

Aspectos críticos do direito das telecomunicações da Comissão Europeia: a próxima reforma*

Critical aspects of the EC telecommunications law: the next reform

Fabio Bassan**

Palestra

*Seminário Internacional de Regulação de Serviços Públicos: Direito
Comparado da Energia Elétrica e das Telecomunicações*

Realizado em 26 a 28 de junho de 2007

Local: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília/DF

Realização: UnB-RomaTre-Unisc

Palestra ministrada em 26 de junho de 2007

O setor de telecomunicações tem se apresentado como um laboratório, na Europa, para o provimento de serviços públicos de rede. Em 1990, o setor de telecomunicações foi o primeiro setor aberto à competição e tem figurado como o setor com maior número de emendas. Em 2002, a regulação sobre o setor de telecomunicações foi inteiramente revista em nível comunitário europeu e, em 2009, está prevista uma nova reforma do setor pela Comunidade Europeia. As razões para essa permanente codificação e para sua importância nas liberalizações europeias encontram-se provavelmente assentadas sobre o fato de que se trata de um setor que compartilha características comuns com outros setores – dentre as quais, afigura-se como a mais importante a relevância estratégica da rede –, mas com peculiaridades marcantes. No intuito de descrever tais aspectos e, acima de tudo, no intuito de lançar hipóteses para desenvolvimento, é necessário que se enuncie sinteticamente como o setor se desenvolveu até aqui e se identifiquem os fundamentos e a *ratio* das reformas europeias.

Primeira reforma: início dos anos noventa

No início da década de 1990, a Comissão Europeia, pressionada, de um lado pela evolução das negociações do Acordo Geral de Comércio e

*Tradução para a língua portuguesa de Márcio Iorio Aranha.

**Professor de *Diritto dell'Unione Europea* na *Università degli Studi Roma Tre*.

Serviços (GATS) da Organização Mundial do Comércio e, por outro lado e principalmente pela política econômica dos Estados Unidos, optou por abrir à competição inicialmente os mercados de terminais e, após isso, o de serviços de telecomunicações.

O legislador comunitário considerou que, para a abertura do mercado à competição, não seria necessário duplicar a infraestrutura do então monopolista. Dita infraestrutura poderia ser facilmente utilizada por todos os competidores, que se limitariam à condição de provedores de serviços ao público, sob a condição de garantia de igualdade de acesso à rede, tanto econômica quanto técnica, conforme a Diretriz de Oferta de Rede Aberta (*Open Network Provision Directive*) da Comunidade Europeia. Assentada em suposições econômicas equivocadas, essa política comunitária gerou um importante conflito institucional nunca antes visto.

A falsa suposição econômica afirmava, de um lado, que seria impossível, ou ao menos economicamente inconveniente, duplicar a infraestrutura do monopolista e, de outro lado, que a regulação seria suficiente para garantir, por si só, condições equânimes, não-discriminatórias e orientadas a custos.

O conflito institucional deveu-se a circunstâncias históricas. Concomitantemente à implementação das medidas de liberalização exigidas pela União Europeia, os Estados membros encontravam-se sujeitos às determinações dos assim chamados “critérios Maastricht” (*Maastricht criteria*), que impunham, dentre outras coisas, um inovador sistema de controle de despesas como requisito para que o Estado integrasse o grupo de usuários da nova moeda: o euro.

Ao perseguirem tais objetivos de controle de despesas, muitos Estados tomaram medidas extraordinárias [*una tantum*], dentre as quais, a venda de empresas estatais para obtenção de capital voltado a equilibrar a dívida pública. Dentre as empresas estatais, as menos estratégicas eram, evidentemente, aquelas do setor de comunicações. Muitos Estados, portanto, simultaneamente à liberalização dos setores, privatizaram as empresas monopolistas de telecomunicações. Daí o conflito institucional com a Comissão Europeia, que merece ser citado a seguir, embora de forma resumida.

Para o direito da União Europeia, a natureza pública ou privada da empresa não é relevante: em qualquer caso, estará sujeita ao direito da concorrência e às regras de liberalização. O Estado membro da União

Europeia, entretanto defronta-se com um dilema complexo: trata-se da decisão sobre se primeiramente privatiza e, após isso, liberaliza, ou se liberaliza primeiro, conforme exigido pela Comissão Europeia, e talvez – e somente se estritamente necessário – privatiza.

A resposta a essa pergunta depende evidentemente do propósito da ação. Para o Estado que se encontrasse pressionado pela necessidade de aquisição de capital por intermédio da venda de empresas estatais, era preferível vender a empresa em primeiro lugar e liberalizar após dado esse passo, na medida em que o objetivo seria o de maximizar o preço e um monopolista, por óbvio, seria mais valioso. Para o mercado e para a concorrência, por outro lado, era preferível que se liberalizasse primeiro e que, então, eventualmente se privatizasse. Dessa forma os novos entrantes no mercado não encontrariam um monopólio privado como obstáculo, notoriamente mais agressivo que o monopólio público devido à ausência do controle político usualmente incidente sobre este último.

Os Estados, que tiveram de vender suas joias de família para se enquadrarem nos parâmetros de *Maastricht*, insistiram na primeira solução e têm impedido a aprovação das regras de liberalização. A Comissão Europeia, todavia, tem processado os Estados na Corte de Justiça na medida em que, optando por um caminho que subverteu o equilíbrio institucional de poderes da Comunidade, a Comissão decidiu superar a obstrução dos Estados mediante adoção de regras por iniciativa própria.

A Corte de Justiça, ao ser chamada a se pronunciar sobre o assunto, afirmou a prevalência do interesse *substancial* da liberalização sobre o interesse *formal* do respeito ao equilíbrio institucional entre os poderes e endossou as posições da Comissão Europeia sobre o tema.

Os Estados, a essa altura, tiveram de aceitar a decisão da Corte e pediram que a Comissão Europeia restabelecesse o equilíbrio institucional. Assim, as reformas que se seguiram tiveram como objeto energia elétrica, gás e transportes e têm tido a participação e o suporte dos Estados. Essa é uma das razões da consistência e efetividade das reformas nesses outros setores em contraposição ao que ocorreu no setor de telecomunicações.

O resultado da primeira reforma e a necessária intervenção para o restabelecimento do equilíbrio

A reforma das telecomunicações, a despeito da natureza revolucionária das regras, tem tido pouco efetividade por diferentes razões.

Em primeiro lugar, as regras deviam ser aplicadas pelas autoridades reguladoras nacionais, que àquela época, não existiam na vasta maioria dos países. Mesmo quando prontamente instituídas, foram necessários alguns anos até que tais autoridades se estruturassem e produzissem regras adequadas para aplicação das diretrizes, bem como para seu reforço por meio de regulamentos de sanção.

Em segundo lugar, a superstição de que seria suficiente liberalizar serviços para criação de uma competição permanente foi rapidamente superada pela constatação de que a mera batalha de preços entre as operadoras que não fossem proprietárias das redes não garantiriam a necessária evolução tecnológica. A aposta somente em uma rede inteligente reduziu a competição nos serviços ofertados. Isso ficou claramente comprovado pelo fato de que, no segmento de mercado que não fora prontamente regulado e em que a competição ocorreu livre de amarras legais – o mercado de serviços móveis –, surgiram pelo menos dois operadores para cada país, cada qual com sua rede própria. A independência tecnológica gerou uma competição real, e por conseguinte, uma rápida evolução na oferta de serviços no mercado móvel.

Esse quadro resultou na necessidade da primeira intervenção no modelo. Em meados dos anos noventa, a Comissão Europeia e os Estados membros adotaram uma diretiva que permitia o uso de qualquer infraestrutura existente, inclusive de TV a Cabo, para prestação de serviços de telecomunicações.

A solução, entretanto, teve pouca repercussão devido a dois conjuntos de causas. Primeiramente, poucos Estados membros tinham um setor de TV a Cabo consolidado. Em segundo lugar, em ambos os casos, fosse a ausência de TV a Cabo ou sua insuficiência, as redes tinham que ser financiadas e melhoradas.

Por isso, era necessária uma política de incentivos dirigida a investimentos na rede. Dito suporte fora sendo lentamente incrementado e

de forma contraditória, devido ao fato de que restava evidente o risco de uma intervenção desse tipo, que poderia ser contraproducente ao trabalhar contra as operadoras já presentes no mercado e que não desejassem investir, mas somente revender tráfego telefônico e serviços e que, finalmente, até aquele momento, haviam sido sustentadas pela regulação.

Tais intervenções contraditórias levaram, em alguns casos, a novos insucessos do mercado e de operadoras que apostaram em um caminho regulatório, e não em outro. Por tudo isso, foi necessária uma revisão completa do modelo.

A reforma de 2002

Em 2002, ao final de três anos de trabalho, o legislador comunitário publicou a reforma do sistema, que foi aplicada na grande maioria dos Estados em 2003. Nela, havia duas emendas principais.

Em primeiro lugar, as Autoridades Nacionais Regulatórias [*Regulatory National Authorities*] obtiveram mais poderes e, ao mesmo tempo, poderes mais específicos. Em especial, elas foram autorizadas: a) a proceder, a cada dezoito meses, a análises de mercados identificados pela Comissão Europeia; b) e a adotar medidas legais pertinentes a princípios de transparência e proporcionalidade. Quanto maiores fossem as deficiências de um mercado específico, mais graves seriam as medidas que a autoridade nacional estaria legitimada a adotar. As medidas são impostas a empresas que se acredita serem dominantes no mercado a partir de critérios de direito da concorrência (quotas de mercado, barreiras de mercado, dentre outros) e consistem em um amplo espectro de medidas desde uma simples separação de contas, até medidas de obrigações de *price cap* ou de *must carry* apoiado em princípio de não-discriminação. Existem ao todo dezoito mercados, parte deles no mercado intermediário, de atacado, e parte no mercado final, de varejo. A intenção do legislador comunitário foi o de garantir às Autoridades Nacionais maior elasticidade na intervenção a partir das necessidades de mercados específicos.

A segunda emenda relevante foi a criação de uma rede de reguladores nacionais orientada a garantir atuação coordenada entre Autoridades nacionais e, por conseguinte, homogeneidade nas intervenções praticadas pelos diversos Estados membros.

As reformas revelaram-se muito pouco efetivas. A identificação *a priori* dos mercados pelo legislador e a atribuição, também antecipada, de poderes de intervenção às Autoridades criaram certa confusão. Além disso, os instrumentos de intervenção são similares aos usados pelas Autoridades Nacionais de Concorrência. O uso preventivo de tais instrumentos criou discussões eruditas, mas nada práticas sobre a precedência entre regulação e concorrência. Instrumentos semelhantes, quando usados de forma preventiva por Autoridades setoriais na fase fisiológica e de forma repressiva por Autoridades concorrenciais na fase patológica, criaram uma evidente competição entre reguladores, na medida em que a autoridade concorrenciais tende a regular e a autoridade regulatória tende a controlar a competição.

No que se refere à coordenação entre reguladores em países distintos, as medidas tiveram pequena efetividade. As Autoridades nacionais adotam, ainda hoje, instrumentos diferentes: no Reino Unido, a *British Telecom* (BT) firmou um acordo com a Autoridade daquele país para separar as estruturas de rede, seguindo com o desenvolvimento dos serviços. Na Itália, estão pensando nisso. Em outros países, as Autoridades preferiram adotar modelos diferentes.

As reais dificuldades e hipóteses de ulterior mudança de direção na regulação

Atualmente, a discussão aponta para diferentes caminhos. O debate em torno da reforma das telecomunicações encontra-se absorvido pelo debate mais amplo sobre o papel dos Estados no desenvolvimento de todas as redes, como a de energia elétrica, infraestrutura de gás, transporte, rede ferroviária, transporte aéreo, e inclusive redes de televisão.

Políticas públicas dos Estados membros que sustentem empresas não são permitidas no direito da União Europeia: elas feririam a regra de auxílio estatal. Ao mesmo tempo, Estados e instituições estão conscientes do perigo em confiarem em empresas independentes – privadas, em muitos setores e países – com poder de decisão sobre a evolução da infraestrutura. O interesse dos acionistas no lucro imediato do capital investido conflita com o interesse público de inovação tecnológica a longo prazo. Isso pode ser visto na internet – através de demandas na imprensa por políticas referentes à

banda larga voltadas a superar a divisão digital [*digital divide*] –, no setor de gás – com a dependência de alguns países das tubulações de gás vindas da Rússia –, como também na energia elétrica e transportes – ou seja, quem paga pelo custo das redes ferroviárias de alta velocidade?

Após vinte anos, nós estamos de volta ao ponto de partida, que é o clássico tema dos economistas: as redes têm que voltar a ser públicas? Em outras palavras, após a liberalização em cada país e em todos os setores mediante abordagens distintas, e, em alguns casos, após a privatização dos antigos monopolistas, o que é, de fato, o serviço público? Será a prestação de serviços aos cidadãos sob certas condições econômicas e técnicas, ou a garantia de uma rede moderna e atualizada, na medida em que, no que se refere aos serviços, há garantias suficientes provenientes do direito do consumidor, que se desenvolveu em paralelo nos últimos vinte anos?

Evidentemente, não há uma só resposta correta. A resposta mais válida, segundo o caso, depende da opção tomada. O cerne do debate hoje encontra-se na aplicação da separação estrutural, ou talvez também a separação empresarial [*corporate separation*] das históricas operadoras de redes.

Uma política europeia global de rede provavelmente está por vir, fornecendo princípios comuns para as telecomunicações, energia, gás, recursos hídricos, petróleo, ferrovias, transporte aéreo. Essa é a única hipótese em que o direito da comunidade europeia autoriza os Estados membros a financiar infraestruturas nacionais de rede... Mas se este é o caso, tais infraestruturas não podem, por óbvio, ser privadas.

