazo previsto no Decreto nº 62 refletiu um descaso do governo em cumprir as balizas de atuação que ele mesmo havia proposto, o que aumentou a percepção de risco da operação pelos investidores.

Em segundo lugar, mesmo após a edição intempestiva do decreto, pouco esforço foi feito para *implementar* o regime regulatório nele previsto: o Secretariado em nada se movimentou para se autotransformar em agência reguladora (como estabelecido por aquele ato) e muito menos para definir e esmiuçar aspectos importantes que não haviam sido contemplados pelo decreto. A definição das tarifas em vigor quando da posse das companhias vencedoras (ou de critérios mais específicos para defini-las), por exemplo, questão que é essencial para mensurar a expectativa de rentabilidade da empresa, não foi realizada antes da data limite para os últimos lances (condição esta que era inclusive determinada pelo Decreto nº 62)<sup>40</sup>. Como

---

<sup>38</sup> Conforme o Decreto n. 62: “11.1. La Autoridad Regulatoria es la Secretaría de Comunicaciones conforme a lo dispuesto por decreto N° 64/90 (...) 11.3. **Los principios básicos y conceptos generales del marco regulatorio al que estarán sujetos los Prestadores a partir de la Toma de Posesión será dispuesto por Decreto antes del 28 de febrero de 1990** tomando en consideración los principios establecidos en este Pliego. La Autoridad Regulatoria tendrá a su cargo la interpretación detallada de tales normas con criterio de equidad y razonabilidad” (grifos nossos),

<sup>39</sup> Decreto nº 1185/1990, disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1185-1990-3647/texto>. Vale ressaltar que o rascunho desse decreto circulou antes de sua edição formal e que a maior parte de seu conteúdo não era, portanto, grande surpresa para os competidores. Nada obstante, ficou evidente que o governo não quis se comprometer com seu conteúdo até o último momento possível. Ademais, algumas informações importantes aos potenciais compradores escapavam do teor e desse rascunho, como a forma com que seriam escolhidos os membros da agência reguladora (ABDALA; HILL, 1993, p. 20).

<sup>40</sup> O que, como se verá no próximo capítulo, pode ser uma das razões para o pequeno número de lances recebido.

consequência, tal ponto foi objeto de constantes negociações, desacordos e atritos entre o governo, a agência reguladora e as companhias nos meses que se seguiram, antes e após a celebração dos contratos de transferência (ABDALA; HILL, 1993, p. 23).

Para além do desrespeito aos prazos de edição e de implementação, um outro aspecto que acabou agravando a “incerteza regulatória” foi a constante modificação dos termos e condições originais previstas no Decreto nº 62 ao longo do processo de venda. O valor dos lances mínimos previstos originalmente, por exemplo, foi alterado por decreto<sup>41</sup> em 28 de março de 1990; assim como algumas das regras básicas originais de tarifas (e.g., valor das taxas-base em que a taxa de retorno mínimo seria garantida), modificadas também via decreto<sup>42</sup> em 11 de abril de 1990 – uma semana antes da data final de submissão das aplicações para a pré-qualificação. Inclusive, a própria equipe de privatizações se opôs a essas mudanças repentinas: o consultor-chefe demitiu-se em sinal de protesto e houve especulações de que a interventora seria despedida pelo Presidente, gerando uma instabilidade institucional que agravou (ainda mais) o quadro de elevada percepção de risco pelos potenciais investidores (ABDALA; HILL, 1993, p. 22).

Na mesma linha, Simao (2010, p. 46 – grifos nossos) sublinha as razões que criaram esse quadro de pouca credibilidade do governo e de alto nível de incertezas na operação ao descrever que a venda da Entel:

**(...) was rushed, the rules were unstable – the government either created conflicting rules, or did not comply with the rules that it had created.** Ricardo Zinn was the second-in-command in the ENTEL privatization team, after Ms. Alsogaray. On April 4, 1990, Mr. Zinn resigned from his post, stating “[T]o invest in Argentina is to run a very high risk because the rules are changed every two or three months.” In addition to the discontent of some members of the government, the constant changes in the requirements for the debt-equity swap that took place during the sale annoyed bankers involved in the project; consumers, on the other hand, were overwhelmed by the 2,400 percent increase in telephone bills between January and May 1990. In the end, the privatization of ENTEL was marked by what was then considered a characteristic of the Argentine government: unreliability when it comes to sticking to the rules.

De todo modo, ainda que esse regime regulatório não tenha se efetivado na prática *antes* de concluída a venda da Entel, vale analisar brevemente seu conteúdo e mencionar os desafios enfrentados para a sua implementação no pós-privatização (quando evidentemente isso se tornou muito mais difícil).

---

<sup>41</sup> Decreto nº 575/90.

<sup>42</sup> Decreto nº 677/90.

Como mencionado, o decreto regulamentador – embora editado com atraso e não implementado tempestivamente – previu, em teoria, uma moldura regulatória apontada como relativamente “bem desenhada”<sup>43</sup> para o setor: definiu normas que contemplavam desde os requisitos para os novos entrantes e as exigências de publicidade das informações contábeis até as regras para permitir e parametrizar as condições de interconexão entre localidades em regiões servidas por companhias distintas, como a obrigatoriedade de compatibilidade de equipamentos<sup>44</sup>.

Com efeito, o principal aspecto desse decreto foi prever a criação de uma agência reguladora<sup>45</sup>, a *Comisión Nacional de Telecomunicaciones* – CNT, com a missão de:

(...) asegurar la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios y de promover el carácter universal del Servicio Básico Telefónico a precios justos y razonables, así como la competencia leal y efectiva en la prestación de aquellos servicios que no estén sujetos a un régimen de exclusividad.<sup>46</sup>

Nos termos do decreto, esse órgão seria responsável pela regulação administrativa e técnica, pelo controle, fiscalização e verificação em matéria de telecomunicações e por julgar os conflitos do setor, havendo possibilidade de recurso de suas decisões ao Executivo Nacional (e não ao Judiciário)<sup>47</sup>. Quanto a sua composição, o decreto estabeleceu que a agência seria encabeçada por um presidente e mais quatro diretores – todos de livre indicação e remoção pelo Presidente da República – com mandato de cinco anos renovável por mais cinco (artigo 13). Não haveria, portanto, autonomia funcional em relação ao Executivo. Por outro lado, ao menos em termos formais, a agência disporia de independência financeira: definiu-se que suas principais fontes de recursos seriam um imposto de 0,5% incidente sobre as receitas totais

---

<sup>43</sup> Na visão do Banco Mundial, que ajudou a elaborar esse decreto, e de Abdala e Hill (1993, p. 23-25), estudiosos das reformas estruturais da Argentina na década de 1990.

<sup>44</sup> Para um sumário das normas regulatórias definidas pela agência, ver Abdala e Hill (1993, p. 23-25). Como o trabalho volta-se a analisar o momento em que a estrutura regulatória foi erigida, não se julgou tão relevante descrever todo o conteúdo dessas disposições regulatórias.

<sup>45</sup> Como se depreende logo de sua ementa: “DECRETO Nº 1185/90: Creación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. Competencia. Recursos. Directorio. Estructura. Licencias, autorizaciones y permisos. Fiscalización y control. Régimen sancionatorio. Organos de contralor externo. Disposiciones transitorias”.

<sup>46</sup> Trecho do art. 8 do Decreto nº 1185/90.

<sup>47</sup> Nesse sentido, o art. 33 do Decreto nº 1185/90 previa: “AGOTAMIENTO DE LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA. Las decisiones que adopte el Directorio de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones agotará la vía administrativa a los efectos del artículo 23 de la Ley de Procedimientos Administrativos, sin perjuicio de la procedencia del recurso de alzada ante el PODER EJECUTIVO NACIONAL por el que pueda optar el recurrente, sin que al respecto sea aplicable la delegación en favor de los Ministros”.

aferidas com a prestação de serviços de telecomunicações e os encargos de licença (direitos, tarifas e taxas radioelétricas) pagos pelos usuários do espectro de rádio (artigo 10 a 12).

Em termos práticos, contudo, o que se verificou foi a “criação de um órgão fantasma”, que não se mostrou capaz de realizar as funções para as quais fora concebido. Em diagnóstico de 1992, acerca da atuação da agência em seu primeiro ano de funcionamento, Herrera aponta que:

Sin embargo, a más de un año de la desaparición del monopolio estatal, la CNT, desprovista de recursos humanos y financieros, brilla por su ausencia en la definición de los principales aspectos del presente y futuro de las telecomunicaciones nacionales. Por un lado, ninguno de los desacuerdos importantes surgidos entre el Estado y las firmas privadas en el último año se han resuelto en la CNT. Por otro, los usuarios de la red pública se encuentran en una total indefensión (por ejemplo, la CNT ha sido incapaz de hacer retroceder a esas firmas en algunos casos de evidente sobrefacturación de sus servicios). (HERRERA, 1992, p. 167-168)

A propósito, vale notar que a primeira equipe da CNT era presidida pelo antigo Secretário das Comunicações e formada inteiramente por antigos empregados da Entel e da Secretaria – atores que, além de sequer apoiarem a privatização da empresa, como citado acima, não tinham experiência em regulação. Ademais, faltavam recursos para contratar um quadro de profissionais técnicos experientes e mesmo para pagar o quadro existente.

Nesse contexto, a CNT manteve uma baixíssima performance também nos anos subsequentes: como aponta Estache (1997, p. 2-3), a agência restou inerte em desenvolver processos regulatórios claros e em solucionar os conflitos e as reclamações dos consumidores; falhou em exercer minimamente seu papel de fiscalização; e manteve-se totalmente apática frente a questões relevantes do setor, como a negociação dos ajustes de tarifas com as companhias – que acabou sendo levada diretamente pelo Ministro da Economia. Ademais, seu processo de tomada de decisões não seguia processos transparentes nem era publicizado, mas baseava-se em “relações informais” entre a agência e os demais *stakeholders*.

Abdala e Hill (1993, p. 26) apontam que essa inação da CNT, bem como a falta de transparência e previsibilidade de seus processos, acabaram retardando o desenvolvimento de outros segmentos das telecomunicações na Argentina (uma vez que a agência era incapaz de desenvolver padrões e processos para a emissão de licenças, por exemplo); tornando-a inapta para verificar o cumprimento das metas de desempenho pelas empresas (dado que, por não ter contribuído com o desenvolvimento dos sistemas de informação internos, não tinha capacidade operacional para fazer essa checagem); e, principalmente, elevando consideravelmente o risco associado ao investimento no setor de telecomunicações – tanto para as companhias que já

operavam o serviço como para os potenciais provedores de novos serviços. Como apontam os autores (1993, p. 26), “ainda que o órgão tenha sido dotado com um grande número de responsabilidades e poderes, suas ações eram imprevisíveis”.

Diante desse quadro, em duas oportunidades – a primeira em 1992, e a segunda, em 1995 – o governo realizou intervenções administrativas<sup>48</sup> na CNT sob a escusa de efetivamente transformá-la em um órgão regulador. Além de substituir os diretores nomeados por um interventor e outros quatro sub interventores, o governo recorreu ao Banco Mundial e à contratação de uma consultoria internacional independente com vistas a obter auxílio para formular um conjunto claro de políticas regulatórias; desenhar as funções, métodos, procedimentos e sistemas que a agência passaria a utilizar; implementar esse conjunto na prática e, ao final, avaliar essa implementação (BANCO MUNDIAL, 1993, p. 22; PASTORIZA, 1996, p. 47).

Apesar de progressos em algumas frentes – como no estabelecimento de normas regulatórias para transmissão de dados, videoconferências e radiotransmissores – as intervenções não foram capazes de mitigar as incertezas instauradas<sup>49</sup>. A agência não possuía autonomia funcional – já que a equipe podia ser trocada pelo governo a qualquer momento – e tampouco financeira (embora prevista formalmente no decreto), visto que, na prática, seus recursos eram controlados pelo Ministro da Economia e Obras Públicas. Ou seja: era completamente sujeita a flutuações políticas, o que levantava dúvidas sobre a continuidade desses progressos (BARATH, 1995, p. 15-16). Há quem argumente, inclusive, que as gestões dos interventores contribuíram para intensificar o ambiente de incertezas, visto que algumas medidas tomadas pela CNT nesse período foram acusadas de avançar sobre certos direitos das companhias estabelecidos pelo Decreto nº 62 (ABDALA; HILL, 1993, p. 28-29).

Em 1997, a CNT foi fundida com a *Comisión Nacional de Correos y Telégrafos* – CNCT e passou a se chamar *Comisión Nacional de Comunicaciones* – CNC, órgão vinculado à *Secretaría de Comunicaciones de la Presidencia de la Nación*. Gradualmente, os poderes da CNC foram sendo reduzidos em favor da Secretaria até se chegar a um ponto em que, na prática,

---

<sup>48</sup> Apesar de o executivo ter o poder de exonerar os diretores da agência, o governo decidiu não o fazer em razão do precedente ruim que isso poderia criar. Por isso, escolheu se valer de uma intervenção administrativa ao argumento de que se tratava de uma situação excepcional e temporária (ABDALA; HILL, 1993, p. 27).

<sup>49</sup> Há quem argumente que essa nova gestão inclusive contribuiu para intensificá-las, já que algumas medidas tomadas pela CNT foram acusadas de avançar sobre certos direitos das companhias estabelecidos pelo Decreto nº 62. Sobre o tema, vide: Abdala e Hill, 1993, p. 28-29.

a atividade reguladora passou a ser de responsabilidade desta. Em diagnóstico de 1998, Abeles, Forcinito e Schorr apontaram que:

el organismo gubernamental que en la actualidad tiene la capacidad (jurisdicción) para regular el contexto normativo de la actividad es –casi excluyentemente– la Secretaría de Comunicaciones. En definitiva, contradiciendo las recomendaciones básicas que, en materia de regulación de servicios públicos prestados en condiciones monopólicas, se refieren al funcionamiento de los entes reguladores, el organismo regulador del sector en la Argentina – en teoría la CNC, **pero de hecho la Secretaría de Comunicaciones – carece de la autarquía exigida para una regulación adecuada y neutral. Resulta evidente que, en un contexto institucional de estas características, se incrementan sustancialmente las probabilidades de “captura” de la autoridad regulatoria, no sólo por parte de las empresas, sino también del poder político.** (ABELES et. al., 1998, p. 28 – grifos nossos)

O órgão era visto, portanto, como uma extensão do Poder Executivo, sendo suas competências e ações confundidas com as da Secretaria de Comunicações – o que em muito destoava das recomendações de que as entidades regulatórias gozassem de mínima autonomia em relação ao governo. Essa situação perdurou até 2014, quando foi criada a *Autoridad Federal de Tecnologías de la Información* – AFTIC, um organismo descentralizado e autárquico que passou a assumir as funções de “regulação, controle, fiscalização e verificação”<sup>50</sup>. Vale ponderar que, apesar de sua natureza autárquica – e não de administração direta –, esse órgão sofreu intervenção administrativa em 2015 também sob o fundamento de sua incapacidade para exercer atividades regulatórias mínimas<sup>51</sup>. Em 2016, essa autoridade foi fundida com a *Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual* – AFSCA dando origem ao *Ente Nacional de Comunicaciones* – ENACOM, que atualmente é reconhecido como o ente regulador do setor.

Não se pretende avaliar a atuação desses órgãos mais recentes, o que fugiria ao escopo desse trabalho (voltado a aferir a diferença que a inversão da sequência entre regular e privatizar pode ter gerado na consecução dos objetivos pretendidos *na época dos processos de desestatização*). O que se quer concluir com essa seção é que (i) o (veloz) processo de privatização da Entel não foi precedido do estabelecimento de uma estrutura regulatória mínima

---

<sup>50</sup> Conforme o artigo 8 da Lei nº 27.078/2014, que promoveu sua criação: “Funciones. La Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá como funciones la regulación, el control, la fiscalización y verificación en materia de las tic en general, de las telecomunicaciones en particular, del servicio postal y todas aquellas materias que se integren a su órbita conforme el texto de la presente ley, la normativa aplicable y las políticas fijadas por el Gobierno nacional”.

<sup>51</sup> Conforme estabelecido pelo Decreto nº 236/2015. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/257248/norma.htm>.

capaz de efetivamente “firmar as regras do jogo” antes da venda da empresa; e que (ii) mesmo a (atrasada) edição de um decreto regulamentador e a implementação de uma entidade reguladora durante o processo não foram capazes de assentar essas “regras do jogo” no pós-privatização e tampouco de desempenhar as funções regulatórias destes esperadas nos anos seguintes.

Na próxima seção, busca-se apresentar, então, *em que medida os resultados da privatização da Entel foram capazes de satisfazer os objetivos inicialmente pretendidos*. Trata-se, todavia, de um relato descritivo, cabendo ao Capítulo 2 a investigação acerca das possíveis relações de causalidade entre as conclusões da presente seção (1.1.3) e aquelas da seção seguinte (1.1.4).

#### *1.1.4 Os resultados da privatização da Entel*

Inicialmente, para esclarecer quais eram os propósitos do programa *divulgados* pelo governo, vale transcrever a parte inicial do já citado Decreto nº 1185/90, que anunciou a privatização da companhia<sup>52</sup>:

CONSIDERANDO que la política del Gobierno Nacional en favor de la privatización y desregulación en materia de telecomunicaciones (...) tiene el propósito general de proveer un Servicio Básico Telefónico **universal, de la más alta calidad a precios justos y razonables**, como también asegurar la **prestación competitiva** de servicios de datos y otros servicios de valor agregado, mediante el establecimiento de un sistema privado y **progresivamente competitivo** integrado en una **red pública interconectable** de extensión nacional.

Que corresponde **asegurar que el público pueda acceder al Servicio Básico Telefónico prestado en régimen de exclusividad mediante un sistema privado integrado en una red pública de extensión nacional, con tarifas verificadas en cuanto a su ajuste con las respectivas licencias.**

Que en tal contexto es necesario **centralizar las facultades de regulación, control, fiscalización y verificación en materia de telecomunicaciones, en un organismo que se desempeñe en forma eficiente y cuya especialización e independencia de criterio constituyan una garantía tanto para la protección del interés público y de los derechos de los usuarios como para el respeto de los derechos de los prestadores del servicio.** (grifos nossos)

Como se nota, as políticas de privatização em matéria de telecomunicações tinham, ao menos em discurso, os propósitos (i) de promover a universalização dos serviços, (ii) de aumentar sua qualidade, (iii) de assegurar preços razoáveis e (iv) de promover a progressiva competitividade no setor.

---

<sup>52</sup>Decreto nº 1185/1990. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1185-1990-3647/texto>

Somados a esses propósitos divulgados, havia outros mais *pragmáticos* decorrentes do contexto de crise econômica e institucional em que a Argentina se inseria, como visto nas seções anteriores: os objetivos de (v) contribuir para reestruturação das finanças públicas do país, vez que as receitas arrecadadas com a venda poderiam oferecer importante contribuição para sanear o déficit fiscal<sup>53</sup>; (vi) aumentar a credibilidade interna e externa do governo, visto que o sucesso no processo da Entel seria a prova do comprometimento e da habilidade do presidente em contornar a crise econômica e em conduzir as reformas estruturais almeçadas; e (vii) atrair os investimentos necessários para corrigir os gargalos e promover o desenvolvimento do setor.

Sob essa perspectiva, os resultados estudados a seguir são os relativos à realização – ou não – desses propósitos iniciais do programa, sejam os divulgados, sejam os pragmáticos.

Em relação ao objetivo de auferir recursos para amenizar o déficit fiscal, tem-se que, por óbvio, era desejável vender a empresa pelo maior valor possível. E foi justamente com esse intento que o governo elevou significativamente as tarifas da empresa no período pré-privatização<sup>54</sup> e incorporou generosas licenças de exclusividade nos termos e condições da venda. Apesar de significarem prejuízos aos consumidores, essas medidas buscavam traduzir uma maior rentabilidade aos potenciais investidores, tornar as propostas mais atrativas e, assim, elevar o valor das vendas.

Mesmo com esses esforços, todavia, restaram apenas duas companhias interessadas ao final do leilão (de um total de 14 inicialmente interessadas) e os 60% das ações leiloadas acabaram sendo vendidas pelo preço do lance mínimo em dinheiro estabelecido pelo governo, como antes mencionado (SIMAO, 2010, p. 7). Daí por que, em comparação com outros países latino-americanos que privatizavam suas companhias em épocas próximas, a Argentina foi o país que recebeu o menor preço por linha em serviço<sup>55</sup>: como aponta Simao (2010, p. 48), a CANTV, da Venezuela, recebeu US\$2.900 por linha e a *Teléfonos de México* – TelMex recebeu

---

<sup>53</sup>Dentre os outros citados, este é o apontado como “objetivo prioritário”: “[s]egundo en la práctica de las privatizaciones el objetivo prioritario ha sido la obtención de financiamiento de corto plazo para el sector público y la postergación – através del canje de deuda por activos – de los pagos líquidos a los acreedores externos” (Gerchunoff, 1994, p. 14).

<sup>54</sup> Como se verá no subcapítulo seguinte, esse aumento das tarifas também ocorreu no período pré-privatização da Telebrás como forma de alcançar o valor real das tarifas que, há muito tempo, eram corrigidas (por motivações políticas) bem abaixo do nível da inflação. Na Argentina, por outro lado, esse aumento superou em muito esse “déficit” e as elevou a valores significativamente superiores ao valor real.

<sup>55</sup> Considerando também os abatimentos das dívidas. Como lembra Simao (2010, p. 44): “the final sale price of the sixty percent stake of ENTEL was US\$214 million in cash, US\$380 in corporate debt and US\$4,620 million in Argentine sovereign debt and associated interest at face value”.

US\$1.653 – ao passo que a Entel recebeu somente US\$800 por linha em serviço. A contribuição para a reestruturação das contas públicas foi, portanto, aquém do esperado.

Já quanto ao propósito de promover a universalização dos serviços – seja suprindo adequadamente a demanda, seja aumentando a penetração das redes –, vale destacar que os resultados operacionais “brutos” relativos ao aumento das linhas em serviço são apontados como relativamente bons tanto a curto prazo, constatados três anos após a conclusão do processo<sup>56</sup>, como a longo prazo, aferidos 15 anos depois.

Em *curto prazo*, desde a privatização até o final de 1993, houve um aumento da teledensidade de 12 para 14,1 linhas em serviços a cada 100 habitantes na região operada pela *Telefónica* (o que significou um aumento de 30,5% do número de linhas) e de 10 para 11,3 linhas em serviço/100 habitantes na zona que coube à *Telecom* (representando incremento de 35% no número de linhas nessa região). Esses números refletem um crescimento médio de 9,8% ao ano que se mostra bem superior ao experimentado na década de 80, de 5,6% ao ano. Vale ressaltar, ainda, o aumento significativo do número de telefones públicos, que cresceu em 85% na região da *Telefónica* e em 105% na região da *Telecom* (representando cerca de 21,5 mil novos telefones públicos) e a elevação do grau de digitalização das redes, que passou de 11,5% para 54,4% nos serviços da *Telecom* e de 14,6% para 38,2% nos serviços da *Telefónica*. A variação destes e de outros indicadores operacionais entre 1990 e 1993 é ilustrada nas tabelas abaixo:

		1990	1991	1992	1993
Linhas Instaladas	Milhares	1.915	2.023	2.258	2.667
Linhas em Serviço	Milhares	1.696	1.782	2.008	2.213
População	Milhares	nd	14.110	15.980	15.700
Empregados	Milhares	21,8	17,5	19,1	17,5
Grau de Digitalização	%	14,6	18,1	24,0	38,2
Telefones Públicos	Milhares	13,0	14,6	20,7	24,0
Receita/Empregado	US\$ mil	n.d.	57,5	75,3	102,4
Receita/Linha	US\$	n.d.	568	724	809
Linhas em Serviço/100 hab.	Unidades	12,0	12,6	12,6	14,1
Linhas em Serviço/Empregado (1)	Unidades	73,2	102,1	105	126,5

Tabela 4 – Indicadores Operacionais: Região Sul – Telefónica  
Fonte: PASTORIZA, 1996, p. 45

<sup>56</sup> Para uma avaliação mais completa acerca desses resultados a curto prazo, vide: PASTORIZA, 1996, p. 43-48.

		1990	1991	1992	1993
Linhas Instaladas	Milhares	1.556	1.607	1.999	2.301
Linhas em Serviço	Milhares	1.391	1.417	1.674	1.878
População	Milhares	n.d.	12.540	16.410	16.620
Empregados	Milhares	19,0	17,1	17,0	15,6
Grau de Digitalização	(%)	11,5	12,0	32,4	54,4
Telefones Públicos	Milhares	10,0	11,0	15,8	20,5
Receita/Empregado	US\$ mil	n.d.	51,1	70,4	93,9
Receita/Linha	US\$	n.d.	620	717	782
Linhas em Serviço/100 Habitantes	Unidades	10,0	11,3	10,2	11,3
Linhas em Serviço/Empregado	Unidades	73,2	82,5	98,2	120,1

Tabela 5 – Indicadores Operacionais: Região Norte – Telecom  
Fonte: PASTORIZA, 1996, p. 45

Data	(Em US\$)	
	Residencial	Comercial
Dezembro de 1991	928	2.321
Agosto de 1992	900	1.800
Novembro de 1992	750	1.250
Novembro de 1993	500	1.000
Novembro de 1994	500	750
Novembro de 1995	300	600
Novembro de 1996 <sup>a</sup>	300	300

Tabela 6 – Preços de instalação  
Fonte: PASTORIZA, 1996, p. 46

No que concerne aos resultados operacionais *a longo prazo*, Forcinito (2007, p. 235-236) aponta que o número de linhas passou de 3,24 a 8,08 milhões no período de 1991-2005 (o que significou um incremento de 149%) e que a teledensidade alcançou a marca de 62 linhas em serviço a cada 100 habitantes ao final desse período de 15 anos (aqui, considerando também os 14,5 milhões de usuários de telefonia móvel no país). Além disso, o número total de telefones públicos passou para 140,5 mil e houve grande incremento na modernização da rede telefônica pública, cujo grau de digitalização passou de 13% para 100% (FORCINITO, 2007, p. 236).

Por outro lado, vale notar que a prestação dos serviços pelas novas companhias apresentou *alto grau de concentração territorial*. Nos primeiros anos do pós-privatização, aproximadamente 50% dos serviços prestados pela Telefónica e 41% dos prestados pela Telecom concentravam-se na região metropolitana de Buenos Aires (SALOMON BROTHERS, 1994, *apud* Pastoriza, 1996, p. 47). Assim, ainda que tenha havido aumento dos índices de

teledensidade e do número de linhas, bem como da modernização do setor, não se pode afirmar que o grau de universalidade de acesso tenha sido satisfeito na mesma proporção, dado que não foram todas as áreas do país que se beneficiaram desses incrementos.

Quanto aos impactos nos *preços* dos serviços prestados, nota-se que, nos anos que se seguiram à privatização (1991 a 1994), o valor da assinatura residencial<sup>57</sup> e o valor do pulso aumentaram, apresentando reajustes de 60,1% e de 8,6%, respectivamente. Por outro lado, é verdade que houve uma aparente diminuição do valor de instalação de 67,7% para os usuários residenciais e de 74% para os comerciais. No entanto, vale lembrar que, no período anterior à venda, houve uma forte elevação das tarifas – tanto de instalação como de assinatura e de valor de pulsos – a fim de tornar a proposta mais atrativa aos investidores. É por isso que Pastoriza (1996, p. 46) assinala que, nos casos em que ocorreram reduções de preços entre 1991 e 1994, o que se observou na realidade foi uma mera aproximação do patamar de preços existente antes de iniciado o processo de privatização, e não uma efetiva redução de tarifa. Em sentido semelhante, os dados apresentados por Forcinito (2007, p. 237) para o ano de 2005 também indicam que não houve redução de preços a longo prazo. Ao contrário, o valor da “cesta” de serviços telefônicos<sup>58</sup> experimentou um aumento de 13% em termos reais em relação a 1990.

Portanto, fica patente que os usuários não se beneficiaram com a redução de preços – senão que foram atingidos com seu incremento – ainda que a produtividade do setor tenha crescido fortemente com a modernização e as políticas de “enxugamento” da força de trabalho (FORCINITO, 2007, p. 237). Em outras palavras, embora a privatização tenha promovido a modernização, ocasionou, em paralelo, a apropriação de grande parte de seus benefícios pelas companhias operadoras.

Portanto, ainda que alguns indicadores de resultados operacionais corroborem a hipótese de que a privatização tenha aumentado o grau de eficiência produtiva da indústria (PASTORIZA, 1996 p. 43), há que se ressaltar que:

*El caso argentino parece confirmar que las privatizaciones generan un conflicto entre eficiencia productiva y eficiencia asignativa. Según se há observado, en general la propiedad privada ha incentivado la reducción de costos. pero también ha significado una pérdida de eficiencia asignativa, debido a la tendencia de los propietarios privados a tratar de explotar monopólicamente los mercados. Si bien es cierto que los nuevos consorcios privados pasaron a tener una posición dominante en las organizaciones*

---

<sup>57</sup> Como ressalva Pastoriza, em relação ao valor da assinatura comercial, embora esta “tenha experimentado uma aparente redução de 29,9% em seu preço, essa queda foi compensada pela redução do número de pulsos gratuitos a que a assinatura dá direito” (PASTORIZA, 1996, p. 46).

<sup>58</sup> Essa “cesta” inclui o serviço básico telefônico urbano e interurbano nacional e internacional, telefonia móvel e telefonia pública.

empresarias (con la consiguiente pérdida de influencia de los poderes corporativos), *las ganancias de eficiencia productiva surgidas de esta nueva relación, de fuerzas no se distribuyeron en la sociedad através de una reducción de las tarifas. Por el contrario, los aumentos tarifarios, la preservación de mercados protegidos y la debilidad inicial de los organismos regulatorios del Estado sirvieron para generar cuasirentas que aumentaron los precios de venta de los activos (o el valor de los derechos de explotación en las concesiones), pero a costa de los usuarios.* (Gerchunoff, 1994, p. 14 – grifos nossos)

Em sentido semelhante é o diagnóstico de Forcinito ao apontar que, conquanto se tenha produzido uma notável expansão do serviço e melhoras regulatórias parciais nos anos que se seguiram, a regulação econômica das telecomunicações no pós-privatização, “para além de ter gerado lucros extraordinários para as empresas vencedoras, produziu efeitos distributivos regressivos adversos para o bem-estar da população”<sup>59</sup>.

Aliás, vale mencionar o resultado (insatisfatório) de um outro propósito que frequentemente ilustrava os discursos das autoridades no contexto de pré-privatização, mas que tampouco parece ter se concretizado: o de tornar a gestão e o controle das atividades da empresa mais *permeáveis à participação da sociedade*. É o que se verifica no discurso do Ministro de Obras Públicas quando do anúncio da privatização: “o Governo está deixando a administração das empresas de serviços nas mãos da sociedade, e a sociedade as controlará, exigindo-lhes eficiência, bom serviço (...) o cidadão levantará a bandeira do interesse público”<sup>60</sup>. Todavia, como apontam Felder e Oszlak (2000, p. 14), na prática, “a ausência de debate e a própria urgência limitaram as possibilidades de organização e incidência dos usuários nas definições iniciais, contradizendo nos fatos as supostas expectativas do discurso oficial”.

No que se refere ao objetivo de progressivamente promover *competição* no setor das telecomunicações: a curto prazo, considerando que as companhias fizeram jus a uma licença de exclusividade por 10 anos, o resultado da privatização foi tão somente a troca de um monopólio estatal por um monopólio privado em cada uma das duas regiões<sup>61</sup>. Mesmo seis anos após o fim da exclusividade (16 após a privatização), todavia, constatou-se que havia um baixíssimo grau

---

<sup>59</sup>Tradução livre. Lê-se no original: “además de haber generado ganancias extraordinarias para las empresas adjudicatarias, ha producido efectos distributivos regresivos de importancia para el bienestar de la población” (FORCINITO, 2005, p. 16; 2007, p. 237).

<sup>60</sup> Entrevista do Ministro Dromi publicada no Jornal Argentino “Página 12” em 3 de maio de 1990, citada por FELDER; OSZLAK, 2000, p. 14.

<sup>61</sup> O próprio Ministro da Economia à época (1991 a 1996), Domingo Cavallo, declarou posteriormente, em balanço dos erros de sua gestão, que “the privatizations of ENTEL and Aerolíneas Argentinas were flawed in as much as they represented replacing state monopolies with private ones” (SIMAO, 2010, p. 48)

de novos entrantes no mercado de telefonia fixa (as duas companhias conservavam 90% das linhas fixas em funcionamento e concentravam mais de 80% dos usuários de serviços de longa distância) e que as taxas de incursão da *Telefónica* nas região originalmente operada pela *Telecom* e vice-e-versa também eram ínfimas (FORCINITO, 2005 p. 17; 2007, p. 230).

Portanto, pode-se concluir que as políticas de privatização, além de terem promovido a concentração monopolística da exploração das atividades por um longo período – estratégia que ao final sequer funcionou para elevar o preço da venda da estatal – também não lograram êxito em criar um ambiente progressivamente competitivo a longo prazo, após expiradas essas licenças.

Aliás, quanto às metas e condições traçadas pelo governo argentino como contrapartida para a concessão do monopólio legal por tanto tempo, vale destacar que, em comparação com outros países da América Latina, essas foram mínimas:

Mexico, when privatizing TelMex, granted 7 years of exclusivity to the new owners, but in return, it required a network growth rate of at least 12 percent per year, while Argentina required only 6.5 percent (dropping to 2.8 percent between 1995 and 1996). Mexico required that the new owners install digital networks in twenty-two Mexican cities and 9 miles of fiber optic network throughout the country; the Argentine government was silent regarding the introduction of digital technology. (SIMAO, 2010, p. 48)

Por fim, quanto aos propósitos de aumentar a credibilidade interna e externa do governo e de aumentar o nível de investimentos, também vale dividir o estudo dos resultados em termos de curto e de longo prazo.

Por um lado, o quadro descrito por Abdala e Hill em 1993, dois anos após o fim do processo, era o de que as expectativas em relação ao futuro econômico da Argentina pareciam ter melhorado “dramaticamente desde o começo do governo de Menem” (ABDALA; HILL, 1993 p. 36). Indicadores econômicos da época ratificam essa descrição: o investimento estrangeiro direto, por exemplo, mais do que dobrou entre 1989 e 1992, passando de 1 bilhão para 2,5 bilhões; e houve intensa valorização da moeda argentina<sup>62</sup>. Nesse sentido, notadamente sobre o aumento de credibilidade do governo e da melhora do ambiente para investimentos, os autores afirmaram na época que “embora [fosse] muito cedo para ter certeza do resultado do programa de reforma econômica da Argentina em geral e da privatização da Entel em

---

<sup>62</sup> Como apontam os autores, citando as cotações realizadas pelo banco Salomon Brothers, “the value of Argentine sovereign debt in the secondary markets, also have improved since the implementation of the reform program. The quoted value on the dollar of Argentine debt on May 22, 1989 was 13 cents, by March 1, 1993 this had improved to 46 cents” (ABDALA; HILL, 1993, p. 32).

específico, o impacto parecia ser positivo”<sup>63</sup>. A curto prazo, portanto, mesmo com todas as instabilidades e lacunas em termos de regulação, o processo de fato parece ter aumentado, ainda que momentaneamente, a credibilidade do governo.

Noutro giro, reconhecendo a importância de haver sido implementada uma estrutura regulatória antes de iniciado o processo de privatização, os autores ressaltaram que “se o processo de privatização tivesse sido mais previsível, o governo da Argentina provavelmente teria sido capaz de capturar mais benefícios da privatização para seus cidadãos”<sup>64</sup>. Nessa linha, em relação aos – na época potenciais – benefícios de longo prazo, os autores previram que, caso o país conseguisse implementar um regime regulatório efetivo, seguindo as diretrizes do que estabelecido pelo decreto regulamentador, e se as companhias alcançassem as metas definidas no Decreto nº 62, os ganhos diretos para o país seriam substanciais (1993, p. 34).

Como visto, no entanto, o governo não foi capaz de implementar esse regime regulatório efetivo no pós-privatização e tampouco de fiscalizar o atingimento das metas pelas companhias, o que significou um ambiente de incertezas que certamente impediu um nível ótimo de investimentos nos anos subsequentes. Ademais, como mencionado, os investimentos recebidos não foram repassados para a população, muito em razão da ineficiência do ente regulatório em cumprir suas funções. Nesse sentido, já com uma visão acerca dos resultados do processo a médio e a longo prazo, Simao (2010, p. 30) sublinha que o baixo poder de barganha do governo – decorrente do não estabelecimento prévio das “regras do jogo” e da incapacidade de estabelecê-las após findo o processo – acabou gerando impactos negativos no resultado das privatizações do setor que vão desde o baixo valor auferido com a venda até as fragilidades em termos de concorrência (e todas as suas implicações para os consumidores).

Por fim, vale notar também que esse quadro gerou implicações para além do setor das telecomunicações. Como afirmam Abdala e Hill (1993, p. 27 – grifos nossos):

It also undermined the credibility of the government of Argentina's privatization program, both domestically and abroad. Telecommunications had been intended to be one of the flagship examples of the government's intention to transform the economy. The government had succeeded in transferring ownership of the sector to the private sector. **However, it had failed to complete the privatization by implementing an effective regulatory regime. This failure was a bad signal as to the potential**

---

<sup>63</sup>Tradução livre. Lê-se no original: “while it is too early to be certain of the outcome of Argentina's economic reform program in general and the privatization of ENTEL in specific, the impact appears to be positive” (ABDALA; HILL, 1993, p. 34).

<sup>64</sup>Tradução livre. Lê-se no original: “if the privatization process itself had been more predictable, the government of Argentina probably would have been able to capture more of the benefits of privatization for its citizens” (ABDALA; HILL, 1993, p. 36).

**success of other privatizations.** Without clear, universally applied, rules for the conduct of business after privatization, investors would be reluctant to participate in the process. Likewise, without a regulator to safeguard their interests as consumers, Argentines would oppose the privatization of other government monopolies.

Aliás, sob uma perspectiva mais geral, Vieira de Carvalho (2007, p. 28) apontou que, na década seguinte à privatização, “o panorama Argentino só representou fracasso e retrocesso econômico”. Citando a análise de Carlos Lessa (2005, p. 13), Vieira de Carvalho rememora que, em fins de 2001, a nação “atingiu o fundo do poço”: “um país que desconhecia a miséria acusou 16% de indigência; o PIB recuou 11%; e a dolarização liquidou, entre 2001/2002, mais de 20% da economia”. Nesse contexto de crise – e agora voltando ao setor das telecomunicações – vale citar que as companhias que assumiram o controle da antiga Entel eram apontadas, no início de 2003, como “autênticas máquinas de *hacer dinero*”, mas sem que suas atuações se traduzissem em benefícios para o povo argentino. Naquele ano, a *Telefónica*, por exemplo, embora tivesse despedido milhares de trabalhadores e acumulado um prejuízo de 182,6 milhões na Argentina, repatriou 1.5 bilhões de euros à Espanha provenientes de suas filiais da América Latina (além da Argentina, incluíam também Brasil, Peru e Chile)<sup>65</sup>. Nessa época, o governo então vigente, de Nestor Kirchner, começou a cogitar novamente a reestatização de alguns segmentos do setor (MULLER, 2007, p.358).

Portanto, observa-se que, por um lado, em termos de *curto prazo*, a privatização da Entel ajudou em alguma medida a aumentar a credibilidade do governo de Menem (embora não de forma ideal), contribuindo para o prosseguimento das reformas em outros setores no *momento justamente posterior* à privatização. Por outro lado, em termos de *médio e longo prazo*, frustraram-se as expectativas de que (i) seria estabelecida uma estrutura regulatória sólida, previsível e efetivamente implementada (importante sobretudo para transmitir credibilidade aos investidores *externos*) e de que (ii) a privatização contribuiria para sustentar melhoras na situação macroeconômica da Argentina e se refletiria em ganhos para os consumidores, com melhora da qualidade dos serviços e diminuição das tarifas (o que acabaria por elevar a credibilidade *interna* do governo). Por tais razões, a privatização da Entel não foi capaz de se traduzir em um aumento de credibilidade – interna e externa – do governo argentino a médio/longo prazo.

---

<sup>65</sup>Conforme apontou reportagem do jornal argentino 5dias (El País Economía) em edição de 9 de junho de 2003. Disponível em: [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2003/06/09/empresas/1055165982\\_850215.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2003/06/09/empresas/1055165982_850215.html)

## 1.2 A Privatização da Telebrás

### 1.2.1 O surgimento da Telebrás: a estatização das telecomunicações no Brasil

No início da década de 1960, o retrato do setor das telecomunicações no Brasil era, de certa forma, similar<sup>66</sup> ao da Argentina em seu período de pré-estatização: a prestação dos serviços de telefonia se dava de forma intensamente fragmentada e havia graves problemas de interconexão.

Na época, a Companhia Telephonica Brasileira – CTB, empresa controlada pela canadense *Canadian Traction Light and Power Company*, detinha cerca de 68% dos aparelhos telefônicos do país, mas concentrava suas operações apenas no eixo Rio-São Paulo, Minas Gerais e Espírito Santo (PASTORIZA, 1996, p. 49). Os demais aparelhos estavam dispersos entre cerca de 1.200 entidades que, em sua maioria, eram pequenas empresas familiares sem condições técnicas, financeiras e gerenciais para prestar serviços eficientes. Essas centenas de empresas utilizavam tipos distintos de equipamentos, muitas vezes incompatíveis entre si, e atuavam sem nenhuma coordenação. Isso inviabilizava a interligação entre diversas regiões e aumentava os custos de operação do sistema, tornando esses serviços inacessíveis para a maior parte da população brasileira (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 1996, p. 4).

Além desse quadro de assimetria técnica, também havia grande fragmentação em termos de políticas para esses serviços. O poder concedente das telecomunicações era dividido entre União, Estados e Municípios – como previa a Constituição de 1946 – e inexistia uma política nacional ou um plano integrado para o setor. Dado que a definição das tarifas cabia aos Municípios, estas não somente destoavam bastante de acordo com a região como não raro eram fixadas – demagogicamente – em níveis muito baixos para atender a interesses políticos locais. Como consequência, as concessionárias foram progressivamente se descapitalizando e seus serviços tornaram-se ainda mais obsoletos e ineficientes, piorando o quadro que já era bem precário no país<sup>67</sup> (ARANHA, 2005, p. 70-72; PASTORIZA, 1996, p. 49-50).

---

<sup>66</sup>Cabe ressaltar que o *histórico inicial* do setor das telecomunicações no Brasil (1880 a 1930) foi marcado por certa “confusão normativa”, que ora centralizava sob tutela federal a competência exclusiva para concessão desses serviços (e.g., decretos nº 8.935/1883 e nº 3.296/1917), ora permitia aos outros entes da federação que também os explorassem (e.g., Constituição Federal de 1891). Essa *oscilação* logo nas primeiras décadas da história das telecomunicações diferencia a experiência do Brasil daquela havida na Argentina – que, como visto, tinha seus serviços de telefonia operados por atores privados de forma descentralizada e com mínima regulação pelo Estado até a década de 30, e que a partir daí experimentou uma centralização crescente, e não oscilante, até o período de privatizações.

<sup>67</sup>No início da década de 1960, havia apenas 1 milhão de telefones para uma população estimada de 70 milhões de habitantes (ARANHA, 2005, p. 73) e apenas quatro cidades – Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte e Brasília

Sem perspectiva de melhora – já que, suscetíveis às intensas ingerências políticas locais, os negócios se mostravam desinteressantes para qualquer tipo de investimento privado –, e em um contexto em que prevaleciam as políticas econômicas de substituição de importações e a chamada “Doutrina de Segurança Nacional” – que não se harmonizavam ao fato de que boa parte das concessões das telecomunicações brasileiras estava nas mãos de capital estrangeiro –, criou-se um ambiente propício para a estatização do setor e sua progressiva concentração pela União nos anos que se seguiram (ARANHA, 2005, p. 73-74).

O primeiro grande passo nesse sentido ocorreu em 1962 com a promulgação do Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT (Lei nº 4.117/62), cujo objetivo era instituir um sistema nacional centralizado, capaz de unificar as políticas e compatibilizar tecnicamente a rede até então fragmentada. Para tanto, a lei previu a criação do Conselho Nacional de Telecomunicações – Contel, órgão centralizador das funções normativa, fiscalizadora e de planejamento da indústria, e a quem coube a responsabilidade de elaborar um Plano Nacional para setor (artigos 14 a 29 do CBT).

Além disso, o CBT atribuiu à União a competência privativa para explorar diretamente os serviços dos troncos do Sistema Nacional de Telecomunicações<sup>68</sup> e permitiu que uma empresa pública fosse constituída para tanto (artigos 10 e 30, §1º). Essas disposições viabilizaram o surgimento da Empresa Brasileira de Telecomunicações – Embratel, em 1965, e a nacionalização da CTB, em 1966, mediante a compra das ações então detidas pela *holding* canadense (CANUTO, 2005, p. 34). Inicialmente, a Embratel era responsável pelas comunicações via satélite e por explorar com exclusividade os serviços de telecomunicações *interestaduais*, tocando-lhe a missão de interligar as principais cidades do país. Além disso, à medida que os prazos de concessão das empresas estrangeiras se esgotavam, a estatal foi assumindo também a exploração dos serviços *internacionais* (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 1996, p. 5).

---

– eram conectadas por sistemas de micro-ondas que permitiam realizar ligações de longa distância (PASTORIZA, 1996, p. 49).

<sup>68</sup>Lei nº 4.117/1962: “Art. 8º Constituem troncos do Sistema Nacional de Telecomunicações os circuitos portadores comuns, que ínterligam os centros principais de telecomunicações. § 1º Circuitos portadores comuns são aqueles que realizam o transporte integrado de diversas modalidades de telecomunicações. § 2º Centros principais de telecomunicações são aqueles nos quais se realiza a concentração e distribuição das diversas modalidades de telecomunicações, destinadas ao transporte integrado”.

Esse processo de centralização federativa ganhou sustentáculo constitucional com a promulgação da Carta de 1967<sup>69</sup>, que atribuiu à União a competência exclusiva para exploração de *todos* os serviços de telecomunicações, diretamente ou mediante autorização ou concessão<sup>70</sup>, não mais restringindo sua área de atuação aos serviços de telefonia interestadual e internacional como fazia a Constituição Federal de 1946 (EDITORIAL, 2009, p. 38). De fato, as medidas viabilizadas pelo CBT haviam possibilitado até então uma melhoria significativa dos serviços interurbanos e internacionais, mas não foram suficientes para elevar o padrão dos serviços *locais*. Nesse escopo, agora com base na Constituição, o passo seguinte foi a criação da Telecomunicações Brasileiras S.A – Telebrás (Lei nº 5.792/72) a fim de justamente sanar essa lacuna.

Designada "concessionária geral" para exploração dos serviços públicos de telecomunicações em todo o território nacional, a Telebrás passou a adquirir e a absorver as empresas de serviços locais cujas licenças iam expirando, a fim de consolidá-las em empresas de âmbito estadual. Além disso, passou a acumular funções corporativas e regulatórias (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 1996, p. 5-6; CANUTO, 2005, p. 35). A Embratel foi a ela vinculada como subsidiária e, assim, no final da década de 1970, o chamado “Sistema Telebrás” já apresentava o perfil que manteve praticamente até a época de sua privatização: além da *holding* Telebrás, era composto por 27 operadoras locais (estaduais) denominadas empresas-pólo, uma operadora de longa distância (Embratel) e um centro de pesquisa e desenvolvimento (CPqD) de reconhecida excelência<sup>71</sup> (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 1996, p. 6; PASTORIZA, 1996, p. 50).

Esse novo arranjo centralizado refletiu no significativo desenvolvimento do setor na década de 1970. Contando com um regramento normativo adequado, elaborado com auxílio de especialistas; com recursos assegurados por um fundo setorial, independentes do orçamento da União; com uma gerência técnica e relativamente autônoma de influxos políticos; e com o uso de uma infraestrutura reconhecidamente avançada para a época, as telecomunicações

---

<sup>69</sup>No mesmo ano, foi criado o Ministério das Comunicações (ao qual foram vinculados o Contel e a Embratel), refletindo a preocupação crescente do governo com o setor.

<sup>70</sup> Constituição Federal de 1967: “Art. 8 Compete à União (...) XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações”. A transição dos poderes concedentes estaduais e municipais para o poder concedente federal foi instrumentalizada pelo Decreto-lei nº 162/1967 (ARANHA, 2005, p. 73).

<sup>71</sup> Além de algumas companhias coligadas.

experimentaram grande avanço<sup>72</sup> na época em que permaneceram sob o comando estatal (ARANHA, 2005, p. 76-78).

Nesta altura, vale observar que essa concentração operacional não configurava até então um monopólio de direito dos serviços de telecomunicações. Como assinalado por Aranha (2005, p. 74), tanto não havia previsão jurídica de *exclusividade* da titularidade estatal como houve, efetivamente, a permanência de uma empresa privada no setor: a Companhia de Telefones do Brasil Central – CTBC, que chegou a cobrir 80 municípios brasileiros em 1993.

Em termos normativos, a centralização operacional atingiu o seu ápice somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que introduziu – pela primeira vez – a exigência de que a prestação dos serviços *públicos* de telecomunicações se desse *por empresas sob controle acionário estatal* (ARANHA, 2005, p. 87). Conforme sua redação original:

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, e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;

Como se nota, em verdade, a Carta de 1988 distinguiu os serviços do setor (que em regra eram considerados como um todo nas constituições anteriores) e conferiu-lhes tratamento distinto. Por um lado, estabeleceu que os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e *demais serviços públicos de telecomunicações* deveriam ser explorados *diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle acionário estatal*. Por outro, definiu que os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e *demais serviços de telecomunicações*, poderiam ser explorados não só diretamente ou por concessão, mas também mediante autorização e permissão.

---

<sup>72</sup> Logo nos primeiros anos, a Embratel já teve sucesso em sua missão de interligar todas as capitais de estados com modernas redes de micro-ondas. Entre 1973 e 1993, o Brasil viu sua densidade de terminais telefônicos aumentar de 1,9, em 1973, para 8,1, em 1993 – o que significou um salto de 2 milhões para 12,4 milhões de linhas fixas nesse período (EDITORIAL, 2009, p. 41) e posicionou o país entre os detentores das maiores redes de telefonia mundial (CANUTO, 2005, p. 36). Como aponta Coutinho (2005, p. 124-125), ainda que não se tenha alcançado resultados ideais em virtude das recorrentes fragilidades da capacidade pública de investimento – como é comum em países em desenvolvimento – é certo que o modelo centralizador foi determinante para o desenvolvimento da infraestrutura das telecomunicações no Brasil.

É por isso que, nesta altura da pesquisa, faz-se necessário um *corte* metodológico: considerando a multiplicidade de serviços de telecomunicações<sup>73</sup>; o fato de que tanto a Carta de 1988 como as normas infraconstitucionais, legais e infralegais, subsequentes impuseram *tratamento distinto*<sup>74</sup> a esses diferentes segmentos; e a necessidade de delimitação da matéria em análise, optou-se por conferir enfoque, daqui em diante, ao segmento da telefonia fixa<sup>75</sup> – ainda que eventualmente se faça referência também a outros serviços. Isso porque, conquanto obsoleto nos dias atuais, o chamado Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC constituía um dos principais representantes das telecomunicações naquela época, senão o mais expressivo, de forma que oferece uma boa amostra para a análise empreendida nos capítulos seguintes.

E se, sob a ótica normativa, o processo de centralização operacional desse serviço – e também dos demais do setor – alcançou seu cume com a promulgação da Carta de 1988, a partir daí se verifica que o pêndulo começa a virar rumo à direção oposta, como se verá na seção a seguir.

### *1.2.2 Estruturas regulatórias: os ajustes pré-privatização*

Nas mãos do Estado, o setor das telecomunicações manteve seus níveis de crescimento e de atualização tecnológica razoavelmente altos até meados da década de 1980, quando houve uma redução substancial de investimentos e a forte intensificação de ingerências políticas sobre suas fontes financiadoras<sup>76</sup> e sobre sua administração gerencial.

---

<sup>73</sup>Pode-se citar: “telefônico fixo comutado; TV a cabo; distribuição de sinais multiponto multicanal; distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite; especial de televisão por assinatura; especial de radiocamada; avançado de mensagem; especial de radiorecado; especial de frequência padrão; especial de boletim meteorológico; especial de sinais horários; móvel por satélite; radiocomunicação aeronáutica; móvel celular; rede de transporte de telecomunicações; móvel especializado; rádio taxi especializado; telestrada; especial para fins científicos e experimentais; especial de radioautocine; limitado privado; limitado de radioestrada; limitado de estações itinerantes; móvel aeronáutico; rádio do cidadão; radioamador; especial de radiodeterminação; especial de supervisão e controle; especial de rádio acesso; limitado especializado; rede especializado; circuito especializado; móvel marítimo, dentre outros” (ARANHA, 2005, p. 105-106).

<sup>74</sup>Como aponta Aranha (2005, p. 105), “estas distinções visíveis no ambiente constitucional ombream com inúmeras outras distinções entre serviços de telecomunicações implementadas em foro infraconstitucional advindas da evolução tecnológica e das peculiaridades de tratamento normativo exigidas por cada espécie de serviço de telecomunicações, que começaram sua especialização a partir do Código Brasileiro de Telecomunicações, de 1962”.

<sup>75</sup>Autores como Vieira de Carvalho (2007, p. 135-145) também optaram por realizar esse recorte em suas análises do histórico do setor.

<sup>76</sup>Para uma descrição acerca do Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT e da criação da Secretaria de Controle de Empresas Estatais – SEST, cujos históricos espelham em certa medida o escoamento de recursos do setor de telecomunicações na década de 80, ver: ARANHA, 2005, p. 78-82.

Nessa época, o quadro internacional ocidental era de recessão, e as medidas de cunho liberal apregoadas pelo chamado Consenso de Washington<sup>77</sup> – dentre as quais constavam disciplina fiscal, liberalização do comércio e privatização de empresas públicas – eram vistas como imperativas para a superação da crise nos países em desenvolvimento<sup>78</sup> (VIEIRA DE CARVALHO, 2007, p. 104; COUTINHO, 2014, p. 61-63). Na América Latina em especial, a interrupção do fluxo voluntário de recursos externos nesse contexto de crise acelerou “a ruptura de um padrão de financiamento dependente do crédito externo, o que afetou diretamente a maioria das estatais desses países” (COUTINHO, 2014, p. 67) e tornou insustentável o modelo de Estado prestacional então vigente.

No Brasil – que não era exceção – o cenário também era de deterioração contínua da economia. Com a intensificação da crise fiscal e a grande elevação dos níveis inflacionários, o governo – em uma fase inicial da crise, anterior às privatizações – passou a recorrer às estatais como tentativa de sanear os problemas macroeconômicos em curto prazo (COUTINHO, 2014, p. 64-67). Essas empresas, portanto, além de sofrerem com as significativas quedas de investimentos internos e externos em decorrência da recessão, foram instrumentalizadas para contrair grandes empréstimos no exterior e viram minguar o preço de seus bens e serviços, achatados artificialmente como parte das políticas de aumento de competitividade das exportações e diminuição do impacto dos altos índices inflacionários (CANUTO, 2005, p. 38; COUTINHO, 2014, p. 70).

No setor das telecomunicações, essa conjuntura de recessão econômica e de aumento de ingerência política na Telebrás produziu um quadro de limitações e instabilidades orçamentárias, de ausência de planejamento conforme o interesse público, de desprofissionalização dos quadros de pessoal, de corrupção, de desvios de aplicação de recursos, de nova fixação demagógica de tarifas abaixo dos índices de inflação e, como

---

<sup>77</sup>Trata-se de um conjunto de diretrizes de política macroeconômica de cunho liberal recomendadas por instituições financeiras internacionais (como o FMI, Banco Mundial e Tesouro dos EUA) para os países em desenvolvimento atravessarem o momento de crise. Além das medidas citadas, Coutinho (2007, p. 62) sintetiza os demais pontos de recomendação da seguinte forma: definição de prioridades nos gastos públicos (eliminando subsídios e aumentando gastos com saúde e educação), reforma tributária, taxas de juros positivas e taxas de câmbio competitivas, ambas determinadas pelo mercado, estímulo a atração do investimento direto estrangeiro, definição e proteção de direitos de propriedade e desregulação de atividades econômicas com vistas à fruição dos efeitos benéficos da concorrência.

<sup>78</sup>Seja no discurso, seja em termos práticos, já que esses países se viram na contingência de solicitar empréstimos a instituições financeiras internacionais, sendo o comprometimento com essas medidas imposto como condição para concessão dessa “ajuda” (VIEIRA DE CARVALHO, 2007, p. 104).

resultado, culminou na descapitalização acentuada das operadoras e na redução de sua capacidade de investimento (ARANHA, 2005, p. 83-84).

As consequências práticas de todo esse conjunto logo se fizeram sentir. Como sintetiza Aranha (2005, p. 85), o crescimento do setor desacelerou; problemas industriais e tecnológicos se intensificaram; os serviços – sobretudo os periféricos e os novos serviços como telefonia celular, comunicação de dados e banda larga – mostravam-se defasados e de baixa qualidade; o mercado “paralelo” de linhas telefônicas cresceu aceleradamente; as inadimplências das companhias no pagamento dos fornecedores passaram a ser recorrentes; houve atraso generalizado na entrega de linhas telefônicas, e o sistema se mostrou totalmente incapaz de suprir a crescente demanda.

Diante de todo esse quadro de crise – em que as ideias neoliberais encontravam terreno fértil frente à divulgada insuficiência do modelo de Estado Social – as discussões teóricas e os discursos do governo a favor das privatizações se intensificaram bastante no Brasil já durante a década de 80. Na prática, todavia, “tanto em termos de velocidade como de escopo, a venda das estatais nos anos 80 esteve muito aquém do nível prometido pelo discurso do governo. (...) A privatização não era uma prioridade para o setor público”<sup>79</sup> (PINHEIRO, 2000, p. 15).

Foi somente na década de 90, portanto, que o compromisso concreto com a agenda das privatizações de fato se manifestou no Brasil. Já no início da década, o governo do presidente Fernando Collor de Mello lançou o Programa Nacional de Desestatização – PND (Lei nº 8.031/90), cujos objetivos eram, nos termos de seu artigo 1º: *(i)* reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; *(ii)* contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o

---

<sup>79</sup> Nesse sentido, vale lembrar que a própria Constituição de 1988 tinha, na prática, viés claramente estatizante, e acabou reforçando esse sistema de centralização que já se mostrava decadente ao estabelecer monopólios públicos não só no setor de telecomunicações, mas também no de petróleo e distribuição de gás, além de impor barreiras ao controle estrangeiro dos setores de mineração e energia elétrica (PINHEIRO, 2000, p. 16). A propósito, Pinheiro (2000, p. 15-16) aponta três principais motivos para essa limitação da amplitude e profundidade da privatização brasileira na década de 80: “*a*) até a metade da década, as estatais continuaram a mostrar um desempenho operacional relativamente bom, reduzindo o escopo de ganhos produtivos no caso de sua transferência para o setor privado, o que, por um lado, limitou o apoio público à privatização e, por outro, reduziu o interesse dos investidores privados na compra dessas empresas; *b*) o ‘manto protetor da ‘segurança nacional’ continuou a cobrir as estatais durante quase toda a década, de maneira tal que teria sido virtualmente impossível vender grandes estatais enquanto os militares mantivessem sua influência sobre o governo federal; e *c*) como bem caracterizado pela Constituição de 1988, um grande segmento da sociedade brasileira, dos militares aos partidos de esquerda, continuava a ver, como Severo Gomes 10 anos antes, a privatização como uma senha para a desestatização da economia, julgando que as empresas multinacionais eram as únicas capazes de comprar as maiores estatais brasileiras, além de considerar o aumento da presença dos investidores estrangeiros na economia uma atitude contrária aos interesses nacionais”.

saneamento das finanças do setor público; (iii) permitir a retomada de investimentos nas empresas e nas atividades que viriam a ser transferidas à iniciativa privada; (iv) contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; (v) permitir que a administração pública concentrasse seus esforços nas atividades em que a presença do Estado era fundamental para a consecução das prioridades nacionais; e (vi) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas integradas ao Programa.

Pinheiro (2000, p. 31) afirma que essa “virada de chave” dos anos 80 para os anos 90 quanto ao compromisso prático com essa agenda tem como principal razão questões *de política macroeconômica*<sup>80</sup>. Como explica o autor:

A lógica original do PND estava diretamente ligada ao programa de estabilização lançado no início do governo Collor, o que explica a decisão do novo governo de privatizar rapidamente e independentemente da situação macroeconômica instável da época. Por um lado, a receita fiscal aumentou com a criação dos Certificados de Privatização, um título compulsório adquirido pelos intermediários financeiros e que poderia ser utilizado apenas para adquirir ações das estatais. **Por outro, e ainda mais importante, o governo esperava reduzir drasticamente a dívida pública aceitando os títulos da dívida pública como moedas de privatização, reduzindo assim o déficit fiscal e consolidando a estabilidade de preços.** (PINHEIRO, 2000, p. 19 – grifos nossos)

Portanto, convém abrir este parêntese no relato do histórico do setor das telecomunicações para descrever brevemente o contexto geral das privatizações brasileiras a fim de se realçar o que, no Brasil, de modo geral, assim como na Argentina e em diversos países em desenvolvimento, essa agenda também foi motivada precipuamente por um componente macroeconômico “pragmático”: a necessidade de mitigar a crise fiscal que, como sublinha José Eduardo Faria (1993, p. 17, *apud* COUTINHO, 2014, p. 69), representa a situação limite de uma crise de governabilidade<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Além desse fator, o autor também ressalta: (i) mudanças políticas, em que o controle estrangeiro da infraestrutura e dos setores de insumos básicos não era mais visto como uma ameaça à “segurança nacional”; e (ii) mudanças no enfoque das políticas de desenvolvimento em direção à eficiência e em detrimento da simples acumulação de capital, ressaltando, no entanto, que a política macroeconômica foi a principal força motriz dentre os três (Pinheiro, 2000 p. 31).

<sup>81</sup> Nas palavras de Coutinho (2014, p. 69): “Faria entende que essa crise ocorre quando despesas sociais destinadas a legitimar um modo específico de produção, mediante a busca de harmonia social e lealdade às ‘regras do jogo’ econômico – tendo como contrapartidas programas de bem-estar –, crescem mais rapidamente que os meios de financiá-las. Essas despesas, por sua vez, são traduzidas em direitos sociais, que não podem ser suprimidos abruptamente”.

De fato, o governo desejava atrair investimento estrangeiro direto e vender bem as estatais para “fazer caixa” – o que também pressupunha privatizações rápidas, que logo mostrassem seus resultados no ajuste fiscal, e aptas a sustentar, assim, a legitimidade interna e externa do governo por sua habilidade em mitigar a crise. A consequência – como se reforçará mais adiante, no Capítulo 2 – foi que, em vários setores brasileiros, essa privatização precipitada também significou a venda das estatais antes do estabelecimento de uma estrutura regulatória prévia – tal como na Argentina.

Contudo, não foi o que ocorreu no setor das telecomunicações, apontado como exceção parcial a essa tendência de “privatizações precipitadas e pragmáticas” no Brasil (COUTINHO, 2014, p. 96). E por quê?

Primeiramente, é necessário esclarecer que, a despeito de buscar atingir fins macroeconômicos semelhantes com a agenda de privatizações, o Brasil foi “obrigado” a seguir estratégia distinta da Argentina. Nos primeiros anos do programa, o governo brasileiro sequer cogitou desestatizar os grandes monopólios estatais, os quais encontravam proteção na Carta de 1988. A privatização dessas grandes companhias demandaria forte apoio político para modificar o texto da recém promulgada Constituição, apoio este de que o governo não gozava, visto que os fracassos sucessivos no controle da inflação até então acabaram por limitar a sua credibilidade (PINHEIRO, 2000, p. 20).

Por isso, a maioria das 33 empresas privatizadas<sup>82</sup> nessa fase inicial (1990 a 1994) “pertenciam a setores relativamente competitivos ou nos quais a liberalização do comércio criaria um ambiente competitivo”, o que incluía apenas:

a) as pequenas empresas absorvidas pelo Estado; b) as subsidiárias estabelecidas após a reforma de 1967, com a verticalização e diversificação das principais estatais; e c) as empresas siderúrgicas estatais, em relação às quais havia um consenso razoável de que a presença do Estado não era mais necessária (PINHEIRO, 2000, p. 20).

Em termos macroeconômicos, portanto, as dimensões do programa – e seus benefícios fiscais – são apontados como tímidos nesse período inicial (VIEIRA DE CARVALHO, 2014, p. 107).

---

<sup>82</sup> Conforme dados apresentados por Pinheiro (2000, p. 20), a venda dessas empresas gerou um total de receitas de US\$ 8,6 bilhões e a transferência para o setor privado de US\$ 3,3 bilhões em dívidas.

Já em 1995, o escopo da privatização foi bastante ampliado, passando a incluir a determinação de efetivamente acabar com os monopólios do setor público em infra-estrutura<sup>83</sup>. Como aponta Pinheiro (2000, p. 22), essa guinada pode ser explicada sobretudo pelo sucesso do Plano Real do então presidente Fernando Henrique Cardoso, que possibilitou ao governo “a alavancagem política requerida para obter as emendas constitucionais necessárias no Congresso”.

Portanto, de forma diferente da Argentina – em que o governo pôde implementar de pronto e levar a cabo quase que por conta própria um amplo programa de privatizações, graças aos amplos poderes que lhe haviam sido conferidos pela *Ley de la Reforma* aprovada em 1989 –, no Brasil, o fato de haver um óbice constitucional (e uma conseqüente necessidade de significativo apoio político) demandou um caminhar mais gradual para oportunizar a privatização das estatais mais relevantes.

Feitas essas considerações a respeito do contexto geral das privatizações, retorna-se ao caso específico do setor das telecomunicações para entender as mudanças de ordem legal, política e econômica que se seguiram, nesse contexto, para viabilizar a privatização da Telebrás em 1998.

Como assinala Aranha (2005, p. 91), um dos primeiros esboços da desestatização da Telebrás no plano normativo veio já em 1990 com a Lei 8.029/90<sup>84</sup>, que autorizou a diminuição do número de operadoras do Sistema Telebrás para oito por meio de fusões e aquisições internas, de forma que cada uma delas passaria a operar em *macrorregiões*, e não mais em estados<sup>85</sup>. Nada obstante, como mencionado, ainda havia forte oposição política à

---

<sup>83</sup> Pinheiro (2000, p. 21 e 22) cita ainda como razões para essa intensificação: “a própria estabilidade e a mudança na percepção do potencial de risco e de crescimento do mercado brasileiro – que se refletiram, por exemplo, no alto crescimento dos fluxos de investimento estrangeiro direto – ajudaram a aumentar o valor dessas empresas, tornando a privatização mais interessante tanto para o setor público como para os investidores privados; e o sucesso das privatizações realizadas no período 1991/94, evidenciado pelo aumento da eficiência e dos investimentos das empresas, ajudou a aumentar o suporte político para o programa.” Como apontado acima, ressalva que “de todos os fatores que contribuíram para expandir a privatização no primeiro governo Cardoso, o mais importante foi o papel desempenhado pela privatização na sustentação de seu programa de estabilização, o Plano Real”.

<sup>84</sup>Lei 8.029/90: “Art. 16. É o Poder Executivo autorizado a promover: I - por intermédio da Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás), a fusão ou a incorporação das empresas de telecomunicações, exceto a Embratel, integrantes do respectivo Sistema, de modo a reduzir para oito empresas de âmbito regional, as atualmente existentes, observado o que dispõe o parágrafo único do art. 14 desta lei, quanto ao referencial para a delimitação das regiões;”

<sup>85</sup>O que, na prática, acabou não se concretizando. Como afirma Pastoriza (1996, p. 69), a implantação desse modelo esbarrava em sérias dificuldades políticas, de tal forma que a opção pela fusão das operadoras certamente retardaria o processo de privatização dessas empresas.

desestatização do setor na época e, principalmente, um óbice jurídico para tanto – inscrito na Constituição e nas leis.

Nos anos que se seguiram, a ideia de privatizar a Telebrás foi passando a ser melhor recebida. O governo de Fernando Henrique Cardoso ganhava cada vez mais credibilidade por conseguir sustentar seu programa de estabilização; os bons resultados a curto prazo das privatizações realizadas nos anos anteriores começavam a aparecer; e a melhora dos fluxos de investimento estrangeiro direto no período acabaram por aumentar circunstancialmente o valor da Telebrás, tornando-a mais interessante para os investidores privados. Em paralelo, notava-se que a superação dos gargalos da Telebrás demandaria vultosos investimentos, impossíveis de serem realizados pelo poder público em virtude do comprometimento com a política fiscal contracionista. Assim, diante do aumento de aceitação política da agenda privatizante em geral e de um setor cada vez mais obsoleto e incapaz de suprir a demanda, a desestatização dos serviços de telecomunicações passou a ser “alentada às escâncaras como a melhor solução” em meados da década de 90 (CANUTO, 2005, p. 39-40).

Foi nesse contexto que o presidente à época, Fernando Henrique Cardoso, deu forte impulso às necessárias mudanças normativas com o envio de Proposta de Emenda Constitucional voltada a flexibilizar o monopólio estatal previsto no artigo 21, inciso XI, da Constituição (CANUTO, 2005, p. 41). Aprovada em 15 de agosto de 1995, a Emenda Constitucional nº 8 suprimiu a expressão “a empresas sob o controle estatal” do texto constitucional – permitindo a outorga a empresas privadas, a critério da União, do direito de exploração dos serviços públicos de telecomunicações; e atribuiu ao *legislador infraconstitucional* a responsabilidade de definir a forma de organização institucional e jurídica do setor com base nos novos pressupostos constitucionais. Assim, como aponta Canuto (2005, p. 42), não houve impacto imediato e efetivo da mudança constitucional, diante da necessidade de aguardar o trâmite legislativo no Congresso Nacional da lei que viria a detalhar o novo papel do Estado no setor.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> Em relação aos serviços de telefonia móvel, “temendo que a regulamentação de todo o setor demandasse longas discussões no Congresso, o Ministério das Comunicações resolveu tratar antes da liberalização do serviço celular por meio do que ficou conhecido como Lei Mínima das Telecomunicações (Lei nº 9.295/1996)” (CANUTO, 2005, p. 55). Essa lei – que, como aponta Aranha (2005, p. 97), “serviu como disciplina legislativa inicial dos serviços de telecomunicações tidos por mais urgentes e de alta atratividade econômica” – acabou implicando a separação das atividades de telefonia fixa e celular da Telebras, de forma a criar então duas empresas em cada estado: uma para telefonia fixa e outra para telefonia celular.

Dois anos depois, esse novo marco normativo foi aprovado, assentando a mudança de um Estado até então provedor para, agora, regulador dos serviços de telecomunicações. Nesse sentido, a Lei Geral das Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472/1997) não somente previu todo o arcabouço relativo à reestruturação e desestatização do sistema Telebras (Livro IV da LGT) como, antes, lançou a base regulatória para o setor, prevendo a criação e as competências da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (Livro II). Os aspectos de destaque da Lei relativos à *base regulatória* são vistos a seguir, ao passo que as *diretrizes para a desestatização* serão expostas na seção seguinte.

Nos termos da LGT, a nova – e primeira – agência regulatória brasileira, a Anatel, seria integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, mas com “independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira” (artigo 8, *caput* e § 2º). Aliás, a lei previu expressamente que a extinção da Agência somente poderia ocorrer mediante lei específica<sup>87</sup> (artigo 17), de forma que não estaria sujeita aos mandos e desmandos do governo de determinado período. Além de conferir grande importância a essa autonomia, a Lei e sua exposição de motivos também destacaram a relevância da transparência, da publicidade e da motivação de decisões e procedimentos como guias para a atuação do órgão (artigos 38 a 41).

Pautada por essas diretrizes, a Agência foi então incumbida de desempenhar atividades *normativas* – relativas a sua “competência para editar atos normativos de caráter geral, minudenciando os delineamentos impostos pelas leis de telecomunicação, para ensejar sua fiel execução, bem como pelos decretos que forem baixados pelo Presidente da República” (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 1996, p. 42); *gerenciais* – sendo de sua responsabilidade celebrar e gerenciar os contratos de concessão, por exemplo (artigo 19, inciso VI)<sup>88</sup>; *fiscalizadoras* dos serviços – que inclusive ensejam o recebimento de taxas a compor suas receitas, nos termos do artigo 47<sup>89</sup>, e das quais decorrem atividades *sancionadoras* (e.g,

---

<sup>87</sup>“Art. 17. A extinção da Agência somente ocorrerá por lei específica.”

<sup>88</sup>“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: (...) VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;”

<sup>89</sup>“Art. 47. O produto da arrecadação das taxas de fiscalização de instalação e de funcionamento a que se refere a Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, será destinado ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL, por ela criado.”

artigo 19, incisos IX e XI)<sup>90</sup> ; e *juadoras* – tocando-lhe, por exemplo, a composição administrativa dos conflitos de interesses entre prestadoras do serviço (artigo 19, inciso XVII)<sup>91</sup>.

Ademais, foi-lhe atribuída a responsabilidade de elaboração – *previamente* aos processos de reestruturação e desestatização<sup>92</sup> – do Plano Geral de Outorgas – PGO, a fim de fixar as regras para as concessões dos serviços de telefonia, e do Plano Geral de Metas de Universalização do Serviço de Telecomunicações – PGMU, voltado a definir as metas para as empresas concessionárias do serviço de telefonia fixa (definidos na LGT como serviços a serem prestados em regime público)<sup>93</sup>. A ela também coube aprovar previamente as operações de transferência do controle societário<sup>94</sup>, bem como os editais de licitação e as normas de contratação<sup>95</sup>.

Além de criar o órgão regulador, a LGT também previu de modo explícito uma série de “regras do jogo” para reger as atividades do setor. Quanto às tarifas, por exemplo, reconhecendo que “foi o tratamento tarifário inadequado uma das principais razões do não desenvolvimento satisfatório dos serviços de telecomunicações no Brasil, por não estimular os investimentos privados, na década de 1960” (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 1996, p. 56), a lei estabeleceu parâmetros para sua definição ao prever, por exemplo, que o valor tarifário e seus mecanismos de reajuste e revisão deveriam ser previamente fixados nos contratos de concessão; que seriam vedados os subsídios cruzados entre serviços e entre grupos

---

<sup>90</sup>“Art. 19 (...) IX - editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções; (...) XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;”

<sup>91</sup>“Art. 19 (...) XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;”

<sup>92</sup>“Art. 188. A reestruturação e a desestatização deverão compatibilizar as áreas de atuação das empresas com o plano geral de outorgas, o qual deverá ser previamente editado, na forma do art. 84 desta Lei, bem como observar as restrições, limites ou condições estabelecidas com base no art. 71.”

<sup>93</sup>Nesta altura, vale mencionar o esclarecimento de Aranha (2005, p. 142) de que “[n]o Brasil, a partir da criação da Agência Nacional de Telecomunicações, as competências executivas de *formulação de políticas públicas* – políticas *setoriais ou governamentais* – e de *organização e exploração dos serviços de telecomunicações* foram cindidas, cabendo, as primeiras, aos órgãos diretos do Executivo e do Legislativo – Presidência da República, Ministério das Comunicações e Congresso Nacional – e, as últimas, à agência reguladora. A legislação brasileira deixa transparecer, inclusive, distinção entre atividade de *política setorial* e atividade propriamente *reguladora*”. Para mais sobre as tensões na relação institucional entre o formulador de políticas públicas e seu aplicador confira-se: ARANHA, 2005, p. 142-150.

<sup>94</sup>“Art. 97. Dependerão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário. Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei”

<sup>95</sup>“Art. 22. Compete ao Conselho Diretor: VII - aprovar editais de licitação, homologar adjudicações, bem como decidir pela prorrogação, transferência e extinção, em relação às autorizações para prestação de serviço no regime privado, na forma do regimento interno;”

de usuários; e que caberia ao órgão regulador a responsabilidade sobre a fixação, reajuste, revisão e acompanhamento de tarifas dos serviços prestados no regime público, *respeitando os termos do contrato* (artigo 103, §2 e 3º, e artigo 108)<sup>96</sup>. Tudo isso, de forma a privilegiar:

por um lado, os interesses dos usuários, que não estarão submetidos a tarifas injustas e, por outro lado, impedindo o abuso do poder econômico pelo operador dominante, que tenderia a dificultar o ingresso e o desenvolvimento de novos prestadores do serviço – **e para criar um ambiente atrativo para o investimento de capitais privados – ao assegurar a normalidade regulatória e o respeito aos compromissos contratuais assumidos com os concessionários.** (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 1996, p. 55 – grifos nossos)

Conforme se nota, portanto, uma substancial estrutura regulatória já havia sido estabelecida antes de a privatização se consumir: a agência regulatória responsável pelo setor estava funcionando a todo vapor e os eventuais novos proprietários tinham clareza de boa parte das regras e condições a que estariam submetidos durante e após o processo de venda (PINHEIRO, 2000, p. 27). Como se verá adiante, aponta-se que esse cenário contribuiu para intensificar a responsividade dos regulados a essas regras e para elevar a confiança de investidores na transparência e na justiça do processo regulatório no Brasil<sup>97</sup> nos anos que se seguiram, tornando o caso das telecomunicações o “mais bem-sucedido de privatização com reforma regulatória” na experiência brasileira e um dos mais bem avaliados em nível mundial (PINHEIRO, 2000, p. 26).

Além desses necessários ajustes legais e regulatórios no período pré-privatização, vale destacar que também foram realizados ajustes econômicos e estratégicos antes da venda. Aqui, importa notar que – diferentemente da Entel, que era uma empresa essencialmente operacional – a Telebrás era uma *holding*, o que exigia uma operação mais complexa para transferir para

---

<sup>96</sup>“Art. 103. Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço. § 1º A fixação, o reajuste e a revisão das tarifas poderão basear-se em valor que corresponda à média ponderada dos valores dos itens tarifários. § 2º São vedados os subsídios entre modalidades de serviços e segmentos de usuários, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 81 desta Lei. § 3º As tarifas serão fixadas no contrato de concessão, consoante edital ou proposta apresentada na licitação.(...) Art. 108. Os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas serão previstos nos contratos de concessão, observando-se, no que couber, a legislação específica. § 1º A redução ou o desconto de tarifas não ensejará revisão tarifária. § 2º Serão compartilhados com os usuários, nos termos regulados pela Agência, os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas. § 3º Serão transferidos integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como os de diminuição de tributos ou encargos legais e de novas regras sobre os serviços.”

<sup>97</sup>Como aponta estudo de caso realizado pela International Telecommunication Union – ITU, órgão da Organização das Nações Unidas – ONU responsável pelo desenvolvimento dos serviços de telecomunicações. Nesse mesmo estudo (UIT, 2000), sublinha-se que: “the Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) has been praised by industry and other regulators around the globe as one of the most transparent and independent in the world.”

mãos privadas o capital de todas as suas subsidiárias, distribuídas dentre os 26 estados brasileiros, além da Embratel (SIMAO, 2010, p. 60). De fato, uma engenharia<sup>98</sup> foi desenhada para dividir e reaglutinar as empresas que a compunham (a qual será melhor detalhada na seção seguinte), visando maximizar a atração do capital estrangeiro para financiamento da economia brasileira (ARANHA, 2005, p. 101).

Além disso, em virtude do já citado achatamento demagógico de tarifas e das políticas de excessivos subsídios cruzados, a condição financeira do sistema encontrava-se intensamente distorcida. Mostrava-se imperativo reequilibrar essas condições antes da venda, a fim de fornecer aos investidores uma imagem clara das condições operacionais e da rentabilidade das subsidiárias. É nesse sentido que, em 1996 e em 1997, buscou-se redefinir a estrutura tarifária de modo a torná-la compatível com os custos reais (e sem subsídios cruzados, política que seria insustentável a médio prazo sob uma sistemática de competição) e alinhada a padrões internacionais, sinalizando-se, assim, uma maior garantia de retorno adequado ao investimento.

Como se vê, pois, a privatização de fato do Sistema Telebrás foi precedida de uma série de ajustes legais, estratégicos e de saneamento econômico. No âmbito legal, foi necessário transpor o óbice constitucional que estabelecia o monopólio estatal; no estratégico, houve a reestruturação das subsidiárias em novos conglomerados a fim de maximizar os ganhos com investimentos; e, no campo econômico, realizou-se a correção dos valores tarifários que há muito já não refletiam os custos em virtude das práticas de instrumentalização política e econômica das estatais.

Compreendidos esses ajustes prévios, expõe-se na seção seguinte as balizas estabelecidas pela LGT para a desestatização e como esse processo se corporificou na prática.

---

<sup>98</sup>Aranha (2005, p. 100) explica esse novo desenho: “[a] TELEBRÁS, cujas operadoras estaduais, até dezembro de 1997, prestavam serviços de telecomunicações fixos e móveis celulares, sofreu uma reestruturação em janeiro de 1998, em que suas 26 empresas estaduais controladas separaram-se, cada uma, em duas empresas, uma para serviços fixos e a outra para serviços móveis celulares. O conglomerado resultante foi aglutinado em 12 empresas, mediante aprovação da ANATEL, conforme exigência do art. 97 da Lei Geral de Telecomunicações. As operadoras de telefonia fixa foram agrupadas em 3 grandes holdings, enquanto as operadoras de telefonia móvel celular foram agrupadas em 8 holdings. Estas operariam na Banda ‘A’ para competirem com as empresas privadas já instaladas ou em vias de instalação da Banda ‘B’. A partir de 22 de maio de 1998, com a efetivação da reestruturação da TELEBRÁS, esta deixou de ter ativos operacionais geradores de receitas, contentando-se com os recursos advindos de aplicações financeiras destinados a mantê-la até sua definitiva liquidação, que aguarda a definição das medidas de efetivação de 300 ex-funcionários cedidos à ANATEL. A cisão resultou em quatro empresas destinadas à prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) (...) e as oito restantes foram destinadas ao Serviço Móvel Celular da Subfaixa ‘A’”

### 1.2.3 A alienação de ativos da Telebrás: a desestatização das telecomunicações no Brasil

Na época de sua privatização, a Telebrás possuía cerca de 91%<sup>99</sup> da base telefônica do Brasil. O governo federal detinha 50,4% de seu capital votante e apenas 21,44% de seu capital total (ARANHA, 2005, p. 99).

Na definição do arcabouço-base para a reestruturação e para a desestatização do sistema Telebrás (artigos 186 e seguintes), a LGT, por um lado, condicionou as ações do governo a uma série de regras voltadas a prevenir o abuso do poder econômico e a assegurar a universalização dos serviços. Por outro lado, desde que respeitadas essas regras, a lei conferiu significativa margem de atuação ao Poder Executivo no processo de desestatização, permitindo-lhe, por exemplo, escolher o melhor “arranjo” para a reestruturação das empresas<sup>100</sup> e atribuindo-lhe a responsabilidade de aprovar o Plano Geral de Outorgas e o Plano Geral de Metas de Universalização dos serviços prestados no regime público<sup>101</sup>.

Assim, podendo o governo escolher o modelo de venda do Sistema, este optou pela quebra e reorganização das companhias que compunham a *holding* em novos conglomerados que seriam então privatizados separadamente, ao fundamento de que essa modelagem atrairia mais investimentos, propiciaria mais concorrência e viabilizaria a melhora dos serviços em diferentes regiões (SIMAO, 2010, p. 61). Procedeu-se, então, à reorganização do sistema de modo a formar 12 empresas: oito *holdings* de telefonia móvel celular e quatro de telefonia fixa. Destas últimas, uma era uma empresa nacional – a Embratel, a quem caberia explorar os serviços intra-estaduais, interestaduais e internacionais em todo o território – e três eram empresas regionais – que prestariam serviços locais e interurbanos intra-estaduais e interestaduais dentro das respectivas áreas de concessão. Como se nota, esse formato propiciava “um potencial de competição com limites nos serviços intra-estaduais e interestaduais” (ARANHA, 2005, p. 102; SIMAO, 2010, p. 61-62).

Em 29 de julho de 1998, tais empresas foram vendidas em 12 leilões consecutivos na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro “configurando a maior operação de privatização de um

---

<sup>99</sup> Como destaca Aranha (2005, p. 99), ainda existia uma empresa privada de telecomunicações sobrevivente e três outras operadoras não pertencentes à União, muito embora todas fossem tecnicamente integradas com a rede nacional.

<sup>100</sup> “Art. 189. Para a reestruturação das empresas enumeradas no art. 187, fica o Poder Executivo autorizado a adotar as seguintes medidas: I - cisão, fusão e incorporação; II - dissolução de sociedade ou desativação parcial de seus empreendimentos; III - redução de capital social.”

<sup>101</sup> Serviços esses que também seriam caracterizados enquanto tais – serviços em regime público – por escolha do Executivo – com exceção do STCF, cujo caráter público foi fixado na lei.

bloco de controle já realizada no mundo” (BNDES, 2009). Com a venda, o governo alcançou uma receita aproximada de R\$ 22,5 bilhões, o que significou um ágio de 63,74% sobre o preço mínimo estipulado<sup>102</sup>. Investidores internacionais (espanhóis, italianos, portugueses, americanos e japoneses) tornaram-se controladores de nove das 12 empresas e, em quatro delas – Embratel, Telesp celular, Tele Sudeste Celular e Tele Leste Celular –, a participação desses agentes externos foi de 100%. Tudo isso ocorreu em cinco horas.

Em relação aos serviços de telefonia fixa, vale destacar que, por serem apontados pela LGT como serviços de interesse coletivo, estes demandavam necessariamente – mas não exclusivamente – prestação em regime público, delegada mediante concessão ou permissão. A fim de estabelecer competição no setor, todavia, anteviu-se que em cada região operada pelas empresas regionais de telefonia fixa privatizadas (as quais eram submetidas ao regime de concessão) deveria haver, também, a atuação de uma empresa-espelho concorrente (esta operando em regime privado sob a forma jurídica de autorização). O mesmo valeria para a Embratel, que também teria uma concorrente autorizatória. O que se definiu assim foi uma fase de transição em que vigoraria tal duopólio (empresas concessionárias e suas “empresas-espelho” autorizatórias) e que teria fim em 31 de dezembro de 2001 quando, nos termos definidos no Plano Geral de Outorgas, deixaria de existir qualquer limite ao número de prestadoras (ARANHA, 2005, p. 103; VIEIRA DE CARVALHO, 2007, p. 139). Todas essas regras, assim como as metas, condições e diferenças de regime a que seriam submetidas as concessionárias e autorizatória, haviam sido estipuladas antes do leilão.

Em suma, a conclusão, extraída da interpretação conjunta dessa seção com a antecedente, é a de que, no caso da Telebrás, várias das “regras do jogo” foram definidas previamente à venda. Nada obstante, como ressalva Aranha (2005, p. 104 – grifos nossos):

Todas as subdivisões do antes monolítico Sistema Telebrás, fossem meras conformações acionárias, fossem especializações funcionais (telefonia fixa, móvel, dados), permitiram o **surgimento de um cenário definitivamente novo caracterizado pela complexidade das relações entre o ambiente normativo e a realidade de prestação dos serviços de telecomunicações.**

Nesse novo cenário, diz o autor, é natural que a normatização inicial criada para o setor tenha logo sofrido estranhamento, sobretudo por se cuidar de atividades que se condicionam intensamente às inovações tecnológicas. É por isso que, evidentemente, apesar de terem sido

---

<sup>102</sup> Segundo BNDES, 2009.

implementados ajustes pré-privatização, isso não significou que inexistiram – ou que foram poucos – os ajustes pós-privatização. Bem ao contrário, a ANATEL continuou sua função normativa e administrativa de forma intensa nos anos que se seguiram no sentido de :

(...) redesenhar as relações de forças entre os atores setoriais, de remodelar a extensão e o significado dos serviços envolvidos, de redimensionar o teor das obrigações de universalização e de continuidade, de inaugurar o modelo de atuação concertada entre os órgãos de defesa da concorrência e o órgão regulador, de adequar o direito nacional a acordos internacionais, **enfim, no sentido de acompanhamento conjuntural da realidade setorial.** (EDITORIAL, 2009, p. 62-63 – grifos nossos)

Com essas ponderações, passa-se agora a estudar os *resultados* da privatização da Telebrás e os efeitos da atuação da Anatel nesse processo.

#### 1.2.4 Os resultados da privatização da Telebrás

Tal como feito no subcapítulo anterior, esta seção analisa em que medida os resultados da privatização da Telebrás foram capazes de satisfazer os objetivos pretendidos com essa operação. Nesse sentido, busca-se inicialmente sistematizar quais foram esses objetivos para depois aferir os respectivos resultados.

Os propósitos do programa *divulgados* pelo governo constam de forma explícita na própria LGT:

Art. 186. A reestruturação e a desestatização das empresas federais de telecomunicações têm como objetivo conduzir ao cumprimento dos deveres constantes do art. 2º desta Lei.

(...)

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

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

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

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

IV - fortalecer o papel regulador do Estado;

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

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

Como esclarece a exposição de motivos da lei, esses objetivos podem ser sintetizados em duas ideias principais: *a competição* na exploração dos serviços<sup>103</sup> e a *universalização do acesso* aos serviços básicos (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 1996, p. 18). Quanto a esta última, vale reforçar que ela pressupõe não só a expansão geográfica, mas sobretudo a ampliação do acesso pelos cidadãos (inclusão social); e não somente o acesso a serviços quaisquer, mas a serviços a *preços razoáveis* e com *padrões de qualidade*. Portanto, como desmembramentos dos objetivos primordiais de competição e universalização, pode-se identificar os propósitos de *melhora operacional* (no sentido de elevar o padrão de qualidade de um sistema que estava em decadência, com *aumento quantitativo e qualitativo da oferta* e a *custos razoáveis*) e de *incentivo ao investimento* (necessário para alcançar essa melhora em um contexto de política fiscal contracionista).

Em paralelo, o propósito de *fortalecer o papel regulador do Estado*, inscrito no inciso IV do artigo 2 da LGT, tangencia todo esse conjunto<sup>104</sup>. Nesse ponto, a exposição de motivos destaca que a regulamentação então vigente era inadequada posto que “concebida sob a égide de um mercado essencialmente monopolístico e pouco diversificado, em estágio tecnológico já amplamente superado”, tornando-se patente a adoção de uma nova estrutura regulatória “que permita que as operadoras possam reagir rapidamente aos imperativos do mercado e da evolução tecnológica, oferecendo assim toda a gama de serviços de telecomunicações exigida pela sociedade” sem deixar de se “conferir o peso adequado ao papel social das telecomunicações” (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 1996, p. 10). Nesse sentido, o objetivo de fortalecer o papel regulador do Estado trouxe consigo os propósitos de que essa nova regulação viabilizasse mais *flexibilidade e responsividade do setor* ao intenso influxo de mudança tecnológica que lhe é característico e considerasse, também, *aspectos de ordem social*.

---

<sup>103</sup> Diz a exposição de motivos: “é necessário que o arcabouço regulatório de telecomunicações evolua de modo a colocar o usuário em primeiro lugar; o usuário deverá ter liberdade de escolha e receber serviços de alta qualidade, a preços acessíveis. Isso somente será possível em ambiente que estimule a competição dinâmica, assegure a separação entre o organismo regulador e os operadores, e facilite a interconectividade e a interoperabilidade das redes. Tal ambiente permitirá ao consumidor a melhor escolha, por estimular a criação e o fluxo de informações colocadas à sua disposição por uma grande variedade de fornecedores”(MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 1996, p. 10).

<sup>104</sup> Quanto ao ponto, valiosas são as lições de Diogo Coutinho (2014, p. 155) ao chamar a atenção para o fato de que “especialmente em países em desenvolvimento com renda mal distribuída como o Brasil, há limites para a promoção da universalização por intermédio da rivalidade ou concorrência” e concluir em seguida que “nesses países, a atividade de regulação, como uma das formas contemporâneas de ação do Estado, pode e deve adquirir traços redistributivos mais acentuados”.

Enfim, para além desses objetivos divulgados, somam-se os outros mais *pragmáticos* resultantes da conjuntura macroeconômica em que o programa estava inserido, como visto na seção anterior. De fato, “vender bem” as empresas para ajudar no saneamento do déficit fiscal foi, na prática, um dos principais fatores a justificar a privatização da Telebrás.

Do ponto de vista político/estratégico, ademais, a conclusão com louvor dessa operação era um fator chave da estratégia do governo FHC para viabilizar sua reeleição, sobretudo ao se considerar que a venda foi marcada meses antes das eleições presidenciais de outubro de 1998. Portanto, pode-se dizer que a privatização também tinha como objetivo *aumentar tanto a credibilidade interna* do governo – a fim de permitir a reeleição –, *como externa* – de forma a atrair os investimentos necessários para manter seu plano de ajuste fiscal (o que, em última análise, também fortaleceria sua credibilidade interna).

Passa-se, agora, a analisar em que medida esses objetivos foram alcançados.

Inicialmente, com relação ao *valor da venda*, verifica-se que o montante recebido pelo governo foi significativamente superior ao esperado. Conforme antes mencionado, a operação teve um ágio de 63,74% em relação ao lance mínimo (BNDES, 2009), superando as expectativas até dos mais otimistas, que não acreditavam que este seria superior a 40% (TATCH, 2003, p. 84). Vale lembrar que o leilão realizado contemplou apenas as ações relativas a 19,26% do capital total das empresas (porcentagem que era detida pelo governo federal), de modo que, como destaca Simao (2010, p. 67), “o Brasil auferiu um prêmio maior por uma participação de menos de 20% na Telebrás do que a Argentina recebeu por uma participação de 60% na Entel”<sup>105</sup>.

Dentre os fatores que podem ter contribuído para tanto, destaca-se o saneamento econômico prévio da empresa (que incluiu o rebalanceamento de tarifas); o desenho estratégico para reestruturação dos conglomerados que compunham o Sistema; a menor percepção de risco pelos investidores (em decorrência da impressão de estabilidade promovida pela fixação prévia e clara das “regras do jogo”); e o fato de que houve real competição no leilão (diferentemente da Argentina em que, ao final, só haviam duas empresas compradoras para duas companhias privatizadas – ou seja, onde inexistiu real competição).

---

<sup>105</sup> Tradução livre. Lê-se no original: “Brazil received a greater premium for a stake of less than 20 percent in Telebrás, than did Argentina, for a stake of 60 percent in ENTEL”.

Como ressalta Pinheiro (2000, p. 22-23), essa entrada de receitas foi crucial para ajudar a financiar o alto déficit nas contas e evitar a explosão da dívida pública:

Com as grandes vendas de 1997/98, o Brasil atraiu volumes expressivos de investimento estrangeiro direto, que ajudaram a financiar o alto déficit nas contas correntes do país na época: no período 1997/2000, o índice entre as entradas desses investimentos associadas à privatização e o déficit nas contas correntes foi em média quase 25%. A privatização também foi uma forma de evitar uma explosão da dívida pública, apesar do crescente déficit fiscal divulgado desde 1995. Carvalho (2001) mostra que, graças à utilização predominante da privatização para reduzir a dívida pública, em dezembro de 1999 ela foi de 8,4% do PIB, abaixo do que teria sido sem a privatização. (PINHEIRO, 2000, p. 22-23)

Vale registrar também que, no decênio posterior à privatização, os investimentos diretos e os valores pagos por licenças pela iniciativa privada nos segmentos de telefonia fixa e móvel, de TV por Assinatura e de serviços via satélite e multimídia somaram R\$ 196,4 bilhões, uma média anual de R\$ 21,8 bilhões que se mostra 1.548% superior à verificada no tempo do modelo estatal (ANATEL, 2007, p. 6).

Assim, quanto ao propósito pragmático da privatização de “fazer caixa” para mitigar os problemas macroeconômicos, pode-se dizer que os recursos auferidos com a venda do Sistema e os investimentos subsequentes cumpriram de forma satisfatória tal objetivo.

Ainda quanto a esse ponto, é interessante notar que – em geral<sup>106</sup> – os elevados valores de venda implicam a ausência (ou certa fragilidade) na definição de metas como contraprestações impostas aos novos proprietários pela concessão dos serviços. Isso, porque as metas de desempenho são encaradas pelos investidores como ônus da operação e, portanto, normalmente deduzidas do valor que estão dispostos a pagar pela empresa. No entanto, este não foi o caso na venda da Telebrás: o valor foi alto mesmo considerando as metas e as contraprestações bem definidas no Plano Geral de Metas de Universalização – PGMU<sup>107</sup>. Como

---

<sup>106</sup> Diogo Coutinho (2014, p. 88-91) destaca que foi esse o caso da maioria das privatizações do Brasil e dos países em desenvolvimento no geral nos anos 1990 (sendo a venda da Telebrás uma exceção). Nesse sentido, afirma que a “maximização do valor da venda nos leilões (representando ganhos de curto prazo) via de regra sobrepujou um planejamento mais cuidadoso dos investimentos requeridos em longo prazo”.

<sup>107</sup> Aprovado pelo Decreto nº 2.592/1998. Como detalha Diogo Coutinho (2014, p. 128): “[o] PGMU estabeleceu metas voltadas a expansão do acesso individual ao serviço (terminais privados) e do acesso coletivo (terminais públicos ou orelhões). Em ambos os casos, nota-se uma preocupação de que tais metas atendam preferencialmente estabelecimentos de ensino e de saúde, assim como não descurem dos deficientes auditivos e de fala. No caso dos acessos individuais, o art. 4 do PGMU fixou metas globais por Estado entre 1999 e 2001 determinando, simultaneamente, que, para evitar que as metas globais fossem atendidas por meio do aumento da disponibilidade de acessos somente nos grandes centros urbanos (onde já há uma densidade maior da rede), acessos em regiões de baixa densidade também foram criados”.

ressalta Pinheiro (2000, p. 27), foi este o setor “com as metas mais ambiciosas para investimento e concorrência”<sup>108</sup>.

Em seguida, no que concerne aos propósitos divulgados como prioritários – promoção da concorrência e universalização de acesso – tomou-se o ano de 2007 como termo final de análise dos resultados (i) por se tratar do marco de 10 anos da regulação das telecomunicações no Brasil<sup>109</sup>, lapso temporal que permite observar as consequências de médio/longo prazo; e (ii) porque, a partir daí, o segmento de telefonia fixa veio perdendo importância frente às novas tecnologias do setor<sup>110</sup>.

Em relação ao objetivo da concorrência, vale reconhecer que – no plano teórico – a Anatel adotou cautelas a fim de mitigar os riscos de controle monopolístico do setor no pós-privatização. Destaca-se, por exemplo as restrições à possibilidade de um único investidor deter participação acionária em mais de uma área ou serviço quando do leilão<sup>111</sup>; a já citada previsão das “empresas-espelho” no período de transição e, principalmente, o reconhecimento de que haveria um desequilíbrio de forças entre as concorrentes (concessionárias e autorizadas) no momento inicial, o que a fez implementar um sofisticado mecanismo de assimetria

---

<sup>108</sup> Além das metas do PGMU, Pinheiro destaca que “os contratos de concessão estipulam a expansão do número de linhas fixas de 15,3 milhões para 50 milhões e do número de linhas celulares de 4 milhões para 26,2 milhões no período de 10 anos, um crescimento de 226% e 550%, respectivamente. Dois anos após a privatização, o número de linhas fixas atingiu 35 milhões e o de telefones celulares 21,56 milhões, quase o dobro do número de linhas” (PINHEIRO, 2000, p. 27). Como se verá adiante, todavia, a partir de 2001 o número de linhas telefônicas fixas começou a decair.

<sup>109</sup> O que ensejou a publicação do Relatório comemorativo dos dez anos de regulação das telecomunicações pela ANATEL (ANATEL, 2007).

<sup>110</sup> O total de acessos de telefonia fixa/ano no mundo atingiu o seu ápice em 2009 (embora já nos anos anteriores tenha se mantido relativamente estável e sem acompanhar o crescimento populacional) e, a partir daí, começou a decair significativamente. Nos países desenvolvidos, observa-se queda desse número desde 2005. Cf. ANATEL, 2019, p. 8.

<sup>111</sup> Cabe destacar outras regras implementadas no leilão a fim de garantir mais concorrência no setor: “[o]s leilões da TELEBRÁS continham regras de restrição de propriedade cruzada, que impediram que os mesmos grupos comprassem diferentes empresas, contornando, assim, a estratégia de reestruturação do sistema TELEBRÁS. Potencialmente, esses leilões também forneceram mais renda ao leiloeiro. Os mesmos acionistas não tinham permissão para adquirir controle de mais de 20% do capital votante de mais de uma das quatro empresas no sistema de fio (as três empresas regionais e a Embratel). Fusões entre os componentes dessas empresas também foram proibidas e seus proprietários não tinham permissão para participar de leilões das empresas entrantes nesse segmento do mercado. Restrições à propriedade cruzada duraram até 2004 e 2002 para empresas privatizadas e novas entrantes, respectivamente, embora as primeiras pudessem antecipar esses prazos para 2002 contanto que cumprissem as obrigações de serviço universal (todas, exceto uma delas, cumpriram). Além disso, nenhuma das oito empresas móveis privatizadas pôde ser comprada por um grupo já operando na mesma área geográfica. As restrições à propriedade cruzada também se aplicaram entre operadoras de telefonia fixa entre si” (OCDE, 2008, p. 152).

regulatória<sup>112</sup> com vistas a contrabalançar essa situação (PINHEIRO, 2000, p. 27; VIEIRA DE CARVALHO, 2007, p. 140).

A despeito desses esforços, no entanto, verifica-se que a efetiva concorrência não se consolidou na prática. Em 2007, as empresas concessionárias de serviços de telefonia local ganhadoras do leilão detinham a quase totalidade das linhas de telefonia fixa disponíveis no Brasil, controlando cerca de 90% do mercado. Em relação aos serviços de Longa Distância Nacional – LDN e de Longa Distância Internacional – LDI, as quatro empresas – Telemar, Brasil Telecom, Telefônica e Embratel – concorriam entre si<sup>113</sup>, mas detinham juntas 89,3% do mercado de LDN e 92,3% do de LDI (ANATEL, 2007, p. 55).

Já no caso da telefonia local, havia um monopólio de fato exercido pelas três concessionárias nas respectivas regiões (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 309), de forma que a própria a Anatel (2007, p. 9) reconheceu que “o desempenho das chamadas empresas-espelho e espelinhos, um dos caminhos buscados pela Anatel para promover a competição no serviço local, ficou aquém do esperado”.

Interessante notar que, até o ano de 2007, a agência havia concedido 20 outorgas para a prestação do STFC<sup>114</sup> – e, mesmo assim, esse alto número de “competidores” não se traduziu em uma real competição. Nesse ponto, oportunas são as considerações de Vieira de Carvalho (2007, p. 139-142) ao destacar que a sistemática do duopólio adotada no período de transição “revelou, desde o início, uma situação de grande desequilíbrio entre as operadoras [concessionárias e autorizatárias]”<sup>115</sup> e que, muito embora os esforços da Anatel no sentido de desenhar uma assimetria regulatória para mitigar esse desbalanço, as consideráveis vantagens

---

<sup>112</sup> Como esclarece Vieira de Carvalho (2007, p. 140), “trata-se de introduzir a competição em um mesmo serviço, com distintas incidências regulatórias. As vantagens competitivas iniciais de que dispõe a concessionária são contrabalançadas com a obrigação de universalizar o serviço e preservar sua continuidade, a par de estar submetida as formalidades de um regime público. A autorizada não possui o ônus de universalizar o serviço; fica livre para enfrentar o mercado que o seu concorrente não consegue atender.” Para mais acerca das assimetrias regulatórias implementadas pela Anatel, confira-se: PIRES, 1999, p. 67-71.

<sup>113</sup> Em relatório de 2007, a Anatel destaca as vantagens dessa competição ao menos entre essas quatro operadoras nos serviços de LDN e LDI: “os preços caíram, as promoções beneficiam os usuários com diferenças que, em determinados horários, podem ser superiores a 300% (...) a possibilidade de o usuário escolher a prestadora de serviços de telecomunicações a cada chamada de longa distância – com a adoção do Código de Seleção de Prestadora – colocou todas as operadoras em ambiente de concorrência permanente” (ANATEL, 2007, p. 10).

<sup>114</sup> Confira-se: ANATEL, 2008, p. 31.

<sup>115</sup> Como explica o autor (2007, p. 139), “a concessionária, sucessora da estatal privatizada que integrava o setor dispôs, desde o momento inicial, de uma rede instalada, de uma carteira de clientes, de um fluxo de caixa, de uma marca, de uma posição já firmada no mercado. De sua vez, a empresa autorizada que só naquele momento ingressava no mercado não detinha nenhuma dessas vantagens relativas, ainda que geralmente estivesse sob controle de grupos de grande poder econômico”.

de que as concessionárias dispunham nesse momento inicial contribuíram consideravelmente para perpetuar o quadro de ausência de competição real.

O autor destaca também que as autorizatárias – que ingressaram no mercado quase dois anos após a privatização – tiveram o ônus de atrair os clientes das antigas concessionárias, tarefa dificultada pelo fato de não haver previsão legal de mecanismos de portabilidade numérica (prevista apenas a partir de 2008) e pela incidência de custos de habilitação e instalação de novas linhas. Ademais, aponta que os elevados valores das tarifas de interconexão entre as operadoras ajudam a explicar esse cenário de ausência de competição efetiva, ponderando que todas essas questões “comprovam a dificuldade de se introduzir um regime de competição via compartilhamento forçado de infraestruturas” e de se harmonizar o regime de prestação de serviços públicos com a ideia de livre concorrência (VIEIRA DE CARVALHO, 2007, p. 139-142).

Portanto, quanto ao objetivo de assegurar competitividade, um dos principais pilares da política adotada para o setor, verifica-se que este não se concretizou plenamente. E, como é de se esperar de cenários em que há fragilidade na concorrência, isso se traduziu também em resultados insatisfatórios na otimização da eficiência e, principalmente, no repasse dos ganhos de produtividade aos usuários na forma de melhores serviços a menores preços (VIEIRA DE CARVALHO, 2007, p. 142-143).

Já no que concerne à universalização de acesso aos serviços<sup>116</sup>, outro objetivo-chave almejado com a privatização, cabe destacar que esse propósito engloba tanto uma *dimensão geográfica* como uma *socioeconômica* (artigo 79, § 1, da LGT), e que ambas devem ser consideradas tanto sob um prisma *quantitativo* como *qualitativo* (por força dos incisos I e III do artigo 3, acima transcritos, que exigem que os serviços sejam prestados com *padrões de qualidade e sob preços razoáveis*).

Quanto à dimensão geográfica em uma perspectiva quantitativa, destaca-se que, conforme dados da Anatel em 2007: todos os 5.564 municípios brasileiros existentes à época dispunham de telefonia fixa com acesso individual e de uso público; de uma população total de 190 milhões de habitantes naquele ano, 159 milhões tinham acesso à telefonia fixa (sendo que

---

<sup>116</sup>A preocupação com essa questão é perceptível no trabalho de Pastoriza que, em 1996 (p. 64) reforçou esse objetivo ao afirmar que “o Sistema Telebrás foi criado com a dupla missão de unificar a rede e universalizar os serviços de telefonia básica. Entretanto, conseguiu realizar apenas a primeira delas. A concretização do segundo objetivo e o aprimoramento da qualidade dos serviços dependem do incremento dos investimentos. para tanto. No caso da universalização dos serviços, um ponto importante seria a redução dos preços de instalação, ainda muito altos se comparados aos praticados em nível mundial”.

18,7 mil localidades eram atendidas apenas por acessos coletivos e outras 17,1 mil por acessos individuais e coletivos); e

(...) ao final de 2007, 166 aldeias indígenas dispunham de telefone público e, várias delas, de acessos individuais. A telefonia fixa chegava também a 386 assentamentos rurais, a quatro arquipélagos, a 77 núcleos habitacionais localizados em áreas remotas e a 122 localidades situadas em zonas de fronteira. São alguns reflexos de planos e de regulamentos preparados pela Agência, elaborados para atender necessidades e anseios também da população de baixa renda. (ANATEL, 2007, p. 7-8)

Considerando que um dos principais problemas no período pré-privatização era o forte desequilíbrio em termos de concentração geográfica das linhas<sup>117</sup>, nota-se que houve considerável preocupação por parte da Agência (formalizada no PGMU e nos contratos de concessão na forma de metas de *instalação* de acessos coletivos e individuais) no sentido de promover o espraiamento da telefonia fixa em localidades do território brasileiro antes não atingidas, alcançando-se significativos resultados nesse ponto.

Nada obstante, essa possibilidade “virtual” de acesso (*instalação*) não se traduziu em acessos reais de forma satisfatória – muito em razão dos altos preços do serviço, especialmente de assinatura básica, o que acabou por frustrar a dimensão social da universalização. Com efeito, ainda sob a ótica quantitativa, destaca-se que a planta de telefonia fixa saltou de 17 milhões de acessos em serviço, em 1997, para 38,4 milhões, em 2007; e a capacidade de oferta das operadoras passou a ser 52,7 milhões de acessos (ou seja, 13,3 milhões de acessos instalados a mais que os acessos em serviço) (ANATEL, 2007, p. 7 e 54). Por um lado, isso demonstra que houve sucesso em suprir a alta demanda reprimida existente no período pré-privatização – e mesmo em superá-la consideravelmente. Por outro lado, a quantidade de linhas ociosas mostra que, do ponto de vista social, esse serviço permaneceu inacessível para boa parte da população.

Ademais, no que se refere à densidade telefônica do STFC, verifica-se que, entre 1997 e 2007, o índice passou de 11,7% para 27,7% (quando considerados acessos *instalados* por 100 habitantes); e de 10,6% para 20,7% (no caso de acessos *em serviço* por 100 habitantes). Já a densidade do número de telefones públicos passou de 3,2% para 6% (avançando de 520 mil

---

<sup>117</sup>O diagnóstico de Pastoriza em 1996 era o de que “além da baixa densidade telefônica, há também uma significativa desigualdade entre os estados, o que de certa forma reflete os desequilíbrios encontrados em nível regional e de distribuição de renda. Por exemplo, o Estado de São Paulo apresentava, em 1992, uma densidade média de 13 linhas/ 100 habitantes, cerca de 65% acima da média nacional. Internamente, entretanto, esse estado reproduzia grandes desigualdades de oferta. O distrito operacional do bairro da Consolação, situado na área nobre da capital, apresentava uma densidade de 120 linhas/ 100 habitantes (comparável à cidade de Washington), ao passo que as regiões mais pobre do estado tinham uma densidade inferior à média nacional” (PASTORIZA, 2006, p. 53).

aparelhos para 1,1 milhão). Apesar desse crescimento total bruto em relação a 1997, observa-se que, na verdade, o que ocorreu foi uma queda progressiva desses índices a partir de 2001, quando essas porcentagens atingiram, respectivamente, os índices de 28,7%, 22,6 % e 8,1% (ANATEL, 2007, p. 7, 54 e 73).

Noutro giro, é certo que houve crescimento contínuo da Densidade Total de Telefones (telefones/100 habitantes), que passou de 13,4% em 1997 para 84,3% em 2007 – o que é explicado pelo aumento significativo da Densidade Telefônica da Telefonia Móvel (acessos a Serviço Móvel Pessoal – SMP por 100 habitantes), que passou de 2,8% para 63,6% nesse período) (ANATEL, 2007, p. 73). Nesse ponto, vale ressaltar que – ainda que alguns interpretem que a alta densidade *total* de telefones reflete, ao menos em termos quantitativos, que houve a consecução do objetivo de universalização da telefonia (embora não pelo STFC, mas graças ao desenvolvimento significativo da telefonia móvel) –, Vieira de Carvalho advertiu em 2007 que, sob a ótica daquela época, “não se pode ter a telefonia móvel como substituta da telefonia fixa em termos de universalização”<sup>118</sup> tendo em vista que, naquele momento, “as redes de telefonia fixa abran[giam] quase todo o país, ao passo que a cobertura da telefonia móvel pessoal alcança[va] apenas metade dos municípios brasileiros” (VIEIRA DE CARVALHO, 2007, p. 143-144). Sob essa perspectiva, a conclusão desse autor é a de que, após 9 anos de serviços privatizados:

(...) a política econômica adotada para o setor de telefonia fixa local – ainda que reconhecida como consistente em muitos pontos, e evidenciando eficiente presença da Anatel – ainda não conseguiu consolidar nenhum dos dois objetivos primordiais visados: instauração da concorrência – acompanhada dos proclamados benefícios para os usuários que decorreriam do ambiente de competição – e universalização do serviço, embora se registrem, quanto a este objetivo, os resultados positivos inicialmente alcançados. (VIEIRA DE CARVALHO, 2007, p. 144)

Vale acrescentar que, quanto ao cumprimento das metas estabelecidas pelo primeiro PGMU, divulgou-se que as metas de instalação previstas para 1999, 2000 e 2001 foram cumpridas<sup>119</sup>, refletindo uma expressiva expansão dos serviços telefônicos nesse momento

---

<sup>118</sup> Vieira de Carvalho cita que essa advertência foi realizada pelo próprio Presidente interino da Anatel na época, Plínio de Aguiar Júnior, em entrevista concedida ao jornal Valor Econômico.

<sup>119</sup> O que inclusive ensejou a autorização, mediante o cumprimento das metas, para que concessionárias passassem a oferecer os seus serviços além das suas áreas de outorga, como previa o PGMU. Aliás, essa previsão é apontada como incentivadora da expansão de cobertura. Como explicam Melo, Gaetani e Pereira (2005, p. 25), “the rapid expansion of coverage was largely due to the regulatory framework. According to the concession contracts, should a company reach the universalization targets before the deadline set in the contract the constraints to operating in other markets and the ban on cross-ownership would be lifted”.

inicial. Nos anos subsequentes, todavia, pouco se falou – de forma clara e sistemática – sobre o cumprimento de metas nos relatórios da Anatel<sup>120</sup>. Aliás, verificam-se diferentes avaliações sobre os resultados relativos ao cumprimento das metas do STFC. Por um lado, os relatórios da Agência indicam genericamente que houve sucesso na consecução das metas. Por outro lado, o Tribunal de Contas da União – TCU avaliou que:

A confiabilidade das conclusões da Anatel a respeito da situação de cumprimento ou não das metas de universalização depende inteiramente do método de amostragem para seleção de localidades e definição da amostra de itens a verificar em cada localidade especificados no Manual de Acompanhamento. Ocorre que o processo de amostragem e as fórmulas descritas no Manual para Acompanhamento apresentam graves erros e inconsistências, a ponto de comprometer as conclusões da Agência. Essas afirmações acerca dos problemas do Manual de Acompanhamento fundamentam-se em dois pareceres de especialistas cujas análises e conclusões são apresentadas em detalhes no relatório de auditoria. Os pareceres convergem ao apontar erros conceituais e imprecisões, problemas na operacionalização da amostra, e desconsideração da amostragem em dois estágios.

Em função dos problemas apontados, os especialistas ressaltam em seus pareceres que o processo de fiscalização em campo com base no processo de amostragem não tem valor inferencial. **Sendo assim, a Anatel não dispõe atualmente dos meios para detectar se as metas estão sendo efetivamente cumpridas, ou mesmo se foram antecipadas.** (2005, p. 17-18 – grifos nossos)

Esse diagnóstico também se aplica à mensuração do cumprimento das metas estabelecidas em versões posteriores do PGMU. Com efeito, uma consultoria prestada pela Controladoria Geral da União – CGU, em 2017, buscando identificar o esforço empreendido pela Agência “na mensuração do alcance das metas relacionadas aos Planos Gerais de Metas de Universalização – PGMU, uma vez que a LGT insculpiu a universalização como diretriz da prestação do STFC em regime público” (CGU, 2017, p. 2) concluiu que:

(...) o cumprimento de suas metas foi sistematicamente adiado ao longo dos três últimos planos, e que o esforço empreendido pela Anatel, mensurado pelas ações constates nos Planos de Fiscalização, não seria suficiente para aferir o cumprimento das obrigações de universalização do STFC de modo a orientar a formulação de políticas públicas voltadas à satisfação da demanda social. (CGU, 2017, p. 3)

---

<sup>120</sup>No relatório anual de 2003 – ano em que inclusive foi elaborada a segunda versão do PGMU, válido de 2006 em diante — afirmou-se, por exemplo, que todas as metas previstas no PGMU para os Telefones de Uso Público já haviam sido cumpridas e até superadas naquele ano, mas nada se falou quanto as metas relativas à Telefonia Fixa Individual, fazendo-se referência apenas ao “sucesso do PGMU ao longo dos anos recentes” (ANATEL, 2003, p. 39-40). No relatório anual de 2004, consta informação semelhante (ANATEL, 2004, p. 10); no relatório de 2005, não há nenhum dado significativo sobre o cumprimento do Plano; no de 2006, foca-se em descrever as metas do novo PGMU vigente a partir daquele ano, mas não se realiza um balanço do cumprimento das metas relativas ao STFC do primeiro Plano. No de 2007, por fim, também constam apenas informações genéricas acerca do “sucesso da universalização”.

Portanto, constatando-se as dificuldades até para *mensurar* o cumprimento das obrigações de universalização, parece razoável concluir que se torna ainda mais distante a garantia de que elas realmente tenham se efetivado na prática e de forma plena.

Por outro lado, vale reconhecer que – ainda que o propósito de universalização do STFC não tenha se realizado plenamente<sup>121</sup> – os esforços realizados pela Agência resultaram em passos importantes para se chegar mais próximo desse objetivo em termos quantitativos – já que houve, inegavelmente, um aumento do número de acessos (instalados e em serviço) e da densidade telefônica, atingindo parte considerável do território brasileiro quando comparado ao período pré-privatização<sup>122</sup>. Vale notar ademais que, em comparação a seus vizinhos latino-americanos – que também enfrentam problemas semelhantes, como o déficit inicial de infraestrutura – o Brasil respondia em 2007 por 43% de todas as linhas de telefone na América Latina e possuía a mais alta teledensidade da região (OCDE, 2007).

Em termos qualitativos, também é possível identificar melhoras: houve (i) um aumento gradual do cumprimento das Metas estabelecidas no primeiro Plano Geral de Metas de Qualidade – PGMQ, já que 19,3% das metas fixadas não foram cumpridas pelas operadoras em 2000, ao passo que, em 2005, quando expirou o primeiro PGMQ, esse índice era de apenas 2,5% (ANATEL, 2007, p. 56); (ii) um substancial incremento do grau de digitalização das redes locais, que de 67,8% em 1997, alcançou 99,9% em 2007 (2007, p. 20 e 73); e (iii) o alcance do sinal *instantâneo* para chamadas (2007, p. 7).

No entanto, vale observar que tanto o serviço de telefonia fixa como o de telefonia móvel são, historicamente, os serviços que lideram os *rankings* de reclamações dos consumidores no

---

<sup>121</sup> Vale ressaltar: em se tratando de um país de dimensões continentais, com intensas desigualdades regionais e de renda e em que havia (e ainda há) alto déficit de infraestrutura; e, mais, de um setor cujos segmentos sofrem ligeiras atualizações tecnológicas, a busca pela universalização dos serviços de telecomunicações se impõe como uma constante, o que demanda não só a atualização contínua dos Planos de Metas (que efetivamente vem sendo realizada – atualmente, o PGMU encontra-se em sua quarta versão, inaugurada pelo Decreto nº 9.619/2018), mas que haja mecanismos para efetivamente se mensurar, fiscalizar e assegurar o cumprimento dessas metas.

<sup>122</sup> Em sentido semelhante é o diagnóstico da OCDE (2008, p. 153): “[m]esmo que haja muito o que fazer para atingir os objetivos de universalização e alcançar o nível de acesso encontrado em países da OCDE, desde a liberalização do setor, o Brasil experimentou alto crescimento do número de linhas de telefone. A performance técnica também experimentou melhorias consideráveis de produtividade. De fato, o número total de linhas por empregado aumentou quase cinco vezes e o total de empregados no setor aumentou até 2000. Após a desaceleração da economia e a crise que afetou as telecomunicações no mundo todo, o número total de empregados foi reduzido em um quarto entre 2000 e 2003 mas recuperou totalmente seu nível antes da crise desde então. O investimento total em telecomunicações em porcentagem do PIB, é menor, porém comparável com o de outros países da OCDE. O setor de telecomunicações permanece sendo uma parte significativa da economia do Brasil, com receitas equivalentes a 3% do PIB do país”.

âmbito do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – SINDEC<sup>123</sup>, a demonstrar que a qualidade dos serviços prestados ainda está longe da ideal<sup>124</sup>.

Quanto ao objetivo de oferecer esses serviços a preços razoáveis, observa-se que, embora o valor das tarifas de fato tenha obstado que certas camadas fossem contempladas com o serviço, a Anatel demonstrou preocupação em não tornar esses valores ainda mais desarrazoados: consultou instituições brasileiras encarregadas de calcular índices inflacionários<sup>125</sup> para avaliar os impactos de suas estratégias sobre o preço real a ser pago nas tarifas, por exemplo, e buscou desenhar mecanismos aptos a estimular um uso mais consciente do telefone e tornar mais fácil o entendimento e controle das contas de cobrança, o que, por consequência, incentiva que o valor total a ser pago pelos usuários diminua<sup>126</sup> (ANATEL, 2007, p. 20-21).

A propósito – e aqui já se adentrando na análise do objetivo de *fortalecimento do papel regulador do Estado*, insculpido no inciso IV do citado artigo 2º da LGT – é imperativo reconhecer que, ainda que os dois objetivos divulgados como prioritários não tenham sido suficientemente alcançados nos termos do que exposto acima, a privatização das telecomunicações no Brasil, da forma em que conduzida, representou uma quebra de paradigmas em relação ao modelo prestacional eminentemente público, incorporando uma nova visão acerca do papel a ser desenvolvido pelo Estado brasileiro a partir de então: o de Regulador.

Com efeito, a privatização das telecomunicações é identificada como “o caso mais bem-sucedido de privatização com reforma regulatória” na experiência brasileira (PINHEIRO, 2000, p. 26) e, em âmbito mundial, apontada como uma das maiores referências positivas de programa de desestatização em países em desenvolvimento por organismos internacionais como a

---

<sup>123</sup>O sistema integra os órgãos de proteção e defesa do consumidor (Programa de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon). Confira-se os boletins disponíveis em: [www.mj.gov.br/dpdc](http://www.mj.gov.br/dpdc).

<sup>124</sup>Trata-se de uma questão apontada inclusive pela OCDE (2008, p. 148 – grifos nossos), que reconhece que “enquanto a estrutura da agência reguladora é relativamente sólida, a trilha para a transição realça desafios sócio-políticos complexos derivados de um contexto de taxas de câmbios fluando rapidamente e **uma certa desatenção aos interesses dos consumidores**”, sendo recomendável “integrar melhor a perspectiva do consumidor” aos processos da agência.

<sup>125</sup> Como os especialistas da Fundação Getúlio Vargas – FGV, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – Fipe e do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – Dieese).

<sup>126</sup> Cita-se, por exemplo a conversão pulso/minuto, que “beneficia toda a sociedade por possibilitar a emissão gratuita e contínua de documento de cobrança, com detalhamento que permite aferir destino, data e hora de início da chamada, tempo de duração e valor atribuído a cada ligação telefônica. Além disso, com a cobrança por minutos ficou mais fácil para o usuário entender a conta, usar racionalmente o telefone e controlar as chamadas”.

OCDE<sup>127</sup>, o Banco Mundial – BM<sup>128</sup> e a União Internacional de Telecomunicações – UIT – que destacam que o sucesso adveio, em grande medida, porque “as reformas foram implementadas com a sequência correta.” Nesse sentido, sintetiza a OCDE (2008, p. 151):

Quando a privatização da TELEBRÁS, entidade estatal brasileira, ocorreu em julho de 1998, uma estrutura regulatória ampla já tinha sido implementada, inclusive as Diretrizes Gerais para Abertura das Telecomunicações no Brasil (DGAT) e a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) em 1997. O órgão regulador das telecomunicações, ANATEL, já estava operando. O objetivo disso foi reduzir a percepção do risco institucional por investidores estratégicos na privatização. Isso contrasta fortemente com a experiência de outros países, por exemplo a Argentina, onde a estrutura regulatória não recebeu o mesmo nível de atenção, ou o México, onde a Lei Federal de Telecomunicações entrou em vigor cinco anos após a privatização com significativas implicações para o que se seguiu.

E, evidentemente, não só em razão da sequência, mas também da propriedade/conteúdo<sup>129</sup> dessa estrutura regulatória instalada previamente e da forma com que ela evoluiu no pós-privatização. Com efeito, a UIT, em estudo de caso em que busca indicar os “procedimentos ideais para compartilhar com reguladores recém-constituídos e com os mais experientes”<sup>130</sup>, apontou a qualidade da atuação da Anatel ao destacar que:

Anatel no solamente establece objetivos de servicios transparentes de alta calidad, sino que también se convirtió en la primera agencia reguladora en materia de telecomunicaciones en el mundo que recibió una certificación ISO-9001. Para recibir tal certificación, una entidad debe lograr normas muy elevadas y pasar exámenes rigurosos relativos a una serie de requisitos que se extienden desde el desarrollo de procedimientos sistematicos y manuales, a las auditorías de calidad interna. Para una agencia tan recientemente creada, recibir tal certificación de reconocimiento internacional muestra un alto grado de compromiso con la calidad y con el servicio al cliente y con las compañías que regula. (UIT, 2001, p. 49)

Em sentido semelhante é o diagnóstico do Banco Mundial:

Brazil’s National Telecommunications Regulatory Agency has introduced a number of innovations. In 2000 it became the world’s first telecommunications regulator to

---

<sup>127</sup>Confira-se OCDE, 2007, p. 186: “today, Brazil’s telecommunication legislation and regulation are widely regarded as highly progressive. Brazil has established a separate regulator, privatised the incumbent fixed line operator and introduced competition in fixed, mobile and Internet markets. Quality of service has been improving and prices falling”; e OCDE, 2008, p. 148-151: “De modo geral, a reforma brasileira foi exemplar e possibilitou ao setor sinalizar o compromisso do país com a abertura das políticas de comércio e investimento enquanto expandia sua rede de telecomunicações”.

<sup>128</sup>Confira-se BANCO MUNDIAL, 2007, p. 65: “telecommunications probably has the most complete regulatory environment of any sector in Brazil”.

<sup>129</sup>Essa questão referente à relevância do *conteúdo* das estruturas regulatórias será abordada de modo mais detido no capítulo seguinte, sobretudo no subcapítulo 2.3, em que serão estudadas as variáveis que também concorrem com a variável explicativa foco da análise (momento) para os resultados de um programa de privatização.

<sup>130</sup>Tradução livre. Lê-se no original: “procedimientos óptimos para compartir con los reguladores recién constituidos y con los más experimentados” (UIT, 2001, p. 49).

receive ISO-9001 certification, an international standard for meeting customers' technical needs. The agency's extensive Website enables Brazilians to comment on its activities and provides information such as telecommunications laws, services prices for different providers, and annual updates on operator compliance. The Advisory Council, an entity with representatives from civil society, assesses the agency's annual reports and publishes its findings in the official gazette and on the agency's Website. In addition, the agency employs an ombudsperson who evaluates its performance every two years. (BANCO MUNDIAL, 2004, p. 84)

Portanto, o fato de (i) a privatização das telecomunicações no Brasil ter sido interpretada – nacional e internacionalmente – como uma experiência preponderantemente bem sucedida sobretudo diante dos resultados alcançados logo nos primeiros anos; e de (ii) ter-se, em larga medida, atribuído esse sucesso aos arranjos regulatórios realizados no pré-privatização e à atuação da agência reguladora *antes, durante e logo após* esse processo, contribuiu significativamente para legitimar o papel de regulador que o Estado assumia então para si, lançando bases sólidas para que esse novo modelo se estruturasse e se fortalecesse também em outros setores cujas atividades eram tradicionalmente desempenhadas sob o modelo prestacional. Por essa perspectiva, é razoável concluir também que tal quadro ajudou a realizar um outro objetivo – este mais “pragmático” – das privatizações, que era o de aumentar, em curto prazo, a credibilidade interna e externa do governo<sup>131</sup>.

Todavia, ainda que apontada como modelar, essa estrutura regulatória e a forma com que foi implementada não são, naturalmente, imunes a críticas. Especialmente no que interessará para a análise dos efeitos da variável estudada, realizada nos capítulos seguintes, destaca-se já aqui as deficiências nesse processo em alcançar o ponto ótimo entre *estabilidade* (que demanda a implantação clara das “regras do jogo” previamente) e a *flexibilidade* (necessária para adaptação ao dinamismo tecnológico e as demais necessidades da vida ainda não conhecidas *a priori*).

---

<sup>131</sup>Apesar de também realçar o fato de que o governo brasileiro teve sucesso em criar uma *percepção* de credibilidade com a venda da Telebrás, Simão (2010, p. 64) destaca que “essa percepção não necessariamente refletia a realidade” citando escândalos de corrupção deflagrados após a venda como o caso do Grampo do BNDES.

#### 1.2.4.1 A tensão entre estabilidade e flexibilidade ilustrada no caso brasileiro: a fixação do regime público para o STFC

Pontuou-se que uma das questões que o propósito de *fortalecimento do Estado regulador* trouxe consigo foi justamente o de viabilizar mais *flexibilidade e responsividade* da regulação setorial aos desafios apresentados por uma realidade intensamente dinâmica – sobretudo por se tratar de um setor que sofre fortes influxos das constantes inovações tecnológicas. Nada obstante, observa-se que algumas disposições embutidas nessa estrutura regulatória acabaram por engessar o setor e por causar consideráveis atrasos em seu desenvolvimento, conforme se explica a seguir.

Como já se mencionou, a LGT definiu dois regimes jurídicos distintos nos quais os serviços de telecomunicações poderiam ser prestados (sendo a “essencialidade” o critério para incidência de um ou outro): um regime privado e um regime público, este último necessariamente sujeito às obrigações de universalidade e continuidade (artigo 64). Por um lado, é certo que a lei buscou conferir certa flexibilidade ao sistema ao facultar ao Executivo a *escolha* de quais serviços deveriam se submeter ao regime público (artigo 18), permitindo-lhe:

servir de termômetro quanto à natureza jurídica dos serviços de telecomunicações, que sofrem transformações constantes e rápidas no que diz respeito à sua essencialidade. Em poucos anos, um serviço antes considerado essencial pode sofrer defasagem tecnológica tal que elimine sua utilidade ou seja simplesmente substituído por outro antes sequer cogitado em lei. A ordem legal de definição da natureza do serviço de telecomunicações por decreto presidencial, portanto, apresenta-se como abertura legal para acompanhamento administrativo das transformações naturais a um setor dinâmico da economia. (ARANHA, 2005, p. 121)

Por outro lado, a própria LGT previu que um segmento específico das telecomunicações deveria, necessariamente, ser prestado sob regime público: o STFC. Em um contexto em que havia alta demanda reprimida por esse serviço (e em que celulares eram artigos de luxo e nem se imaginava o alcance que a *internet* viria a ter); e por se tratar de uma economia de escala, com alto déficit inicial de infraestrutura e que exigiria pesados *sunk costs*<sup>132</sup> por parte das concessionárias, julgou-se oportuno atrelar esse segmento ao regime público a fim de que sua ampliação de acesso fosse perseguida como política pública (COUTINHO, 2014, p. 126).

Ao assim fazer, todavia, a lei retirou esse serviço do rol de possíveis adaptações pelo Executivo e o inseriu em definitivo no *ambiente juridicamente controlado* próprio do Regime

---

<sup>132</sup> Ativos de utilização específica, que não são reversíveis em outros empreendimentos além daqueles em que são empregados.

Público, em que “nenhum passo pode ser dado sem previsão normativa expressa”<sup>133</sup>. Isso impôs uma série de condicionamentos e amarras que acabaram por engessar o serviço de telefonia fixa e gerar uma série de desincentivos a investimentos nos anos que se seguiram. Como se apontou em uma das audiências públicas na Câmara dos Deputados acerca do Projeto de Lei nº 1.407/2015, em que se discutia a inserção por lei da prestação do Serviço Pessoal de Telefonia Móvel – SPM em regime público:

O que nós temos verificado com relação à nossa experiência na telefonia fixa é que o engessamento de um determinado serviço, dentro de um regime com características específicas, acaba sendo vencido pela própria evolução tecnológica. Deparamo-nos aqui com o paradoxo que o único serviço em regime público, a telefonia fixa, que está, portanto, dotado de todo um manancial jurídico que permite a sua promoção, a sua universalização, enfim, a sua continuidade, **encontra-se hoje estagnado em função do deslocamento do interesse social para outros serviços mais modernos que não dão acesso a outras funcionalidades, como é o caso da banda larga móvel.**<sup>134</sup>

Com efeito, o fato de apenas o STFC ter sido enquadrado “permanentemente” nesse regime – ensejando a obrigação de sua universalização e continuidade, mesmo com sua defasagem após alguns anos – trouxe consigo duas implicações importantes. A primeira é que somente a esse segmento podiam ser destinados os recursos do Fundo de Universalização das Telecomunicações – FUST<sup>135</sup>, o que obstou que esses valores fossem aplicados no desenvolvimento de outras modalidades de telecomunicação mais demandadas em momentos posteriores, como a banda larga.

A segunda é que, pelo instituto da reversibilidade previsto na LGT (artigo 103) – pensado como forma de garantir a continuidade dos serviços em regime público – os bens

---

<sup>133</sup> ARANHA, 2005, p. 118. Como sublinha o autor, enquanto os serviços classificados como privados pressupõem liberdade e se sujeitam às disposições pertinentes à atividade econômica em geral; nos classificados como públicos “o espaço de atuação é sempre predeterminado por lei. Por isso, dizer-se que a atividade inserida em regime público é essencialmente *normatizada*”.

<sup>134</sup> Conforme afirmou Miriam Wimmer, Diretora do Departamento de Serviços e de Universalização de Telecomunicações da Secretaria de Telecomunicações do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, em audiência pública realizada em 31/05/2016 no âmbito da Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados. Transcrição do debate disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=0501/16> (grifos nossos).

<sup>135</sup> Vale ressaltar que, em 19 de novembro de 2020, foi aprovado no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.172/2020 (ainda pendente de sanção presidencial até a data do fechamento deste trabalho), que altera a LGT e a Lei nº 9.998/2020 a fim de permitir que os recursos do FUST sejam aplicados no custeio de diversas ações relacionadas à melhora dos serviços de telecomunicações “nas regiões de zona rural ou urbana que tenham baixo Índice de 2 Desenvolvimento Humano (IDH) e população potencialmente beneficiada”. Nota-se, portanto, que a sanção desse texto ampliará o escopo do FUST para possibilitar a sua utilização também em serviços prestados no regime privado (como o provimento de conexões em banda larga ou mesmo a telefonia móvel), a fim de atender as finalidades delimitadas no projeto. O inteiro teor do texto aprovado no Congresso Nacional pode ser consultado em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8908257&ts=1606248979660&disposition=inline>.

essenciais à prestação desse serviço deveriam ser revertidos ao Poder Público ao final do prazo da concessão (que findaria em 2025). Todavia, (i) por se cuidar de uma infraestrutura marcada pela convergência tecnológica – ou seja, em que as mesmas redes são utilizadas tanto para telefonia fixa, móvel e banda larga, ainda que somente a telefonia fixa estivesse submetida ao regime público e, assim, ao instituto da reversibilidade; e (ii) por existir considerável insegurança jurídica a respeito da identificação e do valor dos bens reversíveis, a consequência lógica foi a inibição dos atores privados (de todos esses segmentos) em investirem no desenvolvimento das redes, temerosos de que essas estruturas fossem “expropriadas” pelo poder público ao final dos prazos de concessão da telefonia fixa.

Assim, observa-se que esse engessamento normativo imposto pela LGT no momento pré-privatização acabou minando os investimentos (públicos e privados) nas modalidades de telecomunicações que realmente se mostravam essenciais em momentos posteriores. Condicionado à vontade política do legislativo, esse entrave vigorou por duas décadas e só foi mitigado em 2019 com a aprovação da Lei nº 13.879/19, que redefiniu o modelo de exploração dos serviços de telecomunicações e passou a permitir que concessão de telefonia fixa fosse adaptada para o regime privado<sup>136</sup>. Esse assunto – bem como outras nuances dessa tensão entre estabilidade e flexibilidade – será retomado nos capítulos seguintes.

## CONCLUSÃO PARCIAL

Por hora, o que se pretendeu sublinhar ao contrapor o caso argentino ao brasileiro é que, enquanto naquele se mostra perceptível a velocidade com que correu o processo de privatização – sendo atribuída importância marginal aos aspectos regulatórios –, neste, o processo foi conduzido de forma menos apressada e margeou com graduais alterações constitucionais e legislativas e com o estabelecimento, *antes* de concluído o processo de venda, de um marco normativo – a LGT – e de uma agência reguladora – a Anatel. Ademais, ao se expor os *resultados* de um e outro processo, em contraste aos objetivos inicialmente pretendidos em cada caso, verifica-se que, embora os objetivos primordiais no caso brasileiro (concorrência e universalização) não tenham sido *plenamente* atingidos no pós-privatização, os propósitos iniciais parecem ter sido alcançados em maior medida, de modo geral, na experiência brasileira

---

<sup>136</sup> O mencionado diploma inseriu o título III-A à LGT: “da adaptação da modalidade de outorga de serviços de telecomunicações de concessão para autorização”.

do que na Argentina – sobretudo em relação aos objetivos relacionados ao fortalecimento do Estado Regulador. Por outro lado, o estudo do caso brasileiro também serviu para ilustrar a tensão entre estabilidade e flexibilidade advinda da fixação prévia da estrutura regulatória-institucional, como se pôde observar do relato das consequências da fixação do regime jurídico público para o STFC na LGT.

Em suma, portanto, a conclusão que se extrai do capítulo é a de que os casos da privatização da Entel, na Argentina, e da Telebrás, no Brasil, diferem substancialmente em relação a ambas as variáveis analisadas – o *momento de fixação dos compromissos regulatórios*, (variável explicativa/independente) e o atingimento dos objetivos inicialmente pretendidos, ou seja, os *resultados da privatização* (variável dependente). Baseando-se nesse cotejo descritivo, o Capítulo seguinte sublinhará os paralelos e diferenças que podem ser constatados nos casos aqui relatados como parte da tentativa de se aferir se é possível traçar *relações de causalidade* entre as variáveis em estudo.

## CAPÍTULO 2 – CONSEQUENCIALISMO

### **Análise das possíveis relações entre o momento em que são firmados os compromissos regulatórios e os resultados dos processos de privatização**

*“É impressionante ver como muitas disputas filosóficas desaparecem na insignificância no momento em que você as submete a esse teste simples de traçar uma consequência concreta.”*

*(William James)<sup>137</sup>*

Para investigar as possíveis relações entre a variável explicativa e os resultados dos processos apresentados no capítulo precedente, o Capítulo 2 será dividido em três subcapítulos: (i) a causa; (ii) as consequências; e (iii) as variáveis concorrentes, seguidos de uma breve conclusão parcial. Trata-se de submeter a hipótese da pesquisa ao “teste simples de traçar uma consequência concreta” a fim de verificar, conforme sugere James na citação acima, se há alguma diferença, ou não, em fixar os compromissos regulatórios *antes* de alienar a empresa estatal – e, em caso positivo, que diferença é essa.

O objetivo da primeira parte – *a causa* – é definir a variável explicativa de forma mais precisa. Esclarece-se o que se entende por compromissos regulatórios, em qual contexto a expressão surgiu, a quem normalmente compete firmá-los, quais são os papéis dos atores envolvidos, por que é apontado como importante sobretudo no âmbito da América Latina, em quais setores mostra relevância especial e quais são os contrapontos e tensões que enseja (e.g., tensão entre estabilidade e flexibilidade regulatória e questionamentos acerca de legitimidade).

Já no segundo subcapítulo – as *consequências* – parte-se de uma breve revisão bibliográfica a fim de se elencar os resultados dos processos de privatização que, em geral, são

---

<sup>137</sup> E prossegue o autor: “não pode haver diferença naquilo que não faz nenhuma diferença – nenhuma diferença numa verdade abstrata que não se expresse numa diferença num fato concreto e, assim, numa conduta relacionada com aquele fato – conduta imposta a alguém, de alguma forma, em algum lugar, em algum momento. Todo o propósito da filosofia deveria ser, então, descobrir qual diferença faria, para você e para mim, em certo momento de nossas vidas, se essa ou aquela fórmula genérica fosse verdadeira.” Tradução livre de passagem clássica de William James (1904, p. 674) em artigo intitulado “The Pragmatic Method”. Lê-se no original: “[i]t is astonishing to see how many philosophical disputes collapse into insignificance the moment you subject them to this simple test of tracing a concrete consequence. There can BE no difference anywhere that doesn't MAKE a difference elsewhere--no difference in abstract truth that doesn't express itself in a difference in concrete fact and in conduct consequent upon that fact, imposed on somebody, somehow, somewhere and somewhen. The whole function of philosophy ought to be to find out what definite difference it will make to you and me, at definite instants of our life, if this world-formula or that world-formula be the true one”.

apontados pela literatura especializada como atrelados ao momento em que são firmados esses compromissos. Nesse ponto, pondera-se se os casos do Brasil e da Argentina ratificam ou contradizem as conclusões de tais autores e instituições. Após, busca-se problematizar quais são os eventuais efeitos *contraproducentes* e as tensões que essa cristalização prévia tende a ensejar.

Por fim, o terceiro subcapítulo objetiva perquirir os possíveis influxos de outras variáveis que podem igualmente *concorrer* para os *resultados* de um processo de privatização – de modo a tentar compreender o que realmente pode ser atribuível à variável explicativa em estudo.

## 2.1 A Causa

Até o presente momento do trabalho, foram utilizadas locuções como “estruturou o desenho regulatório-institucional”, “firmou as estruturas regulatórias” e “ergueu o aparato regulatório” quase como que sinônimas, sem que se concentrasse em diferenciá-las, para se afirmar que, no Brasil, diversamente da Argentina, houve a preocupação de se estabelecer regras (e.g., a LGT – um marco regulatório, pode-se assim dizer) e criar uma entidade (a Anatel – a agência reguladora) antes de se proceder à venda da estatal prestadora dos serviços de telecomunicações.

Nesta altura, todavia, é importante refinar esse cuidado conceitual, a fim de definir com maior precisão o significado e os limites semânticos da variável explicativa estudada: o *momento* em que firmados os *compromissos regulatórios*.

Primeiramente, o termo *momento* não gera maiores dúvidas: no contexto aqui empregado, trata-se de identificar um *ponto* (ou *intervalo*) determinado no tempo em que ocorre certo fenômeno. Como o objetivo é perquirir se a sequência entre regulação e privatização importa, utiliza-se, pois, a privatização (alienação) como referencial, de modo que o *momento* da regulação pode ser identificado basicamente como três possíveis: *antes, durante e/ou após* a privatização.

Já a expressão *compromisso regulatório* – normalmente referenciada na língua inglesa como *regulatory commitment* – merece maiores considerações. Nas palavras de Coutinho (2014, p. 90 – grifos nossos):

em um Estado regulador, há uma dada altura em que se **definem e cristalizam as ‘regras do jogo’**. Trata-se de um momento – razoavelmente localizável no tempo em cada setor regulado – em que se forma entre o poder público e os investidores privados o que se chama no jargão da regulação *compromisso regulatório*.

Como complementam Faraco e Coutinho (2007, p. 265 – grifos nossos), cuida-se de:

uma espécie de **pacto inicial** que, se por um lado não é imutável, por outro só pode ser alterado, conforme o senso comum cristalizado, de modo oportuno e nunca de maneira extemporânea, uma vez que alterações atabalhoadas costumam levar, dada a opção passada pelo financiamento privado da infra-estrutura, a prejuízos para os cidadãos.

Em essência, portanto, o termo é definido como um “pacto inicial” em que se “cristalizam as ‘regras do jogo’” entre o poder público e os investidores privados – definição esta que, à primeira vista, não parece sinônima das locuções mencionadas acima (desenho regulatório-institucional, estruturas regulatórias, aparato regulatório, etc.).

De fato, é evidente que, como indica o próprio nome – compromisso *regulatório* – trata-se, sim, de um aspecto que *compõe* a estrutura/desenho/aparato regulatório. Nada obstante, o termo sugere um alcance mais restrito, atrelado diretamente à questão de promover *estabilidade e previsibilidade* com vistas a *viabilizar o investimento privado*, ao passo que a regulação, termo mais abrangente, possui certamente uma “razão de ser” também mais ampla.

Com efeito, não é qualquer regulação que é efetivamente capaz – ou mesmo que possui a pretensão – de criar um ambiente favorável ao investimento. Portanto, pode-se dizer que o compromisso regulatório não se confunde com a regulação, senão que é aquela regulação que pretende – e efetivamente tem a capacidade – de sinalizar um compromisso, *de trazer certa previsibilidade acerca das “regras do jogo”*, de modo a fomentar, assim, o investimento.

Isso é importante para esclarecer que doravante será conferido foco a esse aspecto específico – qual seja, a capacidade de promover estabilidade a fim de viabilizar investimento – não porque se acredita que se trata do mote principal da regulação ou, ainda menos, que a regulação está limitada ao alcance desse propósito<sup>138</sup>. Ao contrário, o presente trabalho toma por base a concepção de que a regulação “tem por finalidade preeminente a proteção dos direitos fundamentais” (ARANHA, 2019, p. 10), o que certamente demanda do Estado Regulador diversas outras ações e estratégias, para além das relacionadas a investimentos, a fim de garantir as prestações materiais essenciais à fruição desses direitos.

---

<sup>138</sup>Apesar de se tratar de questão relevante, não se pretende adentrar na discussão das razões de ser da regulação. Todavia, apenas para assentar que a regulação é justificada e busca atingir questões outras que não somente as inseridas no escopo dos compromissos regulatórios, é oportuno citar o posicionamento de Aranha (2019, p. v), aqui adotado, no sentido de que a regulação tem sua razão de ser alicerçada “sobre os pilares do próprio constitucionalismo, vale dizer, os direitos fundamentais” – e não somente sobre questões relativas a investimentos (como é próprio dos compromissos regulatórios).

Todavia – dada a necessidade de se delimitar o tema e considerando que recortes mais precisos resultam em análises mais claras – optou-se por conferir enfoque a esse aspecto específico porque, como visto, tanto os propósitos divulgados, como os objetivos mais “pragmáticos” das privatizações relacionavam-se em alguma medida à obtenção desses investimentos: seja de forma mais direta, como o objetivo de saneamento do déficit fiscal; seja de modo indireto, como a busca pela expansão das redes e pela melhor qualidade na prestação dos serviços que, em um contexto de políticas econômicas contracionistas, só se mostrariam viáveis caso se contasse com investimentos privados.

Feita essa ressalva basilar, volta-se ao tema dos compromissos regulatórios para se compreender: por que essa previsibilidade é importante? Que “regras do jogo” são essas que devem compor tal “pacto inicial”?

De início, vale lembrar que o investimento privado depende da percepção do investidor quanto a duas variáveis-chave: retorno e risco (ABDALA; HILL, 1993, p. 1). Sob essa perspectiva, (i) a *previsão clara* acerca das *condições* futuras que moldam o nível de *retorno* e (ii) o *estabelecimento prévio* de *garantias* aptas a mitigar os *riscos* que podem vir a se concretizar são aspectos que, respectivamente, ajudam a majorar a expectativa de retorno e a minorar a chance de risco, criando um ambiente mais propício aos investimentos privados.

Essa previsibilidade é especialmente relevante quando se trata das chamadas *indústrias de rede* – cujo conjunto de características “cria oportunidades para manipulações pelo governo” (BANCO MUNDIAL, 2004, p. 101)<sup>139</sup>. De fato, essas indústrias são caracterizadas por serem economias de escala intensivas de capital, demandando investimentos pesados e irrecuperáveis (*sunk costs*) com longo prazo de maturação. Ademais, os serviços públicos prestados por intermédio dessas indústrias são essenciais para os indivíduos e para a economia como um todo, de modo que sua provisão e preço são questões sensíveis do ponto de vista social e político.

Portanto, em um cenário em que os investimentos são pesados e irrecuperáveis e considerando que, sob uma ótica de mercado, a definição sobre preços ou investimentos nem sempre será aquela considerada como socialmente ou politicamente ideal pelo governo, “é até certo ponto natural que [os investidores] temam pela segurança de seus retornos — em específico, o risco de que seus ativos e projeções de rentabilidade sejam expropriados direta ou

---

<sup>139</sup> Para um breve relato acerca de alguns casos que exemplificam “comportamentos oportunistas do governo” no funcionamento de indústrias de rede em países como Equador, Gana, Argentina e Cazaquistão, confira-se: BANCO MUNDIAL, 2004, p. 102.

indiretamente, de forma bem-intencionada ou oportunista pelo poder público” (COUTINHO; FARACO, 2007, p. 264). Tal expropriação pode ocorrer de forma gradual, através de achatamento de tarifas ou da imposição de condições e encargos não previstos quando da venda, por exemplo, ou, no limite, diretamente, como no caso de uma nacionalização (ABDALA; HILL, 1993, p. 1).

A propósito, esse quadro é ainda mais intenso quando se trata de países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários. Como aponta Binenbojm (2006, p. 29), nesses países “o risco de expropriação de ativos ou de rentabilidade e ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta investidores estrangeiros”, o que aumenta o risco associado à operação e, conseqüentemente, o prêmio exigido pelo investidores para assumir a atividade.

Em suma, especialmente em indústrias de rede e em países com históricos de nacionalismo autoritário, a fixação de compromissos regulatórios surge como forma de “blindar” os investidores contra os riscos de expropriação e de lhes fornecer maiores garantias do retorno esperado, de modo a viabilizar *um maior fluxo de investimentos*.

Todavia, vale enfatizar que a celebração desses compromissos não necessariamente almeja *apenas* um maior fluxo de investimentos. Ou, ao menos, não como um fim em si. Como ressalta o Banco Mundial, “a regulação que incentiva investimentos privados contínuos em infraestrutura **faz mais do que atender aos interesses dos investidores** – também promove a concorrência e aumenta o acesso a serviços básicos”<sup>140</sup>.

De fato, sobretudo em países com elevados déficits de estoque de infraestrutura (como Brasil e Argentina), a expansão e a qualidade da prestação dos serviços públicos prestados por essas indústrias de rede dependem intensamente de capitais privados (COUTINHO; FARACO, 2007, p. 262). Sob essa perspectiva, os maiores afetados por um ambiente hostil ao investimento privado são os usuários finais, cidadãos que não gozarão adequadamente dos serviços básicos que lhes são garantidos pela Constituição.

Ademais, destaca-se que as indústrias de rede possuem características de monopólio natural, e acabam “prendendo” seus usuários – já que o consumidor não está propenso a trocar de ofertante. Assim, se por um lado os compromissos regulatórios protegem os investidores

---

<sup>140</sup>BANCO MUNDIAL, 2004, p. 100-101. Tradução livre. Lê-se no original: “regulation that encourages sustained private investment in infrastructure **does more than serve the interest of investors** – it also promotes competition and increases access to basic services”.

contra eventuais arbitrariedades administrativas; por outro, são passíveis de garantir também que os proprietários privados não abusarão de seu poder de monopólio, protegendo assim, também, os consumidores e fornecedores dessas indústrias (BANCO MUNDIAL, 2004, p. 100-102).

E o que ocorre quando há a quebra desses compromissos? Como apontam Levy e Spiller (1994):

Mudanças contratuais unilaterais, alterações de regras e imposições de perdas regulatórias constituem hipóteses de expropriação regulatória, cujo resultado é a conformação de um cenário institucional de risco regulatório. Diante disso, os agentes econômicos tendem a retrair seu interesse pelo investimento na execução dos serviços, gerando assim perdas para a coletividade. Pode-se com isso entender que há uma relação de proporção direta entre as perdas privadas de curto prazo e as perdas coletivas, no médio e longo prazos.

Esse diagnóstico é consistente com a análise de Coutinho e Faraco (2007, p. 280), ao afirmarem que:

Alterações extemporâneas de regras de regulação, mesmo quando destinadas à realização de finalidades das quais dificilmente se discorda, podem ser contraproducentes e, ao final, prejudicar justamente os interesses que se quis proteger. (...) [O] abalo do compromisso regulatório pode levar a aumento de tarifas, redução de investimentos, atraso no cumprimento de obrigações ou aumento da percepção geral de risco do investidor.

Coutinho, Mattos e Shapiro (2017, p. 15)<sup>141</sup> acrescentam que esse impacto pode gerar “efeitos sistêmicos” no sentido de se alastrarem contagiando outros investimentos presentes ou futuros em vários setores. Portanto, a alteração posterior dessas “regras do jogo” pode resultar em perdas não somente para particulares proprietários privados, mas também para toda a coletividade, no presente e no futuro, que se beneficiaria com esses e outros investimentos<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> Em parecer em que respondeu a consulta do Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes – Sindicom acerca do Compartilhamento de infraestrutura de abastecimento de aeronaves no Aeroporto Internacional Tom Jobim (Galeão, RJ), Coutinho, Mattos e Shapiro afirmaram que: “[a] literatura de regulação econômica, baseada em experiências empíricas, é conclusiva ao apontar que a expropriação regulatória e a violação do compromisso regulatório, estabelecido entre o Estado e o particular, geram perdas coletivas, para além dos danos particulares. As imposições injustificadas de perdas regulatórias ocasionam um cenário de fragilidade institucional que é, em última análise, contraproducente para o ambiente de negócios amplamente compreendido, com a possibilidade de alastramento para toda a economia por meio de ‘efeito contágio’”.

<sup>142</sup> Vale transcrever aqui a ressalva muito oportuna de Coutinho e Faraco (2007, p. 266) de que “não se trata aqui do argumento conservador e, muitas vezes, ‘terrorista’, segundo o qual toda e qualquer mudança regulatória que afete a disposição de investir no Brasil é herética, como querem alguns economistas ortodoxos. O que se procura ressaltar é o fato de que mudanças — bem ou mal implementadas, oportunas ou extemporâneas, técnicas ou populistas — afetam o equilíbrio construído quando da privatização e da celebração da concessão, e que isso é

Mas que “regras do jogo” são essas? Quem as firma? Em que medida elas precisam ser “amarradas” neste momento prévio e assim permanecerem imutáveis?

Os autores e instituições supracitadas – que problematizam a questão dos compromissos regulatórios no mundo (e.g., Levy e Spiller, Abdala e Hill e o Banco Mundial) e no Brasil (e.g., Coutinho e Faraco<sup>143</sup>) – vinculam esse conceito à noção do estabelecimento prévio de “regras do jogo”, mas não indicam com clareza *quais regras* devem integrar esse “pacto inicial”. Possivelmente, porque talvez não exista, de fato, uma resposta única, geral e *a priori* acerca de quais são essas regras.

Nesse sentido, interessante a ponderação de Felder e Oszlak (2000, p. 13). Após afirmarem que “parte do êxito da regulação está associada, precisamente, com a clareza dessas regras” (referindo-se às “regras de jogo que deveriam governar as relações entre as partes envolvidas no vínculo regulação/prestação”), sublinham que:

[f]alar de regras de jogo supõe **considerar um leque de variáveis muito abrangente e heterogêneo**, tais como fundamentações ideológicas dos agentes que participam na relação, vigência de normas formais e informais, recursos de poder de cada uma das partes, espaços e margens da ação política, natureza moderada ou maximalista das demandas ou oportunidades de formação de coalizões. Nesse plano dirimem-se questões relativas à preservação do caráter público dos serviços privatizados, os efeitos redistribuídos da gestão privada de serviços, a definição dos receptores dos serviços em termos de usuários ou clientes, os limites à aplicação de critérios exclusivamente empresariais na prestação dos serviços etc. (FELDER; OSZLAK, 2000, p. 13 – grifos nossos)

Sob esse prisma, fica claro que o conteúdo necessário para que essas regras de fato sirvam ao objetivo que as justifica – promover mais previsibilidade e estabilidade – depende do local, do tempo e do contexto. E, nesse ponto, importante destacar: não necessariamente tais regras devem ter conteúdo “substantivo”, limitando-se a fixar critérios e/ou limites para certas atividades. Pelo contrário, é possível alcançar esses compromissos *via processos*. Como apontam Felder e Oszlak (2000, p. 18), “[m]ais do que a rigidez dos critérios inicialmente fixados, a segurança jurídica poderia ser protegida pela existência de mecanismos claros de

---

imediatamente ‘precificado’ pelo mercado com quem, por sua vez, não se pode mais deixar de contar após as privatizações”.

<sup>143</sup>Apesar de não indicarem precisamente o conteúdo dessas regras, os autores sinalizam que o núcleo do compromisso regulatório é a equação econômico-financeira dos contratos, a qual “afeta diretamente regulação subsequente que, por sua vez, opera de maneira limitada quando se trata de alterar ou modificar estruturalmente os termos da primeira. Este ponto merece, portanto, ênfase: a regulação futura é determinada em grande parte pelas opções técnicas e políticas que faz o governo que outorga as concessões; momento em que se desenha, por assim dizer, o coração do compromisso regulatório”(COUTINHO; FARACO, 2007, p. 265-266).

discussão e redefinição de critérios regulatórios que tomem por base um conjunto de indicadores já aceito”. Portanto, essas “regras do jogo” podem – e devem – englobar *regras procedimentais* acerca de *como, com base em quê e a quem caberá* a necessária revisão e adequação das regras *ao longo do jogo*<sup>144</sup>.

Nesse mesmo sentido, o Banco Mundial (2004, p. 103) destaca que esses compromissos podem ser baseados em “procedimentos bem definidos” que “determinam de que forma as agências reguladoras tomarão decisões substantivas e definem os mecanismos para eventualmente se recorrer dessas decisões”<sup>145</sup>. E é sob essa perspectiva que ganha destaque a atuação efetiva delas – as *agências reguladoras* – para a fixação desses compromissos<sup>146</sup>, na medida em que possibilitam um ambiente mais seguro onde o conhecimento técnico é privilegiado em detrimento das preferências políticas (GALVÃO; 2019, p. 37).

Como aponta Binenbojm (2006, p. 59-60), o surgimento das agências reguladoras em certos países<sup>147</sup> no contexto de privatização – sobretudo naqueles com histórico recente de nacionalismo autoritário – surgiu como resposta à necessidade de implantação de um modelo

---

<sup>144</sup> Como se verá com ênfase no subcapítulo 2.3 (“as variáveis concorrentes”), a suficiência de regras procedimentais (que permitem mais flexibilidade para adaptação posterior) ou a necessidade de regras substantivas (que em geral tornam o sistema mais “engessado”) para gerar essa estabilidade no pré-privatização depende, dentre outros fatores, da *capacidade institucional* do país naquele contexto específico (LEVY; SPILLER, 1994).

<sup>145</sup> O Banco Mundial cita o exemplo dos Estados Unidos, em que os reguladores devem “announce that they will consider an issue and their intention to hold hearings on it; solicit comments on major policy issues from interested parties; facilitate participation in decisionmaking by allowing interested parties to offer testimony and evidence, and even to cross-examine other stakeholders; set deadlines for reaching decisions; and justify their decisions; provide arrangements for appealing decisions. **By specifying the institutional environment for decisionmaking, procedural requirements limit regulators’ range of policy decisions and so their discretion**” (BANCO MUNDIAL, 2004, p. 102 – grifos nossos).

<sup>146</sup> Apesar de se focar aqui na atuação dessas entidades reguladoras, vale replicar as ressalvas de Felder e Oszlak (2000, p. 18) de que “ainda que tenhamos nos referido até agora aos entes regulatórios, são diversas as instituições públicas, estatais ou não, cuja atuação esperada deveria auxiliar os fins regulatórios, ainda que, em alguns casos os limitem, bloqueiem ou os redirecionem em diversos sentidos. Basta mencionar [referindo-se ao contexto argentino] os órgãos do Poder Executivo que exercem tutela sobre entes regulatórios; as comissões permanentes ou *ad hoc* criadas por ambas as câmaras do Poder Legislativo para intervir em diversos aspectos da regulação; os órgãos estatais e privados de defesa do consumidor ou a Defensoria do Povo. Ainda que nossa análise concentre-se nos entes, não se pode desconhecer o decisivo papel que podem desempenhar essas outras instituições quando essas buscam dirimir as questões suscitadas pela relação regulação/prestação”. Vale destacar a propósito que, no Brasil, o próprio Poder Judiciário também se revelou como importante ator no processo regulatório (embora com mais intensidade em um momento posterior, de revisão da regulação). Sobre o tema, ver: VERONESE, 2015.

<sup>147</sup> Como ressalva o autor, trata-se de motivação – e contexto – bem diferente da que ensejou a criação das agências reguladoras nos EUA. Nesse sentido, afirma que “embora o modelo da agência reguladora norte-americana tenha servido de inspiração ao legislador brasileiro, a sua introdução no Brasil serviu a propósitos substancialmente distintos, senão opostos. De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do *status quo*; enquanto lá buscavam elas a *relativização* das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros” (BINENBOJM, 2006, p. 66-67).

que subtraísse o marco regulatório do processo político-eleitoral, fornecendo uma blindagem institucional apta a resistir às flutuações políticas ao longo do tempo.

Para tanto, fazia-se necessário atrelar essas entidades a um regime especial, cuja pedra-de-toque seria sua *independência* (ou *autonomia reforçada*) em relação aos demais Poderes do Estado. Nesse mesmo sentido, Felder e Oszlak (2000, p. 18) sublinham que:

tanto a teoria quanto a experiência internacional coincidem quanto à necessidade de que as agências regulatórias tenham autonomia. Esse critério baseia-se na necessidade de dar continuidade ao trabalho das equipes técnicas e das autoridades político-administrativas, para além da duração de um governo. Também pretende isolá-las de pressões políticas e assim lhes oferecer maiores possibilidades de que sua ação se guie fundamentalmente por critérios técnicos. Dessa forma, seria assegurada a necessária previsibilidade para tomar decisões que, geralmente, condicionam por muitos anos a oferta do serviço.

Por óbvio, existem vários níveis de independência possíveis, razão pela qual Aranha (2005, p. 63) elenca aspectos que, reveladores desse grau de autonomia *em relação ao poder público*, podem auxiliar na comparação dos modelos utilizados em diferentes países ou contextos. São eles (i) o processo de indicação dos membros da agência e de seu afastamento; (ii) a autonomia orçamentária e financeira<sup>148</sup>; (iii) a garantia de inamovibilidade de seus membros; (iv) a irrecorribilidade das decisões de sua competência na esfera administrativa; e (v) a reserva de poderes normativos suficientes à adequação das metas setoriais à dinâmica de cada atividade.

Vale destacar que, quanto a esse último aspecto – reserva de poderes normativos suficientes –, Aranha assenta que este “somente pode existir sob a égide da submissão das atividades das agências reguladoras à lei”<sup>149</sup>. A observação é pertinente porque, se por um lado

---

<sup>148</sup>Quanto a esse aspecto, interessante a reflexão de Felder e Oszlak (2000, p. 26) ao afirmar que “o financiamento, baseado em uma taxa percentual sobre a renda das empresas reguladas permite, teoricamente, que os entes não sofram as restrições que enfrenta o conjunto da administração e, ao mesmo tempo, resguarda sua autonomia em relação ao poder político, mas se cria, por outro lado, um problema de incentivos, já que os incrementos tarifários, e o correspondente aumento do faturamento aumentam os recursos. Dificilmente os organismos levariam a cabo medidas que têm como efeito ‘não-desejado’ a redução de seu orçamento”.

<sup>149</sup>As ponderações que o autor traz na sequência são oportunas: “[p]oder normativo das agências reguladoras, no ordenamento jurídico brasileiro, somente pode significar margem de negociação de parâmetros, de regras, de disposições definidoras de expectativas individuais. É, ao mesmo tempo, opção legislativa e necessidade administrativa, pois qualquer atividade humana exige sub-definições normativas que permitam à legislação efetivar-se. Acontece que, no campo da regulação setorial, a especificidade e velocidade das transformações e o ideal de imposição de metas por sanções premiais amplia o campo de negociação diária na relação regulador-regulado; exige mais espaço para minudenciar o desenvolvimento e conexão das atividades reguladas. Não se pode, contudo, extrapolar para a criação normativa pura, pois a constitucionalidade da lei atributiva de poder normativo à agência reguladora correspondente dependerá da previsão simultânea de ‘standards suficientes’ capazes de afastarem a acusação de ‘delegação pura e simples de função legislativa’. O poder normativo, enfim,

é difícil de definir qual é conteúdo mínimo da regulação que deve estar previsto em lei, por outro, como sinaliza Sundfeld (2000, p. 29), o Legislativo não deve apenas delegar seu poder normativo às agências. Bem ao contrário, na visão desse autor, o legislador deve fixar *standards* para que a regulação possua limites claros e, ainda, acompanhar o cumprimento dos objetivos definidos para o setor. Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que o Legislativo também se mostra como um dos principais atores envolvidos na fixação dos compromissos regulatórios, seja ao estabelecer esses *standards*, seja ao acompanhar a atuação das agências.

Analisa-se, a partir de agora, como esse quadro se desenhou nos casos estudados. Na Argentina, como se viu, a atuação do Legislativo na fixação de regras limitou-se à promulgação da *Ley de la Reforma*, sendo as regras seguintes definidas quase que inteiramente mediante decretos do Executivo<sup>150</sup>. Ademais, essas regras foram modificadas constantemente – inclusive em momentos imediatamente anteriores a etapas importantes do processo de privatização, como a data para apresentação dos lances finais e a celebração do contrato de transferência –, e desrespeitadas pelo próprio governo – que não seguiu o termo final para edição do decreto regulamentador e para definição das tarifas que ele mesmo havia estabelecido. De fato, ao analisar os déficits na capacidade de regulação estatal na Argentina nos anos 1990, Felder e Oszlak (2000, p. 16) sublinham que:

Na maioria dos casos [setores privatizados], o debate parlamentar esteve ausente nas definições iniciais acerca do controle dos serviços. Isso eliminou uma voz decisiva nessa inicial e crucial etapa e, com o tempo, condicionou severamente os atuais esforços do Congresso por impulsionar um maior protagonismo parlamentar em seu papel regulador dos entes regulatórios.

Além disso, a privatização também não foi antecedida ou acompanhada da criação de um ente regulador nos moldes do que descrito acima. É verdade que o decreto regulamentador previu a criação da CNT e lhe atribuiu competências regulatórias. Como visto, no entanto, essa entidade – além de sequer ter sido “erigida de fato” antes da alienação da Entel e tampouco preenchida com um quadro de pessoal técnico, como se espera de uma agência – também não se mostrou minimamente independente do Executivo. Seguindo os critérios propostos acima por Aranha (2005, p. 63) para aferir o grau de autonomia em relação aos demais poderes, verifica-se, retomando o capítulo precedente, que: (i) seus dirigentes podiam ser livremente

---

exaltado nas agências reguladoras é simplesmente o espaço de opções políticas, como não poderia deixar de ser” (ARANHA, 2005, p. 64).

<sup>150</sup>Esse ponto será melhor deslindado no subcapítulo 2.3, em que serão sublinhadas as possíveis diferenças entre levar a cabo um processo de privatização mediante decreto ou mediante alterações legislativas.

nomeados e exonerados pelo Governo<sup>151</sup>; (ii) seus recursos eram, na prática, controlados pelo Tesouro, sendo necessário ao órgão pedir autorização do Ministro da Economia e Obras públicas para acessar esse fundo (o que se mostrava especialmente problemático por contrariar de modo frontal a previsão do decreto regulamentador)<sup>152</sup>; (iii) seus membros foram sistematicamente alterados por intervenções administrativas (como a de 1992 e a de 1995)<sup>153</sup>; (iv) suas decisões administrativas eram recorríveis justamente para o Executivo nacional<sup>154</sup>; e, a despeito de lhe ter sido conferido poder normativo, (v) a agência restou inerte em se valer dessa capacidade para efetivamente tentar organizar as dinâmicas das atividades e, menos ainda, para adequá-las às metas (que nem eram significativas) previstas para o setor. Ou seja: não gozava nem de autonomia funcional, nem técnica-decisional (estas sequer formalmente) e, na prática, tampouco das autonomias financeira/orçamentária e normativa.

Ademais, inserindo o diagnóstico da Entel em um quadro mais amplo das reformas na Argentina, vale notar que tais gargalos em termos de cristalização prévia dos compromissos regulatórios não foram exclusividade do setor das telecomunicações: os setores aéreo e ferroviário também foram privatizados sem a prévia sanção do respectivo marco regulatório e sem a criação do ente regulador correspondente; e os serviços elétricos e de gás foram privatizados com um marco regulatório sancionado, mas sem um ente regulador estabelecido (FELDER; OSZLAK, 2000, p. 15)<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup>Conforme o art. 13 do Decreto nº 1185/1990. Como aponta Felder e Oszlak (2000, p. 24), na Argentina, naquela época, “a direção de todos os organismos regulatórios está a cargo de corpos colegiados designados pelo Poder Executivo. Apenas nos casos do ENRE e do ENARGAS há a participação do Congresso na nomeação e remoção dos diretores, ainda que essa intervenção tenha caráter não vinculatório. No restante dos entes, a legislação estabelece que a remoção dos diretores deve estar fundamentada. A margem de discricionariedade do Poder Executivo que isso supõe e a falta de especificação das modalidades de intervenção do Parlamento ou de outros organismos de controle, diminui a possibilidade de independência desses funcionários com respeito a decisões e orientações governamentais”.

<sup>152</sup>Como apontam Abdala e Hill (1993, p. 30), “budgetary independence probably is not realistic for CNT. However, the problem with the current budgetary practice is that it is contrary to the provisions of the regulatory decree. The decree provides for a tax on telecommunications services to fund the activities of CNT and CNT is supposed to control all the revenues from this tax. In reality the funds are controlled by the Treasury and the CNT must obtain the permission of the Minister of Economy and Public Works to access these funds. This behavior on the part of the Argentine government does not increase confidence that it will abide by its own rules. These budgetary arrangements should be regularized”.

<sup>153</sup> Sobre a primeira intervenção, em 1992, confira-se: ABDALA; HILL, 1993, p. 27. Acerca da segunda, em 1995, vide PASTORIZA, 1996.

<sup>154</sup> Conforme o art. 33 do Decreto nº 1185/1990.

<sup>155</sup>Vale ressaltar que, nos casos do fornecimento de água potável e do serviço de correio, “a sanção do marco regulador e a constituição do ente regulador foram prévios à transferência ao concessionário” (FELDER; OSZLAK 2000, p. 15). Interessante notar também que, assim como parece ter sido o caso da CNT, agências regulatórias de outros setores também foram instituídas para preencher um requisito puramente “formal”. Isso fica claro no setor aéreo a partir do relato de Felder e Oszlak (2000, p. 33), que sublinha que o ente que deveria se encarregar de regular os aeroportos recém privatizados foi criado, por decreto, no mesmo dia em que uma sentença judicial

Transpõe-se, agora, essa análise para o Brasil. Primeiramente, verifica-se que o Legislativo brasileiro assumiu um papel muito mais ativo na definição dessas ditas “regras do jogo” do que o argentino (ao menos no setor das telecomunicações). Como visto, a privatização da Telebrás demandou uma série de mudanças legislativas – inclusive constitucionais – que de fato foram realizadas pelas vias adequadas na experiência brasileira. A LGT, por exemplo, marco regulatório do setor e fruto desse trabalho legislativo, é um diploma que foi visto pelos investidores como muito mais legítimo e estável – e, portanto, digno de credibilidade – do que decretos executivos contrapostos a disposições legais ou constitucionais vigentes, passíveis de serem alterados a qualquer momento.

No que concerne à criação de uma agência reguladora, também se verificou no capítulo anterior que a Anatel fora criada, efetivamente instalada e já operava a todo vapor quando da privatização (PINHEIRO, 2000). E quanto a sua independência em relação ao poder público<sup>156</sup>, Binenbojm (2007, p. 67) aponta que a *autonomia reforçada* assumiu os seguintes aspectos na experiência brasileira:

1) *independência política dos dirigentes*, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Tal importa a impossibilidade de sua exoneração *ad nutum* pelo Presidente.

---

ordenou a suspensão dos trâmites de privatização dos aeroportos “até que fosse criado o organismo de regulação correspondente”. Como se nota, a criação da agência buscava meramente suprir a lacuna formal apontada na sentença e permitir a abertura das ofertas econômicas dos consórcios que haviam sido qualificados para concorrer pela concessão – e não de fato exercer a atividade regulatória.

<sup>156</sup>Conferiu-se enfoque aqui à independência das agências *em relação ao Poder Público* pois se busca destacar os aspectos procedimentais criados para *mitigar os riscos de expropriação administrativa do investimento*. Todavia, vale citar que também almejada é a autonomia da agência *em relação aos particulares prestadores do serviço*, muito devido à preocupação com o risco de captura da agência pelo setor regulado. Quanto a esse aspecto no caso da Argentina, Felder e Oszlak destacam que se aplicavam aos diretores das agências as normas sobre incompatibilidades fixadas para os servidores públicos, mas alerta para o fato de que o prazo de quarentena após desvinculação (em que os diretores não deveriam ter interesses relacionados às empresas reguladas) era de apenas um ano no caso da CNT – de que a legislação não especificava os mecanismos a serem empregados para comprovar o respeito dessa norma na prática. Já no Brasil, também constavam previsões na redação original da LGT acerca dessas incompatibilidades (art. 28 e art. 30), que vedavam aos membros do conselho diretor desempenharem qualquer outra atividade empresarial, sindical, profissional ou de direção político partidária (salvo a de professor universitário) enquanto estivessem no exercício de suas funções, representarem qualquer pessoa ou interesse perante a Agência até um ano após deixar o cargo e utilizarem informações privilegiadas obtidas em decorrência do cargo exercido sob pena de incorrer em improbidade administrativa. Demais disso, Aranha (2005, p. 63) destaca que “a *radicalização da transparência e da publicidade da atividade regulatória* é a forma existente de fazer frente à tendência de captura da agência pelos regulados” e sinaliza que, no Brasil, “[o] esforço em se evitar que as agências passassem a fazer as vezes de meras promotoras do sucesso econômico do setor regulado em detrimento dos valores públicos que as justificaram não necessariamente resultou na conformação dos mecanismos de controle social visualizados nas agências da década de 1990, mas serve como aceno de composição do modelo de regulação setorial para um viés de publicização das discussões. Aqui, a valorização do controle social previsto nas *estruturas centrais de decisão* das agências reguladoras.”

2) *independência técnica decisional*, predominando motivações técnicas para seus atos, que não se sujeitam a recurso hierárquico impróprio. Tal importa a impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios e mesmo pelo Presidente.

3) *independência normativa*, necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle e caracterizada, segundo parte da doutrina, pelo fenômeno da deslegalização. Para parte da literatura brasileira sobre regulação, por meio da deslegalização as agências passam a gozar de um amplo poder normativo apto, inclusive, a revogar leis anteriores.

4) *independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada*, por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas pela lei às agências.

Na prática do setor, contudo, há que se reconhecer que, *nos anos subsequentes*, essa autonomia não se mostrou tão reforçada como previsto na teoria<sup>157</sup>. No entanto, dado que *no contexto da privatização* havia ao menos previsão formal e pareceu existir também grande esforço para implementar esse sistema na prática antes da venda, não há dúvidas de que, sobretudo em comparação à Entel, o nível de autonomia da agência brasileira se mostrou significativamente superior, assim como o papel do Legislativo nesse processo.

Por fim, também buscando aqui compreender esse diagnóstico em um quadro mais amplo da experiência brasileira de reformas dos anos 1990, vale ressaltar, como já se mencionou, que este setor é indicado como única exceção de estabelecimento de agência antes de iniciado o processo de privatização no Brasil<sup>158</sup>. No setor elétrico, por exemplo, a criação da agência reguladora – a Aneel – deu-se apenas em 1997, dois anos após o início da privatização do setor; e a implementação de outros elementos centrais no novo modelo de regulamentação (como o Mercado Atacadista de Energia – MAE e o Operador Nacional do Sistema – ONS) foi realizada apenas em 1998, quando grande parte da distribuição já havia sido transferida para

---

<sup>157</sup> Em IPEA (2013, p. 21), afirma-se que “todos os princípios básicos da Anatel foram de um modo ou de outro contestados. A independência administrativa não está imune ao contexto político. O Conselho Diretor (CD) é composto por cinco membros, com mandato fixo de cinco anos. Como a duração dos mandatos não é coincidente, os conselheiros são substituídos de modo sequencial. Indicações para o CD são feitas pelo presidente da República e aprovadas pelo Senado Federal, enquanto o presidente da Anatel é designado apenas pelo presidente, entre os membros do CD. Todo o CD pode ser inteiramente renovado por um mesmo presidente em um período de cinco anos.” Já quanto a independência financeira, afirma-se que esta tampouco é assegurada já que “apesar de existir uma taxa específica para financiar as atividades regulatórias – o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel), que é coletado das firmas reguladas –, as despesas da Anatel dependem de proposta orçamentária enviada pelo MPOG para ser aprovada pelo Congresso Nacional. Ademais, a estabilidade dos conselheiros também foi contestada em algumas situações” (IPEA, 2013, p. 21-22).

<sup>158</sup> Como aponta Coutinho (2014, p. 94), no Brasil, “a regulação por meio de agências independentes foi, em muitos casos, instituída simultaneamente às privatizações. Em outros casos, somente veio a ocorrer após a venda das estatais em leilão. Somente no setor das telecomunicações, excepcionalmente, houve a preocupação em se criar a agência reguladora e a lei setorial *antes* da privatização”.

companhias privadas<sup>159</sup> (PINHEIRO, 2000, p. 28). No setor ferroviário e portuário, de forma semelhante, as respectivas agências – Antt e Antaq – foram criadas somente em 2001, após a transferência de diversas ferrovias e terminais portuários para investidores privados<sup>160</sup>.

De qualquer modo, voltando-se ao setor das telecomunicações, compreendido agora o alcance do termo compromisso regulatório, o porquê – e em quais setores – este se mostra relevante, a quem compete firmá-lo, o que ocorre quando é descumprido e de que forma este quadro destoou nos casos estudados, passa-se a analisar quais resultados práticos essas diferenças são passíveis de produzir.

## 2.2 As Consequências

Este segundo subcapítulo busca perquirir as possíveis relações de causalidade entre as diferenças delineadas acima (o *momento*, variável explicativa) e a consecução – ou não – dos objetivos que as políticas privatizantes buscavam atingir (os *resultados*, descritos nas seções 1.4 e 2.4 do capítulo precedente, variável dependente).

Para tanto, realiza-se inicialmente uma revisão de literatura: investiga-se nos estudos de autores e instituições que se debruçaram sobre as reformas regulatórias dos anos 1990, em geral, e/ou sobre a análise dos processos de privatização das telecomunicações no Brasil e na Argentina, em específico, quais considerações esses especialistas trazem sobre o tema. O objetivo é enumerar os resultados apontados pela literatura especializada como atrelados à fixação de tais compromissos regulatórios (ou em termos mais amplos, à existência de uma estrutura regulatória) antes da privatização – ponderando-se, ainda, se os dois casos estudados ratificam ou contradizem essas conclusões. Após, para além das reflexões desses autores – que em geral sublinham os efeitos *positivos* da fixação prévia dos compromissos –, busca-se

---

<sup>159</sup>A propósito, Pinheiro (2000, p. 28 – grifos nossos) aponta que “devido à falta de avanços na definição das normas de regulamentação para o setor [elétrico]– que, observe-se de passagem, começou a ser debatida já em 1992 –, a simples continuidade da venda das estatais transformou-se em um mecanismo para forçar as decisões sobre a regulamentação. Essa **indesejável ordem com que ocorreram as transformações** do setor também tendeu a limitar a capacidade de operação da agência regulatória e, como resultado, limitou seu prestígio aos olhos da maior parte da população”.

<sup>160</sup> Pinheiro (2000, p. 28) destaca que, no setor dos transportes, nas privatizações de âmbito federal, a regulamentação se restringiu a alguns aspectos técnicos: “leilões de privatização federal, foi definido um conjunto mínimo de investimentos, incluindo a reforma e a expansão da rede existente, sendo que a concessão foi dada ao proponente que ofereceu o preço mais baixo de pedágio. Quando isso foi decidido, a regulamentação limitou-se à inspeção do investimento e das atividades operacionais e aos reajustes anuais das tarifas, isto é, a regulamentação foi essencialmente técnica”.

problematizar quais são os eventuais efeitos *contraproducentes* e as tensões que essa cristalização prévia tende a ensejar.

### 2.2.1 Consequências positivas? Resultados apontados pela literatura especializada

O primeiro ponto a se notar na revisão de literatura é que (ao contrário das primeiras recomendações em matéria de privatização, que logo se mostraram inapropriadas<sup>161</sup>) parece haver relativo consenso – desde o final da década de 1990<sup>162</sup> – no sentido de que a ordem entre privatizar e regular faz diferença. O Banco Mundial, por exemplo, afirma que “é necessária uma regulamentação estável e confiável para alcançar os benefícios da privatização e da liberalização da infraestrutura”, e que as décadas passadas mostraram “a importância de planejar tal regulamentação *antes* da privatização, incluindo seu conteúdo econômico e arquitetura institucional”<sup>163</sup>. Em relatório de 2004, a instituição sublinhou que essa questão representou uma grande fraqueza no processo de privatização de vários países em desenvolvimento e admitiu também sua parcela de culpa, reconhecendo que essa questão também “tem sido um ponto frágil da assistência técnica fornecida [aos países em desenvolvimento] por seus consultores internacionais, incluindo o Banco Mundial”<sup>164</sup>. Em sentido semelhante, também os relatórios da OCDE<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> Como já se mencionou de forma breve no capítulo anterior, várias instituições internacionais influentes no início dos anos 1990 (dentre elas o próprio Banco Mundial, o FMI e o Tesouro dos EUA, que formavam o chamado Consenso de Washington) inicialmente recomendaram as rápidas privatizações como único método realístico para os países em desenvolvimento atravessarem a recessão. Stiglitz (1999a, p. 7) explica o porquê dessa recomendação ter sido encarada como razoável à época: “although in retrospect the process of privatization in the transition economies was, in several instances at least, badly flawed, at the time it seemed reasonable to many. Although most people would have preferred a more orderly restructuring and the establishment of an effective legal structure (covering contracts, bankruptcy, corporate governance, and competition) prior to or at least simultaneous to privatization, no one knew how long the reform window would stay open. At the time privatizing quickly and comprehensively—and then fixing the problems later on—seemed a reasonable gamble. From today’s vantage point, the advocates of privatization may have overestimated the benefits of privatization and underestimated the costs, particularly the political costs of the process itself and the impediments it has posed to further reform. Taking that same gamble today, with the benefit of so many more years of experience, would be much less justified”.

<sup>162</sup> Confira-se, por exemplo, os seguintes *working papers* do Banco Mundial: GUASCH; SPILLER, 1999, p. 181–195; 2001, p. 233–251; WALLSTEN, 1999, p. 15.

<sup>163</sup> BANCO MUNDIAL, 2004, p. 81. Tradução livre. Lê-se no original: “credible stable regulation is required to achieve the benefits of privatizing and liberalizing infrastructure” e “the past two decades show the importance of planning such regulation **before** privatization, including its economic content and institutional architecture”.

<sup>164</sup> BANCO MUNDIAL, 2004, p. 82. Tradução livre. Lê-se no original: “[i]t has also been a weakness of technical assistance provided by their international advisers, including the World Bank”.

<sup>165</sup> Mais recentemente, no relatório *Policy Makers Guide for Privatisation* de 2019, por exemplo, a OCDE destacou que “the government should normally not privatise SOEs before an appropriate regulatory framework has been established” (OCDE, 2019, p. 46).

Portanto, uma primeira conclusão que ressaí é a de que essa sequência importa. Agora, resta compreender: importa para quê?

A fim de responder essa pergunta com base em fundamentos empíricos, Wallsten (2002) realizou estudo de regressão econométrica com título sugestivo (“*Does Sequencing Matter? Regulation and privatization in Telecommunications Reforms*”) considerando dados de 197 países entre 1985-1999 (especificamente no setor das telecomunicações). Suas conclusões são as de que:

(...) establishing a regulatory authority *before* privatizing the telecom firm is correlated with increased telephone penetration, telecom investment, and mobile cellular subscriptions. This result is consistent with the hypothesis that it is important to first build the institutional and regulatory framework and then privatize, as opposed to simply creating a private monopoly. I also find that establishing a regulator prior to privatizing the firm substantially increases the price investors are willing to pay for the firm, consistent with the hypothesis that investors require a risk premium to invest in a market with uncertain rules. (WALLSTEN, 2002, p. 15)

Wallsten destaca ainda que, embora seja perigoso “saltar” de conclusões acerca de uma relação de *correlação*<sup>166</sup> para a afirmação de que há *causalidade* entre esses fatores, os resultados alcançados com a análise empírica suportam fortemente as hipóteses de que “estabelecer uma autoridade reguladora antes de privatizar a empresa melhora os níveis de investimento e o desempenho do setor”(WALLSTEN, 2002, p. 11) e de que “os investidores parecem estar dispostos a pagar mais por uma empresa a ser privatizada em um ambiente com menos incerteza institucional”<sup>167</sup>.

Portanto, com base nas conclusões desse autor, enumera-se três aspectos que a princípio parecem *correlacionados* à variável explicativa “*momento*” no setor estudado: (i) o valor a que os investidores se dispõem a pagar pela empresa; (ii) a quantidade de investimentos recebidos em geral; e (iii) o aumento do grau de penetração dos telefones e de subscrições de telefonia móvel (o que pode ser um indicativo de melhora de performance do setor).

Cabe analisar se essas conclusões de Wallsten – obtidas a partir da análise *geral* de um amplo rol de países – são ratificadas *especificamente* nos casos descritos no Capítulo 1. Em relação à Argentina, quanto aos dois primeiros pontos, vale citar o estudo de Abdala e Hill

---

<sup>166</sup> Vale ressaltar que a “*correlação*” não deve ser confundida com relação de causa e efeito (*relação de causalidade*). A correlação indica apenas como uma variável se comporta em um cenário em que outra está variando, mas não é suficiente para afirmar que existe uma relação de *influência mútua* entre elas.

<sup>167</sup> WALLSTEN, 2002, p. 11 e 13. Tradução livre. Lê-se no original: “establishing a regulatory authority before privatizing the firm enhances investment and sector performance” e “investors appear to be willing to pay more for a firm privatized in an environment with less institutional uncertainty”.

(1993), que correlaciona o alto nível de incertezas durante o processo de venda da Entel ao encolhimento do nível de interesse dos investidores na compra da empresa – o que, consoante sustentam, acabou se refletindo em uma diminuição da concorrência no leilão e, conseqüentemente, do valor dos lances ofertados. Como apontam esses autores, a queda do número de compradores interessados, inicialmente 14<sup>168</sup>, para sete, ocorreu justamente após alterações inesperadas nos requisitos estipulados para pré-qualificação e nas condições gerais do regime de tarifas. Em seguida, a queda de sete para três compradores potenciais (e, depois, para dois) ocorreu justo quando o decreto que esclarecia a estrutura regulatória foi finalmente editado (fora do prazo estipulado pelo próprio governo) sem contemplar a definição do nível de tarifas inicial, o que gerou incertezas quanto à expectativa de rentabilidade das empresas. Diante desse quadro, afirmam que:

The fall in the number of bidders appears to be a reflection of the level of uncertainty in the privatization process. The fall reduced the level of competition and the government's leverage in the final round of bargaining; presumably, **it therefore reduced the price offered for the two operating companies in the first stage of the privatization.** (ABDALA; HILL, 1993, p. 30 – grifos nossos)

Já no Brasil, como visto no Capítulo 1, o montante recebido pelo governo com a venda da Telebrás foi significativamente superior ao esperado (TATCH, 2003, p. 84), o que, juntamente aos “volumes expressivos” de investimentos que sobrevieram nos anos seguintes, contribuiu para sanear o alto déficit nas contas correntes do país e para evitar a explosão da dívida pública (PINHEIRO, 2000, p. 22-23). Dentre os fatores que podem ter concorrido para tanto, destacam-se: o saneamento econômico prévio da empresa (que incluiu o rebalanceamento de tarifas); o desenho estratégico para reestruturação dos conglomerados que compunham o Sistema; *a menor percepção de risco pelos investidores (em decorrência da impressão de estabilidade promovida pela criação da Anatel e pela fixação prévia e clara das “regras do jogo” pela LGT, cuja promulgação respeitou todos os procedimentos legais e institucionais necessários para retirar o óbice constitucional existente)*; e o fato de que houve real competição no leilão (diferentemente da Argentina, em que, ao final, só havia duas empresas compradoras para duas companhias a serem alienadas – ou seja, onde inexisteu real competição).

Portanto, a análise dos casos da Argentina e do Brasil ratifica as conclusões do mencionado estudo de regressão econométrica de Wallsten (2002) quanto aos impactos dessa

---

<sup>168</sup> Que inclusive chegaram a comprar os documentos da licitação por 20 mil dólares cada. Ou seja, de fato estavam interessados.

variável no *valor da venda das empresas* e no *nível de investimentos estrangeiros diretos recebidos nos anos subsequentes* à privatização.

No que concerne ao terceiro aspecto, viu-se no capítulo precedente que tanto o Brasil como a Argentina experimentaram um aumento geral do acesso à telefonia celular e da penetração da telefonia após a privatização. Em uma análise comparativa entre ambos tomando-se por base dados de 2007<sup>169</sup>, observa-se que, embora a quantidade bruta de linhas de telefonia fixa fosse maior no Brasil (36,5 milhões) do que na Argentina (9,16 milhões), a densidade telefônica desta (23,0%) era superior à brasileira (19,7%)<sup>170</sup>. Todavia, considerando a variação desse índice nos dez anos anteriores (crescimento de 84% no Brasil e de 9% na Argentina), Simao (2010, p. 63) destaca que essa vantagem na densidade telefônica pode ser atribuída ao fato de a privatização neste país ter ocorrido quase que uma década antes do que no Brasil, de modo que parece mais apropriado considerar não os números brutos, mas as taxas de variação desse índice (mais positivas no caso brasileiro). Já quanto aos aparelhos móveis, a densidade no Brasil já se mostrava superior em 2007: 47,7%, em contraste com 38,6% da Argentina<sup>171</sup>. Dessa forma, o desempenho superior em ambos os quesitos no caso brasileiro (em que ocorreu estabelecimento prévio dos compromissos regulatórios) também parece corroborar as conclusões de Wallsten (2002).

Em seguida, para além desses três resultados, cabe acrescentar outros dois apontados nas pesquisas de Stiglitz (1999a; 1999b) como atrelados à inversão da ordem regular/privatizar: *(iv) a dificuldade na implantação posterior da regulação*; e *(v) a criação de entraves ao estabelecimento futuro de competição*<sup>172</sup>. Nesse sentido, ao analisar as então recentes experiências de privatização dos anos 1990, esse autor afirma:

---

<sup>169</sup> Mantendo-se o mesmo marco temporal que foi utilizado no Capítulo 1 para aferir os resultados do Brasil.

<sup>170</sup> Conforme dados da Economist Intelligence Unite, reproduzidos por Simao (2010, p. 87).

<sup>171</sup> Conforme dados da Economist Intelligence Unite, reproduzidos por Simao (2010, p. 87).

<sup>172</sup> Ao analisar os casos de privatização da China e da Rússia em outro *paper*, Stiglitz chega a conclusões semelhantes quanto à importância do *timing* para o estabelecimento futuro de mercados competitivos. Nesse sentido, afirma que: “one of the important lessons of the contrast between China and Russia is for the political economy of privatization and competition. It has proved difficult to prevent corruption and other problems in privatizing monopolies. The huge rents created by privatization will encourage entrepreneurs to try to secure privatized enterprises rather than invest in creating their own firms. In contrast, competition policy often undermines rents and creates incentives for wealth creation. **The sequencing of privatization and regulation is also very important. Privatizing a monopoly can create a powerful entrenched interest that undermines the possibility of regulation or competition in the future**” (STIGLITZ, 1999a, p. 7 – grifos nossos). Em sentido semelhante, o Banco Mundial (2004, p. 79) destaca o papel central da regulação quanto ao aspecto concorrencial assentando que “For two main reasons, industries lacking competition require regulation. First, to ensure fair treatment of customers who lack the protection that comes with competition. Second, to ensure that competitors have fair access to bottleneck network facilities controlled by incumbent service providers. If incumbents do not

What have we learned? (...) Many countries, in effect, adopted the policy to ‘privatize now, regulate later.’ Here again, the early privatizations into an essentially unregulated environment created a **strong vested interest to block the later attempts at regulation in the case of natural monopolies, or to create a competitive market**, in the case of those industries where competition was viable. (grifos nossos)

Mais uma vez, os casos estudados parecem confirmar essas conclusões. Em relação à Argentina, cabe mencionar o estudo de Felder e Oszlak (1997, p. 9) voltado a analisar os déficits de capacidade regulatória desse país (de forma geral, não apenas no setor das telecomunicações). Para os autores:

Una de las tempranas reglas de juego que, de hecho, más contribuyó a limitar la capacidad regulatoria del estado fue el desfase temporal entre el momento de privatización de los servicios, el de sanción de los marcos regulatorios y el de creación de los órganos reguladores de los servicios transferidos al sector privado. En ausencia de marcos regulatorios, los contratos de concesión fijaron condiciones que luego condicionaron o entraron en contradicción con los marcos posteriormente aprobados.

Portanto, em sentido convergente com Stiglitz (1999a; 1999b), os autores concluem que, no caso da Argentina, o fato de não terem sido cristalizados compromissos regulatórios antes da privatização contribuiu para a fragilidade da capacidade regulatória posterior desse país.

No Brasil – bem ao contrário, como se viu no capítulo anterior –, o desenho regulatório-institucional implementado à época da privatização da Telebrás é indicado como referência tanto sob o prisma interno<sup>173</sup> – para os demais setores brasileiros – como sob uma perspectiva externa<sup>174</sup>, visto como exemplo para outros países que também passavam por reformas regulatórias. Portanto, pode-se afirmar que a privatização das telecomunicações veio acompanhada do fortalecimento da capacidade regulatória no caso brasileiro.

Já quanto ao estabelecimento da *concorrência*, pontuou-se no Capítulo 1 que, em nenhum dos casos estudados, houve o atingimento de resultados ideais (sobretudo em relação ao mercado de STFC). Nada obstante, comparando-se esse aspecto nos dois países, fica evidente que o Brasil – tanto a curto como a longo prazo – alcançou resultados bem superiores aos da Argentina (em que a privatização significou a simples troca de um monopólio estatal por um monopólio privado pelo período de 10 anos).

---

face regulatory constraints, they can use these facilities to control—or destroy—their rivals. Thus regulation plays a central role in subjecting network utilities to competition”.

<sup>173</sup> Confira-se: PINHEIRO, 2000, p. 26.

<sup>174</sup> Confira-se: BANCO MUNDIAL, 2007, p. 65; OCDE, 2007, p. 186; 2008, p. 15; UIT, 2001, p. 49.

Prosseguindo-se na análise dos resultados indicados pela literatura, cabe mencionar algumas outras ponderações de autores que se debruçaram especificamente sobre os casos da Argentina e/ou do Brasil. Em relação à Argentina, por exemplo, Felder e Oszlak (2000, p. 14-15) afirmam que “a urgência governamental em transferi-los [os serviços privatizados] ao setor privado aumentou significativamente a capacidade de negociação empresarial” e que “a indefinição normativa promoveu comportamentos oportunistas por parte de algumas empresas”<sup>175</sup>.

Muito semelhantes são as conclusões de um estudo de Simao (2010) que se valeu da moldura conceitual fornecida pela Nova Economia Institucional para mensurar o impacto do desenho institucional no *poder de barganha* do governo do Brasil e da Argentina em relação aos investidores privados no decorrer dos processos de privatização das telecomunicações nos anos 1990. A autora utilizou como indicadores desse poder de barganha o valor da venda (em comparação ao valor do lance mínimo estabelecido para o leilão – o “*premium*”<sup>176</sup>) e as características do ambiente concorrencial após a privatização (mensurado com base em elementos como duração do período de exclusividade<sup>177</sup>, requisitos de interconexão<sup>178</sup> e metas de performance estipuladas para as companhias<sup>179</sup>). Analisando esses indicadores nos dois países e contrastando os ambientes institucionais de ambos, atesta que esse *poder de barganha* (que constata ter sido substancialmente superior no caso brasileiro) pode ser reforçado pela adoção de uma reforma institucional estável e consistente no setor antes da privatização<sup>180</sup>.

---

<sup>175</sup> Aqui, os autores citam especificamente o caso do transporte ferroviário, em que as empresas “ganham as licitações com ofertas de investimentos e de pagamento de títulos ao Estado que nunca chegariam a cumprir e que em poucos anos seriam renegociados” (FELDER; OSZLAK, 2000, p. 15).

<sup>176</sup> “Premium, in this context, equals the difference between the minimum price established by the government to sell the company and the price the winning bidders actually paid. Thus, the higher the premium the government was able to obtain, the higher the state’s bargaining power will be deemed to be” (SIMAO, 2010, p. 12)

<sup>177</sup> Para a autora, “[s]horter exclusivity periods create the conditions for a healthier competitive environment to be established sooner rather than later. Increased competition after privatization is used as a positive measure because it enhances the probability of competing firms to seek to achieve optimal supply levels and lower prices for consumers” (2010, p. 13).

<sup>178</sup> A autora define interconexão como “the physical connection of the telephone networks owned by two different operators in order to allow customers connected to different networks to communicate, to ensure the interoperability of services” (2010, p. 13).

<sup>179</sup> Como esclarece Simao, “a classification of the net results of the privatization should take into account the improvements experienced in the services after privatization. For purposes of this paper, a parameter to assess this variable will be the performance targets agreed upon between the government and investors: the higher the performance targets agreed upon by investors – in comparison to other telecom privatizations in the region – the greater the state’s bargaining power” (2010, p. 13)

<sup>180</sup> Nas palavras da autora: “the gains the state (and potentially society at large) attain at the time of privatization is directly related to the level of its bargaining power while negotiating with investors, and that this power can be enhanced by the adoption of a stable and consistent sector-wide institutional reform prior to privatization (2010, p. 67)”.

Portanto, com base nessas conclusões de Felder e Oszlak e de Simao, acrescenta-se que (vi) o *nível de poder de barganha do governo vis-à-vis os investidores privados e a propensão das empresas a perpetrarem comportamentos oportunistas* são variáveis que parecem estar atreladas ao *timing* em que *estruturada a regulação*<sup>181</sup>.

Demais disso, Felder e Oszlak (1997; 2000) dão um passo além, afirmando que a ordem de prioridades do governo Argentino na primeira etapa da Reforma do Estado – que “adiou a criação e o fortalecimento do aparato institucional que deveria atuar como interlocutor dos prestadores privados, mediador entre estes e os usuários e/ou avalista do interesse público” (FELDER; OSZLAK, 2000, p. 9) – acabou por penalizar sobretudo os cidadãos, consumidores dos serviços. Nesse sentido, destacam que “a experiência argentina parece indicar que a falta de independência em relação ao poder político e o questionamento das normas vigentes tornam-se mais prejudiciais *para os usuários* que para as empresas reguladas<sup>182</sup> (FELDER; OSZLAK, 2000, p. 19 – grifos nossos).

Em sentido semelhante, um estudo de Chiari, Estache e Romero (1997) que examinou o impacto das privatizações de serviços públicos na Argentina sobre aspectos de *equidade* adverte que “a distribuição dos ganhos entre os diferentes setores e classes de renda é impulsionada pela eficácia do regulador”<sup>183</sup>. A conclusão dos autores é a de que:

The gains from efficient regulation are non-trivial (...) In sum, these general equilibrium estimates suggest extremely high economic rates of return for the privatization and regulation "projects" whether distributional weights are considered or not but they also reveal a very high shadow price for the regulatory activity which tends to be ignored in most privatization exercises. In fact, **ineffective regulation is equivalent to a 16% implicit tax on the average consumer paid directly to the owner of the utilities' assets (rather than only to the government) but this tax is in fact higher (20%) for the poorest income class and lowest for the median income class. How serious governments are about the fair distribution of gains of reform is revealed by how serious they are about regulation.** (CHIARI; ESTACHE; ROMERO, 1997, p. 28 – grifos nossos)

---

<sup>181</sup> Nem Felder e Oszlak (1997; 2000), nem Simao (2010) utilizam o termo compromissos regulatórios, senão que falam em regulação de forma mais ampla.

<sup>182</sup> Com efeito, apresentam estudo que demonstra que “das 50 empresas argentinas que obtiveram maior rentabilidade em 1995, 35 eram empresas vinculadas aos processos de privatização de serviços públicos. A rentabilidade dessas empresas representou 60% da obtida em conjunto pelas 200 maiores empresas nesse ano. Esses elevados lucros estiveram associados às favoráveis condições criadas pelos marcos regulatórios e à relativa arbitrariedade na fixação de preços, com independência em relação ao ciclo econômico”.

<sup>183</sup> CHIARI; ESTACHE; ROMERO, 1997, p. 27. Tradução livre. Lê-se no original: “the distribution of the gains across income classes and across sectors is driven by the effectiveness of the regulator”.

Essas conclusões são consistentes com as de Estache (2002)<sup>184</sup>, que se dedicou a pesquisar os efeitos das privatizações das estatais prestadoras de serviços públicos na Argentina na década de 1990 (não só os serviços de telecomunicações, mas também os de distribuição de água, eletricidade e gás), investigando “os ganhos e as perdas e os ganhadores e os perdedores da estratégia de privatização”<sup>185</sup>. O autor sumariza algumas de suas conclusões afirmando que:

Privatization did improve access, quality and efficiency and some of the efficiency gains were passed through to the average tariff. The main problem was with the consequences of the tariff restructuring. A strong, accountable regulator would have minimized the consequences of the perverse scheme built in the implementation of the privatisation process and would have ensured a fair and transparent balance in the handling of the various objectives. **More of the benefits would eventually have been passed on to all users, in particular the large low income category.** (ESTACHE, 2002, p. 26 – grifos nossos)

Portanto, embora não teça considerações explícitas acerca de qual deveria ser o *timing* ou a *sequência* ideal entre privatizar e regular – diferentemente dos autores supracitados – Estache destaca que uma das consequências negativas das privatizações na Argentina – a fragilidade na distribuição justa e transparente dos ganhos de eficiência aos consumidores (em especial aos mais pobres) – poderia ser minimizada com a presença de um regulador forte e confiável. Complementando-se essas conclusões com o raciocínio de Felder e Oszlak<sup>186</sup>, é razoável afirmar que outro aspecto que parece estar conectado com a variável explicativa – talvez até como consequência do aspecto anterior – é *(vii) o grau de repasse dos ganhos de eficiência das empresas aos consumidores* (o que pode se manifestar na *diminuição das tarifas e/ou no aumento de qualidade dos serviços*, por exemplo) e, ainda, sua *justa distribuição* (o que acrescenta o aspecto de equidade, próprio do objetivo de universalização).

---

<sup>184</sup> Em estudo também com nome sugestivo – “*Argentina’s 1990’s utilities privatization: a cure or a disease?*” – o autor reconhece os benefícios da privatização ao assentar que sua “impression of what constitutes a fair answer to the question asked in the title, I would argue that the efficiency gains and investments levels observed are sufficient to bet against the idea of privatisation as a disease.” Nada obstante, ressalva que, “if privatisation is a medication, it did, however, have side effects”, citando em seguida a questão do repasse dos ganhos de eficiência aos usuários e concluindo: “I don’t think they reflect a problem with the medication but rather a problem with the way it was used by the doctor. This is the consequence of a system that compensates the doctors (i.e. the government) as a function of the profit made from the medication” (2002, p. 26).

<sup>185</sup> ESTACHE, 2002, p. 2. Tradução livre. Lê-se no original: “gains and losses and winners and losers of the privatization strategy”.

<sup>186</sup> Pode-se complementar com o raciocínio de Felder e Oszlak, que destacam que “ao deixar pendentes essas tarefas [sanção dos marcos regulatórios e a criação das agências correspondentes antes de iniciar os processos de privatização], as margens de ação para efetivá-las ficam notoriamente delimitadas legalmente, pelo que estabelecem os contratos de transferência dos serviços e, politicamente, pelo aumento da capacidade de exercer pressão dos setores econômicos encarregados desses serviços” (FELDER; OSZLAK, 2000, p. 10).

Diante de tudo isso, percebe-se, em suma, até esta altura da análise, que a variável explicativa foco do estudo tem sido normalmente atrelada a resultados positivos pela literatura especializada – resultados estes que, direta ou indiretamente, parecem se relacionar sobretudo à *capacidade de os compromissos refletirem maior estabilidade do sistema e blindarem os empreendimentos a eventuais interferências políticas indevidas*, de modo a aumentar a previsibilidade do retorno, diminuir o risco associado e, por conseguinte, criar um ambiente mais propício ao investimento e a todas as consequências positivas que dele podem decorrer.

Nada obstante, vale observar também que – justamente em virtude dessa capacidade – a fixação prévia dos compromissos traz consigo certas tensões. Como contraponto à estabilidade, por exemplo, está a necessidade de se ter um sistema responsivo ao dinamismo tecnológico e adaptável às necessidades da vida imprevisíveis no momento de sua cristalização. Já em contraposição à blindagem política, impõe-se a exigência de que este sistema não seja infenso ao controle social ou imune a intervenções políticas legítimas.

É necessário, portanto, um sistema estável, porém *flexível*. Blindado, porém *permeável*. Essas tensões serão abordadas a seguir.

### *2.2.2 Consequências contraproducentes? Estabilidade vs. flexibilidade e blindagem política vs. permeabilidade popular*

Como se viu no subcapítulo anterior, é fato que as atividades econômicas cujo desempenho depende de infraestrutura de rede requerem elevado grau de *estabilidade* das “regras do jogo”. Do contrário, os maiores prejudicados serão os usuários finais, em especial em países que possuem alto déficit de infraestrutura e, mais ainda, em contextos de restrição de gasto público, uma vez que a expansão e a melhora de qualidade das redes dependem intensamente de capitais privados (COUTINHO; FARACO, 2007).

Por outro lado, bem ao contrário de um simples jogo de tabuleiro, no mundo real é evidentemente impossível estabelecer, *a priori*, critérios transparentes, inequívocos e imutáveis aptos a contemplar adequadamente todos os diversos aspectos que compõem ou podem vir a compor as relações entre os jogadores. E não somente fazê-lo é impossível como, ainda, *tentar* fazê-lo pode ser inoportuno.

Conforme mencionado no capítulo anterior, o caso do Brasil oferece um bom exemplo. A fixação na LGT de que o STFC deveria ser prestado necessariamente sob regime público logo se mostrou incoerente com o deslocamento do interesse social para outros serviços mais modernos. Como consequência, a cristalização prévia dessa “regra do jogo” – por lei – gerou

uma série de desincentivos a investimentos nos anos subsequentes e acabou por engessar o setor por vários anos. Pode-se dizer, portanto, que se tratou de um efeito contraproducente<sup>187</sup> (e até mesmo paradoxal) da *fixação prévia* dos compromissos – ou, ao menos, da *via* pela qual foram fixados (lei em sentido formal).

Vale destacar que essa *impossibilidade* de se antever todo o espectro de cenários presentes e futuros – bem como a *inconveniência* de se cristalizar um conjunto de regras que logo se tornará obsoleto – certamente pode ser observada em todos os setores, mas se mostra especialmente evidente nas telecomunicações, setor foco deste estudo. Como apontam Levy e Spiller (1994, p. 220), por se tratar de segmento que sofre intensos e rápidos influxos da tecnologia (em equipamentos, produtos e serviços), a flexibilidade regulatória nas telecomunicações possui um valor ainda mais relevante do que nos setores em que as mudanças tecnológicas são mais estáveis, como nos os serviços de água e esgoto.

Em todos os setores, de qualquer forma, esse risco de obsolescência dos compromissos vem sendo agravado pelo o que Marçal Justen Filho (2018; 2020) se refere como o “fenômeno da aceleração do tempo”<sup>188</sup> – uma progressiva multiplicação de eventos sucessivamente imprevisíveis. A propósito, tal questão ganha ainda mais relevo no contexto de intensas transformações – totalmente inimagináveis – trazidas pela Pandemia da Covid-19 em 2020, a qual revelou o ápice dessa incapacidade de se alocar *previamente*, de modo definitivo, rígido e cristalizado (seja na lei ou em um contrato de licitação) todos os riscos futuros.

---

<sup>187</sup> Em relação a esses efeitos contraproducentes, confira-se Sustain (1990), Grabosky (1995) e Coutinho e Faraco (2007). Estes últimos autores fornecem mais alguns exemplos: “tentativas de controle da poluição por automóveis, por regras de limitação a emissões de gás carbônico, podem terminar por aumentar custos, o que, ao final, faz com que motoristas continuem usando seus velhos carros poluidores. Tentativas de redução de níveis de poluição por meio da regulação, igualmente, podem levar a mais poluição em razão do emprego de produtos tão poluidores quanto os que se pretendeu eliminar. Regras de proteção a minorias – e políticas de ação afirmativa em geral – podem voltar-se contra elas, uma vez que podem exacerbar ódio e intolerância. Menciona-se, ainda, o fato de que, muitas vezes, regras de regulação que têm por fim evitar determinados resultados socialmente indesejáveis, funcionam como profecias auto-realizáveis ou como incentivos perversos para seu descumprimento (Grabosky, 1995:354). No que diz respeito à regulação social – imposição de metas de investimento não, lucrativos em serviços públicos e reajustes tarifários que não refletem inteiramente os custos do setor, por exemplo — alguns argumentam ser uma forma de política distributivista, que pode trazer consigo ineficiências colaterais. Quando se quantificam e somam tais ineficiências, segue o argumento, conclui-se que resultaram maiores que os benefícios que almejava-se alcançar” (COUTINHO; FARACO, 2007, p. 268).

<sup>188</sup> Nas palavras do autor, essa expressão indica a “multiplicação das ocorrências verificadas num dado período de tempo, envolvendo o surgimento de novas necessidades, a criação de soluções tecnológicas inovadoras e a superação de tradições e preconceitos, num ambiente de comunicação global imediata”. Tal fenômeno contribui para aumentar o risco da obsolescência do direito, “indicando a eliminação da adequação das soluções legislativas abstratamente previstas em vista de uma realidade fática radicalmente distinta daquela do passado. Isso pode conduzir a soluções normativas absolutamente incompatíveis com as vivências sociais posteriores” (2018, p. 19)

Diante desse quadro, parece se mostrar cada vez mais oportuno que a estabilidade buscada com a fixação desses compromissos não seja baseada apenas em *limitações substantivas* (que, como visto, são incapazes de prever exaustivamente toda a complexidade presente e futura das relações). Com efeito, assentar o comprometimento com a restrição de eventuais ações arbitrárias futuras (seja de expropriação dos retornos pelo governo, seja de atitudes oportunistas por parte das empresas), de forma a viabilizar um ambiente propício aos investimentos e seguro aos consumidores, é algo que pode ser feito via *limitações procedimentais*.

Marçal Justen Filho, em sentido convergente – mas aqui se referindo especificamente aos compromissos cristalizados nos contratos – aponta que há muito já está ultrapassada a visão que concebe a licitação como um modelo exaustivo, capaz de prever tudo o que pode acontecer no mundo. Em *webinar*<sup>189</sup> acerca das implicações das ações de combate à pandemia à luz do Direito Administrativo, afirmou que:

nosso problema no final das contas é a ideia de que o edital traduz de modo exaustivo uma lei imutável para a concessão. Nós precisamos estabelecer o procedimento inicial, que disciplina o modo de rediscussão, segundo postulados de honestidade, boa fé, de eficiência das questões que venham a acontecer durante a execução da concessão.

Além disso, mais do que uma condição de *eficácia operacional do sistema*, vale notar que a existência de mecanismos passíveis de viabilizar a flexibilidade e a capacidade de adaptação das “regras do jogo” a novos cenários é premissa, também, para a *legitimidade democrática das políticas regulatórias* (COUTINHO; FARACO, 2007, p. 262).

De fato, essa estabilidade, que é exigência do mercado para a captação de investimentos, tem como pressuposto a *blindagem política* que esses compromissos representam. Tal blindagem não só oferece garantias mais robustas ao investidor de que seus retornos não serão expropriados pelo poder público, aumentando seu apetite para investir, mas também permite que sejam desenvolvidos planejamentos setoriais sólidos e com visão de longo prazo. Dado que

---

<sup>189</sup>Em *webinar* que integra a série “Diálogos Interdisciplinares – a pandemia do Coronavírus”, promovida pela Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU, quando indagado pelo professor Carlos Vinícius Ribeiro, Secretário de Educação da ESMPU, acerca do seguinte questionamento: “será que não é o momento de nós pensarmos não mais, doravante, em uma tentativa de previsão de riscos inerentes aos contratos, mas em um *framework*, em algumas balizas para que possamos negociar, ponderar os interesses ou os conflitos que por ventura surjam durante a execução do contrato?” (9min04s).

as atividades exercidas via indústrias de rede exigem planejamentos técnicos e seus retornos demandam significativo tempo de maturação, sua gestão não precisa ser imediatamente responsiva à vontade das urnas, sendo razoável, inclusive, a tomada de medidas impopulares e menos imediatistas em prol de benefícios de médio e longo prazo.

Por outro lado, isso não significa que essa blindagem deva ser estanque. De fato, autores como Binenbojm (2006) apontam a necessidade de se mesclar o espaço de autonomia das agências com “um regime de controles parciais de natureza política, jurídica e social, de forma a compatibilizá-lo com as exigências de um Estado democrático de direito”. Sob essa perspectiva, no âmbito de um sistema de freios e contrapesos, o autor indica a necessidade de *controles ancilares pelo Executivo e pelo Legislativo* (2006, p. 72-75). Já em relação ao dito déficit democrático das agências, destaca a importância de mecanismos de *controle social e legitimação pelo procedimento* (2006, p. 76-81).

Como exemplifica Binenbojm, uma possibilidade de controle pelo Executivo pode ser identificada quando as leis instituidoras das agências preveem sua submissão às políticas públicas traçadas pela Administração Central, de modo a impedir seu isolamento completo das diretrizes gerais dadas pelos governos democraticamente eleitos<sup>190</sup>. Já em relação ao controle pelo Legislativo, pode-se citar, no sistema brasileiro, a possibilidade de *veto legislativo* (artigo 49, inciso V, da Constituição Federal<sup>191</sup>) e a missão constitucional conferida a este poder de atuar como fiscal da atividade administrativa (artigo 49, inciso X<sup>192</sup>), inclusive em relação às agências. Esse último mecanismo pode ser reforçado pela previsão, nas leis criadoras destas entidades<sup>193</sup>, de que estas devem “se submeter” e facilitar tal controle (e.g., a obrigatoriedade

---

<sup>190</sup> Na experiência brasileira recente, isso se observa, por exemplo, na relação das Agências com as Resoluções do Conselho do Programa de Parcerias para Investimentos – CPPI, órgão integrado majoritariamente por membros da administração direta (Presidente da República e Ministros da Economia, Casa Civil, Infraestrutura, Minas e Energia, Meio Ambiente, Desenvolvimento Regional e Secretaria de Governo), além dos Presidentes da Caixa Econômica Federal – CEF, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e do Banco do Brasil – BB).

<sup>191</sup> “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.” Como aponta Binenbojm (2006, p. 74), trata-se de “um instrumento de uso restrito e excepcional. Mas sua existência e uso eventual devem servir como desincentivos à prática de abusos”.

<sup>192</sup> “Art. 49 (...) X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.”

<sup>193</sup> Como destaca Binenbojm, a Lei nº 9472/1997 traz essa previsão em seu art. 19, inciso XXIX: “Art. 19: A 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, publicidade, e, especialmente: (...) XXIX – enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional:”

de enviar relatórios periódicos de suas atividades ao poder Legislativo) (BINENBOJM, 2006, p. 73-74).

Já quanto ao *controle social*, o autor aponta a participação dos cidadãos nos processos regulatórios como forma mais alentada de suprir o problema do déficit de legitimação democrática das agências independentes e de reforçar o grau de autoridade de suas decisões. Nesse prisma, aponta que mecanismos como a instituição de conselhos consultivos e a previsão de audiências e consultas públicas são fundamentais para permitir esse controle<sup>194</sup>.

Em sentido semelhante, as considerações de Aranha (2005, p. 147) sobre as agências brasileiras também são valiosas para se compreender o quão difícil é estabelecer as fronteiras entre a influência política que se busca blindar e a permeabilidade da agência aos interesses dos cidadãos. Ao chamar a atenção para o fato de que, na prática, “a autonomia das agências reguladoras, entretanto, nunca foi plena”<sup>195</sup>, o autor sublinha que:

[i]sto evidencia que o problema não está na formalização dos mecanismos de autonomia, mas na necessidade de um ambiente paralelo de controle social e de valores internos à instituição reguladora voltados a vaciná-la de interferências que sufoquem a discussão pública nas inafastáveis negociações de poder.

Em seguida, exemplifica tensões entre a Anatel e o Ministério das Comunicações (como no caso do impasse sobre a definição do índice de reajuste de tarifas em 2003, e na discussão sobre o FUST em 2004)<sup>196</sup> em que – em apertada síntese – o órgão regulador havia adotado posições que se refletiriam no aumento das tarifas, ao passo que o Ministério – em sentido semelhante a um projeto de lei discutido no Congresso à ocasião – se posicionava no sentido de desonerar os consumidores. Nesse contexto, traz a reflexão de que:

---

<sup>194</sup> Binenbojm esclarece que ambos os mecanismos – consulta e audiência pública – possuem a mesma função, qual seja a de “concretizar o princípio da publicidade e viabilizar a participação de indivíduos ou grupos determinados para expor suas ideias e sugestões”. As duas se diferem, todavia, na forma de realização: “enquanto a audiência tem a forma de sessão, com data e hora marcada, onde os interessados comparecem conjunta e pessoalmente para expor suas opiniões, a consulta, em regra é feita de maneira individual e durante um período determinado. Ou seja, o ato sob discussão é publicado e as sugestões sobre o mesmo são enviados a agência”. (BINENBOJM, 2006, p. 78). Aponta, ainda, que a Lei nº 9.947/1997 prevê a consulta pública sobre minutas de atos normativos no âmbito da ANATEL em seu art. 42, de seguinte redação: “As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca”.

<sup>195</sup> Para contextualizar essa afirmação: esta se encontra inserida em um relato acerca dos atritos no período de 2003 e 2004, quando afloraram diferenças entre o governo de Fernando Henrique Cardoso – que instituiu a Anatel – e o de Luís Inácio Lula da Silva – seu sucessor, que se apresentava como oposição ao governo anterior – e em que se intensificaram as acusações de que o governo estaria aumentando o controle político sobre as agências em geral. Nesse quadrante, o autor afirma que “o fato de existir movimentação política expressa no sentido de controle sobre agências não significa que estas fossem antes realmente autônomas”.

<sup>196</sup> Para melhor compreensão dessa questão, recomenda-se a leitura de Aranha (2005, p. 142-150).

o mesmo interesse que aparentemente motivou a queda do presidente da ANATEL, qual seja, o interesse político ministerial de benefício dos consumidores do serviço pela diminuição das tarifas de telefonia fixa, poucos meses depois, não se apresenta suficiente para qualificar a orientação da agência como insubmissa aos desígnios do Poder Executivo. O exemplo é pontual, mas faz transparecer a suspeita de que os interesses do consumidor dos serviços de telefonia foram utilizados para alcançar um interesse maior: o interesse de controle político governamental sobre a agência reguladora. (...) O interesse de controle governamental briga com o pressuposto de virtude política e é neste espaço que se pode estabelecer um diálogo conceitual entre tendências voltadas a dar ao ambiente regulador um caráter *instrumental*. De um lado, fala-se de caráter instrumental voltado à consecução das políticas de governo e, sob este ponto de vista, as orientações de governo de ideologias distintas convergem; de outro lado, está o caráter instrumental voltado à vivência da virtude política e, sob este aspecto, praticamente não se tem falado. (ARANHA, 2005, p. 149)

E conclui afirmando que, no caso brasileiro, “a prática do setor não tem revelado abertura para institucionalização da virtude política” (ARANHA, 2005, p. 2005). Portanto, além do efeito colateral *operacional* relativo ao engessamento do sistema promovido pela fixação em lei do regime público para o STCF, o Brasil também teve dificuldades na calibragem entre blindagem política e a necessária abertura para a virtude política, o que pode ser apontado como um efeito colateral da fixação desses compromissos em termos de *legitimidade*.

Aliás, em se falando de “virtude política”, vale destacar que se espera não somente que essa blindagem seja permeável ao *controle* – seja do Executivo, do Legislativo ou de modo mais direto pelos cidadãos –, mas, também, que ela permita certa margem de *abertura para mudanças impulsionadas por demandas legítimas de natureza política no âmbito do jogo democrático*, as quais “não devem ser sumariamente presumidas ‘demagógicas’, ‘oportunistas’ ou ‘casuísticas’” (COUTINHO, FARACO, 2007, p. 267).

Nesse caso, todavia, vale enfatizar a ressalva de Coutinho e Faraco: é possível que iniciativas políticas, embora legítimas, sejam, em alguns casos, muito inoportunas. Nesse sentido, os autores citam dois episódios na experiência brasileira do setor de telecomunicações<sup>197</sup> em que se tentou impor regras de regulação que, conquanto “bem-intencionadas, legítimas e orientadas pelo objetivo de beneficiar as camadas de baixa renda, produziram efetivamente (ou poderiam produzir, caso não tivessem sido freadas pelo judiciário ou pelo embate político) efeitos indesejados” (COUTINHO, FARACO, 2007, p. 268). Isso, porque tal imposição acarretaria justamente *o abalo do compromisso regulatório*, de forma que poderia ensejar

---

<sup>197</sup>A discussão em torno do reajuste das tarifas de telefonia fixa, em 2002 e, a iniciativa de extinção da assinatura, em 2004, sendo esta última discutida com mais profundidade pelos autores (2007, p. 269-279).

efeitos colaterais como “aumento de tarifas, redução de investimento, atraso no cumprimento de obrigações ou aumento da percepção geral do risco do investidor” (COUTINHO, FARACO, 2007, p. 280). Nesses casos, os autores destacam que não raro o próprio compromisso regulatório prevê mecanismos para alcançar os mesmos fins políticos pretendidos, mas que não gerariam os efeitos ruins. Sob essa perspectiva, apontam a necessidade de mais interlocução entre Legislativo e órgão setorial a fim de averiguar alternativas e permitir aferição de efeitos contraproducentes dessas iniciativas políticas legítimas (COUTINHO, FARACO, 2007, p. 276).

De todo modo, fica evidente que – seja para permitir a eficácia operacional do sistema, seja para viabilizar sua legitimidade democrática – é imperativo que a *estabilidade* almejada com a fixação prévia dos compromissos regulatórios esteja alinhada com certo nível de *flexibilidade*. Como já mencionado, uma forma de se compatibilizar essas noções – que em um primeiro olhar podem parecer antagônicas – está no estabelecimento de compromissos que versem acerca de *processos*, prevendo-se, em uma moldura, os parâmetros e as regras procedimentais em que poderão ser discutidas as mudanças e os novos interesses que surgirão no futuro, assim como os termos em que serão resolvidos eventuais conflitos advindos de desacordos nessas discussões. Em outras palavras, é necessário que o regulador tenha a sua disposição mecanismos legítimos que lhe permitam “corrigir a rota de sua intervenção sem expropriar indevidamente rendas pactuadas” (COUTINHO; FARACO, 2007, p. 266) – e que a previsão dos procedimentos e dos parâmetros para tanto, definidos *a priori*, seja capaz de inspirar a confiança necessária aos investimentos.

Acontece que, como se verá no subcapítulo seguinte, não é todo e qualquer país, em todo e qualquer contexto, que conseguirá – apenas *via limitações procedimentais* – exprimir confiança aos investidores de que está, de fato, restringindo as margens para expropriação administrativa. Como apontam Levy e Spiller (1994), essa capacidade está condicionada à qualidade *das dotações institucionais* disponíveis, de forma que a busca pelo ponto ótimo entre estabilidade e flexibilidade *depende do país e do contexto*.

Aliás – e aqui já à guisa de conclusão deste segundo subcapítulo – destaca-se que, muito embora todas as ponderações realizadas pela literatura especializada trazidas nesta seção (confirmadas também na análise dos dois casos estudados no Capítulo 1) sugiram que (i) a sequência entre privatizar e regular importa, e que (ii) essa ordem pode estar atrelada às consequências elencadas acima (tanto às positivas, como às oriundas das tensões descritas), *isso*

*não é o suficiente para afirmar que existe uma relação geral de causalidade direta entre o timing em que os compromissos regulatórios são firmados e essas consequências.*

Assim é, pelo simples motivo de que há importantes aspectos que igualmente *concorrem* para os resultados e que também precisam ser considerados. Essa questão é precisamente o tema do subcapítulo seguinte.

### **2.3 As Variáveis Concorrentes**

O objetivo desse subcapítulo é apontar alguns aspectos passíveis de concorrer na relação entre as variáveis explicativas e dependentes estudadas. Dada a complexidade que rege essas relações, não se pretende – evidentemente – elencar exaustivamente todos os elementos capazes de influir nesse quadro. Tampouco se tem a pretensão de analisar *o impacto* dessas outras variáveis, o que exigiria um estudo aprofundado acerca de cada uma. O que se busca é, tão somente, apontar em linhas gerais que outros aspectos são esses até para que, em pesquisas futuras, a análise de seus impactos possa ser realizada, e, então, seja possível compreender com maior acurácia em que medida eles influem na relação foco do estudo.

Nesse escopo, serão apresentadas algumas considerações acerca dos seguintes pontos: o *conteúdo* dos compromissos, a *origem institucional-formal* dos atos que os formalizaram (se mediante leis ou decretos), o *contexto histórico-temporal* em que foram firmados, a realização de *outros ajustes prévios “não regulatórios”* (como financeiros e estratégicos) e o *ambiente institucional* em que implementados.

Quanto ao primeiro ponto – o *conteúdo* –, é até intuitivo afirmar que em nada adiantaria a fixação, ainda que prévia, de “compromissos vazios”, cujo conteúdo é desconectado dos objetivos pretendidos pela privatização. Todavia, o que vale notar é que, a depender do resultado, o grau de importância da “qualidade” desse conteúdo se mostra maior ou menor para sua consecução. Explica-se.

Considerando aqui enquanto variáveis dependentes os sete resultados “positivos” apontados pela literatura como relacionados ao estabelecimento prévio desses compromissos (elencados no subcapítulo 2.2)<sup>198</sup>, nota-se que, em alguns casos, parece haver uma relação mais

---

<sup>198</sup> Vale rememorar: (i) o valor a que os investidores se dispõem a pagar pela empresa; (ii) a quantidade de investimentos recebidos em geral; (iii) o grau de penetração dos telefones e o aumento de subscrições de telefonia móvel (o que pode ser um indicativo de melhora de performance do setor); (iv) o nível de dificuldade na implantação posterior da regulação; (v) a propensão ao estabelecimento futuro de competição; (vi) o nível de poder de barganha do governo vis-à-vis os investidores privados e a propensão das empresas a perpetrarem

“imediate” entre a simples celebração de um compromisso prévio, que oferece previsibilidade aos investidores acerca das “regras do jogo” (independentemente da “qualidade” de seu conteúdo), e o resultado. É o caso do aumento dos investimentos em geral (que engloba tanto o valor a que os investidores se dispõem a pagar pela empresa, como os investimentos recebidos nos anos subsequentes), resultado lógico do aumento à *propensão* aos investimentos que, como visto, é pressuposto do termo “compromissos regulatórios”<sup>199</sup>.

Já em outros casos, é fato que não será suficiente somente uma regulação “crível” e definida *a priori*, mas será necessária, nos termos de Felder e Oszlak (2000, p. 30), uma “boa regulação”, com conteúdo adequado e eficaz para atingir os demais fins almejados. É, em termos gerais, o caso dos outros cinco resultados – e especialmente daqueles relativos à promoção da concorrência e da equidade/universalização de acesso ao serviço, que demandam uma engenharia regulatória voltada a compensar falhas de mercado e a criar incentivos de realização de metas que provavelmente não seriam perquiridas naturalmente pelas companhias privadas que assumem a operação dos serviços. Portanto, a “qualidade” e a adequabilidade do conteúdo desses compromissos evidentemente também influem, em maior ou menor medida, no alcance dos objetivos da privatização.

Outra variável que merece destaque é *origem institucional-formal* dos entes reguladores e dos outros instrumentos de formalização do processo de privatização. Em outros termos, a *forma* com que esses compromissos são cristalizados. Na Argentina, como visto, a privatização das telecomunicações foi levada a cabo praticamente mediante decretos e atos unilaterais do Executivo, ao passo em que no Brasil esta foi realizada via procedimentos legislativos que inclusive demandavam altos quóruns para aprovação, como o de emenda à Constituição. Quanto ao impacto dessas diferenças, Felder e Oszlak (2000, p. 16) sintetizam que:

---

comportamentos oportunistas; (vii) o grau de repasse dos ganhos de eficiência das empresas aos consumidores (o que pode se manifestar na diminuição das tarifas e/ou no aumento de qualidade dos serviços, por exemplo) e, ainda, sua justa distribuição (o que acrescenta o aspecto de equidade, próprio do objetivo de universalização).

<sup>199</sup>Como pontuado no subcapítulo 2.1, tomou-se o termo “compromisso regulatório” para compor a variável explicativa estudada – e não “regulação” ou “estruturas regulatórias” – a fim de se especificar que se cuidam dos arranjos regulatório-institucionais que pretendem – e efetivamente têm a capacidade – de sinalizar um compromisso, de trazer certa previsibilidade acerca das “regras do jogo” de modo a criar, assim, um ambiente mais propício ao investimento. Sob essa perspectiva, portanto, não faz muito sentido afirmar que há propriamente uma relação qualquer (de causalidade ou correlação) entre a fixação prévia desses compromissos e o “resultado” aumento da *propensão* aos investimentos pelo simples fato de que este é, em verdade, um elemento constitutivo daquela. Já quanto ao *efetivo* recebimento de investimentos (seja a elevação do valor da venda ou os investimentos subsequentes) faz sentido perquirir essa relação. E, como apontado pela literatura e ratificado no estudo dos casos da Argentina e do Brasil, parece haver uma correlação entre a variável momento e esse aumento efetivo – ainda que, obviamente, outras variáveis também possam influenciar nessa relação.

Do ponto de vista jurídico, a criação mediante uma lei ou um decreto supõe uma condição diferente para os organismos criados desta forma. No primeiro caso, o funcionamento dos entes sustenta-se na maior legitimidade e permanência do instrumento legal, enquanto nos casos de entes criados por decreto, sua ação fica sujeita a uma vontade executiva muito mais facilmente alterável.

De fato, a condução do processo via decreto na Argentina viabilizou as sucessivas modificações nas “regras do jogo” que, como aponta Simao (2010, p. 31-32), contribuíram para minar o poder de barganha do governo:

The decision to privatize through decree had a negative impact on the state’s bargaining power because the result of this institutional design was a rushed sales process, marked by low instability, partiality and secrecy during the privatization process.

No Brasil, por outro lado, o fato de a privatização ter sido amparada em alterações normativas – realizadas pelos canais democráticos e em obediência aos prazos, procedimentos e quóruns pré-definidos – contribuiu para diminuir a percepção de risco e aumentar a credibilidade do governo (e, portanto, seu “poder de barganha”). Isso certamente se refletiu no aumento do nível de investimentos e na possibilidade de serem exigidas dos compradores metas mais robustas de qualidade e universalização. Assim, essa origem institucional-formal também é aspecto que concorre com o *timing* de cristalização dos compromissos regulatórios no alcance dos resultados do processo de privatização.

Outro aspecto não menos relevante é o *temporal* – mas não o relativo ao momento da regulação em relação à venda (ou seja, se antes, durante ou depois da alienação) e sim quanto ao momento da privatização do setor das telecomunicações *em relação a outras experiências de privatização* no Brasil e no mundo.

Vale lembrar que a privatização das telecomunicações no Brasil foi “tardia” em comparação à de outros países (ou, ao menos, não tão precipitada) – muito em razão, inclusive, dos óbices constitucionais e legais cuja alteração demandava um apoio político que não existia no Brasil no início dos anos 1990 (e pela opção de respeitar as vias democráticas para tanto, ainda que bem mais morosas do que eventuais atos unilaterais do Executivo). Graças a isso, foi possível observar e aprender com os exemplos negativos da privatização de outros setores brasileiros (como o setor elétrico, iniciado anos antes) e mesmo das telecomunicações em outros países (como a própria experiência Argentina).

De fato, considerando que a venda da Telebrás ocorreu quase oito anos após a da Entel, interessante notar que esta última foi realmente tomada como lição para o caso brasileiro no

sentido do que “não fazer”. Em *working paper* da área de planejamento econômico no âmbito do BNDES intitulado “Privatização na Indústria das Telecomunicações: antecedentes e lições para o caso brasileiro” publicado em 1996, por exemplo, Pastoriza analisa o caso da então recente venda da estatal argentina e sublinha as consequências negativas da falta de regulação prévia nesse processo:

A decisão do governo argentino de privatizar a Entel o mais rápido possível (para permitir equacionar as contas públicas), relegando ao segundo plano a questão regulatória, foi duplamente equivocada. Por um lado, elevou os fatores de risco associados à compra da empresa e, por outro, revelou pouca preocupação com a situação futura da indústria. Note-se que a existência de um sistema regulatório estável que dispusesse de credibilidade teria como principal efeito uma redução significativa do risco associado ao investimento e, conseqüentemente, da taxa de retorno que os investidores exigiriam para participar do empreendimento, podendo inclusive elevar o valor de venda da empresa. (PASTORIZA, 1996, p. 48)

Com base nesse contra-exemplo, a autora aponta que, no Brasil:

[e]ntre as questões na ordem do dia, está a criação do órgão regulador, cuja existência é fundamental para garantir o dinamismo tecnológico da indústria, assegurar a padronização e interconexão entre os equipamentos e redes prestadoras de serviços e zelar pela qualidade dos serviços e pelo atendimento aos usuários - em particular em regiões deficitárias onde a rentabilidade dos serviços e o interesse de eventuais operadores privados serão menores. Ademais, como já enfatizado, a definição das regras de regulação teria um impacto direto sobre a rentabilidade futura das operadoras e, conseqüentemente, sobre o seu valor de venda. (PASTORIZA, 1996, p. 69)

Portanto, não somente o *timing* da regulação em relação à venda é capaz de influir nos resultados, mas também o *timing* do processo como um todo em relação a outros processos semelhantes, o que configura uma oportunidade de aprendizados com os erros e acertos das outras experiências.

Ademais, esse lapso temporal mais amplo no caso brasileiro permitiu (e, em certa medida, também se deu em virtude disso) que uma série de *ajustes econômicos e estratégicos fossem realizados antes da privatização*. Como visto, diferentemente da privatização da Entel, a venda da Telebrás foi precedida por uma substancial *reestruturação financeira* que compreendeu a correção de distorções tarifárias e seu alinhamento aos custos reais e aos padrões internacionais, o que tornou mais transparentes aos investidores as condições operacionais e de rentabilidade da empresa.

Além desse saneamento econômico, um *rearranjo estratégico* das subsidiárias foi desenhado (e implementado) com a finalidade de maximizar a atração de capital e de viabilizar mais concorrência no setor. Portanto, essa oportunidade de realizar esses ajustes prévios não só

no campo regulatório, mas também na área financeira e estratégica, pode ser elencado como um aspecto passível de gerar influxos nas consequências do processo de privatização.

Outra variável que merece especial destaque é o ambiente institucional em que a privatização ocorre. Nesse ponto, cabe destacar a abordagem institucionalista de Levy e Spiller (1994; 1996), segundo a qual o sucesso da privatização depende estreitamente – mais do que do *timing* em que a regulação é estruturada – da adequabilidade do sistema regulatório à realidade institucional vigente<sup>200</sup>.

Conforme essa abordagem, para que a regulação seja capaz de estimular o investimento (o que, na visão dos autores<sup>201</sup>, constitui um de seus objetivos primordiais em contextos de privatização de serviços públicos<sup>202</sup>), ela deverá – justamente – ser capaz de inspirar nos investidores a confiança de que terão um retorno adequado e de que suas rendas e propriedades não serão expropriados pelo poder público. Ou seja: deverá incorporar mecanismos para reduzir a vulnerabilidade de entes privados frente a ações administrativas arbitrárias<sup>203</sup>. Esses mecanismos podem ser de três tipos: (i) *restrições substantivas* (limitações explícitas, previstas na lei ou nos contratos, e.g., a *definição precisa* das fórmulas de ajustes de tarifas, das atividades

---

<sup>200</sup> A linha de raciocínio dos autores é a seguinte: (i) a privatização dos serviços públicos não deve ser vista como um fim em si mesma, mas como uma forma de melhorar a performance na prestação dos serviços; (ii) essa melhora de performance não é automática, mas depende da regulação; e (iii) a aptidão da regulação para alcançar seus objetivos primordiais (na visão dos autores, o aumento do investimento e da eficiência na produção e na fruição dos serviços), por sua vez, depende das dotações institucionais (*institutional endowments*) de cada país em dado momento e, principalmente, de sua capacidade de se ajustar a essas particularidades institucionais. Nesse sentido, resumem que “indeed, the crucial difference between the success and failure of private utilities in these countries was the goodness of the regulatory ‘fit’ with each country’s political and judicial institutions” (LEVY; SPILLER, 1994, p. 216). Em sentido semelhante, o Banco Mundial (2004, p. 81) afirma que “to contribute to social welfare, regulation must reflect local capacity”.

<sup>201</sup> Nas palavras dos autores: “utility regulation has two goals: to encourage investment and to support efficiency in production and use. Regulation encourages investment by providing rules that are broadly perceived to be fair, that allow investors a profit, and that inspire confidence in the stability of the business environment. Regulation supports efficiency by encouraging competition and market-based pricing and by requiring efficient pricing where competition alone is inadequate” (LEVY; SPILLER, 1994, p. 216).

<sup>202</sup> Como já mencionado, o presente trabalho adota uma visão mais ampla acerca da razão de ser da regulação – assentada na promoção dos direitos fundamentais, e não somente no aumento do investimento e da eficiência na prestação do serviço.

<sup>203</sup> Como apontam Levy e Spiller (1994, p. 220-221), “in trying to understand a country’s ability to commit to particular regulatory processes and institutions, it is useful to look at regulation as a two-level design problem: basic design and detail design.” O desenho básico (*basic regulatory design*, também chamado pelos autores de “estrutura de governança” em estudos posteriores) compreende esses mecanismos que impõem restrições substantivas ou procedimentais à discricionariedade administrativa e que servem para resolver os conflitos que eventualmente afetam essas restrições. Já o desenho detalhado (*detail regulatory design*, a que também fazem referência como “estrutura de incentivos”) diz respeito a aspectos mais específicos como as regras de preços, de entrada e de subsídios. Apesar de ambos afetarem a performance das políticas regulatórias, os autores sublinham a importância da consideração ao *desenho básico* como condicionante do sucesso de uma política regulatória, já que o impacto positivo ou negativo do desenho detalhado “comes to the fore only if a country first gets the basic design right”.

sujeitas a regulação de preços e da duração dos direitos de exploração monopolística); (ii) *restrições procedimentais* (limitações a eventuais mudanças no modelo regulatório, e.g., a previsão de que as condições estabelecidas na época do contrato só poderão ser repactuadas diante de acontecimentos e/ou mediante processos claramente delimitados<sup>204</sup>); e (iii) *dotações institucionais* que garantam o *enforcement* dessas restrições (e.g., um Judiciário forte e independente, apto a assegurar as limitações acima e a resolver eventuais desacordos quanto a à aplicação prática dessas regras)<sup>205</sup> (LEVY; SPILLER, 1994, p. 230-240).

Assim – mais do que o *timing* em que estruturada a regulação, ou, ainda, seu conteúdo quanto a *um* dos aspectos elencados acima – seria o *conjunto* e a relação de *adequação* entre esses três mecanismos que formam um modelo regulatório de sucesso que, consoante essa abordagem, resultará em consequências desejáveis em um contexto de privatização. E, para além do que a simples obtenção de investimentos, essas consequências desejáveis englobam também, na visão dos autores, um bom equilíbrio entre “a capacidade de se comprometer com um conjunto estável de regras e a capacidade de responder de maneira flexível a mudanças nas circunstâncias” (LEVY; SPILLER, 1994, p. 215).

Como visto no subcapítulo 2.2, a utilização de limitações procedimentais viabiliza, em geral, mais flexibilidade ao sistema. Todavia, dado que os países diferem em suas realidades institucionais, o modo com que eles deverão articular e adequar esses dois tipos de mecanismos (limitações substantivas e procedimentais) para exprimir estabilidade e credibilidade aos investidores também será distinto.

Nesse sentido, quanto à forma com que poderão resolver essa tensão entre flexibilidade e estabilidade, os autores indicam que é possível enquadrar os países em três grupos distintos consoante o nível de “robustez” de suas dotações institucionais: (i) aqueles que, por possuírem

---

<sup>204</sup> Os autores citam o exemplo do Reino Unido, em que as condições pactuadas só poderiam ser alteradas com o consentimento da companhia *ou* mediante um procedimento claramente delimitado que requeria a aprovação de três autoridades/órgãos distintos e independentes daquele país (a Secretaria de Estado de Comércio e Indústria, a Comissão de Monopólios e a Agência Reguladora), das quais se poderiam esperar diferentes “visões regulatórias” e, das duas últimas, considerável autonomia do governo à época.

<sup>205</sup> Essas dotações institucionais – específicas de cada país e em cada momento histórico – são definidas pelos autores a partir de cinco elementos, sendo os três primeiros formais e os dois últimos informais: (i) *instituições legislativas e executivas* (e.g., os mecanismos formais para nomear legisladores e tomadores de decisão, para formular e implementar leis e regulamentos e para determinar as relações tais instituições); (ii) *instituições judiciais* (mecanismos formais para nomear juízes, determinar a estrutura interna do Judiciário e as regras para mediar de modo imparcial as disputas entre entes privados ou entre eles e o Estado); (iii) *capacidades administrativas* (ligadas sobretudo à qualificação técnica do quadro de pessoal e aos recursos materiais disponíveis às agências); (iv) *hábitos e normas informais amplamente aceitas* (que restringem tacitamente ações dos indivíduos ou instituições); e (v) a *consciência social* (relacionada ao padrão de oposição e/ou equilíbrio de interesses sociais em dada sociedade, incluindo o papel da ideologia).

instituições credíveis e estáveis, conseguirão inspirar confiança aos investidores valendo-se apenas – ou majoritariamente – de limitações procedimentais (e portanto gozarão de boa flexibilidade de adaptação do sistema); (ii) aqueles que, em virtude da fragilidade de algumas de suas instituições – em maior ou menor medida – necessitarão de regras substantivas específicas para refletir seu compromisso em restringir eventuais ações arbitrárias (o que implica o sacrifício de certa flexibilidade do sistema); e, por fim, (iii) aqueles cuja dotação institucional é tão frágil que lhes será impossível construir compromissos capazes de efetivamente exprimir confiança em limitar eventuais ações arbitrárias do poder público<sup>206</sup> (LEVY; SPILLER, 1994).

Nos países desse último grupo – que não serão atraentes aos investimentos –, os autores afirmam que é inócua a tentativa de se fixar previamente compromissos regulatórios, seja com limitações substantivas ou procedimentais. Nesses casos, é necessário buscar outras estratégias para exprimir essa credibilidade (LEVY; SPILLER, 1994, p. 217)<sup>207</sup>, ou, na impossibilidade, é melhor que a propriedade permaneça nas mãos do poder público até que ocorra uma melhora no ambiente institucional do país (SAPPINGTON, 1994, p. 255-256).

Vale tentar transpor essa abordagem para os casos estudados no Capítulo 1 – ainda que de forma superficial, sem a pretensão de fazer uma análise completa da realidade institucional da Argentina e do Brasil (o que seria interessante tema para estudo futuro), mas baseando-se somente nas *conclusões* de alguns autores sobre as capacidades institucionais desses dois países na década de 1990.

Para tanto, em relação à Argentina, cabe considerar o estudo de Felder e Oszlak (2000, p. 7 e 40) que, ao analisar “a capacidade institucional disponível no Estado argentino para

---

<sup>206</sup> Em sentido semelhante, o Banco Mundial (2004, p. 82-83) destaca que vários países em desenvolvimento não possuem os pré-requisitos institucionais para uma regulação efetiva, incluindo: “separation of powers, especially between the executive and the judiciary; well-functioning, credible political and economic institutions — and an independent judiciary (Bergara, Henisz, and Spiller 1998); a legal system that safeguards private property from state or regulatory seizure without fair compensation and relies on judicial review to protect against regulatory abuse of basic principles of fairness; norms and laws — supported by institutions — that delegate authority to a bureaucracy and enable it to act relatively independently; strong contract laws and mechanisms for resolving contract disputes; sound administrative procedures that provide broad access to the regulatory process and make it transparent; sufficient professional staff trained in relevant economic, accounting, and legal principles.” A instituição acrescenta que “developing and transition economies cannot develop these crucial features overnight — achieving them will take time”.

<sup>207</sup> Quanto ao ponto, os autores afirmam que “countries that lack the institutions needed for workable regulation may be able to find substitute mechanisms that credibly restrain arbitrary administrative action and so still attract private investment. **Substitute mechanisms may be available that do not require the missing institutions as a foundation, such as certain forms of broadly based private ownership or international guarantees against noncommercial risk, underwritten by the government**” (LEVY; SPILLER, 1994, p. 217 – grifos nossos).

enfrentar, de maneira eficaz, suas responsabilidades regulatórias no campo da prestação de serviços públicos privatizados”, apontou existir, à época das privatizações, um significativo déficit de capacidade institucional no país “para levar a cabo sua missão [de regular os serviços públicos privatizados] com o alcance e profundidade que exige essa tarefa”. Essa conclusão se assemelha a de Estache (2002) que sublinha a insuficiência da regulação, diante do déficit institucional da Argentina, ao afirmar que “uma regulação melhor poderia amenizar as dores nos setores de prestação de serviços públicos... mas a Argentina também está sofrendo de uma grave **crise institucional** que impede que este complemento necessário à privatização dos monopólios [a regulação] funcione adequadamente”<sup>208</sup>.

Ou seja, mesmo que houvesse *formalmente* o estabelecimento prévio de regras regulatórias e a estruturação de uma agência antes da venda da Entel (como de fato houve, com a instituição da CNT e a edição de alguns decretos com conteúdo regulamentador), a intensa fragilidade das dotações institucionais desse país teria impedido (como de fato impediu) que essas estruturas funcionassem efetivamente como compromissos regulatórios, passíveis de inspirar confiança aos investidores<sup>209</sup>. Portanto, o caso argentino parece se encaixar no terceiro grupo de países apontado por Levy e Spiller<sup>210</sup> (1994).

Já em relação ao Brasil, vale considerar os estudos de Gaetani, Melo e Pereira (2005) e de Sousa, Souza e Kubota (2013), que exploram o contexto institucional do setor das

---

<sup>208</sup> ESTACHE, 2002, p. 26 – grifos nossos. Tradução livre. Lê-se no original: “better regulation could smooth the pain in the utilities sector... but Argentina is also suffering from a major institutional crisis which impedes this necessary complement to the privatisation of monopolies to function properly”.

<sup>209</sup> Quanto às limitações substantivas, não basta o conteúdo, mas a confiança em sua estabilidade. A Argentina anunciou repetidamente regras regulatórias que incorporaram algumas restrições substantivas. Nota-se, daí, que o que importa não é o conteúdo, mas a confiança em sua estabilidade. No caso da Argentina, além da ausência de confiança em virtude da fraqueza institucional, vale lembrar que essas regras sofreram constantes mudanças em curtos períodos e foram sistematicamente desrespeitadas pelo próprio governo argentino, o que contribuiu para mitigar – ainda mais – a confiança no sistema.

<sup>210</sup> Interessante notar, todavia, que os próprios Levy e Spiller mencionam a experiência argentina das telecomunicações como um exemplo de país que, por sua intensa debilidade institucional, buscou outra estratégia para sinalizar credibilidade aos investidores: a de divulgar a privatização da Entel como uma “primeira grande tacada” em um programa de governo que almejava privatizar várias outras empresas. Ao condicionar o sucesso de toda a sequência de programas à obediência do governo aos acordos realizados nesse primeiro empreendimento, essa estratégia refletia que os custos para o governo infringir esses acordos seriam mais altos, aumentando a confiança dos investidores em investir nesse primeiro empreendimento posto que seguros de que o governo argentino teria muito a perder caso não cumprisse os acordos. Nesse sentido, explicam os autores que “since the success of a sequenced program depends on the government's abiding by the agreements it made in the early steps, the costs to the government of reneging on its agreements can be high. Argentina provides the clearest example of this approach. Its privatization of telecommunications was the first, dramatic step in a sweeping program to privatize public enterprises. The potential impact of the government's actions on the success of the remainder of the program inspired confidence in the private buyers of the telecommunications utility that the government would refrain from administrative expropriation” (1994, p. 236).

telecomunicações (respectivamente, na época da privatização e sua evolução nos anos seguintes) valendo-se justamente do modelo analítico proposto por Levy e Spiller (1994; 1996).

A conclusão principal dos primeiros autores é a de que a criação da Anatel representou um importante incremento da dotação institucional do Brasil no âmbito das telecomunicações e que muito do sucesso da privatização do setor pode ser relacionado a sua atuação – ainda que, em alguns aspectos, ressalvam eles, essa agência se distancie bastante de um modelo considerado “ideal” de entidade reguladora<sup>211</sup> (GAETANI; MELO; PEREIRA, 2005, p. 30).

Acrescentam ainda, embora de forma mais geral, que “uma série de características da dotação institucional mais ampla do país ajudam a explicar o sucesso relativo da experiência brasileira”<sup>212</sup>, ressaltando o papel do Judiciário brasileiro e de outras instituições de controle (como o Ministério Público e o TCU) para assegurar um ambiente de confiança no cumprimento dos contratos (GAETANI; MELO; PEREIRA, 2005, p. 8 e 30). Esse ponto diferencia significativamente o caso do Brasil do da Argentina na década de 1990, posto que as (i) as decisões da CNT eram recorríveis apenas para o Executivo federal (e não para o Judiciário)<sup>213</sup>; e (ii) o Judiciário argentino não dispunha de credibilidade alguma no sentido de coibir arbitrariedades administrativas, na medida em que sofreu significativas interferências do governo em sua composição<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> Afirmando na conclusão: “the preceding analysis shows that Anatel has represented an important process of institution-building and is a robust institution. The telecommunications sector in Brazil has been depicted as a success story and much of the accomplishments in terms of expansion of coverage and quality of service - are due to the role played by Anatel. However, this agency deviates from the idealized model of regulatory institution in a number of very important ways. Furthermore, many of the results were non-anticipated outcomes. First, it never had financial autonomy and its resources continue to be impounded. This has reduced the agency’s autonomy but still an important degree of autonomy remained. Second, Anatel has never had its own career staff. Despite the existence of a highly qualified cadre of technicians, the fact that many staff was recruited from other institutions weakens it. Third, it failed in important ways to introduce competition because the mirror companies in local telephone services represent a minuscule share of the market. Fourth, despite the fact that the agency is very transparent, public hearings and other mechanism for participation do not guarantee effective participation by consumers as a result of information asymmetries that remain. Notwithstanding it is the best regulatory agency in the country and compares very favorably with its counterparts in the region” (2005, p. 30).

<sup>212</sup> GAETANI; MELO; PEREIRA, 2005, p. 8 e 30. Tradução livre. Lê-se no original: “a number of features of the broader institutional endowment of the country help explain the relative success of the experience”.

<sup>213</sup> Quanto a esse ponto, Abdala e Hill destacaram em 1993 (p. 23) que “another change which Argentina eventually may wish to consider would be to modify the appeal mechanism. In the current regime appeals are made to the Executive rather than to the Judiciary. Given the general lack of confidence in the judicial system this may be the most appropriate mechanism for the time being. However, appeal to the Executive has a number of drawbacks. First, it removes the possibility of checks and balances between the different branches of government. Second, given that judicial appointments are in theory lifetime appointments and the president's term is limited to six years, the judiciary should be a more stable institution. Finally, it presumes expertise on the part of the Executive that it may not possess”.

<sup>214</sup> Menem, por exemplo, expandiu o número de juízes da Suprema Corte argentina de cinco para nove (nomeando quatro novos integrantes) para garantir a maioria em seu favor. Nesse contexto, natural que o Judiciário argentino não tenha sido visto como um mecanismo passível de restringir arbitrariedades administrativas (FORCINITO,

Já Sousa, Souza e Kubota (2013, p. 14-16), conquanto reconheçam o papel fundamental das instituições judiciais brasileiras na restrição de discricionariedade governamental, destacam que “os magistrados no Brasil acreditam que o Poder Judiciário tem um papel social” e que, por consequência, “argumentos de justiça social são admitidos como justificativa para alterar contratos”. Sob a ótica dos investidores privados, que buscam estabilidade e cumprimento dos contratos, tal aspecto significa que essas instituições oferecerão menor proteção ao cumprimento do que pactuado, revelando-se, nesse prisma, como uma “fraqueza institucional”.

Ademais, no tocante às *normas implícitas* (dotações institucionais informais), afirmam que “a negociação e a conciliação de interesses divergentes dentro das coalizões políticas que suportam o governo federal são frequentes no Brasil”. Os autores sublinham que, por um lado, esse quadro pode tornar os governos muito suscetíveis a variações de conjuntura, afetando “decisões de investimento em infraestrutura que requerem um contexto mais estável”. Por outro, ponderam que essa fragmentação pode “tornar as plataformas políticas dos grupos que lutam pelo poder mais próximas umas das outras, minimizando a ocorrência de mudanças abruptas” e promovendo, assim, mais estabilidade (SOUSA; SOUZA; KUBOTA, 2013, p. 14-16).

De modo geral, todavia, os autores também concluem que a “governança regulatória no Brasil foi desenhada a partir de sólidas e robustas dotações institucionais”<sup>215</sup> e que “este estável desenho institucional pode ser uma das razões fundamentais para explicar o fluxo contínuo de investimentos por parte das empresas privadas no setor desde 1998”. Ademais, sublinham as características<sup>216</sup> das instituições legislativas e executivas brasileiras que, (ao lado das judiciais)

---

2005, p. 2). Forcinito relata ainda outras interferências no poder Judiciário ou em instituições de controle: “la Presidencia de la Nación neutralizó el accionar de diversas instancias de control que poseía el aparato del Estado al remover a casi todos los miembros del Tribunal de Cuentas y al Fiscal General de la Nación, nombrar por decreto al Procurador General de la Nación, reducir el rango institucional de la Sindicatura General de Empresas Públicas y desplazar o reubicar a jueces o fiscales cuyas iniciativas podían obstaculizar sus decisiones, entre las principales iniciativas” (FORCINITO, 2005, p. 2-3).

<sup>215</sup>Isto, sublinha-se, quanto à estrutura de governança (basic regulatory design). Os autores ressaltam que o mesmo não se pode afirmar quanto à estrutura de incentivos (detail regulatory design), a qual “sofreu crescentes tensões de instituições no âmbito da esfera federal. A falta de diretrizes e políticas para o setor e a ausência de coordenação entre os agentes formalmente constituídos foram o primeiro problema detectado. Um segundo ponto foi a proliferação de novos agentes em governos recentes, mesmo sem ordenamento legal, os quais acabaram implementando políticas divergentes. A maioria delas tem perseguido os mesmos objetivos, mas também tem competido por escassos recursos públicos”. Nesse ponto, destacam que “o modelo de incentivos afeta a eficiência do sistema regulatório. Logo, a instabilidade observada pode ser um fator-chave para o desempenho insuficiente das atividades regulatórias, permitindo a perpetuação das falhas de mercado”.

<sup>216</sup>São destacadas as seguintes características: “separação explícita entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; existência de Constituição escrita, que delimita as competências do Legislativo e do Executivo e se faz cumprir pelos tribunais; funcionamento de duas casas legislativas com membros eleitos sob regras diferentes de

permitiram “bloquear esforços de se alterar a governança regulatória, fazendo cumprir o sistema regulatório vigente” (SOUSA; SOUZA; KUBOTA, 2013, p. 15 e 27).

Com base nas conclusões desses autores e, ainda, analisando-se o quadro brasileiro sob uma ótica comparativa, contrastando-o aos países que Levy e Spiller (1994) apontam como pertencentes ao “primeiro grupo”<sup>217</sup> (ou seja, aos países cujas dotações institucionais são tão estáveis e dignas de confiança ao ponto de lhes ser possível se valer basicamente de limitações procedimentais para estimular o investimento), é razoável afirmar que as instituições do Brasil à época da privatização (em especial as informais) não gozavam da mesma robustez<sup>218</sup>.

Portanto, parece adequado encaixar o Brasil da década de 1990 no “segundo grupo” – o dos países que necessitaram, em alguma medida, de limitações *substantivas* mais robustas para exprimir confiança aos investidores em seus processos de privatização (o que, para esses autores, implica sacrificar certo grau de flexibilidade). Isso pode ajudar a explicar o porquê de alguns aspectos da regulação das telecomunicações desenhada naquela época terem ocasionado certo engessamento do sistema nos anos seguintes (como o mencionado exemplo da previsão do STFC como serviço público na LGT).

Finalmente, é necessário enfatizar o aspecto dinâmico da capacidade dessa dotação institucional – já que a realidade institucional varia não somente de país para país, mas também em um mesmo país, *ao longo do tempo* (LEVY; SPILLER, p. 257). Esse aspecto é importante porque indica que a *evolução da regulação* – e a escolha das estratégias para se encontrar o ponto ótimo entre flexibilidade e estabilidade – deve considerar a *evolução das dotações institucionais*. É dizer: se no Brasil da década de 1990, por exemplo, pelas características de suas dotações institucionais da época, mostrava-se necessário que uma maior carga de limitações substantivas fosse incorporada aos compromissos regulatórios como condição para inspirar confiabilidade (o que, por efeito colateral, significou certo engessamento do sistema);

---

votação; implementação de sistema eleitoral desenhado para produzir a proliferação de partidos minoritários; e estrutura federal de governo com forte descentralização” (SOUSA; SOUZA; KUBOTA, 2013, p. 14).

<sup>217</sup>Exemplos são países como Reino Unido e Estados Unidos, “in which informal norms restrain the arbitrary use of government power even when explicit legal restraints are absent and (...) in which an institutionalized process of argumentation and consensus formation sets de facto limits on the allowable extent of administrative expropriation” (LEVY; SPILLER, 1994, p. 242).

<sup>218</sup>Vale acrescentar que o Brasil também se encaixa no diagnóstico de Binenbojm de país “cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários” e em que, portanto, “o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros” (BINENBOJM, 2006, p. 59). Em sentido semelhante, Gheventer (p. 55) afirma que “maior credibilidade exige, na América Latina, maior esforço na redução da flexibilidade administrativa – criar amarras mais fortes a atuação do Executivo, ao menos, no âmbito de algumas políticas”. Portanto, mostrou-se necessário, no Brasil, compensar essa tradição de forte intervencionismo nacionalista com mecanismos mais robustos de limitação do risco de expropriação.

hoje, com suas dotações institucionais atuais, talvez seja possível a incorporação de mecanismos que permitam mais flexibilidade e adaptabilidade do sistema sem prejuízos para a estabilidade. Em outras palavras, convém avaliar se as condições institucionais atuais sugerem que há mais aptidão para se pensar em uma regulação mais flexível sem perder tanto em termos de confiança.

## CONCLUSÃO PARCIAL

Como visto, o *momento* em que os compromissos regulatórios são firmados constitui apenas *uma das* dimensões a serem consideradas para a compreensão dos *resultados* de um processo de privatização. Por isso, antes de que sejam ponderados os influxos dos demais fatores apontados acima e de diversos outros<sup>219</sup> (tarefa esta que desborda do escopo do presente trabalho) não é possível concluir que existam *relações diretas de causalidade* entre a variável explicativa e as dependentes.

Todavia, conforme assentado pelos especialistas que se debruçaram sobre as reformas regulatórias dos anos 1990 – e confirmado pela análise dos casos descritos no Capítulo 1 – é possível se afirmar que, tomando por parâmetro o contexto das privatizações da década de 1990, a fixação prévia desses compromissos pareceu estar *correlacionada*, em maior ou menor grau, aos seguintes resultados: (i) aumento do valor a que os investidores se dispõem a pagar pela empresa; (ii) aumento da quantidade de investimentos recebidos em geral; (iii) aumento do grau de penetração dos telefones e de subscrições de telefonia móvel; (iv) diminuição do nível de dificuldade na implantação posterior da regulação; (v) aumento da propensão ao estabelecimento futuro de competição; (vi) diminuição da propensão do governo e dos novos operadores a perpetrarem comportamentos oportunistas; (vii) aumento do grau de repasse dos ganhos de eficiência das empresas aos consumidores e, ainda, sua distribuição mais equitativa.

Por outro lado, essa cristalização *a priori* também revelou aptidão para gerar efeitos contraproducentes, em virtude da mencionada tensão entre estabilidade e flexibilidade – seja sob uma perspectiva *operacional*, ao ser passível de tornar o sistema engessado e menos responsivo às demandas da realidade concreta; seja sob o prisma da *legitimidade democrática*

---

<sup>219</sup> Felder e Oszlak (2000) problematizam outras questões não abordadas aqui, como os recursos materiais e humanos disponíveis aos entes reguladores e as políticas de incentivos e sanções fixadas para que estes desempenhem o seu papel. Levy e Spiller (1994) também mencionam outros aspectos que, além das dotações institucionais, devem ser levados em consideração para que os fins pretendidos pela privatização sejam alcançados, como as preferências dos consumidores e a densidade populacional.

*das políticas regulatórias*, ao ensejar uma *blindagem política* que pode dificultar os controles políticos, jurídicos e sociais legítimos exigidos em um Estado democrático de direito.

Portanto, ainda que não seja possível atestar uma relação de causalidade entre as variáveis estudadas, parece razoável afirmar que, com base na experiência das privatizações dos serviços de telecomunicações nos anos 1990, vislumbrada sobretudo no estudo dos casos descritos no Capítulo 1, a sequência entre regular e privatizar de fato importa.

Isso, todavia – e sublinha-se –, *com base nas experiências dos anos 1990*, em que o contexto histórico, econômico e ideológico; as dotações institucionais; e, especialmente, *as concepções acerca das privatizações e da regulação* eram substancialmente distintas das hoje vigentes.

Um ponto de reflexão que emerge, então, é: será que, no contexto corrente, considerando as dotações institucionais hoje disponíveis e, sobretudo, *as atuais concepções acerca da regulação*, faz sentido tentar *sequenciar* a regulação, tomando-se por parâmetro a privatização? É dizer: será que o momento da regulação precisa ser identificado apenas como três possíveis (*antes, durante e/ou após* a privatização)?

Diante desse questionamento, o capítulo seguinte buscará analisar esse quadro sob o prisma de uma teoria que, reconhecendo a complexidade e o dinamismo das estruturas, motivações e comportamentos dos entes regulados, indica que talvez não seja necessário *fixar previamente* quais são os elementos substantivos que devem definir a atuação regulatória. De outro modo, esse marco teórico propõe a interação *constante* entre o regulador e o regulado na construção do ótimo regulatório, a fim de viabilizar que a regulação exerça, de modo mais pleno, o seu papel de acompanhamento conjuntural da realidade (ARANHA, 2019, p. 99).

## CAPÍTULO 3 – ANTIFUNDACIONALISMO

*“A postura pragmática é, assim, essencialmente crítica e experimental, sempre aberta a novas possibilidades que possam falsear as hipóteses até então descritas como verdadeiras. Avaliar teorias por suas consequências exige desprendimento quanto ao reconhecimento dos erros do passado e da obsolescência das velhas teorias, quando sua perpetuação já não faça mais qualquer diferença para o mundo. Nesse sentido, o antifundacionalismo é um antídoto contra o fetichismo de teorias e contra a tentação de torcer os dados para adequá-los às proposições teóricas.”*

*(Gustavo Binenbojm)<sup>220</sup>*

Até este ponto, o trabalho apresentou um viés mais *descritivo* (Capítulo 1 – *Contextualismo*) e *analítico* (Capítulo 2 - *Consequencialismo*). Agora, o objetivo do Capítulo 3 é projetar um *juízo crítico* ao quadro exposto nos capítulos anteriores – valendo-se, para tanto, das lentes da *teoria da regulação responsiva*.

O capítulo estrutura-se da seguinte forma. Inicialmente, no subcapítulo 3.1, esclarece-se o porquê de se ter elegido essa teoria como marco teórico, evidenciando-se de que forma tal escolha preenche o terceiro elemento estruturante das análises pragmáticas: o *antifundacionalismo*. Após, no tópico 3.2, são apresentadas as principais marcas identificadoras da regulação responsiva, ressaltando-se as características de flexibilidade e dinamicidade que lhe são inerentes. Na sequência, projeta-se essa lente à variável explicativa estudada: no subcapítulo 3.3, expõe-se em que medida a lógica da teoria responsiva se mostra compatível com os elementos de estabilidade e previsibilidade, intrínsecos à concepção de *compromissos regulatórios*; e finalmente, em relação ao *momento* em que são fixados esses compromissos, pondera-se, no subcapítulo 3.4, de que modo a perspectiva da teoria responsiva adiciona complexidade à análise dessa questão – e, até mesmo, acaba colocando em xeque a desejabilidade de se tentar sequenciar a regulação e a privatização.

### 3.1 Teoria responsiva: a escolha do marco teórico

O primeiro motivo para a escolha da teoria responsiva como ancoragem teórica para a pesquisa está em sua própria origem e justificativa. Já nas primeiras páginas de sua obra de

---

<sup>220</sup> Em sua já citada obra “Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenado” (2016, p. 56 - grifos nossos), referindo-se, agora, ao pilar do *antifundacionalismo* que compõe a trílice da matriz pragmática.

referência – o livro clássico de Yan Ayres e John Braithwaite “*Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*” (1992) –, os autores afirmam que:

**“This book is about the need to transcend the intellectual stalemate between those who favor strong state regulation of business and those who advocate deregulation. (...) Good policy analysis is not about choosing between the free market and government regulation.** Nor is it simply deciding what the law should proscribe. If we accept that sound policy analysis is about understanding private regulation — by industry associations, by firms, by peers, and by individual consciences — and how it is interdependent with state regulation, then **interesting possibilities open up to steer the mix of private and public regulation.** It is this mix, this interplay, that works to assist or impede solution of the policy problem. Participants on both sides frame the deregulation debate as a kind of “Live Free or Die” policy choice. Even lovers of liberty might reasonably ask whether third alternatives do not exist. This book is about proposing such alternatives. **We argue that by working more creatively with the interplay between private and public regulation, government and citizens can design better policy solutions.**” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 3-4 – grifos nossos)

Portanto, ao buscar já em seu nascedouro *transcender o debate binário entre posições extremadas* que propunham, de um lado, a forte regulação estatal e, de outro, a completa desregulação, a teoria da regulação responsiva em muito se alinha ao propósito mais amplo do presente trabalho: o de superar a lógica dicotômica “*privatizar vs. não privatizar*” e “*regular vs. desregular*” e centrar a discussão em “*como, e sob quais condições, privatizar e regular*”.

Mais do que isso: ao procurar apoio em *estudos empíricos* como forma de ultrapassar as propostas teóricas calcadas meramente em ideologia<sup>221</sup>, essa teoria harmoniza-se ao propósito mais específico desta pesquisa: o de tornar mais bem informada a discussão sobre *como privatizar* a partir da *análise pragmática* de uma variável presumidamente passível de influir nos resultados alcançados com a privatização (aqui, o *momento* em que firmados os compromissos regulatórios), baseando-se, para tanto, no estudo de casos da experiência recente.

Assim, seja ao buscar a *superação dessa lógica dicotômica*, seja por fazê-lo apoiando-se em *constatações empíricas*, a teoria responsiva compatibiliza-se com os *propósitos* deste trabalho.

---

<sup>221</sup> Como sustentam Ayres e Braithwaite (1991, p. 18): “perhaps the motley political color of the supporters is only because our advocacy is of a method of regulation rather than of the ends of regulation, a method that is negotiated and flexible. People with radically different interests can agree on a fair way of negotiating. In the same way, people of different ideologies can agree on a method of resolving regulatory conflict that seems a practical means to a world that is better from all of their points of view, even if it is not their ideal world.”

Além disso, considerando que cada teoria regulatória ressalta ou obscurece determinados aspectos regulatórios<sup>222</sup>, vale acrescentar que a teoria da regulação responsiva foi escolhida, também, por focar *duas* dimensões do fenômeno regulatório que interessam à presente análise.

A primeira dimensão aqui valorizada relaciona-se ao fato de se tratar de uma teoria de *desenho regulatório*, cujo foco está nos aspectos *procedimentais* da regulação. Diz-se que a teoria da regulação responsiva é uma *meta-estratégia*: ela busca propor *estratégias* sobre *como selecionar as melhores estratégias* para a resolução de problemas concretos<sup>223</sup>. Essa questão ficará mais clara adiante, mas o que já se quer sublinhar é que, diferentemente das *teorias substantivas* – que orientam a regulação rumo a *valores* que as justificam (os direitos fundamentais, por exemplo) – as *teorias procedimentais* buscam indicar a *forma* de se regular *independentemente dos valores* a serem protegidos (ARANHA, 2019, p. 64-67). Mais uma vez, a aludida abordagem se alinha ao objetivo do trabalho de analisar os impactos de uma variável procedimental (o momento em que a regulação é definida) com vistas a se identificar estratégias passíveis de resultar em *melhores formas* de se regular.

Uma segunda dimensão do fenômeno regulatório ressaltada pela teoria responsiva e que bastante interessa à análise aqui realizada é a consideração aos *incentivos intrínsecos* ao ambiente regulado.

Como se sabe, o direito, visto como técnica social, apoia-se no pressuposto de que as normas jurídicas e a atuação administrativa voltam-se a *conformar o comportamento humano* (ARANHA, 2019, p. 54). Acontece que, até a década de 2010, prevalecia no Brasil – e em diversos outros países, inclusive na Argentina – a ideia positivista de que essa conformação de condutas seria alcançada *apenas* (ou majoritariamente) via técnicas de *comando e controle*, isto

---

<sup>222</sup> ARANHA, 2019, p. 47. Como sublinha o autor, “a compreensão das teorias regulatórias é fundamental para não somente identificarmos caminhos recomendados e testados para serem seguidos, como também para ressaltarmos ou obscurecermos aspectos regulatórios. **A teoria serve ao fim de nos dar foco**, como fazem os astrônomos ao analisarem corpos celestes próximos a estrelas, cobrindo-as, para que elas não ofusquem o objeto de análise. Cada teoria regulatória cobrirá uma parte do fenômeno regulatório e, por decorrência, revelará com maior intensidade outras dimensões do mesmo fenômeno. O bom pesquisador reconhece que as virtudes de uma teoria carregam consigo vícios próprios ao recorte do objeto de análise” (ARANHA, 2019, p. 47-48 – grifos nossos).

<sup>223</sup> ARANHA, 2019, p. 112. Como complementa o autor, a teoria da regulação responsiva “fornece um arcabouço teórico e recomendações práticas que demonstram formas recomendadas de regular inspiradas no mecanismo regulatório responsivo de transposição de funções regulatórias, governança empresarial, reforço do fluxo regulatório e integração das técnicas de regular em uma pirâmide de punições e de incentivos” (ARANHA, 2019, p. 115).

é, apoiadas no binômio prescrição/sanção. Na lógica estritamente econômica em que se funda essa abordagem, a conformação do comportamento empresarial ao interesse público seria resultado de um cálculo racional do regulado acerca dos custos e benefícios de um *ato ilícito*, de modo que o direito (e a regulação) seriam limitados a um *sistema de coerção extrínseca*, confundindo-se com *ameaças*.

Nada obstante, esse sistema puro de comando e controle foi se mostrando insuficiente para atingir a conformação esperada dos comportamentos<sup>224</sup>. Nesse contexto, em contraposição a essa regulação ordenadora e sancionadora, passaram a ganhar força as abordagens de regulação pautadas pela criação de uma atitude cooperativa entre regulador e regulado e alicerçadas na consideração a *incentivos intrínsecos* a cada setor (e a cada uma das empresas reguladas, como seu modelo de negócios, por exemplo).

A teoria da regulação responsiva é uma dessas abordagens, o que significa dizer que, sob sua perspectiva, as sanções<sup>225</sup> não são (necessariamente) os instrumentos de excelência da ação regulatória. Ao contrário, a depender do setor, do contexto e das próprias reações dos regulados, *outras* estratégias não “aflictivas” podem se mostrar mais eficientes para dirigir a ação das empresas em direção aos fins almejados.

E, nesse ponto, a escolha da teoria da regulação responsiva neste capítulo conclusivo preenche o elemento antifundacionalista recomendado pelas análises pragmáticas. Como bem sintetizado por Binenbojm na frase que abre o capítulo, o *antifundacionalismo* indica que a postura pragmática deve ser crítica, exigindo desprendimento para se reconhecer a obsolescência de velhas teorias.

---

<sup>224</sup> Aranha (2019, p. 57) chama a atenção para esse “fracasso do modelo de coerção extrínseca” ao destacar que, entre 2011 e 2014, apenas 6,03% das multas aplicadas pelo Tribunal de Contas da União – TCU foram efetivamente convertidas em arrecadação; e, ainda, que “para tomar um exemplo da agência modelar da experiência regulatória brasileira, estudo de coautoria do próprio presidente da agência [Anatel] clama por soluções alternativas ainda ao revelar que, de 2000 a 2017, foram instruídos 57 mil processos administrativos sancionatórios, na sua quase totalidade resultando em multas, sem repercussão sensível na reconformação dos comportamentos desviantes que os originaram”.

<sup>225</sup> Aqui, utiliza-se o termo “sanção” para se referir aos desestímulos a condutas indesejáveis cuja natureza é punitiva (penas ou medidas restritivas de direitos). O termo “incentivo”, por sua vez, diz respeito aos estímulos a condutas desejáveis, fundados em estratégias de natureza premial (prêmios ou medidas ampliativas de direitos). Como explica Aranha (2019, p. 89), “os incentivos, para as novas teorias da regulação, não são meramente formas de maior liberdade de atuação do regulado, mas modos regulatórios capazes de galvanizar códigos de conduta intrínsecos aos sistemas regulados e alinhá-los ao interesse público, e vice-versa. Incentivos, portanto, não são meras recompensas, mas formas regulatórias inscritas em uma racionalidade material reflexiva de contínua negociação das regras de conduta, mediante realinhamento conjuntural de interesses e compreensão da diversidade de motivações dos regulados, entre si, e no tempo e no espaço”.

Nesse sentido, a teoria da regulação responsiva apresenta uma *abordagem alternativa* à concepção de regulação “tradicional” que preponderava à época dos estudos de caso deste trabalho (a década de 1990), concepção esta que, naturalmente, orientou as análises dos autores e instituições que se debruçaram sobre esse período e suas conclusões acerca da sequência entre privatizar e regular sistematizadas no capítulo anterior. Ao ofertar essa novel abordagem, a teoria da regulação responsiva, enquanto ancoragem teórica, permitirá uma análise do quadro delineado nos capítulos anteriores *sob novas lentes* – o que, como se verá um pouco mais adiante, inclusive colocará em questionamento algumas premissas das quais o trabalho partiu.

Antes de se realizar tal juízo por essa nova perspectiva, contudo, convém apresentar os seus traços gerais e de que modo – em uma visão preliminar – eles parecem advogar ou não pela cristalização de compromissos regulatórios previamente ao processo de privatização.

Vale ressaltar: considerando que a teoria da regulação responsiva não constitui, em si, o foco do trabalho – senão que apenas lhe serve de lente – não se pretende aqui esmiuçá-la em detalhes. O que se busca apresentar é, tão somente, a sua *essência*, além de algumas outras marcas identificadoras que, ainda que não lhe sejam basilares, tornarão essa lente mais nítida para fins da presente análise.

### **3.2 Teoria responsiva: pressupostos e características**

Considerando que o próprio nome da teoria já fornece o indício de sua essência, cabe indagar inicialmente: *a quê a teoria da regulação responsiva se julga responsiva?*

Ayres e Braithwaite (1992, p. 4) sugerem que a regulação deve ser responsiva sobretudo a três aspectos: (i) à *estrutura da indústria* regulada, visto que cada tipo de indústria demanda graus e formas distintas de regulação; (ii) às *diferentes motivações* dos atores regulados, na medida em que uma regulação eficaz deve dialogar e se alinhar aos objetivos desses atores; e, (iii) ao *comportamento* do regulado, no sentido de se aferir o quão bem a regulação privada da indústria funciona por si e, a partir daí, afinar a estratégia de regulação pública para um grau mais ou menos intenso de intervenção.

De modo complementar, Aranha (2019, p. 110) aponta que a teoria responsiva o é em relação “à constante mudança dos ambientes regulatórios e de responsividade daqueles que são

regulados”, sublinhando-a como estratégia sensível à *experiência contextual dos atores regulados*<sup>226</sup>.

Nessa linha, ao considerar que os três aspectos acima são cambiantes a depender de cada setor regulado<sup>227</sup>, assim como poderão variar ao longo do tempo (contextuais), a teoria responsiva *refuta* a ideia de que é possível traçar, em abstrato e *a priori*, *standards* de comportamento universais e perenes.

E, ao desacreditar de tal fórmula mágica supostamente capaz de direcionar a ação de todos os regulados ao comportamento desejado, essa teoria assume que as iniciativas regulatórias fracassarão na maior parte dos contextos, demandando a instalação de um regime flexível que permita ao regulador ajustá-las e torná-las mais eficientes. Como afirma Braithwaite (2014), trata-se de incorporar à regulação máximas como “*falhe rápido, aprenda rápido e ajuste rápido*” e “*tente, aprenda, melhore, repita*”, diretrizes já conhecidas no mundo dos negócios e que costumam impulsionar mais produtividade e inovação<sup>228</sup>. Por isso, como sintetiza Aranha (2019, p. 103), pode-se dizer que a regulação responsiva constitui “uma prescrição de atuação estatal contínua à procura de novas estratégias quando o regulador é confrontado com insucessos recorrentes”.

A partir daí, a segunda pergunta que exsurge é: uma vez “disparada” essa responsividade, *que resposta deve ser essa?*

Nesse ponto, Ayres e Braithwaite (1992, p. 4-6) indicam que o diferencial das estratégias responsivas é elas considerarem que “a regulação pública *pode* promover a governança do mercado privado a partir da *delegação esclarecida* de funções regulatórias”<sup>229</sup>. “*Pode*” (e não “*deve*”), porque não se trata de eliminar as modalidades mais intrusivas de intervenção extrínseca estatal – mas, ao contrário, de utilizá-las para reforçar e ajudar a instituir formas

---

<sup>226</sup> Esse enfoque ressaí evidente do artigo de Braithwaite “*Evidence for Restorative Justice*” (2014, p. 22), em que o autor afirma que se trata de uma estratégia “responsive to constantly changing regulatory environments and frequent changes in the responsiveness of those who are regulated. The response that issues is therefore flexible, multidimensional, and layered into trying one strategy after another”.

<sup>227</sup> E mesmo a depender de cada *segmento* do setor regulado ou, ainda, das condições e cultura de negócios de cada *regulado específico*, como uma empresa determinada.

<sup>228</sup> Nas palavras do autor (2014, p. 22), “restorative and responsive regulation is a strategy that assumes that most regulatory approaches fail in most contexts of their application. Business strategy for becoming more productive and innovative has taken up this prescription in recent years with guidelines like ‘fail fast, learn fast, adjust fast’ and ‘try, learn, improve, repeat’”.

<sup>229</sup> Tradução livre, grifos nossos. Lê-se no original: “public regulation can promote private market governance through enlightened delegations of regulatory functions” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 4).

menos intrusivas de regulação do mercado<sup>230</sup>. E “*delegação esclarecida*”, porque não se cuida de uma delegação cega, incondicional ou estática, senão de uma transposição de funções que parte de técnicas informadas, planejadas, estratégicas e, sobretudo, ajustáveis conforme a reação dos regulados.

Para viabilizar tal modelo, essa abordagem propõe um sistema de *escalonamento de formas de intervenção governamental* que pode ser representado didaticamente em uma *pirâmide de constrangimento normativo*, como a ilustrada abaixo:



Figura 1 – Pirâmide de constrangimento  
Fonte: AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 6.

Conhecida como a principal representação da teoria responsiva, essa pirâmide serve de recomendação ao regulador por demonstrar que há *prioridades* de atuação regulatória distribuídas da base até o topo<sup>231</sup>. Na base, constam instrumentos<sup>232</sup> mais brandos, os quais

---

<sup>230</sup> Essa ideia é bem sintetizada pela seguinte frase dos autores: “regulatory agencies will be able to speak more softly when they are perceived as carrying big sticks” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 6).

<sup>231</sup> Como explica Aranha (2019, p. 140-141 – grifos nossos), “as áreas de cada nível da pirâmide são proporcionais às atividades descritas e esperadas do regulador. Portanto, a pirâmide não é simplesmente uma demonstração de que a maior parte dos atores e comportamentos estarão na sua base, mas uma **recomendação** de que o regulador concentre esforços em direção à base mediante incentivos persuasivos distribuídos por toda a pirâmide”.

<sup>232</sup> Vale ressaltar ainda que, na pirâmide que figura acima, as medidas inscritas em cada nível são apenas *exemplificativas* e não esgotam as possibilidades de inovação pelo regulador. Conforme já sublinhado, diferentes tipos de sanções e incentivos serão mais apropriados a depender de cada setor regulado, assim como poderão variar consoante cada contexto. Sob essa perspectiva, de fato seria contraproducente fixar *a priori* um conjunto de regras de conduta com a pretensão de aplicação universal e perene, posto que estariam desconectadas das distinções em termos de *estruturas, motivações e comportamentos* dos regulados, bem como de suas alterações em cada *contexto*, elementos estes que, como visto, disparam a “responsividade” da regulação. Nesse sentido, Ayres e Braithwaite (1992, p. 36), referindo-se à pirâmide transposta acima, enfatizam que: “this particular enforcement pyramid might be applicable to occupational health and safety, environment or nursing home regulation, but inapplicable to

passam a assumir um caráter mais coercitivo à medida que se aproximam do ápice. Em linhas gerais, a ideia é que o regulador seja capaz de identificar *níveis de conformidade do comportamento do regulado às normas* e que, para cada nível de descumprimento, exista um *correspondente agravamento sancionatório pré-definido*. Assim, assegurando-se de que o regulado está ciente das possíveis mudanças de grau e forma da reação estatal, bem como dos respectivos comportamentos aptos a dispará-las, o regulador deve tomar a cooperação como ponto de partida e, então, escalar a pirâmide (ou não) consoante o comportamento do regulado.

Observa-se, pois, que a teoria responsiva assume que a regulação “não é uma constante punitiva, mas também não é uma constante persuasiva”; e que a existência de punições – em abstrato e em concreto – pode servir como um incentivo para o regulado ingressar no jogo cooperativo (ARANHA, 2019, p. 108-109).

### **3.3 Teoria responsiva: compatível com a ideia de fixação de compromissos regulatórios?**

Conhecidas as principais marcas identificadoras dessa abordagem<sup>233</sup>, cabe ponderar: se a teoria responsiva assume não haver fórmula uniforme capaz de direcionar a ação de todos os regulados ao comportamento desejado; que regras pré-fixadas, por mais detalhadas que sejam, serão inócuas em cobrir adequadamente a complexidade de possibilidades e fatores que definem as ações dos particulares; que a maior parte das iniciativas regulatórias fracassarão; que as melhores regulações não são constantes; que a responsividade advém justamente da sensibilidade da regulação à constante transformação e à experiência contextual... Se ela busca apoio na vivência empírica, e não em considerações apriorísticas, e se espera do regulador uma atuação constantemente inovadora, ajustada conforme as alterações de estrutura, motivações e comportamento do regulado... *Como imaginar que uma teoria que prima por tamanha flexibilidade poderia se compatibilizar com a ideia de – justamente a priori – tornar fixa e estável uma estrutura regulatória escolhida em abstrato, como intuitivamente pode sugerir a ideia de se fixar previamente compromissos regulatórios?*

---

banking or affirmative action regulation. It is not the content of the enforcement pyramid on which we wish to focus during this discussion, but its form. Different kinds of sanctioning are appropriate to different regulatory arenas”.

<sup>233</sup>Para Ayres e Braithwaite (1992, p. 4), essas duas questões – o que dispara a resposta regulatória e qual resposta será essa – são os principais fatores que distinguem a regulação responsiva de outras estratégias. Em suas palavras, “responsive regulation is distinguished (from other strategies of market governance) both in what triggers a regulatory response and what the regulatory response will be”. Além desses aspectos essenciais, colhe-se uma boa síntese dos principais pressupostos e marcas identificadoras dessa teoria ao longo da obra de Aranha (2019), sobretudo às páginas 104 a 111.

Espera-se que o Capítulo 2 tenha fornecido parte da resposta – ou ao menos evidenciado a superficialidade desse questionamento. A noção de compromissos regulatórios utilizada neste trabalho (e a de regulação, de forma mais ampla) não pode ser confundida, de modo algum, com a ideia de estabelecimento unilateral, por parte do regulador, de uma disciplina exaustiva de condutas na lei ou nos contratos.

Por isso, buscou-se problematizar no capítulo precedente a *insuficiência* da noção de compromisso regulatório apenas enquanto fixação de *limitações substantivas* à discricionariedade do Poder Público (as quais pressupõem a definição prévia de regras de conduta que, para inspirar a estabilidade e a confiança que atraem os investimentos, deverão permanecer inalteradas). Embora o alcance dessa confiabilidade de fato requeira regimes regulatórios inflexíveis em certas conjunturas políticas, sociais e econômicas e, principalmente, sob a égide de determinado conjunto institucional; em outros contextos, será possível a utilização de *limitações procedimentais* – as quais permitem maior margem de flexibilidade ao regulador – tanto para estabelecer *previsibilidade* e *restringir o risco de expropriação administrativa* (aspectos que fomentam o investimento, como almejado pelos *compromissos regulatórios*), como para *alinhar a conduta do regulado ao interesse público* (realizando-se, de forma mais ampla, os propósitos da *regulação*).

E afora essa primeira conclusão rememorada do Capítulo 2 – acerca da possibilidade de utilização de técnicas regulatórias mais flexíveis a partir de estratégias de limitação *procedimental*, e não apenas de limitação substantiva – a análise da questão pelas lentes da teoria responsiva permite ainda um passo além.

A concepção de compromissos regulatórios exposta no capítulo anterior (que é a abordagem de compromissos regulatórios da década de 90, e sobre a qual a literatura citada apoia suas conclusões acerca da importância da sequência entre privatizar e regular), parece se basear na ideia de que o sucesso do sistema regulado em encorajar o investimento e em aumentar a eficiência na prestação do serviço *está condicionado apenas à criação de mecanismos de limitação* – limitação seja procedimental, seja substantiva; seja da discricionariedade administrativa, de um lado, seja das possibilidades de ação dos entes regulados, de outro. Com efeito, trata-se de um consectário lógico da concepção de regulação então prevalecente, assentada sobre estratégias de *constrangimento extrínseco*.

No entanto, concepções distintas de regulação fundadas na lógica de *incentivos intrínsecos*, como a teoria responsiva, sugerem que existem outras técnicas passíveis de aumentar o sucesso do regulador nessas duas missões via o alinhamento (e o realinhamento

constante) entre os interesses do regulador e do regulado – e não apenas via *limitação* das possibilidades de ação dessas duas partes, mas sobretudo via mecanismos não aflitivos como a criação de *incentivos*.

Decerto, ao se despir a noção de compromissos regulatórios do viés de estratégia de *limitação* de comportamentos e expandi-la para considerar também a criação de *incentivos* para alcançar os fins almejados por esses compromissos, fica ainda mais evidente a necessidade de se implementar técnicas regulatórias *flexíveis* – uma vez que não é razoável esperar que todos os regulados sempre reagirão igualmente frente aos mesmos incentivos. Por isso, sob a ótica da teoria responsiva, o regulador deve buscar estratégias que reconheçam as particularidades de cada segmento, considerem as várias dimensões comportamentais dos regulados e, sobretudo, sejam dinâmicas e adaptáveis à forma com que os regulados reagirão.

Mais uma vez, à primeira vista essa *flexibilidade* pode parecer incompatível com a ideia de *estabilidade* atrelada à noção de compromissos regulatórios, conceito este que, como visto, relaciona-se ao estabelecimento de *previsibilidade* com vistas a viabilizar o investimento privado. Essa tensão entre flexibilidade e estabilidade foi inclusive explorada nos capítulos precedentes, citando-se como exemplo o caso brasileiro de fixação, *na lei*, de que a prestação do serviço de telefonia fixa (STFC) deveria se dar em regime público – engessamento normativo que acabou comprometendo os investimentos públicos e privados em outras modalidades de telecomunicações em momentos posteriores.

Cumprir perceber, todavia, que há diferentes “níveis” de compromissos regulatórios, e que opções como a petrificação do regime jurídico público do STFC na LGT (*limitação substantiva fixada em lei*) diferem significativamente de opções como a implementação da estratégia regulatória responsiva de desenho de uma pirâmide de constrangimentos para determinado segmento – estratégia esta que também é capaz de gerar previsibilidade, mas que se apoia precipuamente na confiança inicial nas escolhas regulatórias privadas (autorregulação regulada) e que permite ao regulador maleabilidade para ajustar sua intervenção conforme variações na estruturas, motivações e comportamentos dos regulados, *mesclando mecanismos persuasivos a outros limitadores/punitivos*.

É verdade que, como ressaltado no Capítulo 2, não é todo e qualquer país, em todo e qualquer contexto, que conseguirá exprimir confiança aos investidores de que está, de fato, restringindo as margens para expropriação administrativa apenas ou majoritariamente *via limitações procedimentais* (e, menos ainda, *via mecanismos de incentivos*). Como sugerem os estudos de Levy e Spiller (1994; 1996) citados no capítulo anterior, essa capacidade está

condicionada (dentre outros fatores) à qualidade *das dotações institucionais* disponíveis. Nesse sentido, certos países cujas instituições são frágeis em determinado contexto necessitarão, em maior ou menor grau, de *regras substantivas específicas*, inscritas em *diplomas legais mais rígidos* de serem alterados, para efetivamente refletirem seu compromisso em restringir eventuais ações arbitrárias do poder público – o que implica o sacrifício de certa flexibilidade do sistema. Cabe reiterar, portanto, que a escolha de estratégias para se compatibilizar estabilidade e flexibilidade *depende de cada realidade institucional*.

Nada obstante, como também já sublinhado, essa realidade institucional varia não somente de país para país, mas também em um mesmo país, *ao longo do tempo* (LEVY; SPILLER, p. 257), o que enfatiza que a *evolução da regulação* – e a escolha das estratégias para se encontrar o ponto ótimo entre flexibilidade e estabilidade – deve considerar a *evolução das dotações institucionais*. Nesse sentido, retomando-se a reflexão realizada ao fim do subcapítulo 2.3, vale questionar em que medida, no caso brasileiro, por exemplo, as condições institucionais atuais sugerem que há mais aptidão do que na década de 1990 para se pensar em uma regulação cada vez mais flexível sem perder tanto em termos de confiança.

De fato, observa-se que o Brasil da década de 1990 não ostentava uma “tradição” forte de “Estado Regulador”: eram poucos os serviços públicos delegados a particulares via privatização e não havia nenhuma agência reguladora até a criação da Anatel, de modo que não se sabia ao certo “o quão bem” esse novo modelo, com seu inédito conjunto institucional, iria funcionar. Além disso, o Brasil encaixava-se precisamente no diagnóstico de Binjenbojm de país “cuja história recente fo[ra] marcada por movimentos nacionalistas autoritários” e em que, portanto, “o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros” (BINENBOJM, 2006, p. 59). Diante desse quadro – e considerando também que vigia à época (no Brasil e no mundo ocidental, em geral) uma visão estritamente estadocêntrica e econômica da regulação – parece natural que se tenha concebido como necessária a incorporação de uma maior carga de limitações substantivas aos compromissos regulatórios a fim de se inspirar confiabilidade aos investidores – o que, por efeito colateral, significou certo engessamento do sistema.

Hoje, todavia, o contexto parece diferente. Tem-se uma agência reguladora com mais de 20 anos de atuação e toda uma estrutura institucional subjacente que, embora não seja imune

a críticas<sup>234</sup>, goza de nível razoável de autonomia, conta com um corpo técnico de pessoal e já se provou ser o *locus* mais adequado para definir certas balizas que, talvez, anteriormente, cogitar-se-ia que fossem fixadas em lei.

Obviamente, essas ponderações perfunctórias não têm a pretensão de responder ao questionamento acima (sobre a aptidão do Brasil de abrigar técnicas regulatórias mais flexíveis com suas dotações institucionais atuais), eis que a resposta demandaria estudos institucionais e regulatórios bem mais profundos. Todavia, a comparação entre dois aparatos institucionais situados no tempo serve para ilustrar esse aspecto *dinâmico* da evolução das dotações institucionais e para sublinhar o seguinte: convém indagar constantemente se as estratégias regulatórias de certo momento, em certo país, estão aproveitando todas as potencialidades oferecidas pela realidade institucional vigente para que seja possível manejar, da melhor forma, essa aparente tensão entre estabilidade e flexibilidade.

Portanto – ressalvado o fato de que é necessário considerar o quanto a realidade institucional de cada país assim permite –, a conclusão chave que se quer destacar é a de que, quando se compreende que a noção de compromissos regulatórios não se restringe à solidificação de *limitações substantivas* na lei ou no contrato e sequer se reduz ao estabelecimento apenas de *limitações*, percebe-se que a noção de *estabilidade* na regulação passa a se mostrar *compatível* com a de *flexibilidade*.

E não somente compatível: observa-se que a ideia de se fixar compromissos regulatórios (voltados a produzir um ambiente de confiança e previsibilidade, como visto) mostra-se, ainda, *desejável* sob a ótica da teoria responsiva, posto que a dinâmica dessa teoria, tal como descrita acima, também pressupõe a criação de um ambiente de intensa confiança e previsibilidade.

Com efeito, se são estabelecidos graus variados de intervencionismo estatal, como proposto na pirâmide de estrangimentos normativos, e se haverá alteração inclusive do regime jurídico a depender do comportamento do regulado (se cooperativo ou adversarial), é necessário que essas “regras do jogo” (acerca do que é cooperativo e do que é adversarial) sejam *conhecidas previamente por todos os jogadores*. Em outras palavras, quando se admite que o grau e a forma de intervenção estatal possam depender não apenas do descumprimento pontual de uma norma, mas também da variação de condutas a princípio *lícitas* do regulado, a clareza

---

<sup>234</sup> Algumas das críticas normalmente imputadas à atuação da Anatel nos últimos anos são indicadas por Gaetani, Melo e Pereira (2005, p. 30).

na estruturação dos parâmetros quanto aos efeitos dessa variação de condutas parece ganhar relevância especial.

Por isso, diz-se que a implementação de um desenho regulatório responsivo demanda, fundamentalmente, o estabelecimento de uma *comunicação competente* – que deve ser *clara e antecipada* – sobre o modelo desenhado e a intenção do Estado de cumpri-lo à risca (ARANHA, 2019, p. 123). Trata-se de assegurar que os particulares conheçam de antemão os efeitos das variações de suas condutas, lícitas e ilícitas, e de lhes transmitir o recado, em alto e bom tom, “de que os atores regulados descumpridores das normas que não adotarem, honestamente, posturas cooperativas, sofrerão efetiva persecução” (ARANHA, 2019, p. 119).

A propósito, Ayres e Braithwaite (1992, p. 4-5 – grifos nossos) afirmam que:

By credibly asserting a willingness to regulate more intrusively, responsive regulation can channel marketplace transactions to less intrusive and less centralized forms of government intervention. **Escalating forms of responsive regulation can thereby retain many of the benefits of laissez-faire governance without abdicating government's responsibility to correct market failure.**

Portanto, é somente em um ambiente em que o regulado *confia na atitude do poder público* de efetivamente escalar e “desescalar” o constrangimento normativo que poderá o regulador, “confiante no temor do regulado em sofrer a escalada de punições, concentrar-se em formas menos intrusivas e menos estadocêntricas de intervenção” (ARANHA, 2019, p. 114).

A esta altura, vale reiterar o *pressuposto central* da teoria responsiva, conforme evidenciado por Ayres e Braithwaite em trecho transcrito no começo do capítulo: trata-se de uma modelagem aberta a soluções cooperadas entre regulador e regulado, já que é no dinâmico “espaço de interação e influência recíproca entre regulação estatal e privada onde estariam as melhores oportunidades de construção de alternativas de desenho regulatório à então discussão polarizada entre regular e desregular” (ARANHA, 2019, p. 103).

Nesse sentido, não mais se situando o particular e o poder público em posições antípodas, mas agora enxergando-os a como *partícipes* na consecução da eficiência regulatória, exige-se de ambos uma *conduta cooperativa* para essa contínua reconstrução das soluções. E, evidentemente, *cooperação implica confiança*: exige que o particular enxergue o poder público como cúmplice, e não mais como potencial expropriador; e que o regulador, em contrapartida, conceba o regulado como um ente complexo em termos de motivações e de comportamentos, e não apenas como um agente econômico movido pelo lucro e a procura de brechas regulatórias.

Como se nota, portanto, os elementos de *previsibilidade e confiança*, inerentes à ideia de *compromissos regulatórios*, mostram-se não apenas *compatíveis*, mas *desejáveis* sob a ótica

da teoria responsiva: seja para estabelecer uma comunicação competente, clara e antecipada (de modo a permitir ao regulado estar ciente das consequências de seus comportamentos); seja para assegurar a credibilidade do escalonamento (o que viabiliza uma regulação menos intrusiva e menos estadocêntrica); ou seja ainda para estruturar atitudes continuamente cooperativas entre regulador e regulado (permitindo a construção conjunta de alternativas regulatórias cada vez mais eficientes).

Agora, analisada a questão dos compromissos regulatórios à luz dessa teoria – e constatada a compatibilidade (em maior ou menor grau, a depender da realidade institucional) da noção de estabilidade (inerente àqueles) com a ideia de flexibilidade (intrínseca à regulação responsiva) – vale aplicar essa lente, por fim, à *totalidade* da variável explicativa aqui estudada, ou seja, ao *momento* em que firmados esses compromissos.

### **3.4 Teoria responsiva: compatível com a fixação *prévia* de compromissos regulatórios?**

Afirmou-se no Capítulo 2 que o termo “momento”, a princípio, não geraria maiores dúvidas quanto a seu alcance: empregado no sentido de remeter a um *ponto* (ou *intervalo*) determinado no tempo, indicou-se que, diante do objetivo de se perquirir se a sequência entre regulação e privatização importa, utilizar-se-ia, pois, a privatização (alienação) como referencial, de modo que o *momento* da regulação poderia ser identificado basicamente como três possíveis: *antes, durante e/ou após* a privatização.

De fato, essa identificação de um momento específico para fixação dos compromissos regulatórios em relação à privatização (seja um *ponto*, seja um *intervalo* no tempo) faz sentido ao se analisar as experiências dos anos 1990 considerando a concepção de regulação então vigente e a realidade institucional daquela conjuntura. Com efeito, recorda-se que, no caso de diversos países, foi nessa época em que ocorreu a *quebra de paradigma* em relação ao modelo de intervencionismo operacional estatal direto (Estado Prestador), de modo que havia que se criar “do zero” o substrato normativo e institucional apto a respaldar a concepção de Estado Regulador que então ascendia. Nessa circunstância – como se depreende dos capítulos precedentes – a sequência entre regular e privatizar realmente pareceu importar ao se considerar tal quadro contextual.

Todavia, ao se analisar a questão pelas lentes da teoria responsiva, considerando-se ainda a dinamicidade e a evolução da realidade institucional desde a década de 1990, percebe-se que, não necessariamente, o momento da fixação desses compromissos ainda precisa ser identificado apenas como três possíveis (*antes, durante e/ou após* a privatização).

Isso, porque a teoria responsiva supera a compreensão dos compromissos regulatórios (e, de forma mais ampla, também da regulação e do direito) como vinculada a um modelo de prescrição e sanção apoiado sobretudo no exercício da autoridade do Estado, o qual pressupõe que as definições do que constitui *ato ilícito* e de suas correspondentes *sanções*, assim como os parâmetros e limites de intervenção do Poder Público, estejam pré-estipuladas na ordem jurídica (ou seja, sejam fixadas *a priori*, de modo taxativo, em atos normativos ou nos contratos).

Evidentemente, sempre será necessário fixar parcelas mais estáveis da política pública em níveis normativos primários<sup>235</sup>, cuja possibilidade de alteração é mais limitada. Todavia, ao admitir que a regulação pode (e deve) incorporar outras estratégias não aflitivas, pautadas pela variação de comportamentos a princípio *lícitos* dos regulados, a teoria responsiva propõe a “convivência de ajustes contínuos e conjunturais para realinhamento dos interesses público e privado e construção de soluções efêmeras quantos aos meios para satisfação dos fins trazidos pela comunidade de princípios enunciada no direito” (ARANHA, 2019, p. 80).

Sob essa perspectiva, percebe-se que o melhor momento para se regular não necessariamente é apenas um dos três – antes, durante ou depois da privatização – senão que todos, posto que se exige do regulador sensibilidade constante às mudanças de estrutura, motivação e comportamento dos setores regulados; e aptidão para corrigir a rota de sua intervenção rumo a uma regulação mais eficaz dentro de balizas de atuação que, repita-se, em diversas realidades institucionais hoje existentes, de modo algum pressupõem o estabelecimento de um rol exaustivo de limitações substantivas para definir *ex ante* a conduta esperada dos regulados e dos reguladores.

E assim, ao se conceber a regulação e a realidade institucional como *fluxos* em constante evolução, e não como questões estáticas vinculadas a um momento (seja um ponto, seja um intervalo) determinado no tempo, tem-se que, em grande medida, a desejabilidade de se tentar sequenciar a regulação e a privatização acaba perdendo seu sentido.

---

<sup>235</sup> Cabe lembrar inclusive que, como se afirmou no Capítulo 2, o Legislativo se mostra como um dos principais atores envolvidos na fixação dos compromissos regulatórios, seja ao estabelecer os *standards* que balizam a regulação, seja ao acompanhar a atuação das agências. Aliás, vale sublinhar que o poder normativo destas – como bem frisa Aranha (2005, p. 64) – não deve “extrapolar para a criação normativa pura, pois a constitucionalidade da lei atributiva de poder normativo à agência reguladora correspondente dependerá da previsão simultânea de ‘*standards* suficientes’ capazes de afastarem a acusação de ‘*delegação pura e simples de função legislativa*’”.

## CONCLUSÃO

O trabalho teve como objetivo investigar as possíveis relações entre os *resultados* do processo de desestatização de uma empresa prestadora de serviços públicos (variável dependente) e o *momento* em que são fixados os compromissos regulatórios no setor privatizado (variável independente/explicativa). Buscou-se investigar: (i) se a sequência entre regular e privatizar importa; e (ii) se – sob o prisma da teoria da regulação responsiva, marco teórico escolhido para guiar o trabalho – é desejável que os compromissos regulatórios sejam firmados *antes* de iniciado o processo de privatização. Para tanto, tomou-se como objeto de estudo as experiências de desestatização dos anos 1990, sendo o setor das telecomunicações foco de especial atenção.

Em termos de metodologia, a pesquisa buscou se servir do Pragmatismo como fio condutor para a análise – aqui concebido enquanto método pautado pelos elementos *contextualismo*, *consequencialismo* e *antifundacionalismo*. Isso, com vistas a preencher o propósito<sup>236</sup> mais amplo do trabalho: o de contribuir, ainda que de forma singela, a partir da análise *objetiva* de uma variável específica, para matizar a carga ideológica e superar a lógica dicotômica “*privatizar vs. não privatizar*” e “*regular vs. desregular*”, centrando a discussão em “*como, e sob quais condições, privatizar e regular*”.

Essa ancoragem procedimental conduziu o esforço de se operar todas as etapas da pesquisa em consideração a esses três elementos, evitando-se análises e conclusões descontextualizadas, vazias em termos de consequências práticas ou fundadas em premissas teóricas imutáveis e abstratas no curso de todo o trabalho. Ainda, essa tríplice matriz pragmatista se refletiu, de forma mais evidente, na própria forma com que a pesquisa foi estruturada, espelhando-se não somente na denominação dos três capítulos, mas também nos raciocínios desenvolvidos em cada um deles.

Nesse sentido, o capítulo inicial denominado “*Contextualismo*”, de *viés descritivo*, buscou contrastar dois casos de privatização das telecomunicações dos anos 1990 em que a variável explicativa estudada destoou de forma evidente: o da Argentina e o do Brasil. Além de ressaltar as distinções em relação ao momento de fixação dos compromissos regulatórios, esse

---

<sup>236</sup> Como afirma Magalhães (2017, p. 274 – grifos nossos) em obra que inclusive inspirou a estruturação deste trabalho consoante os elementos da tríplice matriz pragmatista: “**nenhuma discussão se justifica pragmaticamente sem um propósito**”.

capítulo introdutório procurou sublinhar as diferenças relativas às variáveis dependentes em cada caso (os resultados dos processos). Na linha do que sugerem as abordagens pragmáticas, essa descrição abrangeu, o quanto possível, os aspectos políticos, econômicos, históricos e institucionais próprios de cada país na época em estudo, a fim de se apresentar o relato de cada caso devidamente inscrito em seu respectivo contexto.

Seguiu-se, então, no capítulo nomeado “*Consequencialismo*”, de *viés analítico*, com a investigação das possíveis relações entre as variáveis estudadas. Mais uma vez seguindo a lógica pragmática, o capítulo teve por objetivo a compreensão das *diferenças concretas* que podem advir quando os compromissos regulatórios são fixados *antes* da alienação de uma empresa estatal prestadora de serviços públicos ou quando são estabelecidos apenas *durante/após* esse processo.

Para tanto, preocupou-se inicialmente em se definir com maior precisão o significado e os limites semânticos da variável explicativa em estudo (*subcapítulo 1 – “A Causa”*). Disse-se que o “*momento*”, para fins do trabalho, poderia ser identificado a princípio como três, tomando-se como parâmetro a privatização: *antes, durante* ou *após* esse processo. Já quanto ao termo “*compromissos regulatórios*”, esclareceu-se que este sugere um alcance bem mais restrito do que a ideia de “regulação”, sendo atrelado diretamente ao esforço de se fixar “regras do jogo”, passíveis de promover mais *estabilidade e previsibilidade*, com vistas a *viabilizar o investimento privado*. Expôs-se em que contexto essa expressão surgiu, a quem normalmente compete firmá-los, por que são tidos como importantes sobretudo no âmbito da América Latina e em quais setores se fazem especialmente relevantes.

Em seguida, tomou-se por base uma breve revisão bibliográfica de autores e instituições que se debruçaram sobre o tema a fim de se elencar os *resultados* dos processos de privatização que, em geral, são apontados pela literatura especializada como atrelados ao *momento* em que são firmados esses compromissos (*subcapítulo 2 – “As Consequências”*). Nesse ponto, ponderou-se se os casos do Brasil e da Argentina, descritos no capítulo antecedente, ratificam ou contradizem essas conclusões. Expôs-se tanto os efeitos positivos como os resultados contraproducentes (tensões) que essa cristalização prévia tende a ensejar.

Por fim, no *subcapítulo 3 – “As Variáveis Concorrentes”*, elencaram-se *outras* variáveis da regulação passíveis de gerar influxos nos resultados de um processo de privatização, de modo a tentar compreender o que realmente poderia ser atribuível apenas à variável explicativa “*o momento*”. Nesse sentido – e sem qualquer pretensão exaustiva –, refletiu-se sobre os possíveis impactos do *conteúdo* dos compromissos, da *origem institucional-formal* dos atos que

os formalizaram (se mediante leis ou decretos), do *contexto histórico-temporal* em que foram firmados, da realização de *outros ajustes prévios “não regulatórios”* (como financeiros e estratégicos) e do *ambiente institucional* em que implementados.

Diante desses insumos, partiu-se, então, no capítulo final, denominado “*Antifundacionalismo*”, para uma *análise crítica* de todo esse conjunto sob as lentes da *teoria da regulação responsiva*, marco teórico eleito para guiar o trabalho em termos substantivos. Justificou-se a escolha dessa teoria; evidenciou-se de que modo ela preenche o elemento *antifundacionalista* recomendado pelas abordagens pragmáticas; expôs-se sua essência e suas principais marcas identificadoras; e, finalmente, partiu-se para a análise da variável explicativa à luz de seus pressupostos. Primeiro, refletiu-se sobre a interface da *regulação responsiva* com a concepção de *compromissos regulatórios*, ponderando-se de que modo seriam compatíveis as ideias de estabilidade (própria destes) e de flexibilidade (intrínseca àquela). Depois, examinou-se, sob sua perspectiva, a questão específica do *momento* em que são firmados esses compromissos.

Com base em todo esse quadro, estas são, em suma, algumas das reflexões e conclusões a que o estudo permitiu chegar:

- (i) Com o Capítulo 1, observou-se que os casos da privatização da Entel, na Argentina, e da Telebrás, no Brasil, de fato diferem substancialmente em relação a ambas as variáveis analisadas. Enquanto no primeiro mostra-se perceptível a velocidade com que correu o processo de privatização – sendo atribuída importância marginal aos aspectos regulatórios –, neste, o processo correu de forma menos apressada e margeou com graduais alterações constitucionais e legislativas e com o estabelecimento, *antes* de concluído o processo de venda, de um marco normativo – a LGT – e de uma agência reguladora – a Anatel. Também os resultados desses processos foram bem distintos. Contrastando-se as consequências da privatização aos objetivos inicialmente pretendidos em cada caso (sejam os propósitos divulgados, sejam os propósitos “pragmáticos”), observou-se que, de modo geral, os objetivos iniciais foram alcançados em maior medida no caso brasileiro, de forma que é razoável afirmar, nessa lógica, que a privatização das telecomunicações teve mais “sucesso” no Brasil.
- (ii) Com o Capítulo 2, verificou-se que o *momento* em que os compromissos regulatórios são firmados constitui apenas *uma das dimensões* a serem consideradas para a compreensão dos *resultados* de um processo de privatização. E posto que

- fugiria ao escopo do trabalho investigar os influxos de cada uma dessas outras variáveis concorrentes, não foi possível isolar as variáveis explicativa e as dependentes estudadas. Conseqüentemente, tampouco foi viável concluir, de modo preciso, se existem ou não *relações diretas de causalidade/consequência* entre elas.
- (iii) Todavia, com base no que indicado pelos especialistas (autores e instituições) que se debruçaram sobre as reformas regulatórias dos anos 1990, é possível se afirmar que, *tomando por parâmetro aquele contexto*, a fixação prévia desses compromissos pareceu estar *correlacionada*, em maior ou menor grau, aos seguintes *resultados positivos*: (i) aumento do valor a que os investidores se dispõem a pagar pela compra da empresa; (ii) aumento da quantidade de investimentos recebidos em geral; (iii) aumento do grau de penetração dos telefones e de subscrições de telefonia móvel; (iv) diminuição do nível de dificuldade na implantação posterior da regulação; (v) aumento da propensão ao estabelecimento futuro de competição; (vi) diminuição da propensão à prática de comportamentos “oportunistas” pelo governo e pelos novos operadores nos anos seguintes; (vii) aumento do grau de repasse dos ganhos de eficiência das empresas aos consumidores e, ainda, sua distribuição mais equitativa.
- (iv) Por outro lado, essa cristalização *a priori* também revelou aptidão para gerar *efeitos contraproducentes* em virtude da tensão entre estabilidade e flexibilidade – seja sob uma perspectiva *operacional*, ao ser passível de (viii) tornar o sistema engessado e menos responsivo às demandas da realidade concreta; seja sob o prisma da *legitimidade democrática das políticas regulatórias*, ao (ix) ensejar uma blindagem política que pode dificultar os controles políticos, jurídicos e sociais legítimos exigidos em um Estado democrático de direito.
- (v) O estudo dos casos do Brasil e da Argentina confirmou essas conclusões da literatura especializada e serviu para ilustrar (no caso brasileiro) a existência dessa tensão entre estabilidade e flexibilidade, a qual pôde ser observada, por exemplo, na fixação do regime jurídico do STFC na LGT antes da privatização e na análise das conseqüências desse engessamento normativo nos anos subsequentes.
- (vi) Portanto, ainda que não seja possível atestar uma relação de causalidade entre as variáveis estudadas, parece razoável afirmar que, com base na experiência das privatizações dos serviços de telecomunicações nos anos 1990, vislumbrada sobretudo no estudo dos casos descritos no Capítulo 1, *a seqüência entre regular e privatizar de fato importa*.

- (vii) Isso, todavia – e sublinha-se –, *com base nas experiências dos anos 1990*, em que o contexto histórico, econômico e ideológico; as dotações institucionais; e, especialmente, *as concepções acerca das privatizações e da regulação eram substancialmente distintas das hoje vigentes*. Nesse sentido, vale recordar duas especificidades daquela conjuntura:
- a. Em diversos países, foi nessa época em que ocorreu a quebra de paradigma em relação ao modelo de intervencionismo operacional estatal direto, de modo que *havia que se criar do zero o substrato normativo e institucional apto a respaldar a concepção de Estado Regulador que então ascendia*. Os países em desenvolvimento, em especial aqueles com dotações institucionais fracas e/ou com históricos de nacionalismo autoritário, enfrentavam ainda o desafio de transparecer aos potenciais investidores a garantia de que esse inédito conjunto institucional e normativo poderia, de fato, ser digno de confiança.
  - b. Além disso, a concepção de regulação então vigente – baseada na *percepção do direito como coerção extrínseca* – situava o poder público e os particulares em *posições antípodas e de desconfiança mútua*. Assim, restringia-se a *ofertar mecanismos de limitação* para regular as relações entre ambos (limitação seja da discricionariedade administrativa, de um lado, seja das condutas dos particulares, de outro).

Como decorrência dessas especificidades, as seguintes assertivas parecem razoáveis: (a) sobretudo nos países em desenvolvimento com dotações institucionais fracas, *a estruturação de compromissos regulatórios sólidos previamente ao processo de privatização de fato se mostrava como condição necessária para transmitir confiança aos investidores e alinhar o comportamento dos particulares ao interesse público*; e (b) posto que a concepção de regulação então vigente ofertava (praticamente) apenas estratégias de constrangimento/limitação de comportamentos, *mostrava-se mais difícil, de fato, compatibilizar a ideia de estabilidade, inerente à fixação dos compromissos regulatórios, com a criação de um modelo regulatório flexível*.

- (viii) Todavia, ao analisar esse quadro hoje, em consideração à evolução da realidade institucional desde a década de 1990 e pelas lentes de uma teoria que ultrapassa a concepção de regulação pautada exclusivamente em mecanismos de constrangimento extrínseco, *chega-se a conclusões distintas*. Isso, porque não

subsistem, sob essa nova perspectiva, as duas especificidades da experiência dos anos 1990 elencadas acima.

- (ix) Com o Capítulo 3, compreendeu-se de que modo a teoria da regulação responsiva propõe uma *modelagem aberta* a soluções *cooperadas* entre o poder público e os particulares que, ao considerar o potencial dos *incentivos intrínsecos* ao setor regulado, oferta não somente mecanismos regulatórios punitivos (de constrangimento/limitação), mas valoriza sobretudo os *persuasivos*. Ainda, entendeu-se em que medida essa teoria pressupõe um regime regulatório flexível, no sentido de garantir ao regulador maleabilidade para ajustar constantemente sua intervenção conforme variações nas estruturas, motivações e comportamentos dos regulados.
- (x) Concluiu-se que, embora esses elementos de *flexibilidade e abertura a mudanças*, intrínsecos à teoria responsiva, à primeira vista pareçam antagônicos às ideias intuitivas de *estabilidade e firmeza*, próprias dos compromissos regulatórios, essas concepções se mostram não somente compatíveis, mas, ainda, complementares e desejáveis sob a ótica dessa teoria – a qual também demanda a criação de um ambiente de confiança e previsibilidade para ser implementada. Isso, porque, justamente, verificou-se que a noção de compromissos regulatórios (e a de regulação em geral) não se restringe à solidificação de *limitações substantivas* na lei ou no contrato e sequer se reduz ao estabelecimento apenas de *limitações*. Com efeito, ao propor um sistema misto, em que as “regras do jogo” quanto aos possíveis efeitos de cada atitude do regulado (se cooperativas ou não) são conhecidas *a priori*, mas, ao mesmo tempo, em que o regulador pode migrar de estratégias persuasivas para punitivas e corrigir a rota de sua intervenção sem que isso configure quebra de confiança com os particulares, *a teoria da regulação responsiva mitiga a tensão entre estabilidade e flexibilidade e sugere ser possível alcançar uma estabilidade flexível*.
- (xi) Todavia, como verificado do no subcapítulo 3 do Capítulo 2, sobretudo a partir dos estudos de Levy e Spiller (1996; 1998), vale ressaltar que a implementação prática de modelos como esse, com uma menor carga de limitações substantivas, depende da qualidade das dotações institucionais do país – aspecto esse que, não se pode olvidar, é *dinâmico e contextual*. Diante disso, uma das reflexões que o trabalho propõe é a de que *convém indagar constantemente se as estratégias regulatórias de*

*certo tempo, em certo país, estão aproveitando todas as potencialidades oferecidas pela realidade institucional vigente para que seja possível manejar, da melhor forma, essa aparente tensão entre estabilidade e flexibilidade.*

- (xii) Compreendida a compatibilidade (em maior ou menor grau, a depender da realidade institucional) das ideias de estabilidade e flexibilidade, concluiu-se que, sob a ótica dessa teoria, é desejável que sejam fixados compromissos regulatórios. Partiu-se então, finalmente, para a análise da questão do *momento*: ou seja, se, sob essa mesma perspectiva, é desejável que esta fixação ocorra *antes* do processo de privatização. Nesse ponto, observou-se que a teoria responsiva adiciona complexidade à análise dessa questão, na medida em que não mais atrela a fixação dos exatos termos da resposta regulatória a um momento específico (seja um ponto, seja um intervalo no tempo).
- (xiii) Assim, compreendendo-se a regulação e a realidade institucional como *fluxos* em constante evolução, e não como questões estáticas vinculadas a um momento, a análise de “se é desejável ou não que os compromissos regulatórios sejam fixados antes da privatização” foi posta em xeque – justamente porque, pelas lentes dessa teoria, a própria desejabilidade de se tentar sequenciar a *fixação* da regulação e a privatização é, em grande medida, reduzida – para não dizer superada<sup>237</sup>.

Diante de tudo isso, o trabalho sugere, essencialmente, o seguinte: *ser estável não quer dizer ser estático.*

O termo “*estabilidade*” diz com “solidez”, “segurança” e “firmeza”; ao passo que a “*estática*”, justo contrário do movimento, remete à ideia de “imobilidade”, “inércia”, “estagnação”. Se, por um lado, é sobre o alicerce da *estabilidade* que se constroem as relações

---

<sup>237</sup>Evidentemente, não se trata de afirmar que, sob a perspectiva da regulação responsiva, nenhuma baliza regulatória deva ser estabelecida *a priori*. Bem ao contrário: como se indicou acima, a regulação responsiva propõe um sistema em que as “regras do jogo” de fato devem ser estabelecidas *previamente* e conhecidas de forma clara por todos os envolvidos. Nada obstante, o que se nota é que esse estabelecimento prévio de balizas não se confunde com a **fixação – de forma fechada, definitiva, perpétua e unilateral** – dos compromissos regulatórios, senão que permite ao regulador migrar de estratégias, dentro dessas balizas, sem que isso configure o rompimento da confiança nele depositada pelos demais jogadores. Essa possibilidade de ajustes de intervenção, sem perdas em termos de estabilidade e credibilidade, facilita que a regulação exerça, de modo mais pleno, o seu papel de acompanhamento conjuntural da realidade.

de confiança e cooperação almejadas pela teoria responsiva; por outro, é na contraposição à *estática* que essa teoria fundamenta seu pressuposto de adaptabilidade.

Nesse sentido, a análise do tema pelas lentes da teoria responsiva mostrou ser perfeitamente possível compatibilizar estabilidade e flexibilidade a partir da implementação de uma modelagem regulatória que, embora pautada pela previsibilidade e pela confiança mútua, supera a lógica simplista e genérica de prescrição/sanção e se vale de estratégias criativas, pensadas consoante os incentivos intrínsecos e as especificidades de cada setor, passíveis de oferecer respostas escalonadas e ajustáveis conforme as alterações de estrutura, motivações e comportamento dos regulados – de forma a consolidar um sistema estável, porém flexível.

No entanto, vale lembrar, uma vez mais, que a aptidão de um sistema incorporar tais estratégias para gerar confiança sem perder em flexibilidade *depende do arranjo institucional – formal e informal – do país naquele momento*. Não há modelos universais e perenes. E para a definição do ponto ótimo entre estabilidade e flexibilidade, portanto, é necessário estar sempre atento à realidade institucional. Essa compreensão sistêmica viabiliza a escolha de estratégias regulatórias mais produtoras – posto que atentas às limitações e possibilidades de cada contexto – e permite, por consequência, extrair-se da Regulação seu máximo potencial em cada conjuntura.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALA, M. A.; HILL, A. *Regulation, Institutions, and Commitment: Privatization and Regulation in the Argentine Telecommunications Sector*. nº 1216. Washington, D.C.: The World Bank Policy Research Department, 1993.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Argentina: The sequencing of privatization and regulation. In: LEVY, B.; SPILLER, P. T. (Org.). *Regulations, Institutions, and Commitment*. New York: Cambridge University Press, 1996. p. 202–250.

ABDALLA, R. *et al. Desenvolvimentos Institucionais Recentes no Setor de Telecomunicações no Brasil*, Texto para discussão., nº 1874. Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

ABELES, M.; FORCINITO, K.; SCHORR, M. *Regulación del mercado de telecomunicaciones: límites e inconsistencias de la experiencia argentina frente a la liberalización*. , Programa de Modernización Tecnológica., nº 5. Buenos Aires: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 1998.

AMANN, E.; BAER, W. From the Developmental to the Regulatory State: the transformaiton of the government's impact on brazilian economy. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, p. 267–282, 2005.

ANATEL. *Dez anos de Regulação das Telecomunicações no Brasil*. Brasília: Biblioteca Virtual da Anatel, 2007.

\_\_\_\_\_. *Relatório de Gestão 2008*. Brasília: Biblioteca Virtual da Anatel, 2008.

ARANHA, M. I. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 5. ed. London: Laccademia Publishing, 2019.

\_\_\_\_\_. *Políticas Públicas Comparadas de Telecomunicações (Brasil-EUA)*. 2005. 210 f. Universidade de Brasília, 2005.

ARGUELHES, D. W.; LEAL, F. Pragmatismo como (meta)teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, D. (Org.) *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press (OUP), 1992.

BALDWIN, R.; BLACK, J. Really Responsive Regulation. *SSRN Electronic Journal*, 28 dez. 2011.

BANCO MUNDIAL. *Reforming infrastructure. Privatization, regulation and competition*. Washigton: World Bank, 2004.

\_\_\_\_\_. *Argentina Privatization Program: Experience, Issues and Lessons*. Washington: World Bank, set. 1993.

\_\_\_\_\_. *How to Revitalize Infrastructure Investments in Brazil Public Policies for Better Private Participation (In Two Volumes) Volume II: Background Report*. Washington: World Bank, 2007.

BINENBOJM, G. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development*, v. 34, n. 5, p. 884–898, 2006.

BRAITHWAITE, John. Evidence for Restorative Justice. *The Vermont Bar Journal & Law Digest*, v. 40, p. 18-22, 2014.

CASTELAR, A. *et al.* Pragmatic Policy in Brazil: the political economy of incomplete market reform. *IPEA. Texto para Discussão*, 2004.

CHISARI, O.; ESTACHE, A.; ROMERO, C. *Winners and Losers from Utility Privatization in Argentina: lessons from a general equilibrium model*. nº 1824. Washington: The World Bank Economic Development Institute, set. 1997.

CHONG, A.; LÓPEZ-DE-SILANES, F. *Privatization in Latin America: myths and reality*. Washington: Stanford University Press, 2005.

COELHO, A. F. C. *Assimetria informacional e colapso regulatório: o caso da agência nacional de telecomunicações*. 2005. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005.

\_\_\_\_\_; VIEIRA, A. C. M. Um lance de olhos sobre as privatizações argentinas Antecedentes jurídicos, políticos e institucionais da alienação da Empresa Nacional de Telecomunicações. *Revista do Senado*, v. 43, n. 170, p. 311–319, abr. 2006.

COUTINHO, D. R.; FARACO, A. D. Regulação de indústrias de rede: Entre flexibilidade e estabilidade. *Revista de Economia Política*, v. 27, n. 2, p. 261–280, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_; MATTOS, C.; SCHAPIRO, M. *Compartilhamento de infraestrutura de abastecimento de aeronaves no Aeroporto Internacional Tom Jobim (Galeão, RJ)*. Parecer. 2017.

\_\_\_\_\_; MESQUITA, C. F. DE M.; NASSER, M. V. N. State-owned enterprises between public services and economic activities. *Revista Direito GV*. v. 15., n. 1, p. 1-23, 2019

EDITORIAL. Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório (Apresentação). *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 1, n. 1, p. 1–76, 2009.

ESTACHE, A. *Designing Regulatory Institutions for Infrastructure-Lessons from Argentina What the doctor would have ordered I*. Washington: The World Bank Group, 1997.

\_\_\_\_\_. Argentina 1990s' Utilities Privatization: A Cure or a Disease? *World Bank Working Paper Series*, 2 nov. 2003.

FERRAZ, A. S. Privatização e Processo Decisório. *Dados*, v. 52, n. 2, p. 425–469, 2009.

FINK, C.; MATTOO, A.; RATHINDRAN, R. *An Assessment of Telecommunications Reform in Developing Countries*, nº 2909. Washington: The World Bank Development Research Group, 2002.

FOLHA DE SÃO PAULO. Privatização das teles foi seguida por escândalos - 29/07/2003. São Paulo, 29 jul. 2003.

FORCINITO, K. El desarrollo de las telecomunicaciones en la Argentina y los desafíos para la universalización de los servicios. In: VICTORIA, B. *et al.* (Org.). *Transformaciones recientes en la economía argentina: tendencias y perspectivas*. Buenos Aires: Prometeo Libros Editoria, 2007.

\_\_\_\_\_. *El mercado de telecomunicaciones emergente de la privatización de ENTel: estructura y dinámica*. Rosario: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2 set. 2005.

GALAL, A.; NAURIYAL, B. *Regulating Telecommunications in Developing Countries: Outcomes, Incentives and Commitment*. Policy Research Working Paper., nº 1620. Washington: The World Bank Policy Research Department, out. 1995.

GALVÃO, J. O. L. *Regulação por Incentivos: desafios e perspectivas constitucionais. Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação apoiada em Incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações*. Brasília: Anatel/UnB, 2019.

GERCHUNOFF, P.; COLOMA, G. *Privatizaciones y Reforma Regulatoria en la Argentina*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 5 ago. 1992.

GHEVENTER, A. *Autonomia versus controle: origens do novo marco regulatório antitruste na América Latina e seus efeitos sobre a democracia*. 1. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2005. v. 1.

GONZÁLEZ, C. S.; ORSATTI, A. *Confrontando los retos sociales y laborales de la privatización: Las empresas multinacionales del sector de telecomunicaciones durante los años noventa*. Empresas Multinacionales y Política Social, nº 90. Ginebra: ILO, 2001.

GRABOSKY, P. N. Counterproductive regulation. *International Journal of Sociology of Law*, v. 23, p. 347–369, 1995.

GUASCH, J. L.; SPILLER, P. *Managing the regulatory process: design, concepts, issues and the Latin America and Caribbean story*. 1. ed. Washington: The World Bank Latin American and Caribbean studies viewpoints, 1999.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *The challenge of designing and implementing effective regulation: a normative approach and an empirical evaluation.*, 1., nº 71019. Washington: World Bank, 1 jan. 2001.

GUTIERREZ, L. *An Index of Telecommunication Regulatory Framework Context of Privatization and Competition Reform*. 1999. University of Florida, Florida, 1999.

HERRERA, A. La privatización de la telefonía argentina. *Revista de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe*, v. 1, n. 47, 1992.

JAMES, W. The Pragmatic Method. *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods*, v. 1, n. 25, p. 673, 8 dez. 1904.

JUSTEN FILHO, M. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo.*, v. 1, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, p. 13–41, 2018.

KESSIDES, I. *Reforming Infrastructure: Privatization, Regulation, and Competition*. Washington: The World Bank, 2004.

LEAL, F.; MENDONÇA, J. V. S. DE. *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2006.

LEVY, B.; SPILLER, P. T. Regulation, institutions, and commitment in telecommunications: a comparative analysis of five country studies. *The World Bank Economic Review*, v. 7, n. 1, p. 215–252, 1993.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. A framework for resolving the regulatory problem. In: LEVY, B.; SPILLER, P. T. (Org.). *Regulations, Institutions, and Commitment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 1–35.

MAGALHÃES, A. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MANZETTI, L. M. *Privatization South American Style*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999. v. 1.

MELO, M.; GAETANI, F.; PEREIRA, C. *State capacity and institutional change: a case study of telecom regulation in Brazil*. 2005, Santiago: Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, 2005.

MENDONÇA, J. V. *Direito Constitucional Econômico: A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Exposição de motivos da Lei Geral de Telecomunicações*. E. M. n. 231/MC, Brasília, 10 de dezembro de 1996.

MÜLLER, C. A. *Longa distância: a evolução dos sistemas nacionais de telecomunicações da Argentina e do Brasil em conexão com as telecomunicações internacionais (1808-2003)*. 2007. Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

OCDE. *Privatisation and the Broadening of Ownership of State-Owned Enterprises Stocktaking of National Practices*. Paris: OECD, 2018.

- \_\_\_\_\_. *Perspectives des communications de l'OCDE 2007*. Paris: OECD, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Relatório sobre a reforma regulatória: Fortalecendo a governança para o crescimento (Brasil)*. Paris: OECD, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Reforma regulatória (Brazil Policy Brief)*. Paris: OECD, 2018.
- \_\_\_\_\_. *A Policy Maker's Guide to Privatisation*. Paris: OECD, 2019.
- OSZLAK, O.; FELDER, R. La capacidad de regulacion estatal en Argentina . In: ISUANI, A.; FILMUS, D. (Org.). *La Argentina que viene. Análisis y propuestas para una sociedad en transición*. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma, 1997. p. 1–27.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. A capacidade de regulação estatal na Argentina. *Revista do Serviço Público*, v. Ano 51, n. 1, p. 5–38, 2000.
- PARDINA, M. R.; SCHIRO, J. *Taking Stock of Economic Regulation of Power Utilities in the Developing World A Literature Review, Rethinking Power Sector Reform.*, nº WPS 846. Washington, D.C.: The World Bank, 2018.
- PARGAL, S. *Regulation and Private Sector Investment in Infrastructure: Evidence from Latin America*. Policy Research Working Papers. Washington: The World Bank, 17 abr. 2003.
- PASTORIZA, F. A. *Privatização na Indústria de Telecomunicações: Antecedentes e Lições para Caso brasileiro*. Rio de Janeiro: BNDES, 1996.
- PINHEIRO, A. C. A experiência brasileira de privatização: o que vem a seguir? *Revista do BNDES*, n. Texto para Discussão 87, nov. 2000.
- \_\_\_\_\_; FUKASAKU, K. *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento, 2000.
- \_\_\_\_\_; SADDI, J. *Direito, Economia e Mercados*. 1. ed. São Paulo: Editora Campus, 2005. v. 1.
- PIRES, J. C. L. *Políticas Regulatórias no Setor das Telecomunicações: a experiência internacional e o caso brasileiro*, Textos para Discussão., nº 71. Rio de Janeiro: [s.n.], 1999.
- POGREBINSCHI, T. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*. Rio de Janeiro: Relume Demará, 2005.
- POSNER, R. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. Um manifesto pragmático. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 607–627.
- RAMOS, C. C. *Covid-19 e a flexibilidade regulatória - JOTA Info*. Disponível em: <[https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/covid-19-e-a-flexibilidade-regulatoria-12052020#\\_ftn1](https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/covid-19-e-a-flexibilidade-regulatoria-12052020#_ftn1)>. Acesso em: 24 jun. 2020.

RIBEIRO, L. C. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *Revista de Direito Administrativo*, v. 272, p. 209–249, 2016.

SANTOS, M. *et al. Empresas estatais: Políticas Públicas, Governança e Desempenho*. Brasília: IPEA, 2019

SAPPINGTON, D. *Comment on “Regulation, Institutions, and Commitment in telecommunications” by Levy and Spiller*. 1994, Washington: World Bank, 1994.

SCHOLZE, S. H. C. *Pesquisa, desenvolvimento e inovação em tecnologias da informação e comunicação: lei de informática e incentivos fiscais à luz das novas teorias regulatórias*. 2016. 290f. Universidade de Brasília, 2016.

SIMAO, L. R. *The Privatization of the Telecommunications Sector in Latin America: A Comparative Study of Argentina and Brazil*. 2010. City University of New York, 2010.

SPILLER, P. T. *Regulation and Commitment in the British Telecommunications Sector*. Policy Research Working Paper., nº 1241. Washington: World Bank, 31 jan. 1994.

STIGLITZ, J. Whiter Reform? Ten Years of the Transition. abr. 1999, Washington, D.C.: The World Bank, abr. 1999a.

\_\_\_\_\_. *Promoting Competition in Telecommunications*. Buenos Aires: Universidad Argentina de la Empresa, 1999b.

SUNDFELD, C. A. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, C. A. (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNSTEIN, C. Paradoxes of the Regulatory State. *University of Chicago Law Review*, n. 57, p. 407–441, 1999.

TATSCH, C. R. *Privatização do setor de telecomunicações no Brasil*. 2003. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

TCU. *Avaliação dos Resultados da Gestão (ARG): atuação da Anatel na revisão do atual modelo de prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC em regime público para uma possível prestação do serviço em regime privado*. Brasília: TCU, 2017.

UIT. *Una reglamentación eficaz Estudio de caso: Brasil Unión Internacional de Telecomunicaciones*. Genebra: ITU, 2001.

\_\_\_\_\_. Effective regulation: Brazil country case study. *ITU News*, n. 10, p. 23, 2001.

VERONESE, A. Judicialização das telecomunicações no Brasil: disputas sobre direitos dos consumidores e regulação / Telecommunications services and judicialization in Brazil: between legal disputes over consumer rights and regulation. *Revista Direito e Práxis*, v. 6, n. 12, 4 nov. 2015.

VIEIRA DE CARVALHO, C. E. *Regulação de serviços públicos na perspectiva da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WALLSTEN, S. *Does Sequencing Matter? Regulation and Privatization in Telecommunications Reforms*. *Policy Research Working Paper*, nº 2817. Washington: The World Bank, 1 fev. 2002.

\_\_\_\_\_. An empirical analysis of competition, privatization, and regulation in telecommunications markets in Africa and Latin America. *World Bank Policy Research Working Paper*, v. 2136, n. May, 1999.

YOUTUBE. *Ações de combate à pandemia à luz do Direito Administrativo - Jurista Marçal Justen Filho - YouTube*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DxkiHC3BH7Q&feature=youtu.be>>. Acesso em: 14 ago. 2020.