



PGR-00050760/2017

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
SECRETARIA DE APOIO PERICIAL

PARECER TÉCNICO Nº 159/2017/ATCOE/SEAP

REFERÊNCIA	IC 1.00.000.013775/2014-01
UNIDADE SOLICITANTE	3ª Câmara de Coordenação e Revisão
SOLICITANTE	Subprocurador Geral da República José Elaeres Marques Teixeira
EMENTA	Estudo apontando os impactos da proposta legislativa (PL 3453/2015 – PL 79/2016) de mudança do regime de concessão para autorização no setor de telecomunicações.
TEMÁTICA	Consumidor e Ordem Econômica
GUIA SISTEMA PERICIAL	SEAP/PGR - 000338/2017
COORDENADAS GEOGRÁFICAS	-15.807572,-47.859712z

1. INTRODUÇÃO

1. Trata-se de análise da proposta legislativa PL nº 3453/2015 (PL nº 79/2016, no Senado), que objetiva alterar a modalidade de prestação do serviço de telefonia fixa (STFC – Serviço Comutado de Telefonia Fixa) do regime público para o regime privado e do regime de concessão para autorização, bem como dá outras providências. Na presente análise, serão consideradas as observações feitas pelo TCU, em seu acórdão nº 3076/2016, e pela Consultoria Legislativa do Senado Federal, na Nota Informativa nº 129/2017.

2. O projeto de lei, de autoria do Deputado Daniel Vilela – PMDB/GO, propõe alterar a Lei nº 9472/1997, conhecida como Lei Geral das Telecomunicações (LGT), para permitir a adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização, e a Lei nº 9.998/2000, que instituiu o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST).

3. As propostas contidas no projeto de lei fixam novo marco regulatório, na

medida em que modificam substancialmente o principal alicerce do atual modelo de telecomunicações – a existência concomitante de dois regimes de exploração de serviço: um público, com obrigações de universalização e continuidade, e outro privado, sem tais obrigações. Sob o texto atual da LGT, o serviço prestado em regime público deve ser feito sob outorga de concessão, já o prestado em regime privado se dá sob a outorga de autorização.

4. Ocorre que, por ocasião da revisão do Plano Geral de Metas de Universalização, um dos instrumentos regulatórios vinculados à concessão, e da discussão sobre a revisão quinquenal dos contratos de concessão, deu-se início a uma série de discussões que culminaram com o envio da proposta de alteração legislativa ora analisada.

5. É o relatório.

2. ANÁLISE

6. As proposições contidas no projeto de lei alteram de maneira significativa o marco regulatório e impactarão a forma como o setor organizará seus investimentos no futuro. Dessa forma, este parecer buscará elucidar as questões de fundo e os potenciais impactos das alterações propostas.

2.1 Da alteração do regime de prestação do serviço

7. O projeto de lei, em seu art. 2º, insere três novos artigos na LGT, no capítulo que trata da classificação dos serviços de telecomunicações. Os dispositivos propostos buscam viabilizar e dar forma ao processo de mudança, com a possibilidade de adesão das concessionárias ao novo modelo, por meio da adaptação de seus instrumentos contratuais. Baseado no princípio de que o novo modelo gera menos custos regulatórios, criam-se condicionamentos sobre os saldos gerados pela mudança na forma de compromissos de investimento e de apresentação de garantias ao seu fiel cumprimento.

8. Uma das alterações importantes no novo modelo encontra-se no inciso IV do art. 68-A, com a criação do termo único de serviços. Atualmente, cada serviço de telecomunicações - STFC, SMP, SCM, SeAC – exige licenças distintas. A criação de um termo único dá cobertura legal ao que já acontece no mundo tecnológico, a convergência dos serviços na mesma infraestrutura de comunicação.

9. O art 4º do projeto de lei faz a principal modificação conceitual no atual modelo, que é franquear à exploração em regime **exclusivamente privado** as modalidades de interesse coletivo consideradas essenciais. O modelo atual estatui que o serviço com tais

características deve ser prestado em regime público ou concomitantemente nos regimes público e privado. O efeito prático desta alteração é a permissão legislativa para que o STFC seja prestado em regime privado, alterando o tipo de outorga de concessão para autorização.

10. Ainda que seja possível a mudança de concessão para autorização, é necessário esclarecer por que o modelo atual é outorgado sob concessão. Basicamente, a resposta vem do mandamento constitucional que afirma ser competência da União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;”¹, culminado com o art. 64 da LGT que diz que “comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar”.

11. A outorga por meio de concessões garante ao Estado mais instrumentos de regulação e intervenção, como o monitoramento e o controle das tarifas, a imputação de custos de expansão da rede para universalizar o serviço e o monitoramento da qualidade do serviço para garantir a continuidade da prestação. Garante-se ainda o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e sua revisão periódica. Ou seja, a concessão exige maior investimento em um primeiro momento, mas o Estado dá determinadas garantias ao concessionário a fim de que sua margem de lucro seja garantida no período do contrato.

12. No arranjo feito no setor a partir da privatização do Sistema Telebrás, entendeu-se que o STFC deveria ser o serviço a ser universalizado. Aconteceu que, por motivos de escolha da política pública e da própria evolução tecnológica, o serviço de voz fixa foi-se tornando obsoleto em face da característica de mobilidade do SMP e da tendência crescente de aumento no tráfego de dados em relação ao tráfego de voz.

13. Já a prestação de qualquer serviço em regime privado possui maior liberdade para atuação, com menor intervenção do Estado, ainda que sujeitos às hipóteses legais de extinção². Esta liberdade de atuação no mercado, entretanto, é contrabalanceada por uma série de instrumentos regulatórios, tais como os regulamentos de qualidade dos serviços autorizados, o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor, o Regulamento Geral de Interconexão, o Plano Geral de Metas de Competição, entre outros regulamentos técnicos da Anatel.

1 Art. 21, XI, Constituição Federal.

2 “A autorização de serviço de telecomunicações não terá sua vigência sujeita a termo final, extinguindo-se somente por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação.”. Art. 138, LGT.

14. Outro instrumento regulatório significativo utilizado pela Anatel são compromissos de cobertura fixados em editais de licitação de radiofrequência. Por meio do cumprimento de tais compromissos, o serviço móvel pessoal atingiu um número 4 vezes maior de acessos do que o serviço de telefonia fixa.

15. Observa-se, assim que a alteração central do modelo não gera necessariamente prejuízo à prestação do serviço, na medida em que entende-se possível que a prestação em regime privado possa atender o mesmo desempenho de qualidade e de cobertura, desde que devidamente cercado de instrumentos que vinculem compromissos e deem à Agência ferramentas regulatórias de fixação de condicionamentos e obrigações.

16. Causam preocupação, todavia, as alterações propostas no art 5º do projeto de lei, que passa a permitir a renovação indefinida da concessão por períodos de 20 anos³. A preocupação surge da extinção da licitação que deveria ocorrer ao final do prazo da concessão.

2.2 Do cálculo da valoração da transição e dos bens reversíveis

17. O art. 2º prevê que a Anatel criará metodologia para, caso ocorra a migração, efetuar o cálculo do valor econômico da mudança de regime de prestação do STFC. O TCU verificou que a agência já vem debatendo essa metodologia. O valor da transição seria resultante da “diferença entre o VPL (Valor Presente Líquido) da expectativa de Fluxo de Caixa decorrente da exploração do STFC e demais recursos em regime de Autorização e o VPL da expectativa de Fluxo de Caixa da exploração do STFC e demais recursos em regime de Concessão”.

18. Ainda que, em tese, seja possível efetuar esse cálculo, existem incertezas conceituais e mesmo operacionais que dificultam a efetivação dessa tarefa pela Anatel. Conceitualmente, é necessário corretamente interpretar quais são os bens reversíveis (que seriam devolvidos à União ao término das concessões). A Nota Informativa da Consultoria do Senado Federal afirma que a redação do projeto de lei adota a ideia de que esses bens seriam aqueles que são necessários à prestação do serviço concedido, na proporção em que esse serviço demanda.

19. Operacionalmente, pode ser difícil, para a agência, manter atualizada a lista de controle dos bens reversíveis. Auditoria realizada pelo TCU concluiu que “o processo de fiscalização da Anatel não garante a fidedignidade e a atualidade dos bens reversíveis”. Essas

3 O texto atual da LGT só permite a renovação do contrato de concessão uma única vez por um período de 20 anos.

constatações, contudo, não comprometem a lógica regulatória que pondera a favor da necessidade de alteração do regime de exploração dos serviços para melhor adequá-los à realidade tecnológica e para aproveitar os melhores incentivos econômicos.

20. A principal preocupação quanto ao cálculo do valor da transição está na possível inexatidão da metodologia. O relatório do TCU assim pondera:

Conforme destacado pela equipe de fiscalização, eventuais impropriedades nos cálculos dos valores envolvidos no processo de migração podem levar a Anatel a subestimar ou superestimar os valores dos bens reversíveis da empresa, dando margem ao favorecimento indevido do Tesouro Nacional ou das concessionárias, por um lado, ou a prejuízos à competição no setor, por outro lado.

21. Quanto aos valores dos bens reversíveis já calculados pelo TCU, deve-se salientar que a própria área técnica ressalva que os valores podem não estar corretos. Além disso, como bem avalia a consultoria do Senado, é necessário adaptar os cálculos à definição de bens reversíveis prevalecente no projeto de lei em análise. Segundo essa definição, são considerados bens reversíveis apenas aqueles que são essenciais à prestação do serviço em regime público e estejam efetivamente empregados na prestação desse serviço.

22. Dessa maneira, esta assessoria entende que, verificando-se o interesse público de alterar o regime de prestação do serviço de telefonia fixa, o cálculo correto do valor econômico da transição é etapa essencial para garantir a restituição à União do valor correspondente aos bens atualmente concedidos (ou, alternativamente, a aplicação desses recursos na expansão da infraestrutura) e a manutenção das condições de operação e expansão do serviço.

2.3 Da criação do mercado secundário de espectro

23. Os arts. 8º e 9º tratam da possibilidade de transferência da autorização de uso de radiofrequências entre prestadores de serviços de telecomunicações, mediante anuência da Anatel. A Nota Informativa da consultoria do Senado acertadamente destaca que essa alteração pode criar um mercado privado concentrado de revenda de autorizações.

24. Essa possibilidade é particularmente reforçada na redação do art. 9º, que permite a prorrogação da autorização para uso de radiofrequências indefinidamente por períodos de até 20 anos. Ainda que haja a previsão de pagamento pela prorrogação ou, alternativamente, de conversão desse pagamento em obrigação de investimento, esse artigo

tem o potencial de criar uma barreira à entrada no mercado de faixas de radiofrequências.

25. Diferentemente do que está ocorrendo com o STFC, não se vislumbram, a priori, mudanças de mercado que justifiquem tratar o uso de faixas de radiofrequência como serviço passível de melhor exploração com menor regulação. Trata-se de um bem escasso e o acesso a ele é essencial para o fornecimento de serviços de telecomunicações por todas as operadoras. Além disso, as faixas de radiofrequência não são de uso exclusivo dos serviços regulados de telecomunicações. Futuramente podem ocorrer alterações tecnológicas que exijam remanejamento de faixas entre serviços diversos.

26. Assim, relegar a administração desse ativo à iniciativa privada pode criar distorções típicas de mercados de monopólio em favor das incumbentes, o que prejudicaria não apenas a evolução da competição nos serviços de telecomunicações, como também a disponibilização de faixas de frequência para outros usos concorrentes.

27. Esse aspecto concorrencial foi também ressaltado pela consultoria do Senado, que considerou que pode haver restrição à “entrada de outros interessados na exploração do uso do espectro radioelétrico, mantendo o mercado restrito às atuais operadoras”.

28. A criação de um mercado secundário de faixas de radiofrequência pode até ser economicamente mais eficiente para permitir o aproveitamento máximo das faixas já colocadas à disposição das autorizadas, desde que a comercialização do acesso ao espectro seja conduzida segundo os princípios de um processo seletivo público.

29. Permitir a livre negociação, pelas empresas, do acesso ao espectro poderia criar barreiras não transparentes à entrada no mercado. A realização de processo seletivo público auditável pela agência, como um pregão eletrônico, por exemplo, preservaria a transparência dos critérios de concorrência.

30. A competição é ainda mais resguardada se não for admitida a proposta de renovação ilimitada de uma mesma autorização. Ao incentivar a realização de novas licitações de autorização, o Estado inibe o comportamento monopolista das incumbentes e abre a possibilidade de renovação da gestão das faixas de radiofrequência.

31. Similarmente, o art. 10 flexibiliza a renovação das autorizações para exploração de satélite brasileiro. Devido à escassez do recurso, mais uma vez surgem potenciais de diminuição de competição.

32. Dessa maneira, esta assessoria entende que os art. 8º a 10 do projeto de lei nº 79/2016 têm potencial de criar poder de monopólio em favor das empresas autorizadas a explorar faixas de radiofrequência e o satélite brasileiro, criando barreiras ao incremento da

competição nos serviços de telecomunicações. Isso feriria a lógica regulatória de promoção de concorrência em setores com tendências monopolísticas. A diminuição das ineficiências na exploração do espectro de radiofrequências deveria ser conduzida por meio de processos seletivos abertos a quaisquer concorrentes qualificáveis.

2.4 Outros riscos apontados pelo TCU

33. O TCU ainda apontou outros riscos do processo de migração do STFC do regime público para o regime privado. Esses riscos não têm necessariamente ligação direta com o projeto de lei em tramitação no Senado, mas dizem respeito à fiscalização que o TCU tem feito sobre a condução paralela que a Anatel tem dado ao tema.

34. Há risco de judicialização ao término dos contratos de concessão. A ideia é que, em um cenário de incerteza quanto à forma de realização dos cálculos referentes aos bens reversíveis, algumas empresas podem optar por permanecer sob o regime de concessão. A discussão com essas operadoras sobre o valor e o próprio conceito dos bens ficaria, portanto, postergada para o fim do contrato. Por isso, o TCU espera que a proposta a ser formulada pelo Poder Concedente e pela Anatel seja atrativa para todas as empresas do setor, em um esforço para alcançar a concordância de todas as partes.

35. O TCU colocou como duvidoso o critério desenvolvido pela Anatel para definição dos mercados menos competitivos e que seriam prioritários para o recebimento dos investimentos resultantes do valor econômico da transição. Segundo o relatório do TCU, a Anatel elaborou o fator de redução de desigualdades sociais consultando unicamente as operadoras, justamente as partes menos interessadas em realizar investimentos dessa categoria.

36. Além disso, o TCU demonstrou preocupação com as demais fontes de financiamento da expansão de serviços de interesse público, especialmente o FUST, completamente ignoradas na revisão do modelo. A lei do FUST limita seu uso para o fomento a serviços prestados em regime público apenas. Ao silenciar sobre a alteração dessa condição, o projeto de lei cria lacuna que tornaria ainda mais difícil a aplicação dos recursos do FUST, atrasando objetivos de massificação das telecomunicações.

37. A área técnica do TCU também manifestou preocupação com retrocessos na inclusão digital e no efetivo acesso a serviços de telecomunicações. O risco reside principalmente na discricionariedade que a agência pretenderia dar às operadoras para definirem as propostas de investimentos. Os lugares sem qualquer tipo de acesso correriam

maior risco de assim continuarem, dado que ainda não possuem infraestrutura que poderia ser compartilhada entre vários serviços.

38. Ainda com relação à inclusão digital efetiva, o TCU considera que há contradição entre a centralidade da oferta de banda larga e a supressão do PGMU, pretendida pela Anatel, de metas de universalização da infraestrutura de rede de suporte para a conexão em banda larga.

39. No acórdão do TCU, ficou determinado

à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações deste Tribunal que autue, na forma do art. 241 do Regimento Interno do TCU, processo de acompanhamento da revisão do modelo de prestação dos serviços de telecomunicações, cujo escopo englobe, entre outros aspectos, o cálculo dos saldos associados à migração do regime de concessão para autorização e a definição das metas de investimento em infraestrutura de banda larga.

2.5 Da capacidade de gestão sobre os compromissos de investimento

40. Uma vez vencida a questão sobre a metodologia de cálculo do valor da transição para o novo modelo regulatório, que inclui a necessária resolução da controvérsia sobre a valoração dos bens reversíveis, restará estipulado um saldo que deverá ser transformado em investimento pelas concessionárias. Daí surgem alguns riscos que impõem medidas de mitigação.

41. O primeiro deles está associado à forma como será elaborado o plano de investimentos. Quem será seu autor? O MCTIC, formulador da política pública de telecomunicações, a Anatel, quem de fato vem elaborando e implementando as atuais políticas públicas de expansão da cobertura dos serviços, ou as operadoras⁴? Conforme depreende-se dos parágrafos 35 e 37, é possível observar que há a tendência de que as decisões de investimento sejam majoritariamente tomadas no âmbito das operadoras.

42. O risco seguinte está relacionado ao potencial fato de as operadoras incluírem neste plano os investimentos que ela já deveria realizar em razão de sua estratégia empresarial e da competição do setor. Ou seja, a operadora tem um incentivo a segurar ou suspender os investimentos agora, para que venham a compor as obrigações de investimento criadas a

4 Importa observar que em face das medidas cautelares tomadas em 2012 pela Anatel com a suspensão das vendas de algumas operadoras de telefonia móvel, as operadoras tiveram que apresentar planos de investimento que seriam homologados pela Anatel e posteriormente monitorados.

partir da transição.

43. Dessa forma, esta assessoria entende que não é suficiente a realização, pela Anatel, do cálculo do valor econômico da transição, mas também é imprescindível a vinculação dos investimentos desse valor prioritariamente aos projetos de maior interesse público e de menor viabilidade econômica, de maneira a não utilizar o valor econômico da transição como fonte de recursos para os investimentos com suficiente viabilidade econômica do ponto de vista da iniciativa privada.

44. O ponto seguinte está associado à capacidade do Estado, e em última instância da Anatel, em monitorar, fiscalizar, controlar e prestar contas dos investimentos realizados em função de seu elevado saldo. Além disso, o TCU apontou o risco de não cumprimento dos compromissos de investimentos em função da ineficácia da agência no acompanhamento de obrigações.

45. Os novos custos regulatórios de fiscalização dos investimentos representariam ônus significativo às atividades já realizadas pela Agência em um cenário de baixo orçamento. É notório o conhecimento do impacto, nas atividades e na estrutura da agência, do contingenciamento orçamentário ao longo dos anos e da limitação do acesso ao FISTEL⁵. Associado a isso, há que se observar o impacto que a insuficiente gestão da agência sobre os bens reversíveis trouxe sobre a dificuldade de valoração atualmente vivenciada⁶.

46. Observa-se, assim, que a Anatel não tem capacidade nem maturidade de gestão para efetuar o necessário monitoramento e controle dos compromissos de investimento. Há, portanto, a necessidade de dotar essa capacidade à Anatel para que, no exercício de suas competências legais, promova o adequado e obrigatório controle sobre tamanho montante de investimento.

47. A fim de mitigar o alto impacto destes riscos, sugere-se que seja criado mecanismo que garanta o descontingenciamento do FISTEL, a fim de ampliar de maneira significativa a sua estrutura de fiscalização. Contudo, há a necessidade de que esta ampliação

5 Fundo de natureza contábil, denominado "Fundo de Fiscalização das Telecomunicações", destinado a prover recursos para cobrir despesas feitas pelo Governo Federal na execução da fiscalização de serviços de telecomunicações.

6 O parágrafo 183 do relatório de auditoria que4 acompanha o Acórdão 3076/2016 dia que "Ora, se a fiscalização exercida pela agência durante toda a execução contratual não conseguiu garantir a fidedignidade e a atualidade dos bens reversíveis, questiona-se como a agência vai conseguir confirmar, com grau de confiança satisfatório, qual a proporção de uso dos bens para o STFC, sem depender exclusivamente dos valores declarados pelas concessionárias, que mostraram-se bastante imprecisos conforme informações da própria Anatel na análise das RBRs obtidas no curso da auditoria supracitada."

obedeça a uma visão de ganho de maturidade.

3. CONCLUSÃO

48. Ante ao exposto, é possível concluir que:
- a) a prestação do serviço de telefonia fixa em regime privado pode atender o mesmo desempenho de qualidade e de cobertura do regime público, desde que devidamente cercado de instrumentos que vinculem compromissos e deem à Agência ferramentas regulatórias de fixação de condicionamentos e obrigações;
 - b) causam preocupação as alterações propostas no art. 5º do projeto de lei nº 79/2016, que passa a permitir a renovação indefinida da concessão por períodos de 20 anos⁷, o que implica na extinção da licitação que deveria ocorrer ao final do prazo da concessão;
 - c) verificando-se o interesse público de alterar o regime de prestação do serviço de telefonia fixa, o cálculo correto do valor econômico da transição é etapa essencial para garantir a restituição à União do valor correspondente aos bens atualmente concedidos (ou, alternativamente, a aplicação desses recursos na expansão da infraestrutura) e a manutenção das condições de operação e expansão do serviço;
 - d) os arts. 8º a 10 do projeto de lei nº 79/2016 têm potencial de criar poder de monopólio em favor das empresas autorizadas a explorar faixas de radiofrequência e o satélite brasileiro, gerando barreiras ao incremento da competição nos serviços de telecomunicações. Isso feriria a lógica regulatória de promoção de concorrência em setores com tendências monopolísticas. A diminuição das ineficiências na exploração do espectro de radiofrequências deveria ser conduzida por meio de processos seletivos abertos a quaisquer concorrentes qualificáveis;
 - e) não é suficiente a realização, pela Anatel, do cálculo do valor econômico da transição, mas também é imprescindível a vinculação dos investimentos desse valor prioritariamente aos projetos de maior interesse público e de

7 O texto atual da LGT só permite a renovação do contrato de concessão uma única vez por um período de 20 anos.

menor viabilidade econômica, de maneira a não utilizar o valor econômico da transição como fonte de recursos para os investimentos com suficiente viabilidade econômica do ponto de vista da iniciativa privada;

- f) sugere-se que seja criado mecanismo que garanta o descontingenciamento do FISTEL, a fim de ampliar de maneira significativa a estrutura de fiscalização da agência, contudo, há a necessidade de que esta ampliação obedeça a uma visão de ganho de maturidade.

49. Por fim, entende-se que há a necessidade de melhor discutir as propostas legislativas a fim de que a sociedade e os poderes constituídos sejam melhor informados e que os riscos e potenciais impactos do projeto sejam esclarecidos e tenham soluções endereçadas antes que o projeto seja aprovado. Sua aprovação sem essa discussão e amadurecimento pode levar à sua judicialização futura em face da evidenciação de ocorrência de alguns dos riscos apontados neste parecer.

50. É o parecer.

Brasília, 24 de fevereiro de 2017.

Marcelo Santiago Guedes
Analista do MPU/Perito/Tecnologia da Informação e Comunicação
Matrícula 26356

Rodrigo César Bessoni e Silva
Analista do MPU/Perito/Economia
Matrícula 25795



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Responsáveis pela assinatura do documento: **PGR-00050760/2017 PARECER TÉCNICO nº 159-2017**

.....
Signatário(a): **MARCELO SANTIAGO GUEDES**

Data e Hora: **24/02/2017 15:27:16**

Assinado com certificado digital

.....
Signatário(a): **RODRIGO CESAR BESSONI E SILVA**

Data e Hora: **24/02/2017 15:26:05**

Assinado com certificado digital

.....