

Convergência tecnológica, serviço público e o papel do Estado na comunicação

Bráulio Santos Rabelo de Araújo

1 Introdução

O fenômeno da convergência pode ser caracterizado como uma mudança na relação tradicional entre redes e serviços (RODRIGUES, 2009, p. 48-49), permitida pelo desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação. A digitalização da informação (possibilidade de representar em números binários os diversos tipos de informação, tais como sons, imagens e dados) (LÉVY, 1999, p. 50-75), a tecnologia de transmissão de dados por comutação de pacotes (comunicação de dados via pacotes de tamanhos padronizados) (ABBATE, 1999, p. 7-41) e o desenvolvimento do protocolo TCP/IP, que possibilita a interligação entre diferentes redes (ABBATE, 1999, p. 127-133; 139-144), permitiram o fornecimento dos mais diversos serviços de comunicação (telefonia fixa e móvel, transmissão de sons, imagens e dados) por meio de uma mesma e qualquer rede, independentemente da tecnologia na qual esteja baseada (v. g. fios de diversos materiais, energia elétrica, satélite ou micro-ondas). Esta convergência de serviços e redes é acompanhada pelo desenvolvimento de aparelhos terminais (v. g. computador, celular e televisão) capazes de manipular todos os tipos de informações (convergência de terminais) e por uma tendência de concentração entre os diferentes setores da comunicação – telefonia, audiovisual e informática (convergência setorial).

A convergência impõe a necessidade de reformular a regulamentação da comunicação, pois torna anacrônico o estabelecimento de regras distintas para diferentes tipos de serviços e de redes e, porque transforma a comunicação de dados em grande velocidade (internet em banda larga) no mais relevante serviço de comunicação. A reformulação deve, assim, preocupar-se não apenas em adequar as regras às tecnologias, mas principalmente em estabelecer condições que permitam o desenvolvimento de um moderno sistema de comunicação com acesso universal.

Questão central neste debate refere-se ao papel do Estado. O movimento de privatização e de reforma regulatória (desregulamentação) das décadas de 1980 e 1990 afastou o Estado da prestação direta dos serviços de comunicação e reduziu seu poder de intervir por meio de regulamentação. No momento atual, o Estado volta a ter um papel ativo e relevante na universalização da comunicação ao redor do mundo¹, o que reacende o debate sobre qual deve ser seu papel no setor. Esse contexto refere-se diretamente ao Brasil, que passou, na década de 1990, pelo processo de privatização e de reforma do marco regulatório, e que debate atualmente a reforma da regulamentação da comunicação² e o papel do

¹ Vide a esse respeito o estudo “Next Generation Connectivity: a review of broadband Internet transitions and policy from around the World”, do Berkman Center for Internet and Society (2010), que analisa as políticas de expansão de banda larga de diversos países, como Coreia do Sul, Japão, Suécia, Itália, Estados Unidos e Austrália, e aponta valores expressivos de investimento público voltado a essa finalidade.

² Vide a esse respeito a Resolução nº 516/2008 da Anatel, que aprova o Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil.

Estado no setor³.

Levando em consideração os desafios impostos pela convergência das tecnologias de comunicação, o objetivo deste artigo será analisar, com base na noção material de serviço público, o papel do Estado brasileiro na comunicação. Para essa análise, serão considerados a relevância da comunicação e seu reconhecimento como direito fundamental, as características de sua exploração econômica e o papel do Estado nas três fases históricas da comunicação no Brasil (1852 a 1962, 1962 a 1995 e 1995 em diante).

2 A relevância da comunicação e as características de sua exploração econômica

A comunicação é o processo de interação e troca de informações entre duas ou mais pessoas (FISHER, 1984, p. 29; D'ARCY, s.d., p. 2). Trata-se de uma atividade social essencial para a formação de um amplo e robusto espaço de debate público, para o desenvolvimento da opinião pública, da cidadania, da participação política, para o controle das atividades privadas e estatais, para o entretenimento e para o exercício de outros direitos, como o direito à educação e o direito à cultura (UNESCO, 1980, p. 14-33; FARACO, 2007, p. 10-21). A recente evolução das tecnologias de comunicação reduziu os custos de acesso à informação e à cultura e ampliou as possibilidades de realização da democracia e dos direitos humanos (BENKLER, 2006, p. 2-3; 7-15). Ademais, os meios de comunicação tornam-se cada vez mais ferramentas necessárias ao exercício da cidadania, já que deles depende o acesso a vários serviços governamentais e privados.

A infraestrutura de comunicação é também essencial para a economia. Além de necessária aos setores da agricultura, indústria e serviços, à defesa do país, à integração nacional e internacional e ao desenvolvimento da ciência, tecnologia e inovação, a própria indústria da comunicação e suas tecnologias constituem um setor econômico altamente dinâmico. Nesse sentido, a expansão de sua infraestrutura contribui para o desenvolvimento do país e para a redução das desigualdades sociais e regionais.

Por sua relevância, a comunicação é reconhecida como direito fundamental e protegida sob a tutela do direito à liberdade de expressão, do direito à informação e, em formulação mais contemporânea, do direito à comunicação (ARIENTE, 2006; p. 67-74; 72-73; BONAVIDES, 2006, p. 569; COMPARATO, 1994, p. 65-70; D'ARCY, s.d., p. 2-3; FISHER, 1984, p. 16; HABERMAS, 1984, p. 264; HESSE, p. 34-35; SARLET, 2009, p. 58). Nesse reconhecimento funda-se a exigência de universalização do acesso.

A telecomunicação é um serviço prestado sobre uma infraestrutura de rede, que tem alto custo de criação e de duplicação, cuja utilização oferece retornos crescentes de escala e que tem no acesso

³ Vide a esse respeito o Plano Nacional de Banda Larga, instituído pelo Decreto nº 7.175/2010, que propõe a política pública do Executivo para expandir o acesso às tecnologias de informação e comunicação no Brasil.

condição necessária para a concorrência (POOL, 1983, p. 236-240; SALOMÃO FILHO, 2001, p. 42-43; 54). Devido ao alto custo da infraestrutura e à exigência de universalização do acesso, o mercado é ineficiente em promover o serviço, pois não é capaz de expandir a infraestrutura e/ou cobrar um preço acessível em áreas que não apresentam demanda suficiente (IPEA, 2010, p. 5).

Por sua relevância social como uma atividade que não possui dimensão exclusivamente econômica (FARACO, 2007, p. 50-64; BUCCI, 2003, p. 103; 106-107), que produz externalidades sociais⁴ e é essencial à coesão e interdependência social e, pelas características de sua infraestrutura, que inviabilizam uma atuação eficiente do mercado, a comunicação é uma atividade que demanda a atuação do Estado.

3 O papel do Estado nas três fases históricas da comunicação no Brasil

Desde o século XIX, quando do desenvolvimento do telégrafo e posteriormente do telefone, a telecomunicação é considerada um setor estratégico pelos Estados europeus e pelos Estados Unidos por sua relevância para a formação do espaço público, para o comércio, defesa, desenvolvimento tecnológico e para a expansão da influência nacional a outros países (MORAES, 2004; DANTAS, 2002, p. 129-131). Por isso, esses Estados sempre exerceram uma forte influência no setor, seja através da regulamentação da iniciativa privada pela teoria da “*public utility*” e do “*common carrier*” nos Estados Unidos (POOL, 1983, p. 75-107)⁵, seja através do monopólio público e da noção de serviço público na Europa (JUSTEN, 2003; MORAES, 2004, p. 351-356).

No Brasil, ao contrário, por motivos de dependência econômica e tecnológica, mas também por falta de visão estratégica de Estado⁶, até a década de 1960, a telecomunicação foi desenvolvida prioritariamente pela iniciativa privada internacional, em aliança com o Estado (RODRIGUES, 2009, p.

⁴ Segundo Calixto Salomão Filho (2001, p. 27-28), “[h]á externalidade sempre que uma determinada relação jurídica produz efeitos geralmente não-mensuráveis a sujeitos que não participam daquela determinada relação jurídica. (...) Na área social externalidades são benefícios ou malefícios causados pela relação jurídica a grupos sociais menos favorecidos ou à organização da sociedade como um todo. (...) a existência de relevância social na atividade (...) faz com que ela não possa ser prestada pelos particulares sem efeitos distributivos perversos”. Para o autor, os setores que possuem externalidades não são regulamentáveis e o serviço, nesses casos, deve ser prestado diretamente pelo Estado (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 28).

⁵ Nos Estados Unidos, a relevância da comunicação e a necessidade de atuação estatal para promovê-la foram reconhecidas desde a época do serviço postal. O subsídio estatal foi essencial para a formação de um espaço público rico e diverso nos Estados Unidos e a competência do Estado para promover sua infraestrutura foi inclusive prevista na Constituição, em seu artigo I, seção 8, que confere ao Congresso o poder de estabelecer vias e agências do serviço postal (POOL, 1983, p. 77-79). Vale dizer também que o fato de os serviços de telecomunicação terem sido desenvolvidos pela iniciativa privada nos Estados Unidos nunca impediu que o Estado exercesse sua influência. Um exemplo clássico foi a intermediação da marinha americana na operação em que a RCA – Radio Corporation of America, constituída em 1919 pela General Electric, adquiriu a Marconi American, subsidiária americana da companhia de radiodifusão britânica British Marconi. A British Marconi, em conjunto com a própria General Electric e a AT&T, detinha as patentes dos transmissores de rádio. O governo americano, na época da Primeira Guerra Mundial, não queria se sujeitar ao controle da tecnologia do rádio pelos britânicos. Através desses entendimentos, o governo americano trouxe a Westinghouse e a General Electric para a produção de equipamentos de rádio (SARTORI; GRAZZINI, 1987, p. 220-221; BENKLER, 2006, p. 191).

⁶ A falta de disposição do Estado brasileiro em considerar a comunicação como uma atividade relevante é ilustrada pelo caso do padre brasileiro Roberto Landell de Moura, que desenvolveu e chegou a patentear nos Estados Unidos aparelhos telegráficos e radiofônicos, mas, em 1904, teve seu pedido de auxílio negado pelo presidente Rodrigues Alves, além de ter sido taxado de “louco” (DANTAS, 2002, p. 131; 135; RODRIGUES, 2009, p. 163).

16-20; DANTAS, 2002, p. 129-135). O resultado foi o desenvolvimento de um serviço de baixa qualidade, regulamentado de forma fragmentária e desordenada e prestado através de uma infraestrutura precária, concentrada nas poucas localidades que apresentavam maior potencial de consumo (RODRIGUES, 2009, p. 19-20; DANTAS, 2002, p. 134-135; 209; PEREIRA FILHO, 2002, p. 34-35). No início da década de 1960, apesar de contar com cerca de 900 companhias telefônicas, o Brasil estava entre os países com menor densidade telefônica do mundo – tinha apenas um telefone para cada 100 habitantes, menos que países como Estados Unidos (38), Suécia (35), Canadá (29), Argentina (5,99), Uruguai (5,01) e Chile (2,25) (PEREIRA FILHO, 2002, p. 35; DANTAS, 2002, p. 210)⁷.

Na década de 1960, uma nova fase se iniciou no setor da comunicação. O Brasil vivia o processo de industrialização iniciado nos anos 1930, marcado pela centralização e pelo incremento da estrutura do Estado, com a formação de um novo aparelho de regulamentação e intervenção econômica (MELLO, J.; NOVAIS, 1998, p. 593-594; CARVALHO, 2009, p. 87-97). Em um cenário de grande insatisfação com as telecomunicações, evidenciada por atos de políticos com diferentes orientações ideológicas⁸, foi aprovado, em 1962, sob o governo de João Goulart, o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), que unificou em um mesmo dispositivo normativo a regulamentação da telecomunicação e da radiodifusão. A ditadura militar iniciada em 1964 – que manteve o processo de industrialização, mas sob um modelo diverso⁹ – levou a cabo a proposta de intervenção estatal desenhada no CBT para a área da comunicação, pois esta era considerada pelos militares um setor essencial para a defesa e a para a integração nacional (PEREIRA FILHO, 2002, p. 36). Assim, um novo modelo foi implementado.

Em 1965, tal qual previsto pelo CBT em seu art. 30, § 1º, foi criada a Embratel, uma empresa pública que em cinco anos (1967 a 1972) interligou as principais cidades das cinco regiões do país por meio de troncos de micro-ondas, permitindo a discagem direta a longa distância (DDD) entre as capitais e as principais cidades brasileiras. A Embratel expandiu a rede de telex e telégrafo, muito utilizada pela imprensa para a montagem de agências de notícias e para o relacionamento com a imprensa regional; desenvolveu o Serviço Móvel Marítimo, que permitiu a comunicação por voz e texto a partir do mar; e filiou-se ao sistema de satélites Intelsat, viabilizando a transmissão nacional de radiodifusão e a formação de sistemas nacionais de televisão (RODRIGUES, 2009, p. 23-25; DANTAS, 2002, p. 210-211; PEREIRA FILHO 2002, p. 37). Em 1972, foi criada a Telebrás, que incorporou a Embratel e, por meio de suas subsidiárias (as “teles”, empresas polo estaduais), adquiriu as companhias municipais,

⁷ Nas palavras de Pareto Neto (1976, p. 38), “[p]odia-se falar de casa, pelo telefone, do Rio e de São Paulo, para Paris, Londres ou Nova Iorque, porém não se podia falar para Porto Alegre, Salvador ou Recife”.

⁸ No Rio Grande do Sul, Leonel Brizola havia privatizado a Companhia Telefônica Rio-Grandense, enquanto no Rio de Janeiro, Carlos Lacerda criou a Cetel, com o objetivo de estender a cobertura do serviço telefônico a bairros não atendidos pela CTB – Companhia Telefônica Brasileira (DANTAS, 2002, p. 209-210; RODRIGUES, 2009, p. 22).

⁹ Segundo João Manuel Cardoso de Mello e Fernando A. Novais (1998, p. 618), a “Revolução de 64” interrompeu o desenvolvimento de um capitalismo domesticado por valores modernos como a igualdade social e prática democrática dos cidadãos e optou pelo desenvolvimento de um capitalismo autoritário, plutocrático, isto é, regido pelos detentores da riqueza. A esse respeito, vide também Fiori (1995a, p. 100-102) e Furtado (1981, p. 39-43).

uniformizou e expandiu a telefonia fixa residencial. Valendo-se de um sistema de financiamento baseado na abertura e pulverização do capital¹⁰ e em subsídios cruzados (cobrança de taxas maiores para o sistema empresarial para financiar o desenvolvimento do sistema residencial), a Telebrás teve grande êxito em expandir a infraestrutura de telefonia fixa no Brasil (RODRIGUES, 2009, p. 24-25; DANTAS, 2002, p. 211). Segundo Dantas (2002, p. 211-212):

entre 1972 e 1975, o número de linhas saltou de 1,4 milhão para 2,2 milhões; nos três anos seguintes, chegou a 4,6 milhões. O incremento anual do número de linhas vinha-se realizando a taxas sempre superiores a 15%, tendo chegado a 32% em 1976, sobre 1975 (apud Telebrás, 1993). De repente, esta acelerada expansão sofreu uma brusca freada. Foi de 10% em 1979, sobre 1978; 8% no ano seguinte; 5,3% em 1981.

A esse respeito, Rodrigues (2009, p. 25) informa que “[d]e 1970 a 1990, enquanto a população brasileira cresceu 50% e o PIB 90%, a planta instalada de terminais telefônicos do Sistema Telebrás cresceu 500%”. O rápido desenvolvimento das comunicações no Brasil impulsionou a indústria eletroeletrônica e atraiu empresas fornecedoras transnacionais. Ao longo da década de 1970, o governo brasileiro lançou uma estratégia de desenvolvimento tecnológico levado a cabo pelo Centro de Pesquisas Padre Landell de Moura (CpqD), que desenvolveu uma série de novos produtos, obteve patentes no Brasil e no exterior e celebrou vários acordos e contratos de transferência de tecnologia (RODRIGUES, 2009, p. 26-28; DANTAS, 2002, p. 215-218)¹¹.

A crise fiscal do Estado brasileiro ao longo da década de 1980, provocada pelo crescimento da dívida externa, pela inflação e pelo estancamento de entrada de recursos estrangeiros, implicou a desaceleração de investimentos, a degradação progressiva da infraestrutura econômica e a consequente deterioração da qualidade dos serviços públicos (FIORI, 1995a, p. 108-113; FURTADO, 1981, p. 49-56). A Telebrás manteve certa capacidade de investimento, mas sofreu os efeitos da alta inflação e da utilização de suas receitas para o pagamento de dívida externa, o que prejudicou o desempenho da empresa (DANTAS, 2002, p. 231-232; KINGSTONE, 2003, p. 25; PEREIRA FILHO, 2002, p. 39). Em meio ao debate político da década de 1990, a empresa foi acusada de ineficiência e o Estado, de incapacidade financeira e administrativa (RODRIGUES, 2009, p. 30-31; KINGSTONE, 2003, p. 25-26). Sob o movimento neoliberal dessa década, o setor das telecomunicações brasileiro foi privatizado em 1998, com o objetivo de levantar recursos para arcar com a dívida externa e promover um serviço mais eficiente (RODRIGUES, 2009, p. 30-35; DANTAS, 2002, p. 232-236; PEREIRA FILHO, 2002, p. 41-43).

A Emenda Constitucional nº 8/95 alterou o artigo 21 da Constituição de 1988 e extinguiu o monopólio estatal na prestação dos serviços de telecomunicação. Em 1997, foi aprovada a LGT – Lei

¹⁰ Realizada por meio dos chamados planos de expansão, pelos quais o consumidor adquiria um lote de ações e, no prazo máximo de dois anos, recebia um telefone em sua casa.

¹¹ O desenvolvimento tecnológico encontrou barreiras em empresas estrangeiras como a Siemens, Ericsson e ITT, que se associaram a grupos empresariais nacionais para fornecer produtos para a Telebrás (RODRIGUES, 2009, p. 27; DANTAS, 2002, p. 215-218).

Geral das Telecomunicações (Lei nº 9472/97), que trouxe as novas regras para o setor e criou a Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações, órgão responsável pela fiscalização dos serviços.

A LGT classificou os serviços de telecomunicação, quanto à abrangência dos interesses a que atendem, em serviços de interesse público ou restrito (art. 62) e, quanto ao regime jurídico de sua prestação, em serviços públicos ou privados (art. 63). Considerando a noção formal, segundo a qual serviço público é aquele prestado em regime jurídico de direito público¹², o que fez a LGT foi extinguir, por meio legal, o caráter público de praticamente todos os serviços de telecomunicação¹³. Apenas o serviço de telefonia fixo comutado, quando prestado por concessionário, foi qualificado como serviço prestado em regime público. O objeto principal dessas mudanças, num quadro de privatização e desregulamentação, foi afastar o Estado do exercício direto e da regulamentação dos serviços de telecomunicação. No regime privado, o Estado foi proibido de exigir metas de universalização e obrigações de continuidade, de controlar tarifas e padrões de qualidade (v. g. velocidade das conexões de internet) e de exigir a reversibilidade de bens que poderiam assim ser considerados¹⁴.

Em contrapartida ao alijamento do Estado, o governo estabeleceu, por meio do Plano Geral de Outorgas, o modelo pelo qual pretendia promover a concorrência no serviço de telefonia fixa¹⁵. No serviço de comunicação móvel, o país foi dividido em dez regiões para as quais foram leiloadas faixas de frequência, possibilitando a presença de ao menos quatro concorrentes por área. No serviço de televisão por assinatura, não foram estabelecidas regras específicas para concorrência.

As mudanças promovidas pela desregulamentação introduziram um quadro regulatório altamente fragmentado no Brasil. A partir da LGT, cindiu-se a regulamentação da telecomunicação e da radiodifusão, de forma que essas atividades passaram a ter distintos marcos regulatórios (LGT e CBT) e órgãos fiscalizadores (Anatel e Ministério das Comunicações). Os próprios serviços de telecomunicação (telefonia fixa, móvel, internet, comunicação via rádio e por satélite e televisão por assinatura) passaram a ter classificações e regimes jurídicos diferentes entre si. O exemplo mais ilustrativo é o do serviço de televisão por assinatura, regulamentada por distintos dispositivos normativos conforme a tecnologia

¹² A noção formal clássica de serviço público é enunciada por Gaston Jèze (1930, p. 2): “A idéia de serviço público está intimamente ligada àquela do procedimento de direito público. Dizer que, em determinada hipótese, há serviço público, é dizer que, para dar satisfação regular e contínua à determinada categoria de necessidades de interesse geral, os agentes públicos podem aplicar os procedimentos de direito público, isto é, um regime jurídico especial, e que a organização do serviço público pode ser modificada a todo instante pelas leis e regulamentos, sem que nenhum obstáculo intransponível de ordem jurídica possa se opor” (tradução livre do autor). Entre os doutrinadores brasileiros que adotam a noção formal de serviço público, vide Celso A. Bandeira de Mello (2001, p. 597) e Maria Sylvia Z. di Pietro (2000, p. 98).

¹³ Note, a esse respeito, que a noção formal de serviço público de Jèze permite que, a qualquer momento, por meio de leis e regulamentos, a organização de um serviço público seja alterada.

¹⁴ É o que se depreende da comparação entre as normas aplicáveis aos serviços prestados em regime público (artigos 79 a 125 da LGT) e as normas aplicáveis aos serviços prestados em regime privado (artigos 126 a 144 da LGT). Em particular, o inciso I do artigo 128 da LGT ilustra de forma bastante clara essa disciplina: “Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que: I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público”.

¹⁵ Em breve resumo, o Plano dividiu o país em quatro regiões, nas quais as concessionárias deveriam prestar o serviço em concorrência com as empresas autorizadas (empresas espelho).

segundo a qual é prestada¹⁶.

Essa regulamentação fragmentada é inadequada à convergência tecnológica. A divisão da regulamentação conforme diferentes tecnologias e serviços deixa de fazer sentido na medida em que as novas tecnologias permitem a oferta dos mais diversos serviços por meio de toda e qualquer rede. Se, por um lado, o Brasil alinhou-se à tendência internacional de desregulamentação, por outro, não se preocupou em estabelecer um marco regulatório adaptado às novas tecnologias e ao cenário da convergência, que já era uma realidade¹⁷. Além de inadequada, a regulamentação brasileira é anacrônica. Evidência disso é que o único serviço nela qualificado como público e para o qual foram estabelecidas metas de universalização foi o de telefonia fixa, que é justamente o menos avançado e convergente entre os serviços da telecomunicação – não tem mobilidade, é ineficiente para a comunicação de dados e para a transmissão de outra modalidade de comunicação além do som. Esse anacronismo prejudica a expansão do sistema brasileiro, pois, como o FUST – Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações só pode ser utilizado para financiar a universalização de serviços prestados em regime público (no caso, apenas a telefonia fixa), seus recursos não podem ser direcionados à expansão da infraestrutura de banda larga, hoje o serviço mais relevante e estratégico¹⁸.

A reforma regulatória e a privatização deram início à terceira fase histórica das comunicações, marcada, como a primeira, pelo distanciamento do Estado. O resultado não foi positivo. As metas de universalização não foram atendidas de fato¹⁹. O modelo criado fracassou em seu objetivo de promover concorrência. Diferentemente do que se pensava na década de 1990, atualmente, apenas três grupos empresariais – o grupo Telefonica (controlador da Vivo), Telmex (controlador da Net, Embratel e Claro) e Oi (que incorporou a Brasil Telecom) – controlam 92,5% do mercado de telefonia fixa²⁰, 75,4% do mercado de telefonia móvel²¹, 62,6% do mercado de televisão por assinatura²², 84,6% do mercado de

¹⁶ A Lei nº 8.977/95 regulamenta o serviço a cabo, e o Decreto nº 2.196/97 regulamenta os serviços prestados por meio de satélite (DTH) e por micro-ondas (MMDS).

¹⁷ No Reino Unido, por exemplo, o Broadcasting Act, de 1996, anterior à LGT, já estabeleceu regras para a radiodifusão digital e o Communications Act, de 2003, estabeleceu licenças neutras tecnologicamente (que não fazem distinção entre tecnologias nem entre serviços), bem como unificou a fiscalização e regulamentação em torno de um único órgão, o Ofcom – Office of Communications, extinguindo os cinco órgãos antes responsáveis pela fiscalização dos serviços de comunicação (DOYLE; VICK, 2005; UNITED KINGDOM, 2000).

¹⁸ O artigo 1º do Decreto nº 3.624/2000, que regulamenta o FUST, estabelece como sua finalidade cobrir custos relativos às obrigações de universalização dos serviços de telecomunicações, obrigações essas aplicáveis apenas aos serviços prestados em regime público.

¹⁹ De 1994 a 2009, o número de linhas de telefone fixo instaladas cresceu de 13,3 milhões para 59,6 milhões, número superior à meta de 55 milhões estabelecida no plano de universalização elaborado quando da privatização. Contudo, conforme Dantas (2002, p. 22) e Rodrigues (2009, p. 54-57), diferentemente do critério adotado pelo governo para analisar o cumprimento da meta (número de linhas instaladas), o critério que deve ser notado são as linhas efetivamente utilizadas. Essas constituem um número consideravelmente menor, totalizando, em 2009, 41,5 milhões de linhas. Considerando o número de linhas instaladas, a teledensidade brasileira corresponderia a 31,12 telefones a cada 100 habitantes. Já tomando as linhas efetivamente utilizadas, a teledensidade decai para 21,6 telefones a cada 100 habitantes. Em compensação, a capacidade ociosa do sistema, que em países desenvolvidos não ultrapassa 10%, no Brasil é de 30%. Trata-se, portanto, de uma universalização potencial e não efetiva.

²⁰ Disponível em: <http://www.teleco.com.br/mshare_fix.asp>. Acesso em: 29.09.2010.

²¹ Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/opcelular.asp>>. Acesso em: 29.09.2010. Somando-se a participação de 24,25% da Tim, chega-se a uma concentração de 99,65% do mercado.

banda larga²³, e 79,8% do mercado de telecomunicação como um todo, considerando conjuntamente os quatro mercados acima citados²⁴. As empresas espelho previstas pelo Plano Geral de Outorgas não prosperaram (RODRIGUES, 2009, 61-64) e o Plano teve que ser modificado em 2008²⁵ para permitir a incorporação da Brasil Telecom pela Oi.

Além da falta de concorrência, o avanço da telecomunicação no Brasil no cenário pós-privatização é barrado pelo alto preço e pela baixa qualidade. Em ranking elaborado pela UIT – União Internacional das Telecomunicações (2010), que compara preços cobrados pela cesta de serviços de telecomunicação (telefone fixo, celular e banda larga) em 161 países, o Brasil está em um modesto 87º lugar, com um custo equivalente a 4,14% da renda nacional per capita, atrás de países como Índia (3,64%), Chile (3,49%), China (3,21%), Venezuela (2,99%), Argentina (2,71%), Uruguai (2,10%), México (1,69%), e Estados Unidos (0,4%) (ITU, 2010, p. 57-58). Rodrigues (2009, p. 94-95) indica que os preços de banda larga variam muito conforme a região e conforme as áreas de uma mesma região, podendo chegar a R\$716,00 por mbps. No que tange à qualidade, de acordo com o Procon (2009, p. 6; 8), os serviços de telecomunicação são os campeões em reclamação dos consumidores, responsáveis por 45,8% de todas as reclamações.

Por fim, o principal fracasso do setor das telecomunicações pós-privatização está no déficit de acesso aos serviços. Os números da telefonia fixa foram apresentados acima. A telefonia móvel apresenta franca expansão, tendo chegado em 2009 ao número de 174 milhões de aparelhos em funcionamento, o que corresponde a uma densidade de 90,5%²⁶. Entretanto, de acordo com a pesquisa do CGI (2010, p. 321-322), apenas 59% das pessoas possuem celular e 90% dos aparelhos são pré-pagos, o que limita consideravelmente sua utilização. A TV por assinatura também está em ascensão (7,5 milhões de assinaturas em 2009), porém o acesso é ainda muito limitado (3,9 assinantes a cada 100 habitantes).

O problema mais grave é verificado no acesso à banda larga. De acordo com o CGI (2010, 228-229), 24% dos domicílios brasileiros possuem acesso à internet, mas apenas 22% destes possuem conexões com velocidade igual ou superior a 1 mbps²⁷. A densidade de acesso à banda larga no Brasil (5,19, em números de 2008) é baixa se comparada a países como Suécia (36,22), Alemanha (27,56), França (27,4), Chile (8,43), Argentina (7,57) e Uruguai (7,33) (UNCTAD, 2010, p. 104-107). Recente

²² Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/optva.asp>>. Acesso em: 29.09.2010. Somando-se a participação de 25,9% da Sky, chega-se a uma concentração de 88,5% do mercado.

²³ Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/blarga.asp>>. Acesso em: 29.09.2010. Sobre a falta de concorrência neste setor, vide também IPEA (2010, p. 5-7).

²⁴ Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/operadoras/grupos.asp>>. Acesso em: 29.09.2010.

²⁵ O Decreto nº 2534/98, que estabelecia a primeira versão do Plano, foi substituído pelo Decreto nº 6654/08.

²⁶ Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/estatis.asp>>. Acesso em: 29.09.2010.

²⁷ Esse dado evidencia novamente a baixa qualidade do serviço no Brasil, visto que nos países europeus, na Coreia do Sul, nos Estados Unidos, no Japão e na Suécia, a velocidade de banda larga varia entre 10 mbps a 1 gbps (IPEA, 2010, p. 14). Vale dizer também que no Brasil, os provedores de internet garantem apenas 10% da velocidade contratada. Vide pesquisa do IDEC sobre o serviço de banda larga no Brasil, disponível em: <http://www.idec.org.br/rev_idec_texto_imprensa.asp?pagina=2&ordem=2&id=1224>. Acesso em: 01.10.2010.

pesquisa do IPEA (2010, p. 5-10) demonstra que o acesso à banda larga é profundamente desigual entre as cinco regiões brasileiras, entre cidade e campo e entre diferentes classes sociais (IPEA 2010, p. 5; 6; 9; 10). A pesquisa demonstra que a infraestrutura é direcionada às áreas que concentram maior parcela da renda, indicando que o déficit de acesso concentra-se nos municípios com menos habitantes – 56% dos municípios com até 100 mil habitantes não possuem banda larga. Essas localidades concentram 92% da população sem acesso à banda larga no Brasil, equivalente a 39,2 milhões de pessoas (IPEA, 2010, p. 7-8). Sabe-se também que, mesmo em municípios que possuem acesso à banda larga, há áreas sem oferta do serviço (IPEA, 2010, p. 7-8).

4 A noção material de serviço público e o papel do Estado na comunicação

A precariedade do setor brasileiro de telecomunicação em sua terceira e atual fase (1995 em diante) pode ser comparada à da primeira fase da comunicação no Brasil (1852-1962). A observação da história da comunicação brasileira evidencia que essas duas fases, caracterizadas pelo distanciamento do Estado e pelo protagonismo do mercado, foram marcadas por carência e desigualdade de acesso, regulamentação fragmentada e anacrônica, infraestrutura deficitária e orientada para áreas com maior concentração de renda, além de forte atraso tecnológico frente ao cenário internacional. Essa constatação vai ao encontro do observado na Seção 2, que aponta a incapacidade do mercado em prestar o serviço de comunicação de forma satisfatória, em razão da natureza da infraestrutura em rede e das externalidades sociais da comunicação, e a necessidade da presença do Estado para um desenvolvimento equilibrado do setor.

A observação da história do setor da comunicação no Brasil, da relevância dessa atividade e das características de sua exploração econômica demonstra, ao encontro da noção material²⁸, que a comunicação deve ser reconhecida como serviço público por ser uma atividade essencial, no atual momento histórico, à coesão e interdependência social, que, deixada sem a atuação do Estado, promove a fragmentação social na medida em que impede seus cidadãos de se integrarem de forma equilibrada na esfera pública.

A crítica de que a noção material tem pouca instrumentalidade jurídica, pois não está baseada em elementos jurídicos, mas sociais, econômicos e políticos (MELLO, C., 2001, p. 597; GROTTI, 2003, p. 49) tem aqui algum fundamento. De fato, não seria adequado pretender, por exemplo, que o reconhecimento da comunicação como serviço público a partir da noção material elidisse imediatamente a eficácia da regulamentação em vigor. Até porque, conforme Del Picchia (2008, p. 135-136), a noção

²⁸ A noção material clássica de serviço público é enunciada por Léon Duguit (1923, p. 55) como “toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulamentado e controlado pelos governantes, pois o cumprimento dessa atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e, porque ela é de tal natureza que não pode ser realizada integralmente sem a intervenção da força governamental” (tradução livre do autor). Entre os doutrinadores brasileiros que adotam a noção formal de serviço público, vide Eros Roberto Grau (2007, p. 136) e Ruy Cirne Lima (1982, p. 82).

material não é compatível com a visão positivista-voluntarista do Direito e requer a adoção de uma proposta metodológica distinta.

Por outro lado, a noção material tem o mérito de justamente admitir no Direito os elementos políticos, sociais e econômicos. Com base nesses elementos, considerados nos dados históricos e empíricos aqui levantados, torna-se possível reconhecer a comunicação como um serviço público, afirmar que a presença e a atuação do Estado são necessárias para um desenvolvimento amplo e equilibrado do sistema de comunicação, que a exclusão da intervenção estatal promove a precarização da atividade e, em conformidade com Duguit (1923, p. 59; DEL PICCHIA, 2008, p. 103-105), retira legitimidade do Estado que, em atendimento à Constituição, tem o dever-poder de prestar aos cidadãos os serviços públicos essenciais, de forma a promover a igualação das condições sociais de vida (BERCOVICI, 2005, p. 77-78; GRAU, 1988, p. 179; 183). Se, portanto, por um lado, o reconhecimento da comunicação como um serviço público com base na noção material não elide a eficácia da atual regulamentação, por outro, fundamenta a necessidade de alteração da mesma e a legitimidade do Estado para tanto.

Importante se faz afirmar, em conformidade com a ressalva de Fiori (1995b, 41-55), que a atuação do Estado é um elemento necessário, porém não suficiente, para garantir um desenvolvimento equilibrado, haja visto o risco de que o Estado se alinhe a setores com interesses contrapostos a essa finalidade, como ocorreu ao longo da industrialização brasileira. Nesse sentido, não seria adequado, por exemplo, que o Estado se limitasse a arcar com os custos de operações não atrativas ao mercado, como a expansão da infraestrutura às regiões menos atendidas do país e aos menores municípios, deixando ao privado a exploração exclusiva das áreas de maior demanda.

O reconhecimento da comunicação como um serviço público teria impactos positivos imediatos, permitindo ao Estado, por exemplo, exigir metas de universalização e controlar tarifas dos serviços de telefonia móvel e banda larga. Além disso, o Estado voltaria a ser considerado de forma efetiva como o titular do serviço, responsável por sua prestação e fiscalização, a quem os cidadãos poderiam voltar-se em caso de má qualidade do serviço. Na configuração atual, apesar do disposto no artigo 21, inciso XI, da Constituição, o Estado tende a se eximir de tais obrigações com base na disciplina regulatória da LGT, que transfere tal responsabilidade aos particulares.

Em suma, a convergência tecnológica impõe a necessidade de reformar a regulamentação brasileira, de forma a adequá-la à realidade das novas tecnologias. Entretanto, a reformulação não deve apenas promover essa adequação, mas sim preocupar-se em criar um ambiente que permita o desenvolvimento desse relevante serviço no Brasil. Para tanto, conforme aqui demonstrado, a comunicação deve voltar a ser reconhecida como um serviço público, admitindo-se a necessidade e a responsabilidade do Estado no setor. Esse é um importante desafio do Direito face a essas novas tecnologias.

Referências Bibliográficas

- ABBATE, Janet. **Inventing the Internet**. Cambridge, Massachusetts, London: MIT, 1999.
- ARIENTE, Eduardo Altomare. **Direito à Comunicação no Brasil**. 208f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.
- BERCOVICI, Gilberto. Concepção Material de Serviço Público e Estado Brasileiro. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Serviços Públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom**. New Haven e London: Yale University, 2006, p. 181.
- BERKMAN Center for Internet and Society. **Next Generation Connectivity: a review of broadband Internet transitions and policy from around the World**. 2010. Disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/pubrelease/broadband/>>. Acesso em: 29.09.2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006
- BUCCI, Eugênio. Direito de livre expressão e direito social à informação na era digital. **Faculdade Cásper Líbero**, Ano XI, n. 22, 2008.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- CGI – COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil: TIC Domicílios e TIC Empresas 2009**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2010.
- CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: RT, 1982.
- COMPARATO, Fábio Konder. Nótula Sobre o Direito à Comunicação Social. In: CAVALCANTI FILHO, José Paulo (Org.). **Informação e Poder**. São Paulo: Record, 1994.
- DANTAS, Marcos. **A lógica do capital informação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.
- D'ARCY, Jean. **The right of man to communicate**. [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <www.unesco.org>. Acesso em: 01.06.2010.
- DEL PICCHIA, Lúcia Barbosa. **Léon Duguit e a Noção de Serviço Público: Elementos para o Debate sobre o Método no Direito Público**. 144f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- DOYLE, Gillian; VICK, Douglas W. **The Communications Act 2003: A New Regulatory Framework in the UK. Convergence**, London: SAGE, v. 11, n. 3, 2005.
- DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. v. 2. Paris: Boccard, 1923.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet**. 310 f. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007.

FIORI, José Luís. Reforma ou Sucata? O Dilema Estratégico do Setor Público Brasileiro. In: _____. **Em busca do dissenso perdido**: ensaios críticos sobre a festejada crise do Estado. Rio de Janeiro, Insight, p. 97-119, 1995a.

_____. Sobre a Crise do Estado Brasileiro. In: FIORI, José Luis. **Em busca do dissenso perdido**: ensaios críticos sobre a festejada crise do Estado. Rio de Janeiro, Insight, p. 41-55, 1995b.

FISHER, Desmond. **O direito de comunicar**: Expressão, informação e liberdade. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FURTADO, Celso. **O Brasil pós-milagre**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da Esfera Pública**: investigações quanto a uma categoria de sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HESSE, Konrad. Significado dos Direitos Fundamentais. In: _____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Análise e recomendações para as políticas públicas de massificação de acesso à Internet em banda larga. **Comunicados do IPEA**, n. 46, 2010.

JÈZE, Gaston. **Les Principes Généraux du Droit Administratif**. Paris: Marcel Giard, 1930.

JUSTEN, Monica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

KINGSTONE, Peter R. Privatizing Telebrás: Brazilian Political Institutions and Policy Performance. **Comparative Politics**, v. 36, n. 1, p. 21-40, oct. 2003.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: 34, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, João Manuel Cardoso de; NOVAIS, Fernando A. Capitalismo Tardio e Sociabilidade Moderna. In NOVAIS, Fernando A.; SCHWARCZ, Lilia Moritz (Coord.). **História da Vida Privada no Brasil**. v. 4 – Contrastes da Intimidade Contemporânea. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 559-659.

MORAES, Glória. Telecomunicações e Poder Global dos EUA. In: FIORI, José Luis. **O poder americano**. Petrópolis: Vozes, 2004.

PARETO NETO, João Victorio. Meio século de telecomunicações. **Telebrasil**, p. 27-39, mar./abr, 1976.

PEREIRA FILHO, 2002, A Embratel: Da Era da Intervenção ao Tempo da Competição. **Revista de Sociologia Política**, n. 18, p. 33-47, 2002.

POOL, Ithiel de Sola. **Technologies of Freedom**. Cambridge: Belknap, 1983.

PROCON. **Cadastro de Reclamações Fundamentadas**. 2009. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_release_ranking_e_graficos_cadastro_2009.pdf>. Acesso em 29.09.2010.

RODRIGUES, Diogo Moyses. **A convergência tecnológica das telecomunicações e os direitos do consumidor no Brasil**. São Paulo: Idec, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARTORI, Carlo; GRAZZINI, Enrico. O rádio, um veículo para todas as ocasiões. In: GIOVANNINI, Giovanni. **Evolução na Comunicação: do sílex ao silício**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 213-245, 1987.

ITU – International Telecommunication Union. **Measuring the Information Society**. Geneva: UIT, 2010.

UNCTAD – UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Information Economy Report 2009**. United Nations: New York, Geneva, 2009.

UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **MACBRIDE Report or Many voices, one world: towards a new, more just and efficient world information and communication order**. New York: Unesco, 1980. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0004/000400/040066eb.pdf>>. Acesso em: 01.06.2010.

UNITED KINGDOM, Secretary of State for Trade and Industry and Secretary of State for Culture, Media and Sports. **White Paper – A New Future for Communications CM 5010**. London: HMSO, 2000.