

Aviso n.º 1.206-SGS-TCU-Plenário

Brasília-DF, 17 de agosto de 2005

Senhor Presidente,

Encaminho a Vossa Excelência, para conhecimento e em atenção à PFC nº 37/2000, da então Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias-CD, atual CDC-CD, remetida ao TCU por meio do Ofício nº 180, de 24/6/2003, cópia do Acórdão proferido nos autos do processo nº TC 006.733/2003-1, examinado pelo Plenário desta Corte na Sessão Ordinária de 17/8/2005, bem como do Relatório de Auditoria, do Relatório e do Voto que fundamentaram aquela deliberação.

Atenciosamente,



ADYLSO MOTA
Presidente

A Sua Excelência, o Senhor
Deputado Federal LUIZ ANTÔNIO FLEURY
Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados
Praça dos Três Poderes, Câmara dos Deputados, Anexo II, Pav. Superior, Ala C,
sala 152
Brasília - DF

ACÓRDÃO Nº 1.196/2005 - TCU - PLENÁRIO

1. Processo nº TC-006.733/2003-1, com 4 volumes e 1 apenso (TC-011.913/2003-0)
2. Grupo I, Classe de Assunto V: Relatório de Auditoria - Monitoramento
3. Interessado: Tribunal de Contas da União
4. Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel
5. Relator: Auditor Marcos Bemquerer Costa
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Sefid
8. Advogado constituído nos autos: não atuou

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Relatório de Auditoria – Monitoramento, realizado junto à Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, com vistas à verificação do cumprimento da Decisão 215/2002-TCU-Plenário.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/92 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. determinar à Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel que:

9.1.1. apresente ao Tribunal, no prazo de 6 (seis) meses, a contar da ciência desta deliberação, estudo que demonstre a preservação do equilíbrio econômico-financeiro por modalidade de STFC, a cada ano, desde o início da vigência dos atuais contratos de concessão, de forma a dar fiel cumprimento ao art. 108 da Lei Geral de Telecomunicações - LGT;

9.1.2. adote ações imediatas com vistas ao restabelecimento do equilíbrio contratual, caso o estudo indicado no subitem anterior evidencie a não preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, nos termos do art. 108 e seus parágrafos da LGT;

9.1.3. encaminhe cronograma contendo plano de ação para elaboração do estudo previsto no item 9.1.1., bem como relatório das medidas implementadas a cada mês;

9.1.4. encaminhe a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da notificação, os documentos referentes a todas etapas de contratação dos produtos previstos na minuta do Termo de Referência SPB/SPV/AUD/SPB/SCM destinado à contratação de entidade para fornecer “sistema de coleta, armazenamento e análise de dados econômicos, financeiros, patrimoniais e técnico-operacionais das prestadoras de serviços de telecomunicações”;

9.1.5. apresente, a este Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias, contado a partir da ciência desta deliberação, relatório que demonstre a efetiva implementação da determinação contida no item 8.1.1 da Decisão nº 215/2002 – Plenário/TCU, alertando para o fato de que a reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal enseja a aplicação aos responsáveis da multa prevista no art. 58, inciso VII da Lei nº 8.443/92 – Lei Orgânica do TCU;

9.1.6. encaminhe, a este Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias contados a partir da ciência desta deliberação, Termo de Referência para contratação de Consultoria que tem por objetivo analisar o desempenho econômico-financeiro das Prestadoras do STFC, relativo aos exercícios de 2003 e 2004, observando a separação contábil entre as modalidades de serviço;

9.1.7. encaminhe a este Tribunal, no prazo de 60 (sessenta) dias contados a partir da ciência desta deliberação, cronograma contendo plano de ação e relatório das medidas implementadas para orientar o estabelecimento de tarifas de interconexão, bem como os resultados dela advindos;

9.2. recomendar à Agência Nacional de Telecomunicações, como forma de orientação ao cumprimento da determinação constante do subitem 9.1.1 supra, que:

9.2.1. obtenha junto às concessionárias a contabilidade segregada por modalidade de serviços, conforme disposto na LGT, nos contratos e concessão e no regulamento do STFC;

9.2.2. apresente a evolução anual das receitas e despesas, consideradas pelo regulador suficientes para o cumprimento eficiente do contrato de concessão, desagregadas em nível analítico, explicitando:

9.2.2.1. Receitas Operacionais;

9.2.2.2. Despesas de capital (CAPEX), detalhando:

9.2.2.2.1. Valor da base de remuneração utilizada e critérios para sua determinação;

9.2.2.2.2. Taxa de remuneração do capital utilizada e procedimento para seu cálculo;

9.2.2.3. Despesas operacionais (OPEX);

9.3. reiterar, à Agência Nacional de Telecomunicações, as recomendações contidas nos itens 8.2.2 e 8.2.4 da Decisão TCU nº 215/2002-Plenário, quais sejam: “8.2.2. acompanhe a situação econômica-financeira das concessionárias de STFC, bem como efetue estudos periódicos sobre a situação e o desempenho contábil, econômico e financeiro dessas empresas, assegurando com isso a posse de informações adequadas a respeito da evolução de receitas, custos e despesas, por modalidade de serviço, evidenciando mais facilmente as situações de aumento abusivo de tarifas e/ou os ganhos de eficiência e produtividade ou quaisquer outros ganhos econômicos relacionados à prestação dos serviços; 8.2.4. promova estudos conclusivos para a definição de uma metodologia efetivamente adequada para orientar o estabelecimento de tarifas de interconexão, buscando assegurar que essas tarifas atendam aos fins a que se destinam, orientando sua fixação em um nível que incentive o estabelecimento da concorrência e, ao mesmo tempo, assegure a remuneração adequada dos investimentos realizados e/ou por realizar, de modo a incentivar tanto o investimento em novas redes, como a atualização e expansão da rede existente”;

9.4. remeter cópia do relatório de auditoria, bem como deste Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentam, ao Senhor Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da Anatel, à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal, às Comissões de Fiscalização Financeira e Controle e de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, ambas da Câmara dos Deputados, à Sr.^a Valquíria Oliveira Quixadá Nunes, Procuradora da República no Distrito Federal e ao Exmº Sr. Antônio Francisco do Nascimento, Juiz Federal da Justiça Federal de 1º Grau em Minas Gerais;

9.5. determinar à Secretaria Federal de Controle Interno que informe, nas próximas contas da entidade, acerca do cumprimento das determinações e do acatamento das recomendações ora efetuadas; e

9.6. restituir os autos à Sefid com vistas ao acompanhamento das determinações e recomendações ora efetuadas.

10. Ata nº 31/2005 – Plenário

11. Data da Sessão: 17/8/2005 – Ordinária

12. Especificação do quórum:

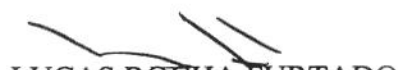
12.1. Ministros presentes: Adylson Motta (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Valmir Campelo, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e Benjamin Zymler.

12.2. Auditores convocados: Lincoln Magalhães da Rocha, Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa (Relator).


ADYLSON MOTTA
Presidente


MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator

Fui presente:


LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral

GRUPO I – CLASSE V – Plenário

TC-006.733/2003-1, c/4 volumes e 1 apenso (TC-011.913/2003-0)

Natureza: Relatório de Auditoria - Monitoramento

Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel

Interessado: Tribunal de Contas da União

Advogado constituído nos autos: não atuou.

Sumário: Auditoria. Monitoramento realizado na Anatel para verificação do cumprimento da Decisão 215/2002-Plenário. Cumprimento apenas parcial da referida decisão. Procedimento de revisão tarifária como decorrência do desequilíbrio econômico-financeiro gerado pelo reajustamento de tarifas acima da variação dos custos incorridos pelas concessionárias do STFC. Entendimento divergente mantido pela Anatel. Não-cumprimento de recomendações e determinações. Considerações acerca da extensão e aplicabilidade do art. 108, § 3º, da LGT, e da necessidade de instauração de processo revisional das tarifas para corrigir distorções causadas pelos reajustes tarifários havidos acima da variação dos custos incorridos. Determinações. Recomendação. Reiteração de recomendações e de determinação. Ciência aos órgãos e autoridades interessados. Remessa dos autos à Sefid para acompanhamento.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de monitoramento do cumprimento da Decisão Plenária 215/2002, realizado pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização - Sefid, nos termos do art. 243 do Regimento Interno/TCU, junto à Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel.

2. O procedimento de fiscalização foi instaurado com vistas à verificação do cumprimento das determinações e recomendações proferidas pelo Tribunal, por ocasião do exame do Relatório de Auditoria de Natureza Operacional que teve por objetivo “avaliar e acompanhar a atuação da Agência, no que se refere à execução dos contratos de concessão, permissão e autorização firmados, do alcance das metas traçadas pelo Governo Federal e da fiscalização dos serviços públicos prestados” (TC-003.632/2001-9).

3. A fiscalização empreendida em decorrência da mencionada decisão foi realizada no período de 30/4 a 25/6/2003, tendo resultado na elaboração de um relatório preliminar, acostado às fls. 44/79 destes autos, que foi posteriormente remetido para pronunciamento da Anatel (fls. 80/87). Em atendimento à diligência efetuada pela Sefid, com vistas à obtenção de pronunciamento por parte da Agência, foram encaminhados os documentos de fls. 95/117 destes autos, os quais foram recebidos nesta Casa em 17/5/2004.

4. Paralelamente, a Sefid, com a autorização do então Relator (fl. 124), promoveu o encaminhamento de informações à Sra. Valquíria Quixadá Nunes, Procuradora da República no Distrito Federal, acerca da existência de processos de fiscalização realizados junto à Anatel, dentre os quais o presente, tendo em vista os pedidos de informação encaminhados a esta Casa por aquela Procuradora, com vistas auxiliar na instrução do Inquérito Civil Público nº 1.16.000.000.768/2003-19 em curso na Procuradoria da República no Distrito Federal (fl. 125 e fl. 88).

5. Consta, também deste processo, às fls. 19/42, sentença proferida nos autos de Ação Civil Pública impetrada pela Associação Brasileira de Defesa do Consumidor – Abrascon e pelo Movimento

das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais, contra a concessionária Telecomunicações de Minas Gerais S.A. – Telemar e contra a Anatel, encaminhada pelo Juiz Federal Substituto Antônio Francisco do Nascimento (fl. 18), em que se decidiu sobre o reajuste de tarifas no ano de 2001, relativos ao Plano Básico do Serviço Telefônico Fixo Comutado, promovido pela Telemar.

6. A sentença, que havia declarado abusiva a cláusula contratual de reajuste e a aplicação de percentual superior ao IGP-DI/FGV, determinou que a empresa procedesse à restituição dos valores reajustados a maior, entre outras medidas.

7. De posse de todas essas informações, os autos foram submetidos à análise da Sefid com vistas à elaboração do relatório definitivo, considerando-se principalmente a manifestação da Anatel sobre as questões discutidas no relatório preliminar acerca do efetivo cumprimento das recomendações/determinações exaradas.

8. Em consequência, foi produzido o relatório/instrução de fls. 128/169, consistente na consolidação do relatório preliminar de monitoramento, acrescido das manifestações da Anatel. Das determinações e recomendações efetuadas mediante a Decisão 215/2002, verificaram-se integralmente cumpridas apenas aquelas constantes dos subitens 8.1.2, 8.1.3, e 8.2.1.

9. Em razão do extenso relatório, e diante da importância e complexidade das questões abordadas, ainda pendentes, transcrevo, a seguir, o Relatório de Auditoria concluído em 31/8/2004, dele suprimindo tão-somente os pontos desnecessários à compreensão das matérias e os exames relacionados aos itens da decisão que restaram totalmente cumpridos pela Anatel:

“.....
I ANTECEDENTES

2. Em atendimento ao Ofício nº 242/2002/SEFID/TCU (TC 003.632/2001-9, fl. 113), que solicitou informações a respeito do atendimento da Decisão Plenária nº 215/2002, a Anatel comunicou a este Tribunal, por meio do Ofício nº 132/2002/AUD/SUE-ANATEL, de 22/11/2002 (Vol. I, fls. 2/6), uma série de providências que estavam sendo adotadas para dar cumprimento às determinações e recomendações contidas na mencionada Decisão.

3. De posse dessas informações, foi possível constatar que as superintendências especializadas da Agência Reguladora têm adotado, em diferentes graus, medidas para dar cumprimento às determinações e recomendações afetas às suas áreas de competência, das quais algumas já atendidas como resultado de processos inerentes à atividade da Agência.

4. Essa documentação, que integra o volume 28 do TC 003.632/2001-9, serviu de referência para a preparação da Matriz de Planejamento (fls. 5 a 10).

5. Na fase de execução do monitoramento, foram realizadas reuniões e entrevistas com dirigentes e integrantes do corpo técnico das superintendências listadas a seguir:

. Superintendência de Serviços Públicos (SPB), responsável pelas atividades relativas ao Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC);

. Superintendência de Serviços Privados (SPV), responsável pela regulação do Serviço Móvel Celular (SMC) e outros;

. Superintendência de Comunicação de Massas (SCM), responsável pela regulação dos Serviços de TV por Assinatura e outros.

6. Foram ainda requisitados documentos que demonstrassem a atuação de cada superintendência, bem como realizadas consultas a sistemas informatizados para corroborar as informações prestadas.

7. Merece registro o fato de que todo o auxílio solicitado foi prontamente prestado, e esta equipe não encontrou dificuldade alguma na realização de seu trabalho.

8. Esta Secretaria, em 10/2/2004, enviou o Ofício nº 008/2004/SEFID/TCU (fls. 81) à Anatel, encaminhando versão preliminar do relatório para análise e manifestação de comentários que julgasse pertinentes.

9. Previamente, dada a complexidade das matérias e com o fito de uniformizar o entendimento sobre a proposta de encaminhamento exarada no relatório preliminar, a Agência

mpd

solicitou a realização de reunião entre membros do corpo técnico desta Secretaria e representantes de suas superintendências interessadas.

10. Tal reunião foi realizada em 12/3/2004, com analistas desta Secretaria e representantes da Superintendência de Serviços Públicos – SPB, Superintendência de Serviços Privados – SPV, Superintendência de Comunicação de Massas – SCM e Superintendência de Radiofrequência e Fiscalização - SRRF, coordenadas pelo Superintendente Executivo da Agência. Na ocasião, tratou-se, dentre outras questões, do andamento da contratação de estudos sobre custos de interconexão, modelos de contratação de consultorias, e, especialmente, como tem se dado a verificação da oportunidade de iniciar um processo de revisão tarifária com base nos indícios apresentados pelo Tribunal de ganhos econômicos pelas concessionárias, não autorizados em lei.

11. Como ficou acordado na reunião, a Agência enviou, por meio do Ofício nº 049/2004/AUD/SUE-ANATEL, de 19/3/2004 (fls. 90), as manifestações oriundas das diversas áreas da Anatel, contendo posicionamento sobre os assuntos apontados no relatório de monitoramento, que formaram os volumes três e quatro deste processo.

12. Em aditamento ao ofício acima supracitado, em 12/5/2004, a Superintendência Executiva da Anatel encaminhou o Ofício nº 078/2004/AUD/SUE (fls. 95), com novas informações concernentes ao assunto em epígrafe.

13. A análise a seguir é uma consolidação do relatório preliminar (fls. 44/7) e dos comentários aportados pela Anatel por meio dos referidos ofícios (itens 11 e 12).

II EXAME REFERENTE ÀS DETERMINAÇÕES

II.1 MONITORAMENTO DO ITEM 8.1.1 DA DECISÃO TCU Nº 215/2002-P

Criação de Metodologia para mensurar ganhos de produtividade

‘(...) promova estudos conclusivos para a definição de uma metodologia que permita mensurar os ganhos de produtividade efetivamente auferidos pelas empresas de telecomunicações, incluindo os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, os decorrentes de novas receitas alternativas, bem como aqueles que não decorram diretamente da eficiência empresarial’

ANÁLISE

14. A Anatel, por meio de seu Ofício nº 132/2002/AUD/SUE, de 22/11/2002 (Vol. I, fls. 2/6), informou que estava contratando uma consultoria para dar efetivo cumprimento à determinação exarada. Posteriormente, em abril de 2003, a Agência encaminhou o resultado dessa contratação, que integra o volume 29 do TC 003.632/2001-9.

15. Verificou-se que, de fato, não houve contratação específica para a criação da metodologia mencionada. Houve, isto sim, um Termo Aditivo a um contrato de consultoria preexistente – para subsidiar a renovação dos contratos do STFC em 2005, a respeito de interconexão –, para apresentar, em linhas gerais, uma metodologia de cálculo de comprovação de produtividade.

16. O termo aditivo, em verdade, tratou de forma genérica o assunto, buscando explicitar alguns conceitos e, mais importante, estabelecer os passos necessários para a definição de uma metodologia. É, sem dúvida, um subsídio inicial, uma orientação para a atuação da Agência, mas que ainda não atende adequadamente à determinação.

17. A equipe de auditoria também verificou que existe um processo de licitação para contratação de consultoria que irá abordar novamente essa questão. No entanto, o assunto está sendo tratado de forma acessória, em um procedimento cujo interesse principal é atender a recomendação constante do item 8.2.2 da Decisão 215/2002, relativa ao acompanhamento da situação econômico-financeira das concessionárias de STFC, conforme se observa no Termo de Referência SPB/SPV/AUD/SPB/SCM.

18. De fato, a minuta do Termo de Referência SPB/SPV/AUD/SPB/SCM (Vol. 1, fls. 29 a 33) destina-se à contratação de entidade para fornecer ‘sistema de coleta, armazenamento e análise de dados econômicos, financeiros, patrimoniais e técnico-operacionais das prestadoras de serviços de telecomunicações’.

19. Estão previstos cinco produtos (I, II, III, IV e V) contemplando os segmentos de STFC, SMC, Serviço Móvel Pessoal (SMP), Comunicação de Dados, Serviço Móvel Global de Satélite (SMGS) e TV por assinatura, a saber:

‘Produto I - Detalhamento e especificação dos produtos II, III, IV e V, no que se refere ao planejamento, metodologias, desenvolvimento, apresentação, conceitos, fundamentações teóricas e técnicas.

Produto II – Relatório contendo informações das Prestadoras:

- a) Diagnóstico das práticas contábeis das Prestadoras;
- b) Identificação de Planos de Conta em utilização;
- c) Identificação dos procedimentos necessários para adequar as informações existentes na prestadora às Demonstrações Financeiras desejadas pela Anatel;
- d) Indicadores econômicos, financeiros, patrimoniais e técnico-operacionais;
- e) Modelo de análise das informações econômicas, financeiras, patrimoniais e técnico-operacionais;
- f) Modelo de cálculo e análise do ganho de produtividade;
- g) Modelos de análises comparativas (prestadoras, períodos, mercados);
- h) Modelo de avaliação de risco dos serviços prestados;
- i) Demonstrativos e estrutura do controle societário;

Produto III - Relatório contendo informações do Setor de Telecomunicações:

- a) Diagnóstico da situação econômica, financeira e patrimonial, do setor de telecomunicações;
- b) Análise da estrutura mercadológica dos segmentos de mercado no setor de telecomunicações: características, tamanho, evolução e nível de concorrência;
- c) Indicadores econômicos, financeiros, patrimoniais e técnico-operacionais de âmbito nacional e internacional e seu impacto do setor na economia nacional;
- d) Identificação das tendências das políticas de desenvolvimento de tecnologias no país, comparando com as de outros países;
- e) Avaliação macro-econômica, da contribuição e da participação do Setor de Telecomunicações na economia nacional;
- f) Avaliação da situação tecnológica; nível de atualização, transferência de tecnologia e participação da produção nacional;
- g) Análise das elasticidades entre parâmetros sócio-econômicos e a variável telecomunicação.

Produto IV – Sistema integrado de acompanhamento econômico, financeiro, patrimonial e técnico-operacional:

(...)

Produto V – Treinamento

(...)

20. Chama a atenção o fato de que o produto I, na verdade, irá resultar na especificação do objeto da contratação. É, portanto, o resultado desta etapa que permitirá o adequado detalhamento e dimensionamento do serviço que será contratado. Ou seja, somente após a conclusão do produto I é que será possível elaborar adequadamente um edital de licitação para selecionar os fornecedores dos demais produtos.

21. Outro problema que surge do exame do termo de referência é que a Anatel pretende contratar a produção de inúmeros trabalhos, em diferentes áreas de especialização, e por vezes independentes ou superpostos entre si. Por exemplo, existem produtos que demandam especialização na área contábil e financeira, como a análise de práticas contábeis, identificação de plano de contas, etc.; existem produtos que demandam especialização na área econômica, como a análise de elasticidade-renda e elasticidade-preço em relação aos serviços de telecomunicações, e a definição de

modelos de ganhos de produtividade; e existem ainda produtos que demandam um maior conhecimento da realidade tecnológica do setor.

22. Assim, não nos parece adequado pretender contratar uma única consultoria que seja especializada em tantos segmentos distintos, com experiência em tantas áreas de atuação. Essa forma de contratar não permitirá obter os melhores serviços em cada área desejada.

23. Pode-se citar o exemplo do setor elétrico, em que mais de uma consultoria é contratada para cada questão específica. Por exemplo, somente em relação à questão de como mensurar a produtividade, já foram propostos mais de quatro modelos. Mais de duas consultorias especializadas em realizar esse tipo de análise já foram contratadas.

24. Melhor ilustrando, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) fez contratações por tipo de serviço. Assim, as empresas de consultoria interessadas se habilitaram para executar um ou mais serviços. Esses serviços foram:

- . determinação do nível apropriado de receita para cobertura dos custos operacionais;
- . determinação da base de remuneração regulatória;
- . determinação de estrutura ótima de capital;
- . determinação da taxa de retorno adequada;
- . metodologia para estimação do desempenho de produtividade de concessionárias de distribuição (Fator X);
- . análise comparativa de desempenho operacional;
- . reestruturação das tarifas de distribuição;
- . estudos tarifários.

25. Para o cálculo do Fator X, fator de transferência de produtividade das empresas de energia elétrica, entre o início do desenvolvimento das metodologias, *workshop* para debater as metodologias, opção pela metodologia, nota técnica e audiência pública foram gastos aproximadamente sete meses. As consultoras gastaram aproximadamente três meses para desenvolverem as metodologias.

26. Também foi publicado edital de credenciamento para a prestação de serviços técnicos de suporte aos trabalhos de revisão tarifária periódica de 64 concessionárias de distribuição de energia elétrica a serem efetuadas pela Aneel no período de 2003 a 2005.

27. A opção por consultorias mais específicas permite a seleção de empresas com maior expertise em cada tema e pode, mais provavelmente, conduzir a uma maior qualidade e profundidade dos trabalhos. A contratação de mais de uma consultoria, a exemplo do que o BNDES fazia em relação às avaliações das empresas que seriam privatizadas, e a exemplo do que faz a Aneel, exige maior esforço próprio de coordenação, mas permite um controle mais apropriado de cada produto e a obtenção de mais de um ponto de vista, assegurando, portanto, uma maior riqueza de informações para a tomada de decisão.

28. Por outro lado, um modelo de aquisição como configurado na minuta da Anatel assume os moldes de um contrato 'guarda-chuva', com diversas atividades independentes, e poderá levar à subcontratação de atividades, o que resulta em menor controle da Agência sobre a qualidade do serviço final, além de embutir custos de intermediação no valor total dos serviços.

29. Em manifestação da Agência durante reunião de trabalho (§§ 9/10) ficou constatado que a minuta do Termo de Referência SPB/SPV/AUD/SPB/SCM (Vol. I, fls. 29 a 33), objeto desta análise, não foi adotada oficialmente pela Agência em processos de contratação de consultorias. No entanto, julgamos serem válidos os comentários aqui veiculados para orientar a Agência na formalização de futuros processos para seleção de consultorias.

30. Contudo, propomos solicitar à Anatel que, caso tenha sido feita nova modelagem da contratação de todos ou alguns dos produtos previstos na minuta que foi descontinuada, encaminhe os documentos referentes a todas etapas de contratação.

MW

31. Ainda quanto à criação de metodologia específica para mensurar ganhos de produtividade, posteriormente foram encaminhados outros esclarecimentos por parte da SPB e SPV, relatados a seguir.

32. Quanto ao SMP, a Anatel informa que, em 19/12/2003, formalizou o Contrato PVCP nº 053/2003-ANATEL, com a Fundação Getúlio Vargas, com objetivo de criar metodologia confiável para a determinação das estruturas relativas à implantação de índices setoriais exclusivos para o segmento de telecomunicações, iniciativa que auxiliará no cálculo da produtividade.

33. Concomitantemente, encontra-se em fase final (consulta pública – v. item 125) de análise de proposta de nova regulamentação baseada em custos que contempla a separação de contas das prestadoras de serviços de telecomunicações, para a fixação dos valores de remuneração de redes e de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD) fator que mede o custo de utilização de recursos de rede de outro prestador para construir a rede própria, dentre outras, visando subsidiar as decisões relativas ao acompanhamento dos preços dos serviços, *unbundling* e a mediação e arbitragem nas questões voltadas para a competição.

34. Em outro expediente encaminhado pela Anatel em atendimento à determinação do TCU – Informe nº 044-PCBPA/PBCP, de 19/3/2004 (vol. III, fls. 29/47) – a Agência relatou que tem tratado da definição e aplicação de metodologia sobre produtividade nos contratos de concessão de STFC em duas frentes específicas – longo e curto prazo, bem como com estudos econômicos complementares sobre interconexão e remuneração de redes, contratados junto a outras consultorias (CPqD e Value Partners).

35. Em relação à prorrogação dos contratos de concessão (longo prazo), informou que, em 23/10/2002, contratou a consultoria International Data Corporation – IDC com o objetivo de instrumentalizar-se para, entre outras competências: ‘definir uma metodologia que permitisse mensurar os ganhos de produtividade efetivamente auferidos pelas empresas de telecomunicações, de acordo com as políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo’.

36. Destacando-se do conjunto de estudos realizados pela IDC, a Anatel encaminhou uma nota técnica, produzida em 13/11/2002, versando sobre mensuração e acompanhamento de produtividade em empresas de telecomunicações em geral (vol. III, fls. 49/76), em que já se observava que: ‘É consenso a importância e urgência da implantação de sistema de medição e acompanhamento de produtividade em Telecomunicações’.

37. Nesse sentido, da leitura do documento infere-se que a Anatel já tinha a percepção de que a mensuração e o acompanhamento da produtividade das concessionárias de telefonia dependia do estabelecimento de um padrão referencial da estrutura operacional de empresa implicando a desagregação (alocação e separação de contas) e a identificação de diferentes insumos e resultados dos processos prestacionais.

38. Acrescenta ainda, no referido Informe (assim como por cópia no Informe nº 261 – PBOA/PBCP, de 31/10/2003 – vol. III, fls. 94/102), que modelos baseados em custos, também para fins de acompanhamento da produtividade, representam ‘esforço regulatório de grande monta, que alcança, inclusive, a remuneração pelo uso de redes e depende de período considerável de tempo’.

39. Porém, essa metodologia, objeto do contrato, ainda não foi implementada, e mesmo quando for, há que se respeitar um período mínimo de dois anos para alimentação do modelo com dados reais e percepção do nível de eficiência ou produtividade empresarial – segundo a Anatel.

40. No curto prazo, em atendimento a demanda do Ministério Público Federal, bem como à recomendação do TCU, em 26/11/2003, a Anatel firmou contrato com a empresa HLB Audilink & Cia Auditores tendo como objeto, entre outros, aferir ganhos de produtividade efetivamente auferidos pelas empresas.

41. Da análise do contrato destaca-se que, ainda que os produtos previstos contribuam para se analisar aspectos do mercado de telefonia brasileiro, não se prestam ao atendimento da determinação do TCU. A análise relativa à produtividade tem um caráter essencialmente econômico, e não contábil, como se percebe nos produtos esperados neste trabalho.



42. Ademais, esses produtos muito se assemelham aos que foram contratados em 2002, com a empresa Ernest & Young Consultores Associados Ltda., para realizar, dentre outras tarefas, a análise dos balanços patrimoniais, demonstrações do resultado e demais demonstrações, bem como avaliar o desempenho das prestadoras de STFC para os exercícios sociais de 1998/2001, tal qual o relatado na seção relativa ao atendimento da recomendação 8.2.2 (item III.2) sobre o acompanhamento econômico-financeiro das concessionárias, e que careciam de informações e análises com base em desagregação e identificação de diferentes insumos e resultados dos processos de prestação dos serviços de telefonia, especialmente o STFC.

43. Portanto, depreende-se que o processo de capacitação da Agência para mensurar ganhos de produtividade foi demasiadamente retardado e tem resultado na falta de informações sobre fator crítico no processo de tomada de decisões de regulação, especialmente quanto a tarifas públicas e de uso de rede.

44. Por fim, afigura-se a esta equipe que, apesar dos esforços da Agência para atender às recomendações desta Casa, não se está dando o encaminhamento nem o dimensionamento adequado à determinação do TCU para que a Anatel defina um método de apuração de ganhos de produtividade das empresas. Assim, propomos determinar à Agência que apresente, no prazo de 30 (trinta) dias relatório que demonstre a efetiva implementação da determinação do TCU, alertando para o fato de que a reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal sujeita os responsáveis à multa prevista no art. 58, inciso VII da Lei 8.443/92 – Lei Orgânica do TCU.

(...)

III EXAME REFERENTE ÀS RECOMENDAÇÕES

(...)

III.2 MONITORAMENTO DO ITEM 8.2.2 DA DECISÃO TCU Nº 215/2002-P

Acompanhamento da situação econômico-financeira das concessionárias de STFC

‘(...) acompanhe a situação econômico-financeira das concessionárias de STFC, bem como efetue estudos periódicos sobre a situação e o desempenho contábil, econômico e financeiro dessas empresas, assegurando com isso a posse de informações adequadas a respeito da evolução de receitas, custos e despesas, por modalidade de serviço, evidenciando mais facilmente as situações de aumento abusivo de tarifas e/ou os ganhos de eficiência e produtividade ou quaisquer outros ganhos econômicos relacionados à prestação dos serviços’;

ANÁLISE

83. Quanto ao acompanhamento econômico-financeiro das prestadoras do SMP, a Gerência Geral de Comunicações Pessoais Terrestres (PCVP) informou que analisa indicadores financeiros e acompanha os níveis de investimento do setor, além de outras questões relacionadas à prestação do serviço, por meio de recebimento de informações específicas das prestadoras e dos dados físicos da planta de cada prestadora.

84. Já quanto ao STFC, a Agência havia informado a contratação de ‘empresa especializada para elaboração de relatório de análise dos balanços patrimoniais, demonstrações do resultado, mutações do patrimônio líquido, origens e aplicações de recursos, dentre outras informações julgadas convenientes para avaliação do desempenho das prestadoras do STFC e identificação dos casos extremos nos quais a continuidade da prestação dos serviços esteja comprometida e aqueles nos quais foram auferidos ganhos exagerados’.

85. A equipe de auditoria verificou que a Agência efetivamente contratou, em 2002, a empresa Ernst & Young Consultores Associados Ltda., para realizar, dentre outras tarefas, a análise dos balanços patrimoniais, demonstrações do resultado e demais demonstrações, bem como avaliar o desempenho das prestadoras de STFC para os exercícios sociais de 1998/2001.

86. Como resultado dessa contratação, além do estudo mencionado, houve a elaboração de uma ferramenta de análise que se destina a permitir a realização de simulações em relação ao desempenho das empresas.

87. A equipe de auditoria solicitou e examinou o relatório elaborado pela consultoria (vol. IV), verificando que há efetivamente uma análise de aspectos financeiros decorrentes das informações contábeis disponíveis nas demonstrações divulgadas. No entanto, não há informações por modalidade de serviço, seja em relação à receita, seja em relação à despesa. Não há, também, informações quantitativas a respeito do volume dos serviços prestados, o que impede uma análise apropriada de variação de custos unitários.

88. Note-se que as informações sobre a despesa agregada, existentes no sistema, dependem da quantidade de serviço ofertada, e não permitem uma análise sobre os custos unitários para a prestação do serviço. É exatamente o custo unitário o parâmetro essencial para a determinação de ganho de eficiência nas empresas.

89. Nesse sentido, a Lei Geral de Telecomunicações, em seu art. 96, II, impõe às concessionárias a necessidade de manter registros por modalidade de serviços:

‘A concessionária deverá:

(...) II – manter registros contábeis separados por serviço, caso explore mais de uma modalidade de serviço de telecomunicações’.

90. Esse mandamento legal também constou do contrato de concessão das prestadoras de STFC:

‘Capítulo XV - Dos Direitos, Garantias e Obrigações da Concessionária

Cláusula 15.1. - Além das outras obrigações decorrentes deste Contrato e inerentes à prestação do serviço, incumbirá à Concessionária:

(...)

VIII - manter registros contábeis separados por serviço, bem como ter em dia o inventário dos bens e dos componentes do ativo imobilizado da empresa;’

91. Posteriormente, iniciou-se, com mão-de-obra própria, um acompanhamento estreito de todos os atos de gestão de uma das concessionárias. Com a experiência obtida, a Agência decidiu efetuar, no ano de 2002, o mesmo acompanhamento junto às demais concessionárias. Contudo, as medidas ainda são incipientes e ainda existe uma forte dependência funcional da Agência de consultorias especializadas na análise desses dados estratégicos, havendo ainda um grande espaço para aperfeiçoamento da expertise instalada.

92. Nesse sentido, conforme relatado quando da análise do item 8.1.1 da Decisão 215/2002-P (item II.1 deste Relatório), existia um procedimento para contratação de entidade qualificada para fornecer sistema de coleta, armazenamento e análise de dados econômicos, financeiros, patrimoniais e técnico-operacionais das prestadoras de serviços de telecomunicações.

93. A Agência informou que, como resultado deste procedimento, em 26/11/2003, foi firmado contrato (vol. III, fls. 78/86) com uma empresa de auditoria para avaliar o desempenho econômico-financeiro das prestadoras do STFC, tanto das concessionárias como das autorizatárias, para o exercício social de 2002, incluindo também o 1º semestre de 2003, destacando:

‘(...) ganhos de produtividade efetivamente auferidos pelas empresas, incluindo os ganhos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, os decorrentes de novas receitas alternativas, bem como aqueles que não decorram diretamente da eficiência empresarial, aferindo também as despesas realizadas com a contratação de empresas de auditoria e consultorias independentes’.

94. O contrato tem um prazo de vigência de 105 (cento e cinco) dias, e um prazo de 60 (sessenta) dias corridos para execução, contados da data de sua assinatura.

95. Releva apontar que os produtos desse contrato muito se assemelham aos que foram contratados em 2002 com a empresa Ernest & Young Consultores Associados Ltda., inclusive replicando equívocos já apontados neste Relatório.

96. Portanto, com as ressalvas realizadas anteriormente, entendemos que a Agência tem procurado mecanismos para cumprir a recomendação efetuada, bem como para melhor estudar impactos de decisões regulatórias.

97. No entanto, a análise dos balanços não poderá produzir os resultados esperados posto que ainda não existe adequada desagregação contábil por modalidade de serviço e a recomendação não foi atendida no todo, razão pela qual propomos sua reiteração, e que, adicionalmente, sejam encaminhados os relatórios da consultoria contratada.

III.3 MONITORAMENTO DO ITEM 8.2.3 DA DECISÃO TCU Nº 215/2002-P

Definição de indicadores e metas de qualidade com as operadoras do SCMa

‘(...) envide esforços no sentido de celebrar, com as operadoras de serviços de comunicação de massa, protocolo de compromisso ou instrumento análogo, definindo indicadores e metas de qualidade, de modo a promover a progressiva melhoria na prestação desses serviços’;

ANÁLISE

98. Quanto a esta recomendação, no Ofício nº 132/2002/AUD/SUE (vol. 1, fls. 2/5), a Anatel informou que se encontravam em discussão no Conselho Diretor da Agência, propostas de:

a) Plano Geral de Metas da Qualidade do Serviço de Comunicação de Massa por Assinatura (SCMa)

b) Protocolo de compromisso para acompanhamento da prestação do SCMa;

c) Manual de Indicadores da Qualidade de Prestação do SCMa.

99. Somente após a aprovação do Conselho é que esses documentos poderão ser submetidos aos prestadores de SCMa para que, após sua assinatura, possam se constituir em ferramentas úteis ao acompanhamento dos serviços prestados pelas operadoras.

100. A equipe de auditoria verificou que, decorrido mais de um ano da recomendação do Tribunal, bem como do encaminhamento do ofício mencionado, não houve apreciação das propostas por parte do Colegiado da Agência.

101. Em um segundo momento, no Informe nº 12/ASS/SCM, de 10/3/2004 (vol. III, fls. 2/3), a Superintendência de Comunicação de Massas da Anatel informou que: ‘elaborou, no decorrer do 1º semestre de 2003, uma proposta para regulamentação de indicadores de qualidade para os serviços de comunicação de massa por assinatura, a qual não foi discutida com maior profundidade, por faltarem elementos balizadores que permitissem fosse a matéria objeto de uma discussão precisa e conclusiva.’

102. Alegou também que, por estar em curso pesquisa de satisfação dos usuários dos serviços de TV por assinatura, realizada no 2º semestre de 2003, importantes subsídios poderiam ser extraídos dos trabalhos, levando-se em consideração a expectativa/visão dos usuários, por ser a primeira de uma série de pesquisas que serão realizadas. Ressalte-se que, em etapa final da elaboração deste relatório, a equipe de auditoria constatou que a referida pesquisa já estava concluída e devidamente divulgada (v. item 75).

103. Posteriormente a proposta foi ajustada depois de acolher contribuições da promotoria de Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça – DPDC/MJ.

104. Por fim, segundo estimativas da Anatel, até o final do 2º trimestre de 2004, deverá ser deliberada pelo Conselho Diretor matéria que encaminha a proposta de regulamento, para ser submetida à Consulta Pública, prevendo que até o terceiro trimestre do ano em curso, estará sendo publicado o regulamento que disciplinará a matéria.

105. Embora a Agência tenha promovido esforços para atender à recomendação, e que neste sentido também contribuem o encaminhamento dado para atender aos itens II.3 e III.1 deste Relatório, o fato é que até o momento não houve qualquer efetividade em sua ação.

106. A equipe entende, portanto, que, a Agência, apesar de ter desenvolvido ações nesse sentido, razão por que nos abstermos de fazer qualquer proposta de encaminhamento, ainda não deu cumprimento à recomendação, e estará sujeita a verificação em futuro processo de monitoramento.

III.4 MONITORAMENTO DO ITEM 8.2.4 DA DECISÃO TCU Nº 215/2002-P

Definição de metodologia para orientar o estabelecimento de tarifas de interconexão

‘(...) promova estudos conclusivos para a definição de uma metodologia efetivamente adequada para orientar o estabelecimento de tarifas de interconexão, buscando assegurar que essas

tarifas atendam aos fins a que se destinam, orientando sua fixação em um nível que incentive o estabelecimento da concorrência e, ao mesmo tempo, assegure a remuneração adequada dos investimentos realizados e/ou por realizar, de modo a incentivar tanto o investimento em novas redes, como a atualização e expansão da rede existente’;

ANÁLISE

107. Quanto ao item 8.2.4, relativo ao estabelecimento de uma metodologia adequada para orientar o estabelecimento de tarifas de interconexão, destacamos, a título de informação, um trecho do relatório da Auditoria Operacional realizada em 2000 (TC 003.632/2001-9):

‘A experiência internacional evidencia que, no setor de telecomunicações, qualquer sistema de regulação que pretenda estimular a concorrência e o desenvolvimento do mercado deve ter como pontos primordiais a definição de regras a respeito de interconexão e unbundling.

Denomina-se por Interconexão a existência de uma ligação entre duas redes, de operadores e/ou serviços distintos, de modo a permitir que haja tráfego recíproco entre as partes. É uma ligação que permite que usuários de uma rede se comuniquem com usuários de outra, ou que utilizem serviços prestados pela outra rede.

(...)

A interconexão entre redes é primordial para a existência de mais de um prestador de serviços de telecomunicações. Em uma nova empresa, os respectivos clientes estarão, em grande parte, se comunicando com clientes das demais prestadoras. Assim, as redes devem se interconectar de modo a permitir, por exemplo, que chamadas telefônicas originadas por clientes da empresa recém-instituída sejam completadas e alcancem clientes das demais empresas. Como exemplo, a telefonia celular não teria se desenvolvido se os seus usuários não pudessem completar ligações para a rede de telefonia fixa.

Igualmente, não seria possível haver concorrência entre prestadoras de um mesmo serviço de telecomunicações se não houvesse a obrigatoriedade de interconexão. Uma nova empresa de telefonia nunca iria obter clientes se estes não fossem capazes de se comunicar com os clientes das operadoras já existentes.

Verifica-se, portanto, que a obrigatoriedade de interconexão é fundamental para: a) permitir a existência de prestadores de outros serviços compatíveis, como empresas de telefonia local, de longa distância e telefonia móvel; e b) permitir a viabilidade de um novo concorrente que preste o mesmo serviço, como no caso de duas ou mais prestadoras locais competindo entre si’.

108. Portanto, como as detentoras das redes físicas, chamadas de incumbentes, controlam o acesso ao usuário final, a regulação da interconexão é condição imprescindível para viabilizar a entrada de novos operadores no mercado. No entanto, não se alterou o tratamento dessa questão, pois ainda não houve a implementação de metodologia para a avaliação das tarifas de interconexão, como sequer se escolheu um modelo.

109. Não obstante, deve-se notar que a Agência não se encontra omissa, visto que antes mesmo da realização deste monitoramento, a Anatel já havia encaminhado o resultado de um estudo contratado com a Fundação CPqD – Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações (volume 28 do TC 003.632/2001-9), em que consta a seguinte afirmação: ‘o modelo de remuneração de redes adotado no Brasil possibilita a prática de margens sobre os custos estimados na interconexão fixa e móvel’. Prossegue o estudo afirmando que ‘o valor da TU-RL [Tarifa de Uso da Rede Local] limita o espaço para concorrência no STFC’ e ainda que ‘A grande vantagem de custos das operadoras locais resulta em um posicionamento privilegiado para competir em longa distância – LD, e inibe a entrada de concorrentes no serviço local’.

110. Assim, como havia sido apontado no TC 003.632/2001-9, constatou-se a inadequação das tarifas hoje praticadas. Nessa linha, o CPqD apresenta a seguinte proposta:

‘A TU-RL, no contexto da prestação de serviços ao varejo, deve ser entendida como remuneração de uso de um essencial facility sob o controle de quase-monopólios privados. Como tal a TU-RL deve ser ajustada a níveis que promovam o desenvolvimento da competição nos diversos

serviços onde participa como insumo básico (LD, Chamadas Locais - Espelhos, SCM), garanta o uso eficiente das redes instaladas e ao mesmo tempo incentive o investimento eficiente em redes de telecomunicações’.

111. Essa observação sugere que os valores de interconexão foram estabelecidos e mantidos inicialmente em patamares elevados para financiar os gastos das concessionárias locais com as obrigações de universalização, em detrimento da competição.

112. A Agência, adotando sugestão contida no estudo do CPqD, fez constar dos novos contratos de concessão que entrarão em vigor depois de 2005, que ‘A partir de 1º de janeiro de 2008, serão adotados valores para a (TU-RL) que considerem modelo de custo de longo prazo, estabelecido nos termos da regulamentação’. Verifica-se, portanto, a intenção da Anatel em detalhar, futuramente, uma metodologia apropriada para a fixação dessas tarifas.

113. Merece destaque ainda o seguinte comentário contido no estudo do CPqD, segundo o qual ‘sob o ponto de vista da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e partindo da premissa de que a TU-RL esteja sendo utilizada como instrumento para financiar a universalização, o valor da TU-RL deve ser ajustado no curto/médio prazo para próximo dos respectivos custos.’

114. Embora apropriada a iniciativa de a Agência fazer constar da renovação dos contratos a necessidade de uma metodologia apropriada para a fixação das tarifas de uso, o fato é que, hoje, essas tarifas já constituem um grave obstáculo à concorrência. Não se afigura razoável a essa equipe que se deva aguardar até 2008 para corrigir tais distorções. As empresas espelhos, que hoje se encontram deficitárias, dificilmente suportarão tantos anos competindo em tão ampla desvantagem.

115. Nesse sentido, destacamos trecho do Parecer Técnico nº 188/COGSE/SEAE/MF, de 17/9/2003, da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, em resposta a solicitação do Conselho de Defesa e Acompanhamento Econômico – CADE:

‘A política de interconexão tem sido sempre uma questão sensível para as autoridades reguladoras em todo o mundo, uma vez que a qualidade desta política é um elemento vital para assegurar a possibilidade de competição no mercado de telecomunicações, mas também, ao mesmo tempo, uma área extremamente exposta aos efeitos da existência de uma elevada assimetria de informação entre as empresas reguladas e os entes reguladores’.

(...)

A literatura mostra que há uma certa flexibilidade em que pode incorrer a autoridade reguladora quanto ao grau de detalhamento da política de interconexão, dependendo dos objetivos que a autoridade quer maximizar. No contexto brasileiro do setor de telecomunicações, entretanto, a estrutura de mercado existente atualmente, em que as empresas incumbentes desfrutam de elevado poder de mercado em suas áreas de concessão, sugere fortemente que as autoridades regulatórias não têm outra alternativa senão adotar uma postura mais ativa na supervisão do setor no intuito de criar maneiras de tentar superar as assimetrias informacionais que permeiam a relação entre regulados e ente regulador.

Sem dúvida, o próprio marco regulatório das telecomunicações, tal como plasmado na Lei Geral de Telecomunicações, foi elaborado tendo em mente vários problemas do gênero, dos quais já há um alentado testemunho derivado da experiência internacional na regulação do setor. Por exemplo, o marco regulatório brasileiro contemplou a idéia de uma assimetria regulatória, estabelecendo, em vários momentos, condições mais favoráveis para os entrantes do que para os incumbentes. Tal assimetria regulatória seria importante para dar um ímpeto inicial ao processo competitivo nesses mercados, assegurando às empresas entrantes um mínimo de condições competitivas (isto é, um ‘ticket’ para a entrada no mercado). Até agora, entretanto, os vários problemas que cercam a questão do acesso à última milha não têm permitido que a estratégia da regulação assimétrica exiba muito sucesso, pelo menos quando medido em termos de participação no mercado das empresas entrantes.

(...)

Portanto, tudo isto considerado, esta Secretaria acredita que mesmo tendo-se progredido muito na promoção da concorrência no setor de telecomunicações, restam pontos a serem aprimorados,



principalmente no que diz respeito à verificabilidade de atos que possam ser tipificados como levando a uma discriminação de acesso. Isto deve ser levado especialmente em conta quando se trata da possibilidade, por exemplo, de aumento artificial dos custos dos rivais por meio da cobrança de tarifas de interconexão que, sabidamente, tornam a operação dos concorrentes não-rentável em diversas situações.’

116. Para subsidiar essa discussão também importa transcrever o art. 152, da Lei Geral de Telecomunicações:

‘Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço’.

117. A responsabilidade do regulador pela prática de preços isonômicos e justos vem expressa no § 2º do art. 153:

‘Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.

§ 1º O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado.

§ 2º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrar as condições para a interconexão’.

118. Recentemente foi concluído o processo licitatório para contratação de empresa de consultoria com objetivo de prestar serviços especializados para instrumentalizar a Anatel, no curto, no médio e no longo prazo, para o tratamento de questões relativas à interconexão em serviços de telecomunicações, conforme Termo de Referência nº 03/2002 PVCPR/PVCP/SPV-Anatel, de 26/4/2002 (Vol. 1, fls. 47 a 50). (...)

(...)

119. Posteriormente, a Agência, em 19/3/2004, encaminhou junto com o Informe PVCPA/PVCP nº 108 (vol. III, fls. 8/9), em meio ótico, documento que é parte integrante do projeto de consultoria contratado conforme a Consulta nº 13/2002 – Anatel (Processo nº 53500.004164/2002, de seis de dezembro de 2002), o qual tem por objetivo ‘instrumentalizar a Anatel, a curto, médio e longo prazo, para o tratamento de questões relativas a interconexão em serviços de telecomunicações’, resultado da contratação sob a égide do Termo de Referência supracitado.

120. O referido documento foi encaminhado em caráter sigiloso por não ter sido ainda aprovado por todas as instâncias deliberativas do órgão regulador.

121. Com efeito, conforme propugna, em linhas gerais, a consultoria contratada:

‘O valor definido para as TU-RL se baseia hoje em um modelo de price cap reajustado pelo índice de preços e por um fator de produtividade. Essa tarifa, descolada dos custos, tem levado a diversas distorções:

- Price squeeze, pois o valor da TU-RL é superior ao valor da tarifa de público em alguns casos;
- Dificuldade de entrada de novos players no mercado corporativo, grandes originadores de chamadas;
- Exploração de agregadores de tráfego;
- Existência de subsídios cruzados entre chamadas de longa distância.

Essas distorções são causadas pela desvinculação do valor cobrado pelo uso de rede e o custo incorrido pela prestadora que termina a chamada. A queda significativa das tarifas de interconexão ocasionada pela aplicação do fator de produtividade (em 2004 e 2005) e a definição de um modelo retail-based (2006 e 2007) devem reduzir as distorções hoje existentes. Com a orientação a custos dos valores das tarifas de interconexão, a ser adotado em 2008, os problemas de price squeeze e dificuldade de entrada de novos players no mercado corporativo serão solucionados’.

122. Com base nessa análise e com fulcro no § 2º do art. 153, acima destacado, nos parece que Agência tem sido pouco efetiva na regulação da interconexão. A aplicação do *price-caps* para as

tarifas de interconexão não se preocupou em trazê-las a níveis eficientes, ou seja, alinhadas ao custo, principal objetivo da regulação de preços.

123. De fato, o modelo de interconexão atualmente em vigor dá indícios de que foi formulado tendo por objetivo principal a garantia da manutenção do equilíbrio econômico financeiro das prestadoras.

124. Deve-se agora agregar a esse objetivo benefícios diretos para o usuário final, por meio de incentivo ao desenvolvimento da livre competição.

125. Contudo, há que se destacar que, conforme nota da Assessoria de Imprensa da Anatel, de 16/6/2004, foi divulgada a aprovação pelo Conselho Diretor de três novas Consultas Públicas, com o objetivo de submeter à apreciação da sociedade assuntos diversos, dentre os quais destacamos: 'regras para a separação e alocação de contas, como início da implantação no País do modelo de precificação baseado em custos'.

126. Essa Consulta Pública submete ao público a proposta de Regulamento de Separação e Alocação de Contas dos Grupos de Prestadoras de Serviços de Telecomunicações. Esse regulamento dá início à introdução no País, segundo o Conselheiro da Anatel José Pereira Leite na nota acima citada, do modelo de precificação orientado para custo do uso de redes, que compõe um conjunto de cinco regulamentos: 1) regulamento de separação de contas; 2) Regulamento Geral de Interconexão; 3) Remuneração de Redes do STFC; 4) Remuneração de Redes do SMP; e, 5) regulamento para calcular o custo de exploração industrial de linhas dedicadas (EILD). Essa Consulta Pública terá início no dia 21 de junho e o prazo para contribuições vai até 27 de setembro (por meio eletrônico) ou 22 de setembro (por fax, cartas ou e-mail).

127. A equipe de auditoria, em conclusão, entende que, em atendimento à recomendação do TCU, estão sendo adotadas medidas para apurar os custos incorridos pelas incumbentes para que seja possível evitar tarifas de interconexão inadequadas, situação que cria obstáculos ao estabelecimento de um ambiente de competição nos serviços de telefonia. Contudo, a recomendação ainda não foi atendida.

128. Portanto, propomos reiterar esta recomendação e determinar o encaminhamento do cronograma contendo Plano de Ação e o relatório das medidas implementadas para orientar o estabelecimento de tarifas de rede, bem como os resultados dela advindos, tendo em vista que o horizonte de 2008 para que se faça constar nos contratos a existência de um método de cálculo da TURL com base em custos ser demasiadamente longo e existir o risco de a Agência não conseguir se instrumentalizar a tempo, dada a complexidade da matéria e o tempo de maturação necessário a sua efetivação.

III.5 MONITORAMENTO DO ITEM 8.2.5 DA DECISÃO TCU Nº 215/2002-P

Realização de um processo de revisão tarifária nas concessões de STFC

'(...) verifique - ante a existência de aumento de tarifas bem acima do IPCA, ante os indícios de impropriedade das tarifas de interconexão fixadas pela Agência, e ante os indícios de impropriedade dos fatores de transferência de produtividade dos contratos de concessão - a oportunidade e/ou conveniência de iniciar um processo de revisão tarifária nas concessionárias de STFC e SMC, com o intuito de adequar as tarifas à realidade de custos das operadoras e ao estabelecido pela Lei Geral das Telecomunicações, permitindo a correção de desequilíbrios existentes nas tarifas, sejam elas relacionadas ao serviço em si, à interconexão de redes, ou ao compartilhamento de infra-estrutura';

ANÁLISE

129. Inicialmente, é importante se ter em mente que a prestação dos serviços públicos é atribuição originária da Administração, que pode delegá-la (a prestação) a terceiros. O poder concedente não pode, portanto, perder de vista que o objetivo final de todo o relacionamento construído com os agentes delegados é o de assegurar o fornecimento de serviços a um conjunto de usuários (famílias e empresas), a preços razoáveis.



130. Por meio do Ofício nº 132/2002/AUD/SUE (vol. I, fls. 2/5), a Anatel encaminhou o Memorando MM 377/2002/SPB (Vol. 1, fls. 13/16), da Superintendência de Serviços Públicos, no qual, resumidamente, afirma que os valores atuais das tarifas decorrem de estudos realizados anteriormente, da estrita aplicação da fórmula de reajuste dos contratos de concessão e do acompanhamento da Anatel, o que acarretaria o equilíbrio entre o interesse público e a equação econômico-financeira da concessão.

131. Ressaltou ainda a SPB, que com o acompanhamento tarifário realizado pelo órgão regulador, contendo detalhamento contínuo das receitas e despesas incorridas, e considerando os resultados do serviço de consultoria que irá desenvolver um método para acompanhamento da situação econômico-financeira das concessionárias do STFC (item 8.2.2 da Decisão 215/2002), a Anatel está atenta para a coibição de situações de desequilíbrio contratual ou enriquecimento imotivado.

132. A recomendação inserida no item 8.2.2 da Decisão nº 215/2002-P decorreu da constatação de que a Agência tinha poucas informações a respeito da situação econômico-financeira real das operadoras, bem como a respeito dos custos de prestação dos serviços. Na época, verificou-se que a Anatel se limitava a receber e arquivar os balanços oficiais encaminhados pelas operadoras, sem que fosse realizada qualquer análise.

133. Conforme relatado no item III.2 deste relatório, a consultoria contratada para efetuar esse tipo de análise baseou seus estudos nas demonstrações públicas divulgadas pelas companhias de forma consolidada, sem informações individualizadas ou detalhadas de receitas e custos por modalidade de serviço.

134. Não se verificou, portanto, a realização de estudos 'com detalhamento contínuo das receitas e despesas incorridas' (MM 377/2002/SPB-ANATEL, vol. I, fl. 16) que evidenciem a evolução de custos por modalidade de serviço. Assim, não há como concordar com as afirmações da Agência no sentido de que as tarifas praticadas são compatíveis com os custos das empresas nem com o entendimento de que não há desequilíbrio dos contratos de concessão.

135. Em reuniões com técnicos da SPB, a equipe de auditoria verificou que o entendimento existente é de que o papel da Agência se limita a aplicar os reajustes tarifários conforme o estabelecido nos contratos de concessão, e isso basta para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Na verdade, existe uma forte resistência à utilização do mecanismo da revisão tarifária para reposicionar as tarifas, com a justificativa de que isso significaria o rompimento do contrato, o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro ou até caracterizaria um comportamento oportunístico da Agência.

136. Esse argumento a respeito do mecanismo de revisão tarifária está equivocado, pois, ao contrário, a LGT e os contratos de concessão preconizam a revisão como mecanismo de restabelecimento do equilíbrio da concessão. Não há como supor que a instauração de um procedimento revisional configuraria rompimento de contrato, conforme se demonstrará adiante.

137. Pode-se dizer que é legítima a preocupação em relação ao oportunismo, pois a efetividade de qualquer sistema regulatório, principalmente quando se trata de regulação de incentivos, depende da certeza quanto ao comportamento do órgão regulador no futuro. Se o órgão atuar com o objetivo de confiscar ganhos, reduzir receitas ou expropriar lucros, o resultado será a inibição de investimentos. Assim, a ausência de comportamento oportunístico por parte do regulador e o cumprimento das regras pré-estabelecidas são fundamentais.

138. Contudo, quando há indícios de um desequilíbrio econômico-financeiro das concessões, não cabe falar de oportunismo. Nesse caso, a omissão da Agência em proceder a revisão tarifária caracteriza afronta à LGT, aos contratos e põe em risco a eficácia e a credibilidade da regulação.

139. Para que se possa compreender a necessidade de um processo de revisão tarifária nas concessões, é preciso analisar o regime legal aplicável ao controle das tarifas de STFC, o modelo de controle de preços estabelecido nos contratos de concessão, os pressupostos teóricos desse modelo, bem como a adoção dessa metodologia por outros órgãos reguladores.

REGULAÇÃO POR INCENTIVOS E *PRICE-CAPS*

140. O tipo de controle de preço que era usualmente adotado no Brasil é conhecido pela literatura econômica como regulação via taxa de retorno, *cost plus* ou, ainda, regulação pelo custo do serviço. Esse tipo de regulação de preços consiste em limitar os preços de tal maneira que a firma regulada ganhe o suficiente para cobrir seus custos mais uma taxa de remuneração sobre o capital investido.

141. O antigo Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei nº 4.117, de 27/8/1962, – estabelecia que as tarifas seriam fixadas pelo Poder Público com base no conceito de custo do serviço, acrescido da justa remuneração do capital:

‘Art. 43. As tarifas devidas pela utilização dos serviços de telecomunicações prestados pela entidade serão fixados pelo Conselho Nacional de Telecomunicações de forma a remunerar os custos totais dos serviços, as amortizações do capital investido e a formação dos fundos necessários à conservação, reposição, modernização dos equipamentos e ampliações dos serviços.

(...)

Art. 101. Os critérios para determinação da tarifa dos serviços de telecomunicações, excluídas as referentes à Radiodifusão, serão fixados pelo Conselho Nacional de Telecomunicações de modo a permitirem:

- a) cobertura das despesas de custeio;
- b) justa remuneração do capital;
- c) melhoramentos e expansão dos serviços (Art. 151, parágrafo único Constituição de 1946)’.

142. Tal dispositivo tinha como inspiração o parágrafo único do art. 151 Constituição de 1946:

‘Art. 151(..) Parágrafo único. Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender a necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.’

143. Conforme relatado no TC 010.632/1996-4 (Auditoria Operacional do Sistema de Telecomunicações Brasileiro), essa justa remuneração (art. 101, ‘b’, da Lei 4.117/62) foi fixada em 12% ao ano pela Resolução nº 43/66 do Conselho Nacional de Telecomunicações, com a redação alterada pela Portaria nº 1.381/78 do Ministério das Comunicações.

144. Esse tipo de regulação de preço pelo custo dos serviços foi amplamente utilizada, por exemplo, nos Estados Unidos, até a década de 80. No entanto, já nos anos 60, esse sistema de regulação começou a ser fortemente criticado ao se constatar que, sob essas regras, as empresas não tinham nenhum incentivo para controlar ou reduzir seus custos. De fato, ao se fixar os preços com base nos custos incorridos, qualquer elevação de custos era transferida integralmente às tarifas. Da mesma forma, as empresas também não tinham motivos para baixar seus custos pois qualquer diminuição deles acarretaria diminuição de tarifas e, conseqüentemente, diminuição da receita.

145. Outra falha do controle de tarifas pelo custo do serviço é o estímulo ao sobreinvestimento, pois, uma vez que a tarifa é calculada de forma a remunerar o investimento, as firmas costumam investir além do necessário, assegurando maiores ganhos, via remuneração dos investimentos que são, em última análise, arcados pelos usuários por meio das tarifas.

146. Por causa dessas deficiências, novos modelos de regulação foram desenvolvidos, em especial com a preocupação de se criar mecanismos que incentivassem as empresas a serem mais eficientes. A regulação via preços máximos, também conhecida como *price-caps*, foi um desses mecanismos, e passou a ser amplamente aceita e utilizada – ainda que na maior parte das vezes em conjunto com outros modelos.

147. O *price-cap* é caracterizado pela definição de preços máximos a serem praticados pela empresa que, por um prazo determinado, terá os seus preços corrigidos por um índice de inflação, menos um percentual equivalente a um ganho de produtividade estimado, chamado de fator X.

148. Essa técnica incentiva a eficiência, pois com preços fixos e corrigidos pela inflação, as empresas podem auferir maiores lucros se reduzirem seus custos em termos reais. Parte desses ganhos são repassados aos consumidores por meio do fator X. Ao fim de um período de controle, os preços e o fator X são revistos e um novo ciclo se inicia.

149. O *price-cap* foi originalmente adotado na Inglaterra, em 1983, para regular a lucratividade da British Telecom (BT) após sua privatização, por sugestão de Stephen Littechild. Posteriormente, com a condução de Littlechild ao cargo de *Director General of Electricity Supply*, essa metodologia passou a ser adotada também no setor elétrico inglês e se espalhou pelos demais setores de infra-estrutura.

150. Em que pesem alegações quanto à sua simplicidade, essa metodologia apresenta diversos problemas de implementação. Segundo PIRES e PICCININI:

‘Na prática, os critérios de escolha e revisão do fator X são semelhantes aos utilizados na escolha da taxa interna de retorno no método do custo do serviço, descrito anteriormente. Estes critérios incluem a análise dos valores dos ativos existentes, do custo de capital, da taxa esperada de crescimento da produtividade, do plano de investimentos das empresas, do comportamento da demanda e do ambiente de mercado em que a firma está inserida, bem como processos de negociação com as concessionárias. Na realidade, portanto, ambos os métodos têm custos regulatórios similares. (...)

Os recentes processos revisionais ocorridos na Inglaterra mostraram que algumas das supostas vantagens deste método em relação ao controle da taxa de retorno não ocorreram na extensão esperada. Embora um dos objetivos do RPI – X fosse abdicar dos complexos acompanhamentos de custos contábeis de capital e de mensuração de taxas de retorno (que demonstraram ser ineficientes no passado), o regulador, na prática, passou a ter que tratar de uma série de variáveis necessárias à determinação de X’.

151. A semelhança quanto aos cálculos necessários aos modelos de regulação por preços máximos e taxa de retorno foi ressaltada por Richard Green, tendo-se verificado que, para o cálculo do fator X na revisão tarifária realizada em 1989, o órgão regulador britânico construiu um modelo financeiro da British Telecom destinado a projetar, para distintos valores de X, os lucros futuros da companhia e sua taxa de retorno sobre o capital. Esse modelo permitiu ao regulador escolher um fator X de modo a eliminar os ganhos auferidos pela empresa superiores ao seu custo de capital. Apesar da semelhança dos cálculos envolvidos, a existência de um período fixo de revisão constituía incentivo maior à redução de custos do que o modelo de taxa de retorno.

152. Além da complexa questão quanto à determinação do fator X, inúmeros outros problemas aparecem quando da implementação de um controle de preços via *price-caps*, como, por exemplo, o estabelecimento do nível e da estrutura de preços inicial, do índice de correção a ser adotado, do período a ser estabelecido entre as revisões, do repasse de custos ao consumidor, do compartilhamento de ganhos etc.

153. Interessa aqui tratar do período compreendido entre as revisões de preços na prestação de serviços públicos, conhecido como intervalo regulatório (*regulatory lag*). A definição desse período possui grande relevância para o resultado adequado da regulação, pois as condições inicialmente estabelecidas podem se alterar consideravelmente com o decorrer do tempo, resultando em benefício ou em prejuízo para as partes.

154. Por exemplo, uma regulação via *price-caps* com revisões em intervalos curtos mantém as tarifas sempre próximas aos custos e, praticamente, elimina o incentivo à eficiência, já que a redução dos custos é prontamente repassada às tarifas. Por outro lado, são muitos os efeitos nocivos de um intervalo regulatório longo que, em geral, decorrem de problemas de estimação do fator X ou do índice de correção adotado.

155. O regulador não pode estimar um fator X perpétuo, até mesmo porque o ganho de produtividade de uma indústria não permanece constante ao longo do tempo, e sua intensidade é influenciada por inovações tecnológicas usualmente imprevisíveis. Portanto, os ganhos de produtividade futuros podem ser maiores ou menores do que originalmente estabelecido pelo regulador. Ou seja, pode ocorrer que os ganhos da firma cresçam ou se reduzam por um prazo demasiado longo sem que os consumidores se beneficiem ou paguem por isso.

156. Efeitos semelhantes podem ser provocados por um índice de inflação que não retrate a variação de preços dos insumos. As distorções introduzidas por reajustes inadequados podem se acumular ao longo dos anos de modo a ocasionar tarifas abaixo ou acima dos custos. No caso de tarifas superiores aos custos, não haverá incentivos à eficiência empresarial e, pior, haverá uma injusta transferência de renda dos usuários para a firma. De fato, a empresa pode deixar de buscar a eficiência e a redução de custos se, reiteradamente, as tarifas forem reajustadas em índices superiores à variação de seus custos.

157. A relevância da definição do intervalo regulatório é assinalada por PICCININI:

‘No método tarifário price-cap, por sua vez, o intervalo regulatório não deve ser muito extenso, tendo em vista as dificuldades do regulador em fiscalizar as empresas e observar mudanças que possam gerar lucros ou prejuízos excessivos. A definição da extensão do intervalo regulatório, juntamente com o nível do preço-teto, é um instrumento importante para reduzir os riscos e balancear os benefícios entre os agentes. Por exemplo, a redução do lag regulatório para intervalos muito curtos pode aumentar o risco regulatório das firmas, ao reduzir sua oportunidade de apropriar lucros extraordinários, enquanto que a fixação de um price-cap elevado beneficiaria as firmas mas não permitiria a apropriação, pelos consumidores, de uma baixa imprevista de custos’.

158. Littlechild relata que os controles de preços no Reino Unido eram fixados em períodos de 3 a 5 anos. O objetivo desse prazo seria assegurar a aplicação do controle por um tempo razoável, mas não demasiadamente longo que mudanças circunstanciais tornassem inapropriados os controles estabelecidos.

159. A indefinição quanto à data precisa para a realização da revisão tarifária é em geral, tida como inadequada. O órgão regulador inglês, o *Office of Telecommunication* – Oftel, por exemplo, em consulta pública realizada em 1997, expressamente afirma que, na improvável hipótese de fixação de preços teto por período indeterminado sem a realização de revisão tarifária, ou surgiriam lucros excessivos ou a firma seria levada a desistir do negócio.

160. A Tabela 3 evidencia os intervalos regulatórios, ou seja, os intervalos entre revisões tarifárias bem como os fatores de produtividade (fator X) adotados pelo Oftel.

Tabela 3 - Fator de produtividade: a experiência do Reino Unido.

Período	Fator X
1984/89	3,0
1989/91	4,5
1991/93	6,25
1993/97	7,5
1997/01	4,5
2001/05	4,5

Fonte: Oftel

161. Verifica-se que mesmo em um país de economia estável, as revisões tarifárias no setor de telecomunicações ocorrem de forma rotineira em intervalos que variam de 3 a 5 anos. A revisão é inerente à regulação por preços máximos, e não exógena. Não há necessidade de se alegar qualquer evento externo para procedê-la. Ao fim de cada intervalo regulatório, além da definição das novas tarifas e do novo fator X, define-se também o prazo em que serão aplicados os novos valores. Ou seja,

NBR

fixa-se, também, o novo intervalo regulatório, indicando, desde seu início, a data em que ocorrerá nova revisão.

162. Merece registro ainda o levantamento realizado pelo órgão regulador peruano do setor de telecomunicações (Opsitel) a respeito dos valores de X que vinham sendo praticados no mundo, estudo este que foi divulgado em uma cartilha que busca esclarecer à população o mecanismo de compartilhamento de ganhos adotado no país:

Tabela 4 - Fator de produtividade: experiência comparada.

País	Fator X
Estados Unidos	3,0 a 4,0
França	4,5
Irlanda	8,0
México	3,0
Portugal	4,0
Reino Unido	4,5

Fonte: Opsitel

163. Evidencia-se uma clara disparidade entre os diversos valores encontrados decorrente das diferentes situações em que se encontram os sistemas de telecomunicações dos distintos países, tal como o grau de eficiência das empresas, o grau de universalização e ainda o respectivo estágio de evolução tecnológica.

164. Note-se que o valor de X dependerá, ainda, da redução de preços implementada a cada revisão tarifária. Um órgão regulador pode decidir apenas aumentar o valor de X a ser adotado no próximo período regulatório ou pode escolher manter ou reduzir X e, ao mesmo tempo, reduzir as tarifas no início do novo período de modo que o resultado final seja equivalente. Cabe, portanto, ao órgão regulador, verificar qual a melhor estratégia para assegurar o repasse ao consumidor da redução de custos obtida pelas concessionárias.

165. Em todo caso, resta claro que a realização de revisões tarifárias periódicas é essencial para que, na prática, a fixação de preços máximos venha a produzir os incentivos e os efeitos desejados, como a redução de custos e o compartilhamento de ganhos de produtividade, bem como é essencial para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ao longo do período de duração do contrato.

166. Não é por outra razão que os órgãos reguladores, ao adotarem o mecanismo de controle de tarifas via *price caps*, fixam também o período regulatório, indicando a data em que se procederá a revisão contratual.

167. Isaac Benjó assim destaca a relevância das revisões tarifárias: ‘Conceitualmente, devemos considerar que ‘RPI’ representa a variação percentual de um índice oficial de preços no varejo e ‘X’ um percentual a ser deduzido (ou acrescido, se ‘X’ for negativo) correspondente a parte da produtividade obtida. ‘RPI-X’ compõe o fator de reajuste que o regulador permite periodicamente ao concessionário. **As formas de determinação de ‘X’ e da periodicidade de reajustamento (regulatory lags) são elementos básicos ao sucesso do modelo**’ (grifamos).

168. De igual modo, José Cláudio Linhares Pires, ao analisar diversas metodologias de regulação, assim se manifesta :

‘Independentemente do método tarifário a ser aplicado, o regulador precisa determinar qual será o intervalo de regulação. Ou seja, além de determinar a tarifa inicial para o serviço público e como ela será regulada, o regulador deve estabelecer períodos revisionais nos contratos porque estes, por natureza, são imperfeitos e não podem prever todas as mudanças no ambiente da firma durante todo o tempo da concessão. É necessário estabelecer tais períodos para que o regulador, a empresa e os

consumidores, por meio de audiências públicas, discutam as novas condições de oferta e demanda e redefinam os patamares e as estruturas tarifárias.

(...) No caso do price-cap não se deve estabelecer um intervalo muito longo porque pode haver uma defasagem muito grande entre custos e preços e a empresa se apropriar de um lucro extraordinário, dificultando inclusive a tarefa do regulador no momento da revisão. Assim, a experiência internacional mostra que o intervalo de revisão deve ser de quatro a cinco anos’.

169. Como visto anteriormente, a ausência da revisão ordinária ou periódica, pode gerar efeitos devastadores sobre o equilíbrio do contrato e, por isso, não é usualmente adotada pelos reguladores de serviços públicos. Como se verá adiante, a ausência de previsão explícita para a realização de revisão tarifária ordinária é um dos principais equívocos do marco regulatório do setor de telecomunicações no Brasil.

O CONCEITO DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO

170. As noções fundamentais apresentadas pela doutrina jurídica brasileira quanto ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão sofrem forte influência dos conceitos oriundos do direito francês. As construções teóricas do regime francês, tais como a teoria da imprevisão e o fato do príncipe, decorrem da produção jurisprudencial do Conselho de Estado francês que, ao longo dos anos, foi construindo as hipóteses que demandariam a revisão dos contratos.

171. Por decorrer de demandas judiciais, a construção teórica francesa a respeito do equilíbrio econômico-financeiro ocupou-se prioritariamente das hipóteses em que se deveria proteger o concessionário de determinados tipos de risco.

172. Nos Estados Unidos, a jurisprudência a respeito do controle tarifário dos serviços públicos segue trajetória diversa, pois que a intervenção estatal ocorre justamente para coibir o abuso do poder econômico na fixação de preços, sem deixar de cuidar da continuidade na prestação dos serviços.

173. Segundo relata Caio Tácito, o equilíbrio financeiro na exploração do serviço é um dos alvos fundamentais do sistema norte-americano de regulação de preços públicos:

‘A regulation opera tanto no sentido de impedir a fixação de tarifas discriminatórias ou excessivas, defendendo os interesses dos consumidores ou usuários, como no propósito de assegurar às empresas uma remuneração apropriada, afastando a possibilidade de tarifas confiscatórias ou deficitárias’.

174. Note-se que no direito norte-americano, mais do que na jurisprudência francesa, há uma forte preocupação em proteger o consumidor ao mesmo tempo em que se assegura uma remuneração adequada ao concessionário. É esse equilíbrio de interesses que permeia a atividade regulatória e que irá levar à construção jurisprudencial norte-americana do conceito de tarifas justas e razoáveis.

175. É interessante notar a influência dessa concepção na própria LGT, que não textualiza o conceito de modicidade tarifária tradicionalmente mencionado pela doutrina, para aderir à tradição americana de razoabilidade tarifária:

‘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; (...)’

176. Ainda segundo Caio Tácito:

‘A regulamentação (regulation), a princípio legislativa, mais tarde judiciária e, agora, precipuamente administrativa dirige-se, portanto, primariamente, a garantir a prestação de serviço adequado, mediante tarifas satisfatórias. (...) A noção da razoabilidade e justiça das tarifas visa à conciliação desses dois interesses respeitáveis, on balancing the relative rights of consumers and investors’.

177. Os doutrinadores brasileiros, ao tratarem do tema, costumam se limitar à relação de equilíbrio entre as obrigações do concessionário e a sua remuneração e, em geral, discorrem (e discordam) a respeito das hipóteses em que o concessionário pode pedir revisão do contrato. A maioria

não deixa claro o entendimento a respeito da reciprocidade do equilíbrio – a possibilidade de se reequilibrar os contratos em favor da Administração ou dos usuários. Nesse sentido, merece registro a opinião de Marçal Justen Filho de que não é só o concessionário que pode demandar o equilíbrio econômico financeiro:

‘Não há dúvida alguma de que o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo beneficia também a Administração Pública. Ou seja, se as condições extraordinárias produzirem benefício extraordinário e imprevisível para o particular, a vantagem não poderá ser embolsada por ele. A garantia em favor do particular contra prejuízos extraordinários apenas pode ser justificada se imposta concomitantemente à vedação à apropriação de vantagens de igual natureza’.

178. Note-se que não se trata de conceito exclusivo do direito administrativo, pois que é usual também no direito privado, onde o contrato bilateral expressa uma equivalência entre prestações e obrigações de ambas as partes. Na acepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, esta é a exata definição de equilíbrio econômico-financeiro: ‘relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá.’

179. A idéia de equilíbrio econômico financeiro como uma relação de igualdade e reciprocidade entre os direitos dos consumidores e dos investidores foi incorporada aos contratos de concessão de STFC, que assim estabeleceram:

‘Capítulo XII - Da Proteção da Situação Econômica da Concessionária e da Revisão das Tarifas

Cláusula 12.1. - Constitui pressuposto básico do presente Contrato a preservação, em regime de ampla competição, da justa equivalência entre a prestação e a remuneração, vedado às partes o enriquecimento imotivado às custas de outra parte ou dos usuários do serviço, nos termos do disposto neste Capítulo’.

180. Por se tratar de pressuposto básico do contrato de concessão, qualquer interpretação do contrato no que tange ao equilíbrio econômico-financeiro e à aplicação de cláusulas pertinentes ao reajuste e revisão deve considerar sempre a relação de igualdade e proporcionalidade que protege todos os envolvidos na relação jurídica, inclusive os usuários.

181. Nos termos claros do contrato, a fixação de tarifas em um nível que não remunerasse adequadamente os serviços prestados caracterizaria uma situação de desequilíbrio em que os usuários estariam usufruindo um benefício às custas da sub-remuneração do concessionário. De modo semelhante, o concessionário que estivesse auferindo receitas, além do que seria justo e razoável, estaria ganhando às custas da sobretarificação dos consumidores, o que caracteriza, também, desequilíbrio. Ambas as situações são proibidas pelo contrato, e a ocorrência de qualquer uma delas enseja a atuação do regulador para assegurar o equilíbrio.

182. À luz dos conceitos aqui tratados, passa-se a analisar a legislação e as regras aplicáveis ao setor de telecomunicações:

183. A disciplina legal a respeito do reajuste e da revisão de tarifas se encontra estabelecida no art. 108 da LGT e respectivos parágrafos, conforme transcrição a seguir:

‘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.

§ 4º A oneração causada por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como pelo aumento dos encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda, implicará a revisão do contrato.'

184. O reajuste e a revisão tarifária são, portanto, na forma da lei, instrumentos destinados a compartilhar com os usuários os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços e a transferir integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial. Ou seja, a lei permite ao concessionário apropriar uma parte dos ganhos decorrentes de sua atuação empresarial, mas proíbe que este possa auferir ganhos de outra natureza, ainda que relacionados à prestação do serviço. Essa garantia visa propiciar incentivos adequados à eficiência.

185. O repasse integral aos usuários de ganhos não decorrentes da atuação empresarial é uma forma de assegurar proteção ao consumidor e garantir a razoabilidade tarifária, pois que o concessionário deve repassar às tarifas quaisquer ganhos para os quais não tenha concorrido. Vê-se aqui que a Lei trata como indevido o ganho econômico que não decorra do esforço empresarial.

186. O dispositivo legal citado apresenta de forma exemplificativa ('em casos como os de') uma hipótese de fato do príncipe e uma de fato da administração, mas não são esses os únicos casos que demandarão o repasse integral dos ganhos aos usuários.

187. De fato, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a possibilidade de revisão contratual sempre que constatado o desequilíbrio das relações estabelecidas. Se, por alguma razão, decorrente de álea econômica extraordinária, por exemplo, as tarifas se tornarem excessivas frente ao real ônus da prestação dos serviços, restará verificado o desequilíbrio entre as prestações e sua remuneração, sendo necessária a redução das tarifas de modo a preservar o equilíbrio pactuado.

188. Note-se ainda a infeliz redação do § 4º que, ao buscar positivar a obrigatoriedade da realização da revisão tarifária em decorrência do fato do príncipe e da álea econômica extraordinária, adotou as expressões 'oneração' e 'aumento de tributos'. Evidentemente, a supressão ou diminuição de tributos igualmente enseja a revisão do contrato, assim também a ocorrência de fato da administração que desonere o serviço, como, aliás, prevê o § 3º anterior.

189. Nota-se, assim, que o reajuste e a revisão são instrumentos complementares que se destinam a assegurar tarifas eficientes e justas que conciliem, com equilíbrio, as preocupações e os interesses dos consumidores, das concessionárias e da sociedade como um todo.

190. Qualquer contrato administrativo de execução de serviços encontra-se sujeito a condicionantes financeiras, econômicas e operacionais que, naturalmente, são mutáveis ao longo do tempo. Os contratos de concessão de serviços públicos não são exceção. Em geral, seus prazos são bastante longos, o que potencializa os efeitos que as sucessivas modificações no meio ambiente terão sobre as condicionantes inicialmente consideradas e torna provável a ocorrência de distorções.

191. Não é outra a razão por que usualmente tais contratos prevêem mecanismos de reajuste automático, que se destinam a recompor as tarifas dos serviços em razão da mudança dos custos de sua prestação. Trata-se de uma sistemática que tenta reduzir as distorções que podem ocorrer ao longo do tempo.

192. O reajuste pode ser definido, segundo Luiz Alberto Blanchet, como correspondente 'aos acréscimos resultantes das variações dos preços dos insumos necessários à prestação do serviço, verificados dentro da periodicidade prevista no contrato de concessão, calculando-se-o mediante aplicação de fórmula que também deverá estar prevista no mesmo contrato'.

193. Na mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca:

'(...) o reajuste configura hipótese em que a tarifa substancialmente não muda; altera-se, apenas, o preço que a exprime. Como persistem os mesmos fatores inicialmente levados em conta, a tarifa é apenas atualizada, a fim de acompanhar a variação normal do preço dos insumos, sem que lhe agreguem acréscimos, pois não há elementos novos interferentes com ela'.

194. Evidentemente, à luz dos ensinamentos enunciados, seria indevido o pretense reajuste que efetivamente aumentasse a tarifa e não apenas a atualizasse monetariamente. O reajuste não deveria ser superior à variação de preços dos insumos, agregando-lhes valor sem justificativa.

195. No momento da celebração do ajuste, as partes adotam índice que presumidamente deve traduzir a real modificação do nível de preços. A atualização do preço mediante reajustes pactuados no contrato constitui apenas tentativa de se assegurar a equivalência real entre as prestações e os valores monetários correspondentes.

196. Há que se ter em mente, todavia, que tanto o índice quanto a fórmula pactuados se presumem adequados à preservação do equilíbrio contratual. Essa presunção nem sempre se verifica na prática. De fato, é normal que o comportamento de um determinado índice acordado não retrate a variação de preços efetivamente incorrida, pois nenhum índice retrata precisamente a variação de custos de uma determinada empresa ou setor a não ser que sua metodologia de cálculo tenha sido projetada especificamente para esse fim. Apesar do cuidado na escolha do índice, diversos elementos externos podem resultar em uma variação completamente diversa dos custos das empresas.

197. Essas distorções podem operar tanto contra os usuários dos serviços – impondo-lhes injusta onerosidade – quanto contra a concessionária – proporcionando um incremento de receita insuficiente para fazer frente à real elevação dos custos.

198. Não se trata aqui de erro ou vício na celebração do contrato, mas da constatação de que o comportamento de determinado índice não é de antemão previsível, razão pela qual usualmente são contratados índices oficiais ou os divulgados por instituições idôneas e reconhecidas como forma de mitigação do risco.

199. Como visto, o reajuste tarifário deve tão-somente recompor o número que exprime os custos da firma. Em outras palavras, ainda que o índice de reajuste possa alterar nominalmente as tarifas, não deverá modificá-las em termos reais.

200. Constatada qualquer distorção, caberia, em princípio, a recomposição do equilíbrio contratual. Absurdo seria entender que, ao acordar um índice, o contratado estaria abrindo mão da equação econômico-financeira e aceitando arcar com prejuízos caso o indexador pactuado não retratasse o efetivo aumento de preços de seus insumos. Igualmente irracional seria pretender que a administração e os usuários concordaram em arcar com ônus decorrente de reajuste de tarifas irreais, que não corresponda à elevação de preços efetivamente incorrida pelo prestador do serviço.

201. Evidencia-se que o direito assegurado aos concessionários, assim como a qualquer outro que celebre contrato com a Administração, refere-se à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pactuado e não à correção de suas tarifas por determinado índice. Vale dizer, o que é assegurado ao contratante é o direito à manutenção da relação de proporcionalidade entre as prestações e as respectivas remunerações. O índice pactuado é mero instrumento pelo qual se procura resguardar o equilíbrio contratual. Evidentemente que, se insuficiente, a sua utilização pode ocasionar onerosidade excessiva ao concessionário, rompendo-se então o equilíbrio e ensejando a revisão tarifária. De igual modo, se excessivo o índice, oneram-se os usuários, caracterizando-se, assim, igual desproporção entre a remuneração e o serviço prestado.

202. Conforme Bandeira de Mello:

‘para que as partes cumpram devidamente o ajuste em toda sua lisura, boa-fé e lealdade, como de direito, cumpre que atendam ao efetivamente pretendido, respeitando a real intenção das vontades que se compuseram’. E, ainda, “quando os índices oficiais a que se reporta o contrato deixam de retratar a realidade buscada pelas partes quando fizeram remissão a eles, deve-se procurar o que foi efetivamente pretendido, e não simplesmente o meio que deveria levar – e não levou – ao almejado pelos contraentes. Não padece dúvida de que os índices são um meio e não um fim. A eleição de um meio inexistente não pode ser causa elisiva do fim, mas apenas de superação do meio inadequado’.

203. A natureza instrumental do índice de reajuste se torna evidente no contrato de concessão de STFC que, em sua Cláusula 11.1, estipula a correção com base na fórmula contratual como mera possibilidade:

‘Cláusula 11.1. - A cada intervalo não inferior a 12 (doze) meses, por iniciativa da Anatel ou da Concessionária, observadas as regras da legislação econômica vigente, as tarifas constantes do Plano Básico do Serviço Local - Anexo 03, poderão ser reajustadas mediante a aplicação da seguinte fórmula:’

204. Resta evidente que o contrato não prevê a aplicação compulsória da fórmula, mas tão-somente a reconhece como meio presumidamente adequado à manutenção do equilíbrio pactuado. Nada há no contrato que impossibilite o uso de outra fórmula de reajuste, em especial caso se verifique que a aplicação do índice previsto no contrato resultará em desequilíbrio e onerosidade excessiva a uma das partes.

205. Já se mencionou aqui a Cláusula 12.1 (fl. 27) do contrato de concessão de STFC que assegura, como pressuposto básico, a preservação da justa equivalência entre a prestação e a remuneração, vedado às partes o enriquecimento imotivado às custas de outra parte ou dos usuários do serviço.

206. O § 2º da cláusula citada considera ser indevido, imotivado, sem razão de ser e, portanto, absolutamente vedado, o enriquecimento decorrente de ganhos econômicos não advindos diretamente da eficiência empresarial do concessionário, em especial – mas não exclusivamente – quando decorrentes da edição de novas regras sobre o serviço:

‘§ 2º - É também vedado o enriquecimento imotivado da Concessionária decorrente da apropriação de ganhos econômicos não advindos diretamente da sua eficiência empresarial, em especial quando decorrentes da edição de novas regras sobre o serviço’.

207. Conforme visto anteriormente, a Lei assegurou a transferência integral, aos usuários, dos ganhos econômicos que não decorressem diretamente da eficiência empresarial. O contrato, por sua vez, foi ainda mais rígido e proibiu o concessionário de auferir ganhos para os quais não tenha contribuído diretamente. Vale dizer, os ganhos econômicos não advindos da eficiência empresarial são considerados, nos termos da lei e do contrato, ganhos indevidos, imotivados.

208. Trata-se, portanto, de cláusula em perfeita consonância com os dispositivos legais, pois que a lei faculta ao concessionário a percepção compartilhada de ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas. Os demais ganhos econômicos devem ser tidos como imotivados pois que o concessionário não lhes deu causa, a exemplo de ganhos resultantes de fato do príncipe, fato da administração e da álea econômica extraordinária.

209. O contrato, portanto, reconhece que, acima de tudo, deve-se assegurar o equilíbrio mencionado e evitar que uma parte sofra prejuízo em detrimento de outra. A única exceção a esse princípio se encontra no § 1º da cláusula 12.1, onde se constata que devem ser suportados integralmente pelo concessionário os prejuízos decorrentes de:

I - negligência, inépcia ou omissão na exploração do serviço;

II - riscos normais à atividade empresarial;

III - gestão ineficiente dos seus negócios, inclusive aquela caracterizada pelo pagamento de custos operacionais e administrativos incompatíveis com os parâmetros verificados no mercado; ou

IV - incapacidade de aproveitar as oportunidades existentes no mercado, inclusive no atinente à expansão, ampliação e incremento da prestação do serviço objeto da concessão.’

210. Na hipótese de qualquer desequilíbrio contratual não decorrente dos fatores acima enumerados, deve-se buscar o restabelecimento da situação econômica avençada, preferencialmente com o uso do instrumento contratual da revisão tarifária, conforme estabelece a cláusula 12.2:

‘Cláusula 12.2. - Caberá o restabelecimento da situação econômica do Contrato quando ficar demonstrada a inocorrência dos fatores indicados no § 1º da cláusula anterior, o qual dar-se-á preferencialmente pela revisão de tarifas ou por qualquer outro mecanismo que, a critério da Anatel, seja considerado apto a neutralizar a situação verificada’.

211. Depreende-se, portanto, que a revisão tarifária pode e deve ocorrer a qualquer momento em que se verificar o desequilíbrio contratual. Como regra geral, não há qualquer restrição à sua realização, salvo quando o desequilíbrio resultar da ação do próprio concessionário.

212. Independentemente do regime geral aplicável às revisões tarifárias, o contrato de concessão trata ainda de situações específicas em que caberá revisão de tarifas em favor do concessionário ou dos usuários, conforme se segue:

‘Cláusula 12.3. - Independentemente do disposto na cláusula 12.1., caberá revisão das tarifas integrantes do Plano Básico do Serviço Local em favor da Concessionária ou dos usuários, nos termos do art. 108 da Lei nº 9.472, de 1997, quando verificada uma das seguintes situações específicas:

I - modificação unilateral deste Contrato imposta pela Anatel, que importe variação expressiva de custos ou de receitas, para mais ou para menos, de modo que a elevação ou redução de tarifas seja imposta pela necessidade de evitar o enriquecimento imotivado de qualquer das partes;

II - alteração na ordem tributária posterior à assinatura deste Contrato que implique aumento ou redução da lucratividade potencial da Concessionária;

III - ocorrências supervenientes, decorrentes de fato do príncipe ou fato da Administração que resultem, comprovadamente, em alteração dos custos da Concessionária;

IV - alteração legislativa de caráter específico, que tenha impacto direto sobre as receitas da Concessionária de modo a afetar a continuidade ou a qualidade do serviço prestado; ou

V - alteração legislativa que acarrete benefício à Concessionária, inclusive a que concede ou suprime isenção, redução, desconto ou qualquer outro privilégio tributário ou tarifário, consoante previsto no § 3º do art. 108 da Lei nº 9.472, de 1997.

§ 1º - Não importará na revisão de tarifas o prejuízo ou a redução de ganhos da Concessionária decorrente da livre exploração do serviço em condições de competição ou da gestão ineficiente dos seus negócios.

§ 2º - Não será aplicável a hipótese de revisão prevista no inciso II do caput desta cláusula quando a alteração na ordem tributária implicar criação, supressão, elevação ou redução em impostos incidentes sobre a renda ou o lucro da Concessionária, como o Imposto sobre a Renda, que não impliquem oneração administrativa ou operacional.

§ 3º - Não caberá revisão de tarifas nas hipóteses previstas nesta cláusula quando os eventos ensejadores da revisão já estiverem cobertos pelo plano de seguros previsto na cláusula 23.1.

§ 4º - As contribuições da Concessionária ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações e ao Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações não ensejarão revisão das tarifas.

Cláusula 12.4. - Não será aplicável a revisão de tarifas quando ficar caracterizado que os impactos motivadores do pedido por parte da Concessionária puderem ser neutralizados com a eficiente exploração do serviço, pela expansão do mercado ou pela geração de receitas alternativas ou complementares associadas ao objeto do presente Contrato, observadas as condições competitivas verificadas no momento.

Parágrafo único - A diminuição da receita decorrente de descontos ou redução de tarifas não dará ensejo à revisão das mesmas.’

213. Assim, a par da regra geral que assegura a revisão tarifária sempre que ocorrer o desequilíbrio pactuado, o contrato trata de regular situações específicas para as quais a aplicação da revisão tarifária é automática.

214. Merece registro ainda que não há qualquer óbice quanto à alteração das cláusulas contratuais que regem o reajuste e a revisão tarifária, vistos que estes são meros instrumentos para a consecução do fim último de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, este sim tido como imutável e irrecusável.



215. O equilíbrio contratual há que ser mantido sempre. As cláusulas versando sobre os meios adequados ao atingimento desse fim podem ser revistas unilateralmente pelo poder concedente em caso de necessidade e/ou para melhor atender o interesse público.

216. Para apurar se os reajustes tarifários têm estado coerentes com os aumentos de custos, foi realizada uma análise preliminar das Demonstrações Financeiras Padronizadas das três operadoras de STFC em regime público (Telemar, Telefônica e Brasil Telecom) no período 2002-2003, tendo se constatado que a variação dos custos dos serviços prestados ficaram bem abaixo do acumulado do IGP-DI, que tem sido utilizado como índice de referência para os reajustes tarifários, bem como do IPCA (utilizado em 2003 como fator de reajuste por decisão judicial), como demonstra a Tabela 5:

Tabela 5 - Variação dos custos das operadoras versus índices inflacionários no período 2002-2003.

OPERADORA	$\Delta\%$ custos dos serviços prestados	$\Delta\%$ IGP-DI	$\Delta\%$ IPCA
BRASIL TELECOM S/A	8		
TELEMAR NORTE LESTE S/A	0,6	30,05	17,24
TELEFÔNICA (TELESP S/A)	16		

Fontes: Demonstrativos Contábeis Padronizados das Operadoras e ANATEL

217. Ressalte-se que os valores dos custos acima apontados ainda estão influenciados pelas despesas operacionais, compostas por custos variáveis decorrentes do aumento do volume de operação das empresas pela natural expansão das suas atividades. Ao se descontar a influência desse fator, perceberíamos que o aumento de custos que deveria ser reposto por um índice de inflação de custos seria ainda menor, tornando mais grave a distorção.

218. Outro indício de possíveis ganhos econômicos ilegítimos pelas concessionárias é que a variação percentual consolidada dos reajustes do valor da assinatura e pulso no período 1998-2003 foi de 137,52 % e 59,81 %, respectivamente, resultando em um aumento médio na ordem de 98 % nos principais itens da cesta tarifária do serviço local, bem acima da variação total medida pelo lado do consumidor através do IPCA, que foi da ordem de 56,36 %. A assinatura residencial, particularmente, acumulou um aumento de 137,52 %, ficando bem acima da variação acumulada do IGP-DI, de 104,98 %.

219. A grande evolução da base de mercado de serviços telefônicos pode ser percebida por nota publicada na Coluna Panorama Setorial, da Gazeta Mercantil, em 28/11/2003:

‘A recente evolução da base do mercado brasileiro de telecomunicações revela uma demanda potencial para serviços telefônicos que ultrapassa os limites impostos pelo restrito poder de consumo. O número de linhas fixas e móveis, que chegou a 84 milhões em 2002, cresceu a uma taxa média anual da ordem de 71,3% ao longo desses quatro anos (...)’.

Como o redutor tarifário referente ao fator de produtividade a ser repassado para os consumidores (fator X) foi estabelecido em 1%, e como os reajustes determinados pela aplicação do IGP-DI têm sido muito superiores à inflação medida pelo lado do consumidor, na prática, os consumidores não têm recebido nenhum benefício tarifário real.

220. Ao contrário, o que tem ocorrido é um aumento real de tarifas que propiciam ganhos econômicos pelos concessionários (a menos de 1%). Uma vez que os reajustes determinados pela utilização do IGP-DI são muito superiores à elevação dos custos das empresas (na ordem de até 16%, conforme divulgado pela Anatel), a aplicação do fator X de 1% tem sido inócua, e as tarifas permanecem sendo reajustadas acima da variação dos custos das concessionárias.

221. O fator X de 1%, arbitrado para compartilhar os ganhos de produtividade das empresas com os usuários, também parece ter sido subestimado pelo regulador. As primeiras evidências são os valores de X adotados em outros países (Tabela 4). Um segundo argumento nessa

MW

direção pode ser obtido analisando indicadores de produtividade das empresas. Para exemplificar, a quantidade de linhas por empregado, informada pela concessionária TELEFÔNICA em suas demonstrações financeiras padronizadas, cresceu 10% entre 2001 e 2002. Se comparado com a situação existente à época da privatização, em 1988, o aumento desse indicador de produtividade chega a 490,3 %.

222. Além disso, somente a partir de janeiro de 2008, como está previsto nos modelos de contrato de renovação das atuais concessões de telefonia, o fator de transferência X será estabelecido pela Anatel com base em metodologia que considere a otimização de custos de prestação do serviço, prazo que consideramos excessivo para que se estabeleça um ambiente de equilíbrio econômico-financeiro na relação usuários-concessionárias.

223. Objetivando corrigir ou compensar esses efeitos indesejáveis que afetam o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, os contratos prevêem a possibilidade de revisões tarifárias. Portanto, a revisão é um mecanismo para reequilibrar as tarifas pagas pelos consumidores em contraprestação aos serviços oferecidos pelas concessionárias.

224. Ressalte-se ainda que não só é da natureza da regulação de preços a existência de revisões tarifárias, mas sua realização é essencial ao funcionamento desses mecanismos regulatórios. Em especial, a realização de revisões tarifárias periódicas é essencial para o funcionamento adequado da regulação de incentivos adotado no setor de telecomunicações por meio da fixação de preços máximos.

225. Especialmente em um momento de transição entre um modelo estatal e um modelo que busca criar um ambiente de competição nos serviços de telefonia, como no caso Brasil, a revisão tarifária é um instrumento que, mais do que assegurar o equilíbrio econômico financeiro da concessão, permite corrigir tarifas inadequadas que podem estar até mesmo atrapalhando o processo concorrencial.

226. Na mais recente documentação acostada aos autos (Informe 044-PBCPA/PBCP, fls. 29/47, vol. III), a Anatel alega que: *'o mecanismo de revisão tarifária, enquanto mecanismo de neutralização de distorção para o período 1998-2005, apesar de representar providência única e completa em relação a evento específico que lhe der origem, não foi concebida com o propósito de adequar as tarifas à realidade de custos das concessionárias ou de cobrir os custos de operação com taxa de retorno adequada'*.

227. Contudo, o enfoque dado pela equipe de auditoria, como já exaustivamente ressaltado neste Relatório, é de que a revisão também é um mecanismo para reequilibrar as tarifas pagas pelos consumidores em contraprestação aos serviços oferecidos pelas concessionárias, haja vista que o desequilíbrio dos contratos de concessão podem decorrer não só de eventos episódicos, mas também, como parece o caso, resultar de distorções crônicas, como a utilização de indexadores inadequados nos reajustes das tarifas.

228. As tabelas encaminhadas pela Anatel (vol. III, fls. 41/43) que fazem comparações com as principais tarifas do serviço local em vários países, em que se pretende demonstrar o baixo valor das tarifas brasileiras, não são relevantes na análise em questão por causa da diversidade de outros fatores exógenos (tributos, distribuição de renda, legislação societária).

229. Tais informações também não explicitam quais têm sido a variação de custos e os ganhos auferidos pelas concessionárias com o serviço local – tabelas com avaliações preliminares da evolução da rentabilidade do ativo pelas empresas de telefonia no período 1997/2002 – bem como os principais resultados econômicos das concessionárias do STFC (vol. III, fls. 44/45), e, portanto, não servem de subsídio para referendar a realização ou não de uma revisão tarifária.

230. Portanto, apesar de a Anatel afirmar que o acompanhamento econômico que tem feito relativo ao exercício de 2002, já encaminhado ao TCU, e ao exercício de 2003 (em andamento), não ter apontado qualquer indicativo de situação ensejadora de revisão tarifária, a equipe entende que os elementos apresentados pela Agência ainda não são suficientemente rigorosos e com o nível de

desagregação e detalhamento necessário para se descartar a realização de um processo de revisão tarifária.

231. Não obstante, em resposta à recomendação contida no item 8.2.5, da Decisão 215/2002-P, a SPB encaminhou o Informe nº 78 de 7/5/2004 (fls. 96/97), comunicando que 'será desenvolvida e implementada, no âmbito desta Agência, regulamentação específica sobre a verificação da oportunidade e conveniência de início de processo de revisão de tarifas do STFC explorado no regime público, bem como metodologia de aplicação da mencionada revisão'.

232. Segundo a Agência, serão considerados os princípios e regras da legislação e dos contratos de concessão, em especial:

- . verificação de ganhos decorrentes de modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como novas receitas alternativas e o nível de seu compartilhamento com os usuários;
- . verificação de eventuais onerações ou ganhos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, tais como aqueles causados por novas regras sobre o serviço; pela álea econômica extraordinária e por alterações legislativas e tributárias previstas na LGT e nos contratos de concessão;
- . verificação da justa equivalência entre prestação e remuneração, em ambiente de ampla, competição, bem como de eventual enriquecimento imotivado por qualquer das partes;
- . verificação de circunstâncias de força maior ou de calamidade que afetaram significativamente a exploração do serviço, bem como os mecanismos de recomposição da situação inicial de encargos e retribuições contratuais;
- . verificação das receitas e despesas incorridas na exploração de cada modalidade do STFC;
- . caracterização de fatores ensejadores de revisão tarifária e dos mecanismos a serem considerados no restabelecimento da situação econômica do contrato.

233. Ainda de acordo com o Informe, o desenvolvimento e implementação dos instrumentos acima relacionados contará com suporte de consultoria especializada e estima-se que será concluído no prazo de 12 (doze) meses a contar da data do Informe (7/5/2004).

234. Contudo, quanto a essa recomendação, apesar da comunicação da intenção de elaborar regulamentação específica sobre a verificação da oportunidade e conveniência de início de processo de revisão de tarifas do STFC explorado no regime público, bem como sua metodologia de aplicação, a equipe concluiu que órgão regulador ainda não foi suficientemente explícito quanto à efetiva disposição de iniciar o processo revisional, abstendo-se de apresentar um plano de ação contendo datas e eventos.

235. Portanto, dada a existência de indícios de ganhos vedados pela LGT pelas concessionárias e o grande período de tempo decorrido sem que nenhum processo revisional tenha sido instaurado nos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público, propomos determinar à Anatel que quantifique, para cada item da cesta tarifária de cada modalidade de serviço do STFC, a variação dos custos incorridos pelas concessionárias desde o início da vigência dos atuais contratos de concessão e confronte com os reajustes autorizados no mesmo período e caso sejam constatados reajustes superiores à variação dos custos, caracterizando ganhos econômicos vedados pela Lei Geral de Telecomunicações, que promova o repasse aos usuários dos ganhos indevidamente auferidos pelas concessionárias.

IV CONCLUSÃO

236. Por fim, destacamos que esforços foram empreendidos pela Anatel, desde a última comunicação formal remetida ao TCU com relação ao acompanhamento da Decisão nº 215/2002-TCU, não tendo sido considerados na versão preliminar deste relatório (fls. 44 a 79).

237. Essas novas ações foram incorporadas e reavaliadas em conjunto com o material previamente obtido pela equipe de auditoria. Concluída essa análise, a equipe entendeu que, em geral, as ações posteriores empreendidas pela Agência resultaram como consequência natural das atividades já iniciadas e representaram avanços em relação ao que foi constatado inicialmente.



238. A despeito das recomendações e determinações já efetuadas pelo TCU e das ações promovidas pela Anatel, esta ainda não dispõe de informações adequadas para avaliar a evolução do custo de provimento dos serviços sujeitos ao controle tarifário nem das informações necessárias para verificar eventuais situações de desequilíbrio contratual.

239. O que nos aparenta grave, como os fatos aqui apontados corroboram, é que a Anatel tem sido tímida como reguladora do setor de telecomunicações – principalmente em relação à regulação econômica.

V PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

(Quadro constante do documento original)

240. Ante todo o exposto a equipe da auditoria propõe ao Tribunal:

A. seja determinado à Anatel:

A.1 no prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta deliberação, quantificar, para cada item da cesta tarifária de cada modalidade de serviço do STFC, a variação dos custos incorridos pelas concessionárias desde o início da vigência dos atuais contratos de concessão e confrontar com os reajustes autorizados no mesmo período (parágrafo 234);

A.2 caso constatados reajustes superiores à variação dos custos, caracterizando ganhos econômicos vedados pelo § 3º, do art. 108, da Lei Geral de Telecomunicações – 9.472/1997, promover o repasse aos usuários dos ganhos indevidamente auferidos pelas concessionárias (parágrafo 234);

A.3 encaminhar, no prazo de 30 (trinta) dias, os documentos referentes a todas etapas de contratação dos produtos previstos na minuta do Termo de Referência SPB/SPV/AUD/SPB/SCM destinado à contratação de entidade para fornecer ‘sistema de coleta, armazenamento e análise de dados econômicos, financeiros, patrimoniais e técnico-operacionais das prestadoras de serviços de telecomunicações’ (parágrafo 30);

A.4 apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias, relatório que demonstre a efetiva implementação da determinação contida no item 8.1.1, alertando para o fato de que a reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal enseja a aplicação aos responsáveis da multa prevista no art. 58, inciso VII da Lei 8.443/92 – Lei Orgânica do TCU (parágrafo 44).

A.5 encaminhar os relatórios finais da consultoria contratada para realizar o acompanhamento da situação econômico-financeira das concessionárias (parágrafo 97);

A.6 encaminhar cronograma contendo Plano de Ação e o relatório das medidas implementadas para orientar o estabelecimento de tarifas de interconexão, bem como os resultados dela advindos (parágrafo 128);

B. reiterar as recomendações contidas nos itens 8.2.2 e 8.2.4 da Decisão TCU nº 215/2002-Plenário (parágrafos 97 e 128);

C. remeter cópia do relatório de auditoria, bem como desta decisão, relatório e voto, ao Senhor Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da Anatel, à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal, às Comissões de Fiscalização Financeira e Controle e de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, ambas da Câmara dos Deputados, à Srª Valquíria Oliveira Quixadá Nunes, Procuradora da República no Distrito Federal e ao Exmº Sr. Antônio Francisco do Nascimento, Juiz Federal da Justiça Federal de 1º Grau em Minas Gerais;

D. determinar à Secretaria Federal de Controle Interno que informe, nas próximas contas da entidade, acerca do cumprimento das determinações e do acatamento das recomendações ora efetuadas;

E. arquivar os presentes autos.”

10. Posteriormente, em 9/9/2004, o Diretor Técnico da 2ª DT/Sefid proferiu despacho de fls. 171/172 mediante o qual apresentou as seguintes considerações adicionais:

“.....

3. O grande desafio deste trabalho foi o de monitorar o acatamento de um conjunto de determinações e recomendações de grande complexidade, cuja aferição tem caráter extremamente

dinâmico. Ou seja, o retrato de um momento pode não mais representar a realidade num instante posterior, principalmente levando-se em conta a troca no comando da Agência durante a realização dos trabalhos.

4. Assim, a equipe precisou levar em conta, além das manifestações formais da Agência e seus adendos, notícias veiculadas nos meios de comunicação especializados e no próprio sítio da Anatel na Internet. Nesse sentido, após a conclusão do relatório, recebemos, por correio eletrônico, a informação de que a minuta do Termo de Referência SPB/SPV/AUD/SCM (Vol. 1, fl. 29 a 33) foi desmembrada, de sorte que a Superintendência de Serviços Públicos já elaborou novos Termos de Referência (nº 09 PBCP/SPB e RMS PBCP nº 05) dando origem ao processo administrativo nº 53500.016780/2004, destinado à contratação dos seguintes serviços/produtos:

- . modelo de custo;
- . índice setorial;
- . custo médio ponderado do capital;
- . desenvolvimento de fatores de transmissão de coeficiente de compartilhamento de custos econômicos;
- . metodologia de revisão tarifária.

5. Esse novo modelo de contratação, apesar de ainda genérico, pois a metodologia de revisão tarifária é por si item de altíssima complexidade, é um grande avanço em relação ao modelo descrito às fls. 129 a 132. A informação prestada pela Anatel supre parcialmente a requisição de informação proposta no item A.3 da proposta de encaminhamento (fl. 168), mas não supre a necessidade de mantê-lo na proposta de encaminhamento.

6. Por fim, cabe reconhecer que a Agência vem incrementando significativamente a ação regulatória nos últimos tempos, enfrentando questões que há muito já deveriam ter sido tratadas pelo Órgão Regulador, tal como um imprescindível plano de contas que assegure a segregação contábil por modalidade de serviço conforme previsto na LGT, nos contratos e nos regulamentos.

7. Exemplos dessas iniciativas são as audiências públicas destinadas a elaborar novo modelo de precificação e remuneração das redes de telecomunicações baseado em custos; e as audiências públicas destinadas à implantação do Serviço de Comunicação Digital.

8. Contudo, uma das questões mais relevantes enfatizadas neste relatório de monitoramento refere-se ao fato de que a Agência precisa efetivamente enfrentar os desafios da regulação econômica do mercado de telefonia prestado no regime público, pois a mera aplicação dos índices de reajustes sugeridos nos contratos de concessão, tal como vem sendo feita, ao invés de significar o cumprimento dos contratos, pode significar o descumprimento da LGT e dos próprios contratos, em desfavor dos usuários.

9. Por fim, manifesto-me de acordo com a proposta de encaminhamento apresentada às fls. 167 a 169.”

11. O secretário da Sefid manifestou-se de acordo com as proposições, em despacho à fl. 172 dos autos.

12. Após conclusos os autos no gabinete, compareceu a este Tribunal o Sr. Elifas Chaves Gurgel do Amaral, Presidente da Anatel, ocasião em que apresentou ao então Relator, Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, na presença de representantes da Sefid e de assessores do gabinete, novos documentos que, segundo o dirigente, demonstrariam as mais recentes medidas adotadas pela Agência com vistas ao cumprimento da deliberação do Tribunal.

13. Diante da documentação, o Relator determinou sua juntada aos autos e a remessa à Sefid para novo pronunciamento, em despacho de fl. 185, datado de 3/5/2005. Em decorrência, elaborou-se a instrução de fls. 186/195.

14. A Sefid, ao apreciar o feito à luz da nova documentação acostada e dos argumentos apresentados pelo dirigente da Anatel, ressaltou, novamente, que “o grande desafio do trabalho de monitoramento foi avaliar o acatamento de um conjunto de determinações e recomendações de grande complexidade, cuja aferição tem caráter extremamente dinâmico” e que “o retrato de um momento

pode não mais apresentar a realidade num instante posterior, principalmente levando-se em conta a troca no comando da Agência durante a realização dos trabalhos”.

15. Relativamente à determinação constante do subitem 8.1.1 da Decisão 215/2002-Plenário, a unidade técnica manteve o entendimento anteriormente apresentado no relatório de auditoria, entendendo que a Agência “permanece sem ter condições de identificar aumentos abusivos de tarifas” (fls. 187/188).

16. Quanto à recomendação constante do subitem 8.2.2 da decisão monitorada, registrou-se que o Relatório de Desempenho Econômico-Financeiro das Concessionárias do STFC abordada no documento 1 enviado (Anexo 1 dos autos), elaborado pela Consultoria HLB Audilink & Cia. Auditores, datado de 5/5/2004, que abrangeu os exercícios de 2000 a 2002 e primeiro semestre de 2003, seria suficiente, no entendimento da Anatel, para dar cumprimento à recomendação.

17. Todavia, a Sefid assevera que mesmo que esse produto contribua para o entendimento de aspectos do mercado de telefonia brasileiro, ainda não apresenta parâmetros para aferir qual custo efetivamente incorrido pelas concessionárias na prestação das diversas modalidades do serviço telefônico fixo, não permitindo, portanto, “evidenciar mais facilmente as situações de aumento abusivo de tarifas e/ou ganhos de eficiência e produtividade ou quaisquer outros ganhos econômicos relacionados à prestação dos serviços”, tal como propugnava a recomendação. Destacou ainda que:

“20. A mera afirmação, repetidamente empregada no estudo encaminhado pela Anatel, na seção de conclusão sobre a situação econômico-financeira de cada uma das concessionárias do STFC, de que ‘não houve evidências de ganhos exagerados ou indícios ensejadores de ação regulatória’, como ficou demonstrado, não encontra respaldo no corpo do relatório e não pode ser admitida como elemento que afaste a necessidade de realização de ações regulatórias, como a aferição do equilíbrio econômico-financeiro.

21. Tampouco assegura legitimidade do mecanismo de correção tarifária que tem sido adotado com a aplicação dos índices de reajustes sugeridos nos contratos de concessão, tal como vem sendo feito pela Anatel, que, ao invés de significar o cumprimento dos contratos, pode estar significando justamente o descumprimento da LGT e dos próprios contratos em desfavor dos usuários, na medida em que pode estar sendo responsável por perpetuar uma transferência indevida de recursos dos usuários às concessionárias do STFC.

22. Portanto, como analisado nesta seção, o estudo não atendeu adequadamente à determinação contida no 8.2.2 da Decisão 215/2002-Plenário, razão pela qual se mantém a proposta de reiterá-la no item C da proposta de encaminhamento deste relatório.

23. Cabe ressaltar, por fim, que conforme afirmação da Anatel no expediente de fls. 181, no Relatório elaborado pela Consultoria HLB Audilink & Cia. Auditores (Anexo 1), o 2º Semestre de 2003 e o ano de 2004 não foram analisados em função de restrições orçamentárias, e atualmente está sendo publicado Termo de Referência para contratação de Consultoria que tem por objetivo analisar o desempenho econômico financeiro das Prestadoras do STFC, relativo aos exercícios de 2003 e 2004, observando a separação contábil entre as modalidades de serviço.”

18. Já quanto à recomendação constante do subitem 8.2.4, manteve-se integralmente o posicionamento anterior, evidenciado no relatório de auditoria, em razão de que, apesar de apropriadas as iniciativas apontadas pela Anatel - especialmente a realização de audiência pública com vistas à elaboração de novo modelo de precificação e remuneração de redes baseado em custos, bem como Consulta Pública 549/2004, que disponibilizou o texto da proposta de Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes de Prestadoras do Serviço Telefônico Comutado -, as providências revelaram-se demasiadamente tardias e o horizonte das novas providências é ainda incerto (fl. 190).

19. Finalmente, quanto ao ponto mais controverso, relativo à recomendação constante do subitem 8.2.5 da Decisão 215/2002, a Sefid manteve seu posicionamento, tecendo as seguintes ponderações adicionais:

“30. A Anatel entende que a revisão tarifária se presta a neutralizar distorção na situação econômica do contrato de concessão, de modo a preservar o regime de equilíbrio econômico-

MV

financeiro contratual.

31. Também alega que a visão da Sefid de recomendar revisão com fins de estabelecer tarifas com base em custos não está prevista entre as situações ensejadoras de revisão.

32. Conforme o relatado na subseção 2.2, a Agência permanece ignorando completamente a evolução dos custos unitários de prestação de cada modalidade de serviço, nem conhece os componentes de custo remunerados pelas diversas tarifas que homologa.

33. Assim, a afirmação da Agência no sentido de que as tarifas praticadas são compatíveis com os custos é desprovida de sentido.

34. A Anatel parece preocupada em demonstrar a inexistência de ganhos elevados, extraordinários ou anormais que, no seu entender, representariam desequilíbrio e poderiam ensejar uma revisão tarifária.

35. Deve ficar claro que a natureza do desequilíbrio identificado pela auditoria decorre, em verdade, do descumprimento, pela Anatel, do comando inserido no art. 108, § 3º, da LGT:

‘Art. 108. Os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas serão previstos nos contratos de concessão, observando-se, no que couber, a legislação específica.

...

§ 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.’

36. Conforme anteriormente relatado, a lei permite ao concessionário apropriar uma parte dos ganhos decorrentes de sua atuação empresarial, mas lhe proíbe a percepção de ganhos de outra natureza. Impôs-se à Agência o dever de se transferir integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial.

37. A disposição legal foi devidamente transposta para o contrato de concessão no § 2º da Cláusula 12.1 que vedou ao concessionário ‘apropriação de ganhos econômicos não advindos diretamente da sua eficiência empresarial’.

38. E a esses mandamentos a Anatel não tem dado o cumprimento devido. Limita-se a agência a aplicar a fórmula inserida no contrato sem cuidar dos limites que o próprio contrato e a lei estabeleceram.

39. A possibilidade contratual de se reajustar determinada tarifa acima do IGP-DI somente se conforma à lei do país se houver incremento de custo que justifique a elevação almejada. Em não existindo aumento proporcional dos custos, a elevação tarifária é duplamente ilegal pois caracteriza aumento abusivo de preço e ganho econômico que não decorre da eficiência empresarial.

40. Na seção III.5 da instrução de fls. 150/167, a equipe de auditoria identificou veementes indícios de ganhos econômicos ilegítimos ao comparar o percentual de variação do custo global dos serviços prestados, contidos nos balanços, e a variação do IGP-DI.

41. Em nenhum momento, por mais que se tenha insistido, buscou a agência identificar se houve reajuste superior à variação de custos percebida pelos concessionários.

42. O desequilíbrio existente não decorre, pois, de ganhos exagerados, mas de ganhos indevidos, ilegítimos e ilegais. Pouco importa se a agência acredita que os indicadores econômicos permitem concluir que os lucros auferidos pelas concessionárias seriam razoáveis. Não se trata de razoabilidade, mas de legalidade. A lei e os contratos estabeleceram limites que não foram observados.

43. Por fim, uma das questões mais relevantes enfatizadas neste relatório de monitoramento refere-se ao fato de que a Agência precisa efetivamente enfrentar os desafios da regulação econômica do mercado de telefonia prestado no regime público, pois a mera aplicação dos índices de reajustes sugeridos nos contratos de concessão, tal como vem sendo feito, ao invés de significar o cumprimento dos contratos, pode significar o descumprimento da LGT e dos próprios contratos, em desfavor dos usuários.

44. E, cumpre à Agência observar o fiel cumprimento da lei de modo a:

a) transferir integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorreram

diretamente da eficiência empresarial (108, §3º);

b) devolver aos usuários os ganhos econômicos já auferidos pelas concessionárias e não advindos diretamente de eficiência empresarial.

45. Propõe-se, portanto, ante a patente ilegalidade, determinar à Anatel que apresente ao Tribunal, no prazo de 6 (seis) meses, a contar da ciência da deliberação, estudo que demonstre a preservação do equilíbrio econômico-financeiro por modalidade de STFC, a cada ano, desde o início da vigência dos atuais contratos de concessão, e caso o estudo evidencie a não preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, que a agência adote ações imediatas com vistas ao restabelecimento do equilíbrio, nos termos do art. 108 e seus parágrafos.

46. Propõe-se determinar também o encaminhamento de cronograma contendo plano de ação para elaboração do estudo, bem como relatório das medidas implementadas a cada mês.

47. Portanto, ser faz necessário propor nova redação para os itens A.1 e A.2 da proposta de encaminhamento exarada às fls. 167/169, bem como acrescentar a proposta de recomendação B.”

20. Sobre o Termo de Referência PBCP/SPB nº 09, de 17/9/2004, apresentado pela Anatel, registrou-se na instrução que veio a dar origem a processo administrativo destinado à contratação dos seguintes serviços/produtos: modelo de custo; índice setorial; custo médio ponderado do capital; desenvolvimento de fatores de transmissão de coeficiente de compartilhamento de custos econômicos; e metodologia de Revisão Tarifária.

21. O novo modelo de contratação, segundo a Sefid, apesar de ainda genérico, representa um grande avanço em relação ao modelo descrito na instrução de fls. 129/132, suprimindo apenas parcialmente a requisição de informações inserida no item A.3 da proposta de encaminhamento oferecida anteriormente, mas não suprime a necessidade de mantê-la, por não representar ainda uma medida concreta.

22. Assim, a Sefid entende que a Agência vem incrementando recentemente, de forma significativa, a ação regulatória, enfrentando questões que há muito deveriam ter sido tratadas pelo órgão regulador. Contudo, a unidade técnica ressalta que, conforme apontado no relatório anterior, “o desenvolvimento dessa competência no âmbito da Anatel vem sendo relegado, comprometendo seriamente a efetividade da ação regulatória, situação que pode se agravar, haja vista que essas iniciativas podem ter sua viabilidade comprometida, dada a política do governo federal de contingenciamento de recursos orçamentários que compromete a execução de atividades fim da Agência, conforme recente manifestação do Presidente da Anatel em audiência na Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados e como também apontado no expediente de fls. 181”.

23. Em conclusão, a proposição uniforme da Sefid é no sentido de que sejam efetuadas as seguintes determinações à Anatel, além de outras providências, já estando a proposta devidamente ajustada à realidade mais atual sobre a matéria:

“A. seja determinado à Anatel que:

A.1 para dar fiel cumprimento ao art. 108 da Lei Geral de Telecomunicações - LGT, apresente ao Tribunal, no prazo de 6 (seis) meses, a contar da ciência desta deliberação, estudo que demonstre a preservação do equilíbrio econômico-financeiro por modalidade de STFC, a cada ano, desde o início da vigência dos atuais contratos de concessão (seção III.5 da instrução de fls. 128/169 e 44/45 desta instrução);

A.2 caso o estudo evidencie a não preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, que a agência adote ações imediatas com vistas ao restabelecimento do equilíbrio, nos termos do art. 108 e seus parágrafos (parágrafo 234 – instrução de fls. 128/169 e 44/45 desta instrução);

A.3 encaminhe cronograma contendo plano de ação para elaboração do estudo previsto no item A.1, bem como relatório das medidas implementadas a cada mês (parágrafo 46 desta instrução);

A.4 encaminhar, no prazo de 30 (trinta) dias, os documentos referentes a todas etapas de contratação dos produtos previstos na minuta do Termo de Referência SPB/SPV/AUD/SPB/SCM destinado à contratação de entidade para fornecer ‘sistema de coleta, armazenamento e análise de

M30L

dados econômicos, financeiros, patrimoniais e técnico-operacionais das prestadoras de serviços de telecomunicações' (parágrafo 30 – instrução de fls. 128/169);

A.5 apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias, relatório que demonstre a efetiva implementação da determinação contida no item 8.1.1 da Decisão nº 215/2002 – Plenário/TCU, alertando para o fato de que a reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal enseja a aplicação aos responsáveis da multa prevista no art. 58, inciso VII da Lei nº 8.443/92 – Lei Orgânica do TCU (parágrafo 44 – instrução de fls. 128/169 e 14 desta instrução);

A.6 encaminhar Termo de Referência para contratação de Consultoria que tem por objetivo analisar o desempenho econômico financeiro das Prestadoras do STFC, relativo aos exercícios de 2003 e 2004, observando a separação contábil entre as modalidades de serviço (parágrafo 24 desta instrução);

A.7 encaminhar cronograma contendo plano de ação e relatório das medidas implementadas para orientar o estabelecimento de tarifas de interconexão, bem como os resultados dela advindos (parágrafo 128 – instrução de fls. 128/169);

B. para orientar o cumprimento da determinação A.1, recomendar à Agência que (parágrafo 47 desta instrução):

B.1 obtenha junto às concessionárias a contabilidade segregada por modalidade de serviços, conforme disposto na LGT, nos contratos e concessão e no regulamento do STFC;

B.2 apresente a evolução anual das receitas e despesas, consideradas pelo regulador suficientes para o cumprimento eficiente do contrato de concessão, desagregadas em nível analítico, explicitando:

B.2.1 Receitas Operacionais;

B.2.2 Despesas de capital (CAPEX), detalhando:

B.2.2.1. Valor da base de remuneração utilizada e critérios para sua determinação

B.2.2.2. Taxa de remuneração do capital utilizada e procedimento para seu cálculo

B.2.3 Despesas operacionais (OPEX);

C. reiterar as recomendações contidas nos itens 8.2.2 e 8.2.4 da Decisão TCU nº 215/2002-Plenário (parágrafos 97 e 128 da instrução de fls. 128/169, e 24 e 29 desta instrução);

D. remeter cópia do relatório de auditoria, bem como desta decisão, relatório e voto, ao Senhor Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da ANATEL, à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal, às Comissões de Fiscalização Financeira e Controle e de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, ambas da Câmara dos Deputados, à Sr.^a Valquíria Oliveira Quixadá Nunes, Procuradora da República no Distrito Federal e ao Exmº Sr. Antônio Francisco do Nascimento, Juiz Federal da Justiça Federal de 1º Grau em Minas Gerais;

E. determinar à Secretaria Federal de Controle Interno que informe, nas próximas contas da entidade, acerca do cumprimento das determinações e do acatamento das recomendações ora efetuadas;

F. restaurar os autos à Sefid com vistas ao acompanhamento das determinações e recomendações ora efetuadas.”

É o Relatório.

VOTO

Preliminarmente, registro atuar nestes autos com fundamento no art. 27 da Resolução TCU nº 175/2005, tendo em vista haver sido designado, por meio da Portaria TCU nº 113, de 18.05.2005, para exercer as funções de Ministro, em virtude da aposentadoria do Ministro Humberto Guimarães Souto.

2. O presente monitoramento cuidou da verificação do cumprimento, pela Anatel, das determinações e recomendações exaradas mediante a Decisão 215/2002-TCU-Plenário (Sessão de 20/3/2002), proferida pelo Tribunal por ocasião do exame do Relatório de Auditoria de Natureza

Operacional - ANOp visando avaliar a atuação da Agência na fiscalização das concessões, permissões e autorizações dos serviços públicos no setor de telecomunicações.

3. A ANOp, realizada no período de outubro a dezembro de 2000, apontou as seguintes falhas principais: inexistência de critérios na fixação de fatores de transferência de produtividade das concessionárias e na mensuração de ganhos de produtividade; ausência de acompanhamento do cumprimento de prazos para atendimento de solicitações de acessos individuais e de qualidade dos serviços de comunicação de massa; acompanhamento deficiente do desempenho econômico-financeiro das concessionárias; além de levantar suspeitas sobre a ocorrência de aumentos abusivos das tarifas, acima da inflação, bem como a concentração dos reajustes sobre a tarifa de assinatura. Essas constatações redundaram em recomendações e determinações à Anatel.

4. Após o período de aproximadamente um ano da data em que foi proferida a decisão, a Sefid realizou a auditoria em exame, na modalidade monitoramento, e constatou que apesar dos esforços empreendidos pela Anatel com vistas ao cumprimento das determinações e recomendações exaradas pelo Tribunal, ainda existem relevantes questões não inteiramente enfrentadas pela Agência Reguladora, o que pode ser evidenciado pelo cumprimento parcial do conjunto de medidas objeto de determinações e recomendações desta Corte.

5. Nesse contexto, inicio pelo exame do cumprimento da recomendação constante do subitem 8.2.5 da mencionada decisão, pois se refere ao ponto mais relevante do monitoramento e, portanto, que demanda maior reflexão, conforme passo a expor a seguir.

I – Realização de um processo de revisão tarifária nas concessões de STFC
(recomendação constante do subitem 8.2.5 da DC 215/2002-P)

6. Relativamente à recomendação constante do subitem 8.2.5, sobreleva mencionar que o exame evidenciado no subitem III.5 do Relatório de Monitoramento encerra a abordagem de delicada e importante questão.

7. Para melhor entendimento, cumpre trazer à baila os termos da Decisão 215/2002-TCU-Plenário. Naquela assentada, este Tribunal recomendou à Anatel que:

“**verifique** - ante a existência de aumento de tarifas bem acima do IPCA, ante os indícios de impropriedade das tarifas de interconexão fixadas pela Agência, e ante os indícios de impropriedade dos fatores de transferência de produtividade dos contratos de concessão - **a oportunidade e/ou conveniência de iniciar um processo de revisão tarifária nas concessionárias de STFC e SMC, com o intuito de adequar as tarifas à realidade de custos das operadoras e ao estabelecido pela Lei Geral das Telecomunicações, permitindo a correção de desequilíbrios existentes nas tarifas,** sejam elas relacionadas ao serviço em si, à interconexão de redes, ou ao compartilhamento de infraestrutura”. (grifei)

8. Por ocasião do monitoramento, a equipe de auditoria concluiu que não houve atendimento da recomendação efetuada por este Tribunal. Segundo a equipe, o órgão regulador ainda não foi suficientemente explícito quanto à efetiva disposição de iniciar o processo revisional, abstando-se de apresentar um plano de ação contendo datas e eventos.

9. Passando ao exame da questão, verifico que há significativa divergência entre os posicionamentos da unidade técnica e da Anatel quanto à necessidade de se proceder a uma revisão tarifária nos contratos atualmente em vigor, conforme se depreende da leitura do item III.5 do Relatório de Auditoria – Monitoramento, em confronto com as argumentações apresentadas pela Anatel no Informe 044-PBCPA/PBCP (fls. 39/46, vol. 3).

10. A Anatel aduz que ao resgatar a essência da recomendação contida no item 8.2.5 da Decisão 215/2002 – Plenário, constata-se que ela se refere à verificação, por parte da Agência, acerca da **oportunidade e/ou conveniência** de iniciar um processo de revisão tarifária. Nesse sentido, assevera que vem procedendo ao acompanhamento da situação das concessões visando à detecção de

MW

circunstâncias que, à luz da lei, dos regulamentos e dos contratos, exijam a adoção de providências regulatórias específicas, tais como a revisão tarifária.

11. Prosseguindo nessa linha de argumentação, a Anatel aduz também que tem efetivamente verificado os elementos que constituem referências objetivas de oportunidade e/ou conveniência, nos termos da legislação e da regulamentação, para a adoção de medidas visando à correção de situações que possam vir a caracterizar o eventual enriquecimento imotivado de qualquer uma das partes, gerando, por conseguinte, desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato. Sob esse entendimento a Agência conclui que “até o momento não foram detectados elementos que configurem oportunidade e/ou conveniência de iniciar-se um processo de revisão tarifária” (fl. 39, vol. 3).

12. Assim, como se verifica dos argumentos apresentados, a Anatel entende que deu cumprimento à recomendação deste Tribunal, na medida em que ao realizar o acompanhamento da situação das concessões não detectou elementos que justificassem o início de um processo de revisão tarifária.

13. Não obstante esse posicionamento e, tendo em vista a argumentação teórica discorrida no relatório preliminar submetido à sua apreciação, bem como o entendimento conduzido por aquele relatório, a Anatel manifestou-se às folhas seguintes do Informe 044-PBCPA/PBCP (fls. 40/47) onde procurou explicitar entendimento diverso daquele defendido pela equipe de auditoria.

14. A questão gira em torno da aplicabilidade da revisão tarifária como decorrência de eventual desequilíbrio gerado pelo reajustamento das tarifas com base em fórmula de cálculo de reajustamento com a utilização do IGP-DI que, no entendimento da equipe de auditoria, apresenta fortes indícios de ter sido superior à variação dos custos dos serviços prestados pelo setor.

15. Resumidamente, a Anatel entende que a revisão tarifária, apesar de ser um dispositivo contratual articulado com o reajuste tarifário, com este não se confunde nem a ele se subordina e não se presta à adequação das tarifas à realidade de custos das concessionárias, mas a garantir proteção à situação econômico-financeira da concessão, neutralizando o enriquecimento imotivado de qualquer das partes. Conclui então que a revisão tarifária foi concebida para ser aplicada às tarifas que compõem o plano básico do STFC e não às regras de reajuste do contrato.

16. Sob esse enfoque a Anatel manifestou-se no sentido de “que não se pode reduzir (para o atual período de vigência contratual) ao pretendido intuito de adequar as tarifas à realidade de custo das operadoras, devendo-se avaliar os elementos que justifiquem legal e contratualmente a conveniência e a oportunidade de se iniciar um procedimento de revisão”. Tal posicionamento sobre o tema é mais claramente visualizado pela leitura dos seguintes pontos destacados no Informe 044-PBCPA/PBCP, à fl. 41, vol. 3, segundo os quais a Agência se posiciona contrária ao estabelecimento de um processo revisional em razão de eventual desequilíbrio contratual gerado pelo reajustamento das tarifas, realizado segundo previsão contida no próprio contrato, em meio ao período contratual atualmente em vigor:

“A aplicação e cumprimento das regras contratuais, tão explicitamente exigidos na Lei, nos contratos e editais de privatização, não podem, em meio a um período (1998-2005) da vigência da outorga, serem avaliados como acessórios ou como ameaça ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão;

A aplicação do IGP-DI, dos fatores de transferência e das tarifas de interconexão não pode ser tratada, sob o ponto de vista legal e contratual, como motivação para uma revisão, principalmente diante da fundamentação aqui apresentada;

É necessária, em essência, uma avaliação qualitativa mais abrangente dos resultados do modelo tarifário para o usuário (razoabilidade das tarifas) e para os controladores da concessão (justa remuneração e rentabilidade das concessões), visando identificar situações que justifiquem ação regulatória mais específica. Em última instância, é necessário identificar se a execução do contrato de concessão resulta em enriquecimento imotivado para alguma das partes;”

17. Não obstante, a Anatel menciona no referido Informe 044, produzido em 19/3/2004, que estudos internos visando dar mais rigor metodológico à verificação da oportunidade e conveniência do

início de um processo de revisão tarifária estão em curso no âmbito da Agência, cujos resultados serão remetidos a este Tribunal assim que possível (fl. 46, vol. 3).

18. Em complemento ao Informe 044, a Agência Reguladora encaminhou o Informe 078-PBCPA/PBCP (fls. 96/97, v. p.), datado de 7/5/2004, mediante o qual trouxe a informação de que será desenvolvida e implementada regulamentação específica sobre a verificação da oportunidade e conveniência do início de processo de revisão das tarifas do STFC explorado no regime público, bem como metodologia de aplicação da mencionada revisão, com o suporte de consultoria especializada e com previsão de conclusão nos 12 meses seguintes.

19. De posse de todas essas informações, a Sefid manteve seu posicionamento sobre a questão, conforme fundamentação teórica desenvolvida no item III.5 do Relatório de Monitoramento, transcrito no relatório precedente. Segundo a equipe (parágrafo 135), há por parte da Anatel uma forte resistência à utilização do mecanismo de revisão tarifária para reposicionar as tarifas, com a justificativa de que isso significaria rompimento do contrato, o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro ou a caracterização de um comportamento oportunístico por parte da Agência, argumentos esses considerados equivocados pela equipe de auditoria.

20. Após o desenvolvimento de toda uma fundamentação teórica relacionada à regulação por incentivos e *price-caps* (preços máximos), bem como sobre o conceito de equilíbrio econômico-financeiro (parágrafos 140 a 178), a equipe de auditoria passou ao exame das cláusulas do contrato e do art. 108 da Lei 9.472/97 (LGT), que disciplina o reajuste e a revisão tarifária (parágrafos 179 a 215 do Relatório de Auditoria).

21. À luz desses elementos, discurridos no relatório, a equipe apontou a existência de indícios de que a variação dos custos das operadoras apresentou índice muito inferior aos índices inflacionários no período de 2002 a 2003. Da mesma forma, apontou indícios de que a variação consolidada dos reajustes do valor da assinatura e pulso no período de 1998-2003 foi bem acima da variação total medida pelo IPCA, ou mesmo do IGP-DI (especificamente quanto à assinatura residencial), tendo ainda apontado como agravante a atual fixação do redutor tarifário referente ao fator de produtividade previsto nos contratos (fator X) que, arbitrado a 1 %, quase não exerce influência na redução dos reajustes (parágrafos 216 a 222).

22. Assim, diferentemente do que entende a Anatel, a Sefid procura demonstrar que há indícios de ganhos econômicos ilegítimos pelas concessionárias, vez que os reajustamentos aplicados, superiores à variação dos custos das empresas do setor de telecomunicações, propiciam-lhes auferir ganhos não decorrentes diretamente da eficiência empresarial e, portanto, vedados pela LGT (art. 108, § 3º).

23. Nesse sentido, por entender que dessa situação resulta o desequilíbrio econômico-financeiro da concessão, desfavoravelmente aos usuários, e que a revisão é um mecanismo previsto para reequilibrar as tarifas pagas pelos consumidores em contraprestação aos serviços oferecidos pelas concessionárias, a Sefid propôs, inicialmente no relatório, que este Tribunal efetuasse duas determinações à Anatel:

a) para que no prazo de 6 meses quantifique para cada item da cesta tarifária de cada modalidade do STFC a variação dos custos incorridos pelas concessionárias desde o início da vigência dos atuais contratos de concessão e confronte com os reajustes autorizados no período; e

b) caso constatados reajustes superiores à variação dos custos, caracterizando ganhos econômicos vedados pelo art. 108, § 3º, da Lei 9.472/97, que promova o repasse dos ganhos indevidamente auferidos pelas concessionárias aos usuários.

24. Posteriormente, diante dos novos elementos apresentados pela Anatel, como resultado de reunião realizada no Gabinete do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, então relator destes autos, a Sefid propôs a alteração da forma de determinação à Agência Reguladora, mantendo no entanto seu entendimento quanto à necessidade do repasse de ganhos econômicos não provenientes da eficiência empresarial aos usuários, especialmente os resultantes da aplicação de fórmula de cálculo baseada em índice que não teria retratado a variação dos custos incorridos pelas operadoras.

25. A questão, bastante complexa por sinal, remete à análise do estabelecimento do critério de reajuste dos contratos em vigor, à interpretação do dispositivo constante do § 3º do art. 108 da LGT, segundo sua extensão e aplicabilidade, bem como das disposições contratuais atualmente em vigor, com impactos diretos nas tarifas praticadas desde 1998 e no faturamento das concessionárias, caso confirmados os indícios de ganhos econômicos indevidos, segundo a ótica apresentada pela Sefid. Essa análise foi bem empreendida nos parágrafos 182 a 215 do Relatório de Monitoramento.

26. Com efeito, no que se refere ao critério de reajustamento, a fórmula de cálculo deveria estar fundada em índice capaz de refletir a manutenção do equilíbrio contratual com a finalidade de assegurar a real equivalência entre a justa valoração dos serviços prestados e os valores monetários correspondentes, de modo que reflita a alteração apenas nominal da tarifa em face da incidência inflacionária sobre os custos incorridos na prestação dos serviços. Creio não ter sido outra a intenção das partes quando no momento da celebração do contrato escolheu-se índice oficial (IGP-DI) para composição da fórmula de reajuste periódico.

27. No momento da celebração do contrato, como tentativa de se estabelecer um critério de reajustamento para assegurar tal equivalência, é razoável a escolha de determinado índice oficial que se presume adequado para refletir a real modificação do nível dos preços dos serviços. Porém, embora esse índice e essa fórmula contratual de reajuste sejam, a princípio, presumivelmente capazes de refletir a modificação dos preços, deve-se ter em mente que a prática revelará a precisão com que fora adotado, o que demanda contínua avaliação analítica dos custos.

28. Nesse sentido, é natural que determinado índice não projetado especificamente para determinado setor não reflita, com a necessária precisão, o comportamento da variação dos preços necessários a um reajuste que mantenha a equivalência inicialmente proposta. Situação ideal é aquela em que os índices de reajuste reflitam exatamente as variações de cada insumo necessário à prestação do serviço. Nesse sentido, cito os comentários ao art. 9º da Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/95) extraídos da obra de Luiz Alberto Blanchet (*in*: Concessão de Serviços Públicos. Curitiba: Juruá Editora. 2001, 2ª ed., pp. 66/67). Esses comentários se mostram pertinentes ao entendimento geral, muito embora a Lei Geral não seja o dispositivo a reger as concessões dos serviços de telecomunicações, por força do art. 210 da LGT:

“3. REAJUSTE

O reajuste tem fundamento na **variação previsível dos preços dos insumos que sempre, invariavelmente, integram a composição da tarifa**. Assim, torna-se possível a previsão, no próprio contrato, de uma fórmula que contemple a **variação do preço de cada insumo necessário à prestação dos serviços. Para cada insumo será adotado um índice que traduza a variação do preço correspondente**. A variação de cada índice, a seu turno, poderá ser multiplicada por um coeficiente que corresponda ao percentual de participação do insumo na tarifa, sempre que mais de um insumo for necessário para a execução do serviço (...)” (grifei)

29. No caso em tela, porém, foi utilizado um índice geral de preços da economia, resultando numa variação diversa dos custos incorridos por determinadas empresas, tais como as do setor de telecomunicações, razão pela qual pode vir a pender tanto pela superior elevação dos preços em relação à elevação dos custos, quanto o contrário, demandando, bem por isso, a necessidade de revisão periódica para recomposição do equilíbrio contratual, de forma a garantir o restabelecimento da relação de proporcionalidade entre a prestação dos serviços e a contraprestação financeira.

30. Daí surge a necessidade de revisão tarifária, de forma a garantir o restabelecimento da situação econômica do contrato. Assim, se a aplicação da fórmula e do índice de referência para o reajustamento se mostram elevados em relação à real valoração dos custos incorridos na prestação dos serviços, tem-se um desequilíbrio gerado em desfavor daquele que contrata o serviço (usuário). Mas, se ao contrário o inverso ocorre, como o estabelecimento de índice de reajuste inferior à valoração dos custos incorridos, medidos em determinado período, tem-se um desequilíbrio favorável ao contratante e desfavorável ao contratado (concessionária), situação que também evidenciaria a necessidade de revisão tarifária.

MA

31. Vê-se que, em ambas as situações, a revisão torna-se necessária como forma de equacionar o desequilíbrio. Esse desequilíbrio pode ser minimizado quando o índice adotado refere-se a um índice específico para o setor, capaz de melhor refletir a variação dos preços dos insumos necessários à prestação dos serviços. Ainda assim o processo revisional deve ser instaurado se verificado, em algum momento, que o índice utilizado para o reajustamento não refletiu, para um dado período, a realidade de custos das empresas.

32. José Anacleto Abduch Santos (*in*: Contratos de Concessão de Serviços Públicos: equilíbrio econômico-financeiro. Curitiba: Juruá Editora. 2003, 1ª ed., 2ª tiragem, pp. 202/203), na avaliação que faz sobre a “readequação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em face dos eventos previsíveis – reajuste de preços – atualização financeira – correção monetária”, e ao discorrer sobre a utilização de índices contratuais de reajustamento automático das tarifas para manter-lhes o valor nominal e o equilíbrio inicialmente pactuado, cita Celso Antônio Bandeira de Mello para referir-se aos efeitos da escolha de um índice que não reflita a realidade da variação ocorrida:

“(…). Celso Antônio Bandeira de Mello é dos autores que defendem a concretude e realidade dos índices de reajuste de preços, ou seja, para o autor, mesmo em caso de adoção contratual de determinado índice oficial de reajuste, se a realidade empírica demonstrar que o índice oficial de reajuste escolhido não retrata com fidedignidade a variação ocorrida, o contratado poderá requerer, mediante prova inequívoca, que o reajuste pretendido atenda à variação real. [MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 11ª ed., ob. Cit., p. 473]”

33. Com efeito, o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (*in*: Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores. 2004, 17ª ed. rev. e atual., pp. 606/609) apresenta lições que corroboram com esse entendimento, válido para ambas as partes da relação contratual:

“XI. Os Reajustes e os índices oficiais

67. Nos contratos administrativos com cláusula de reajuste este se reporta a índices oficiais que *deverão* reproduzir a real modificação deles. (...)

68. (...), se e quando os índices oficiais a que se reporta o contrato deixam de retratar a realidade buscada pelas partes quando fizerem remissão a eles, deve-se procurar o que foi efetivamente pretendido, e não simplesmente o meio que deveria levar – e não levou – ao almejado pelos contraentes. Não padece dúvida de que os índices são um meio e não um fim. A eleição de um meio revelado inexato não pode ser causa elisiva do fim, mas apenas superação do meio inadequado. (...)

69. Por certo, o que se pretende em casos que tais é o óbvio: aquilo mesmo que se espera de uma cláusula de reajuste constante de avença administrativa; a saber: a manutenção da equação econômico-financeira, de molde a salvaguardar o equilíbrio inicialmente estipulado. (...)

70. Parece claro que a aplicação dessas conclusões, para que tenham significado real, verdadeiro, e não apenas nominal, supõe reajuste de preços com base no que efetivamente ocorre. Tal proceder, longe de desconsiderar a essência dos contratos administrativos, atende a seu espírito e reverencia-lhes o conteúdo.

De conseguinte, se e quando os índices aludidos no contrato discrepam *in concreto* da realidade, frustrando, assim, como instrumento de verificação, o que se pretendia verificar, insta apurar objetivamente a verdadeira elevação ocorrida, para reajustar os preços mediante padrões capazes de manter íntegra a equação econômico-financeira prevista.

(...)”

34. Nessa linha, é acertado o posicionamento da unidade técnica que, ao discorrer sobre o equilíbrio econômico-financeiro, indica que esse pressuposto dos contratos administrativos e dos contratos de modo geral (fls. 158/159, vol. Principal) deve ser sempre considerado para manter a relação de igualdade e proporcionalidade entre os contratantes (o tão falado equilíbrio econômico-financeiro do contrato):

“179. A idéia de equilíbrio econômico-financeiro como uma relação de igualdade e reciprocidade entre os direitos dos consumidores e dos investidores foi incorporada aos contratos de concessão de STFC, que assim estabeleceram:

MV

‘Capítulo XII – Da Proteção da Situação Econômica da Concessionária e da Revisão de Tarifas

Cláusula 12.1 – Constitui pressuposto básico do presente Contrato a preservação, em regime de ampla competição, da justa equivalência entre a prestação e a remuneração, vedado às partes o enriquecimento imotivado às custas de outra parte ou dos usuários do serviço, nos termos do disposto neste Capítulo’

180. Por se tratar de pressuposto básico do contrato de concessão, qualquer interpretação do contrato no que tange ao equilíbrio econômico-financeiro e à aplicação de cláusulas pertinentes ao reajuste e revisão deve considerar sempre a relação de igualdade e proporcionalidade que protege todos os envolvidos na relação jurídica, inclusive os usuários.”

35. Tanto a aferição da adequabilidade do reajustamento quanto a instauração do processo revisional são inerentes às competências finalísticas do órgão regulador, conforme se extrai da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997:

“Art. 19. À Agência compete adotar medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, (...), e especialmente:

(...)

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e intervenções;

VII – controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados em regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;

(...)”

36. Ademais, em relação às tarifas dos serviços de telefonia, caso a aplicação de reajustes se dê de forma superior à variação incorrida nos custos dos serviços, a situação evidenciada não é outra senão a auferição de ganhos econômicos independentes da eficiência empresarial, até mesmo porque a utilização de indexadores na fórmula de cálculo que reflitam a inflação dos preços na economia, de caráter geral, constitui fator exógeno de influência direta sobre valoração tarifária e não decorre diretamente do exercício eficiente da atividade empresarial.

37. Nos termos da LGT, os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial deverão ser transferidos integralmente aos usuários. Com efeito, conforme anotado pela Sefid no relatório precedente (parágrafo 186), os casos elencados no § 3º do art. 108 da LGT são apenas exemplificativos.

38. Assim, nos termos da LGT e dos contratos vigentes, compete ao órgão regulador promover a revisão tarifária de modo a corrigir distorções verificadas, como instrumento de regulação, adotando as providências necessárias para a inibição da apropriação de ganhos econômicos indevidos pelas concessionárias.

39. Tendo em vista o pressuposto básico desses contratos, que se refere à justa equivalência entre a prestação e a remuneração, mediante o qual é vedado o enriquecimento imotivado às custas de outra parte ou dos usuários dos serviços (Cláusula 12.1 dos contratos), bem como os decorrentes da apropriação de ganhos econômicos não advindos diretamente da sua eficiência empresarial (§ 2º da Cláusula 12.1), o auferimento de ganhos econômicos decorrentes do reajustamento de contratos por índices superiores àqueles correspondentes à variação de custos das prestadoras de serviço deve ser considerado como efeito motivador para a realização de revisão tarifária, com vistas à recomposição do equilíbrio inicial.

40. Assim, não obstante o rol específico de situações ensejadoras de revisão tarifária previsto na Cláusula 12.3 dos contratos de concessão atualmente em vigor, em face do que dispõe o § 3º do art. 108 da LGT os ganhos econômicos decorrentes da aplicação de índice ou fórmula de reajustamento das tarifas relativas aos contratos de STFC que não reflitam a variação dos custos das concessionárias, constituem motivação suficiente para dar início ao processo de revisão tarifária, devendo as cláusulas contratuais, se consideradas impeditivas para tanto, ser adequadas aos termos da Lei.

MZM

41. Há que se ter em mente que compete à Agência adotar as medidas necessárias para o atendimento ao interesse público, sendo indubitável que os valores atinentes à tarifa paga pela prestação de serviço público concedido são próprios à esfera do interesse público e que as tarifas têm caráter não apenas contratual, mas principalmente regulamentar. Nesse sentido, cito novamente doutrina de José Anacleto Abduch Santos (*in*: Contratos de Concessão de Serviços Públicos: equilíbrio econômico-financeiro. Curitiba: Juruá Editora. 2003, 1ª ed., 2ª tiragem, p. 213), em especial, o seguinte trecho, extraído do capítulo em que o autor aborda “A modificação da tarifa como forma de reequilíbrio do contrato de concessão de serviço público”:

“(…) Nota-se que a grande preocupação da doutrina consiste em estabelecer e fixar, de modo indissociável a noção de tarifa à idéia de interesse público. Esta foi a grande tendência que culminou no afastamento da concepção inicial de que a tarifa teria caráter contratual, imutável e permanente, portanto, situada em um espaço jurídico inalcançável pela Administração. Atualmente, ao reverso, a noção de tarifa adere de forma absoluta à noção de interesse público, e há justificativa axiológica suficiente para tal. Se o Estado contemporâneo – especialmente no tocante aos países periféricos em desenvolvimento –, para prestar serviços públicos em consonância com os princípios constitucionais (isonomia, eficiência, etc.) depende da colaboração dos particulares, que assumirão a prestação mediante o regime de concessão, parece evidente que a tutela do regime tarifário não possa estar desvinculada da pessoa pública. A ela competirá aferir, dentro do corpo social, o grau de demanda e o grau de possibilidade econômica que assiste aos usuários, de modo que a universalidade dos serviços não reste violada sob um regime tarifário que não seja razoável e economicamente suportável.

Essa preocupação em relação à equidade do regime tarifário justifica-se porque **é dever da Administração zelar para que a remuneração do concessionário seja justa, ou seja, nem muito elevada, nem abaixo do benefício normal estipulado no contrato.**” (grifei)

42. Assim, como bem examinado no subitem III.5 do Relatório de Auditoria, caso confirmados os indícios de que os reajustes tarifários foram superiores à variação dos custos incorridos pelas concessionárias, decorrentes do processo inflacionário no período avaliativo, caracterizando ganhos econômicos vedados pelo § 3º do art. 108 da Lei 9.472/97, deverá a Anatel adotar providências necessárias ao repasse integral desses ganhos aos usuários.

43. Se por um lado assiste razão à Anatel quando afirma que a essência da recomendação constante do subitem 8.2.5 da Decisão 215/2002 – P ora monitorada, consistiu no exame de oportunidade e/ou conveniência de iniciar um processo de revisão tarifária nas concessionárias de STFC e SMC, com o intuito de adequar as tarifas à realidade de custos das operadoras e ao estabelecido na LGT, por outro, essa constatação não invalida, porém, o entendimento e as conclusões dispostas no subitem III.5 do relatório de auditoria.

44. É fundamental, como parte do processo regulatório, que a Anatel fiscalize a razoabilidade dos preços de modo a garantir sua aderência aos parâmetros definidos pela LGT, incluindo aspectos relacionados à aplicação do reajustamento tarifário com vistas à manutenção da justa equivalência entre a prestação e a remuneração do serviço, pois que esse mecanismo se destina a recompor as tarifas dos serviços em razão da mudança nominal nos custos de sua prestação; e à instauração do processo revisional, de forma a garantir a manutenção do equilíbrio contratual inicial e reequilibrar as tarifas pagas pelos consumidores em contraprestação aos serviços oferecidos.

45. Vê-se, portanto, que os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas são, em última análise, e na forma da lei, instrumentos destinados a transferir aos usuários, integralmente, os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, dentre outros aspectos ali dispostos. Esses mecanismos são operados pela Agência Reguladora, conforme suas competências dispostas no art. 19, *caput*, e inciso VII, da LGT, que dispõe:

“Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público..., e especialmente:

(...)

VII – controlar, acompanhar e proceder à revisão das tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes.”

46. Levando-se em consideração os termos desse dispositivo, aliado ao já transcrito § 3º do art. 108 da mesma lei e, ainda, a Cláusula 12.1 dos contratos de concessão de STFC, também já transcrita, verifica-se que é dever legal da Agência adotar as medidas necessárias ao repasse aos usuários dos ganhos econômicos que não decorrem da eficiência empresarial e que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Lembro, adicionalmente, que o § 2º da Cláusula 12.1 dos contratos de concessão de STFC também prevê que:

“§ 2º É também vedado o enriquecimento imotivado da Concessionária decorrente da apropriação de ganhos econômicos não advindos diretamente da sua eficiência empresarial, em especial quando decorrentes de novas regras sobre o serviço”.

47. Portanto, é ato decorrente de vinculação legal e previsto dentre as competências legais da Agência, proceder ao acompanhamento das tarifas e proceder-lhe à revisão, sendo que as determinações propostas são exatamente no sentido de que se cumpra com tais mecanismos, posto que a quantificação da variação de custos incorridos pelas concessionárias e sua confrontação com os reajustes autorizados, decorre exatamente do dever da Agência de zelar pela justa remuneração do concessionário e pela transferência integral de tais ganhos econômicos aos usuários.

48. Nesse sentido, entendo pertinente a imposição de determinação à Agência, já que não cabe a ela a discricionariedade sobre a conveniência/oportunidade de aferir ou não a ocorrência de tais ganhos, devendo fazê-lo, por dever de ofício, por dever legal, pois é a única forma de verificar se os reajustamentos levaram à ocorrência de uma valorização tarifária acima da variação dos custos do setor, propiciando-lhes ganhos econômicos indevidos e vedados pela lei e pelos contratos, razão pela qual acolho integralmente as propostas de determinação da Sefid sobre essa questão.

II – Monitoramento das determinações constantes da Decisão 215/2002 – Plenário

49. Quanto às determinações exaradas, destaco que houve cumprimento integral daquelas constantes dos subitens 8.1.2 e 8.1.3 da decisão monitorada, ao passo que não se verificou atendida a determinação constante do subitem 8.1.1. No que concerne ao subitem 8.1.1, este Tribunal havia determinado à Anatel que promovesse estudos conclusivos para a definição de uma metodologia que permita mensurar os ganhos de produtividade efetivamente auferidos pelas empresas de telecomunicações, incluindo os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, os decorrentes de novas receitas alternativas, bem como aqueles que não decorram diretamente da eficiência empresarial.

50. Em razão do descumprimento, a Sefid propõe, nestes autos, a fixação do prazo de 30 dias para que a Agência apresente um relatório que demonstre a sua efetiva implementação, alertando-se à Anatel de que a reincidência no descumprimento de determinação deste Tribunal sujeita os responsáveis à aplicação da multa prevista no art. 58, inciso VII, da Lei Orgânica/TCU.

51. Verifico, no entanto, a partir da leitura do relatório, o reconhecimento pela equipe dos esforços empreendidos por parte da Anatel rumo ao atendimento das determinações impostas. Nesse sentido, a equipe assevera que o encaminhamento e dimensionamento dessa questão, em especial, não se encontram adequados (parágrafo 44 do relatório de auditoria).

52. Tendo em vista que o descumprimento da determinação se deveu mais ao tratamento inadequado proporcionado ao assunto do que propriamente em razão de qualquer intenção em não implementá-la e, considerando o conjunto de medidas já adotadas pela Anatel, ainda que desfocadas da questão central necessária ao implemento do resultado prático da determinação, entendo que se mostra mais apropriado uma dilatação desse prazo para 90 dias. Nesse período, a Agência poderá se reorientar com vistas ao cumprimento integral da determinação, tomando por base a análise e as conclusões do relatório de auditoria sobre a questão.



III – Monitoramento das recomendações constantes dos subitens 8.2.1 a 8.2.4 da Decisão 215/2002 – Plenário

53. No que concerne às demais recomendações dirigidas à Agência, verifico que houve o atendimento integral de apenas uma delas, referente ao subitem 8.2.1. As recomendações constantes dos subitens 8.2.2, 8.2.3 e 8.2.4, ou não foram integralmente implementadas, ou se encontram na iminência de sua implementação.

54. Quanto à recomendação constante do subitem 8.2.3 da decisão monitorada, apesar da constatação de que não houve o efetivo cumprimento, a Sefid abstém-se, por ora, de efetuar qualquer proposição, até mesmo no sentido de reiteração da medida, em razão, principalmente, de que o subitem será objeto de verificação em futuro processo de monitoramento por parte da unidade instrutiva. De mais a mais, as medidas apresentadas demonstraram os esforços no sentido da implementação da recomendação e parte das dificuldades encontradas, sendo mesmo despendida nova recomendação deste Tribunal neste momento.

55. No que concerne às demais recomendações, propõe a Sefid a sua reiteração (subitens 8.2.2 e 8.2.4), bem como a inclusão de novas determinações com vistas a obtenção dos seguintes documentos relativos às ações implementadas e em implementação: Termo de Referência para contratação de consultoria que tem por objetivo analisar o desempenho econômico-financeiro das prestadoras do STFC, relativos aos exercícios de 2003 e 2004 (subitem 8.2.2); e cronograma contendo Plano de Ação e relatório das medidas implementadas para orientar o estabelecimento de tarifas de interconexão (desdobramento relativo ao subitem 8.2.4).

56. Entendo que tais medidas se mostram pertinentes e julgo que o monitoramento alvitrado possa ser efetuado mediante o acompanhamento dos desdobramentos resultantes das determinações, no bojo deste mesmo processo, como alvitrado na derradeira instrução da Sefid (letra “F”).

Diante do exposto, acolhendo a proposição uniforme da Sefid, Voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à consideração deste Egrégio Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 17 de agosto de 2005.


MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator



TC 006.733/2003-1

Juntado: TC 011.913/2003-0

Natureza: Monitoramento da Decisão nº 215/2002-Plenário

Interessados: Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Responsáveis: Luiz Guilherme Schymura e outros.

Trata-se de auditoria instaurada pela Portaria de Fiscalização/Planejamento – SEFID nº 584, de 30/4/2003 (Registro Fiscalis nº 201/2003), para realizar, no período de 30/4 a 25/6/2003, nos termos do art. 243 do Regimento Interno/TCU, o monitoramento do cumprimento das determinações e recomendações inseridas na Decisão nº 215/2002 – TCU – Plenário, proferida no âmbito do TC 003.632/2001-9, referente à Auditoria de Natureza Operacional realizada na Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, em dezembro de 2000.

I ANTECEDENTES

2. Em atendimento ao Ofício nº 242/2002/SEFID/TCU (TC 003.632/2001-9, fl. 113), que solicitou informações a respeito do atendimento da Decisão Plenária nº 215/2002, a ANATEL comunicou a este Tribunal, por meio do Ofício nº 132/2002/AUD/SUE-ANATEL, de 22/11/2002 (Vol. I, fls. 2/6), uma série de providências que estavam sendo adotadas para dar cumprimento às determinações e recomendações contidas na mencionada Decisão.

3. De posse dessas informações, foi possível constatar que as superintendências especializadas da Agência Reguladora têm adotado, em diferentes graus, medidas para dar cumprimento às determinações e recomendações afetas às suas áreas de competência, das quais algumas já atendidas como resultado de processos inerentes à atividade da Agência.

4. Essa documentação, que integra o volume 28 do TC 003.632/2001-9, serviu de referência para a preparação da Matriz de Planejamento (fls. 5 a 10).

5. Na fase de execução do monitoramento, foram realizadas reuniões e entrevistas com dirigentes e integrantes do corpo técnico das superintendências listadas a seguir:

- Superintendência de Serviços Públicos (SPB), responsável pelas atividades de relativas ao Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC);
- Superintendência de Serviços Privados (SPV), responsável pela regulação do Serviço Móvel Celular (SMC) e outros;
- Superintendência de Comunicação de Massas (SCM), responsável pela regulação dos Serviços de TV por Assinatura e outros.

6. Foram ainda requisitados documentos que demonstrassem a atuação de cada superintendência, bem como realizadas consultas a sistemas informatizados para corroborar as informações prestadas.

7. Merece registro o fato de que todo o auxílio solicitado foi prontamente prestado, e esta equipe não encontrou dificuldade alguma na realização de seu trabalho.



8. Esta Secretaria, em 10/2/2004, enviou o Ofício nº 008/2004/SEFID/TCU (fls. 81) à ANATEL, encaminhando versão preliminar do relatório para análise e manifestação de comentários que julgasse pertinentes.
9. Previamente, dada a complexidade das matérias e com o fito de uniformizar o entendimento sobre a proposta de encaminhamento exarada no relatório preliminar, a Agência solicitou a realização de reunião entre membros do corpo técnico desta Secretaria e representantes de suas superintendências interessadas.
10. Tal reunião foi realizada em 12/3/2004, com analistas dessa Secretaria e representantes da Superintendência de Serviços Públicos – SPB, Superintendência de Serviços Privados – SPV, Superintendência de Comunicação de Massas – SCM e Superintendência de Radiofrequência e Fiscalização – SRRF, coordenadas pelo Superintendente Executivo da Agência. Na ocasião, tratou-se, dentre outras questões, do andamento da contratação de estudos sobre custos de interconexão, modelos de contratação de consultorias, e, especialmente, como tem se dado a verificação da oportunidade de iniciar um processo de revisão tarifária com base nos indícios apresentados pelo Tribunal de ganhos econômicos pelas concessionárias não autorizados em lei.
11. Como ficou acordado na reunião, a Agência enviou, por meio do Ofício nº 049/2004/AUD/SUE-ANATEL, de 19/3/2004 (fls. 90), as manifestações oriundas das diversas áreas da ANATEL, contendo posicionamento sobre os assuntos apontados no relatório de monitoramento, que formaram os volumes três e quatro deste processo.
12. Em aditamento ao ofício acima supracitado, em 12/5/2004, a Superintendência Executiva da ANATEL encaminhou o Ofício nº 078/2004/AUD/SUE (fls. 95), com novas informações concernentes ao assunto em epígrafe.
13. A análise a seguir é uma consolidação do relatório preliminar (fls. 44/7) e dos comentários aportados pela ANATEL por meio dos referidos ofícios (itens 11 e 12).

II EXAME REFERENTE ÀS DETERMINAÇÕES

II.1 MONITORAMENTO DO ITEM 8.1.1 DA DECISÃO TCU Nº 215/2002-P

Criação de Metodologia para mensurar ganhos de produtividade

“(…) promova estudos conclusivos para a definição de uma metodologia que permita mensurar os ganhos de produtividade efetivamente auferidos pelas empresas de telecomunicações, incluindo os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, os decorrentes de novas receitas alternativas, bem como aqueles que não decorram diretamente da eficiência empresarial”

ANÁLISE

14. A ANATEL, por meio de seu Ofício nº 132/2002/AUD/SUE, de 22/11/2002 (Vol. I, fls. 2/6), informou que estava contratando uma consultoria para dar efetivo cumprimento à determinação exarada. Posteriormente, em abril de 2003, a Agência encaminhou o resultado dessa contratação, que integra o volume 29 do TC 003.632/2001-9.
15. Verificou-se que, de fato, não houve contratação específica para a criação da metodologia mencionada. Houve, isto sim, um Termo Aditivo a um contrato de consultoria preexistente – para



subsidiar a renovação dos contratos do STFC em 2005, a respeito de interconexão –, para apresentar, em **linhas gerais**, uma metodologia de cálculo de comprovação de produtividade.

16. O termo aditivo, em verdade, tratou de forma genérica o assunto, buscando explicitar alguns conceitos e, mais importante, estabelecer os passos necessários para a definição de uma metodologia. É, sem dúvida, um subsídio inicial, uma orientação para a atuação da Agência, mas que ainda não atende adequadamente à determinação.

17. A equipe de auditoria também verificou que existe um processo de licitação para contratação de consultoria que irá abordar novamente essa questão. No entanto, o assunto está sendo tratado de forma acessória, em um procedimento cujo interesse principal é atender a recomendação constante do item 8.2.2 da Decisão 215/2002, relativa ao acompanhamento da situação econômico-financeira das concessionárias de STFC, conforme se observa no Termo de Referência SPB/SPV/AUD/SPB/SCM.

18. De fato, a minuta do Termo de Referência SPB/SPV/AUD/SPB/SCM (Vol. 1, fls. 29 a 33) destina-se à contratação de entidade para fornecer “*sistema de coleta, armazenamento e análise de dados econômicos, financeiros, patrimoniais e técnico-operacionais das prestadoras de serviços de telecomunicações*”.

19. Estão previstos cinco produtos (I, II, III, IV e V) contemplando os segmentos de STFC, SMC, Serviço Móvel Pessoal (SMP), Comunicação de Dados, Serviço Móvel Global de Satélite (SMGS) e TV por assinatura, a saber:

“Produto I - Detalhamento e especificação dos produtos II, III, IV e V, no que se refere ao planejamento, metodologias, desenvolvimento, apresentação, conceitos, fundamentações teóricas e técnicas.

Produto II – Relatório contendo informações das Prestadoras:

- a) Diagnóstico das práticas contábeis das Prestadoras;*
- b) Identificação de Planos de Conta em utilização;*
- c) Identificação dos procedimentos necessários para adequar as informações existentes na prestadora às Demonstrações Financeiras desejadas pela ANATEL;*
- d) Indicadores econômicos, financeiros, patrimoniais e técnico-operacionais;*
- e) Modelo de análise das informações econômicas, financeiras, patrimoniais e técnico-operacionais;*
- f) Modelo de cálculo e análise do ganho de produtividade;*
- g) Modelos de análises comparativas (prestadoras, períodos, mercados);*
- h) Modelo de avaliação de risco dos serviços prestados;*
- i) Demonstrativos e estrutura do controle societário;*

Produto III - Relatório contendo informações do Setor de Telecomunicações:

- a) Diagnóstico da situação econômica, financeira e patrimonial, do setor de telecomunicações;*
- b) Análise da estrutura mercadológica dos segmentos de mercado no setor de telecomunicações: características, tamanho, evolução e nível de concorrência;*



- c) *Indicadores econômicos, financeiros, patrimoniais e técnico-operacionais de âmbito nacional e internacional e seu impacto do setor na economia nacional;*
- d) *Identificação das tendências das políticas de desenvolvimento de tecnologias no país, comparando com as de outros países;*
- e) *Avaliação macro-econômica, da contribuição e da participação do Setor de Telecomunicações na economia nacional;*
- f) *Avaliação da situação tecnológica; nível de atualização, transferência de tecnologia e participação da produção nacional;*
- g) *Análise das elasticidades entre parâmetros sócio-econômicos e a variável telecomunicação.*

Produto IV – Sistema integrado de acompanhamento econômico, financeiro, patrimonial e técnico-operacional:

- a) *Base de dados contendo informações econômicas, financeiras, patrimoniais e técnico-operacionais;*
- b) *Sistema automatizado de coleta armazenamento e processamento de dados;*
- c) *Implantação do sistema;*
- d) *Documentação técnica do sistema;*

Produto V – Treinamento

- a) *Servidores que serão usuários e alimentadores do sistema;*
- b) *Servidores que deverão dar manutenção ao sistema;*
- c) *Conjunto completo de material instrucional"*

20. Chama a atenção o fato de que o produto I, na verdade, irá resultar na especificação do objeto da contratação. É, portanto, o resultado desta etapa que permitirá o adequado detalhamento e dimensionamento do serviço que será contratado. Ou seja, somente após a conclusão do produto I é que será possível elaborar adequadamente um edital de licitação para selecionar os fornecedores dos demais produtos.

21. Outro problema que surge do exame do termo de referência é que a ANATEL pretende contratar a produção de inúmeros trabalhos, em diferentes áreas de especialização, e por vezes independentes ou superpostos entre si. Por exemplo, existem produtos que demandam especialização na área contábil e financeira, como a análise de práticas contábeis, identificação de plano de contas, etc; existem produtos que demandam especialização na área econômica, como a análise de elasticidade-renda e elasticidade-preço em relação aos serviços de telecomunicações, e a definição de modelos de ganhos de produtividade; e existem ainda produtos que demandam um maior conhecimento da realidade tecnológica do setor.

22. Assim, não nos parece adequado pretender contratar uma única consultoria que seja especializada em tantos segmentos distintos, com experiência em tantas áreas de atuação. Essa forma de contratar não permitirá obter os melhores serviços em cada área desejada.



23. Pode-se citar o exemplo do setor elétrico, em que mais de uma consultoria é contratada para cada questão específica. Por exemplo, somente em relação à questão de como mensurar a produtividade, já foram propostos mais de quatro modelos. Mais de duas consultorias especializadas em realizar esse tipo de análise já foram contratadas.

24. Melhor ilustrando, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) fez contratações por tipo de serviço. Assim, as empresas de consultoria interessadas se habilitaram para executar um ou mais serviços. Esses serviços foram:

- determinação do nível apropriado de receita para cobertura dos custos operacionais;
- determinação da base de remuneração regulatória;
- determinação de estrutura ótima de capital;
- determinação da taxa de retorno adequada;
- metodologia para estimação do desempenho de produtividade de concessionárias de distribuição (Fator X);
- análise comparativa de desempenho operacional;
- reestruturação das tarifas de distribuição;
- estudos tarifários.

25. Para o cálculo do Fator X, fator de transferência de produtividade das empresas de energia elétrica, entre o início do desenvolvimento das metodologias, *workshop* para debater as metodologias, opção pela metodologia, nota técnica e audiência pública foram gastos aproximadamente sete meses. As consultoras gastaram aproximadamente três meses para desenvolverem as metodologias.

26. Também foi publicado edital de credenciamento para a prestação de serviços técnicos de suporte aos trabalhos de revisão tarifária periódica de 64 concessionárias de distribuição de energia elétrica a serem efetuadas pela ANEEL no período de 2003 a 2005.

27. A opção por consultorias mais específicas permite a seleção de empresas com maior *expertise* em cada tema e pode, mais provavelmente, conduzir a uma maior qualidade e profundidade dos trabalhos. A contratação de mais de uma consultoria, a exemplo do que o BNDES fazia em relação às avaliações das empresas que seriam privatizadas, e a exemplo do que faz a ANEEL, exige maior esforço próprio de coordenação, mas permite um controle mais apropriado de cada produto e a obtenção de mais de um ponto de vista, assegurando, portanto, uma maior riqueza de informações para a tomada de decisão.

28. Por outro lado, um modelo de aquisição como configurado na minuta da ANATEL assume os moldes de um contrato “guarda-chuva”, com diversas atividades independentes, e poderá levar à subcontratação de atividades, o que resulta em menor controle da Agência sobre a qualidade do serviço final, além de embutir custos de intermediação no valor total dos serviços.

29. Em manifestação da Agência durante reunião de trabalho (§§ 9/10) ficou constatado que a minuta do Termo de Referência SPB/SPV/AUD/SPB/SCM (Vol. I, fls. 29 a 33), objeto desta análise, não foi adotada oficialmente pela Agência em processos de contratação de consultorias. No entanto, julgamos serem válidos os comentários aqui veiculados para orientar a Agência na formalização de futuros processos para seleção de consultorias.

30. Contudo, propomos o solicitar à Anatel que, caso tenha sido feita nova modelagem da contratação de todos ou alguns dos produtos previstos na minuta que foi descontinuada, encaminhe os documentos referentes a todas etapas de contratação.



31. Ainda quanto à criação de metodologia específica para mensurar ganhos de produtividade, posteriormente foram encaminhados outros esclarecimentos por parte da SPB e SPV, relatadas a seguir.
32. Quanto ao SMP, a ANATEL informa que, em 19/12/2003, formalizou o Contrato PVCP nº 053/2003-ANATEL, com a Fundação Getúlio Vargas, com objetivo de criar metodologia confiável para a determinação das estruturas relativas à implantação de índices setoriais exclusivos para o segmento de telecomunicações, iniciativa que auxiliará no cálculo da produtividade.
33. Concomitantemente, encontra-se em fase final (consulta pública – v. item 125) de análise de proposta de nova regulamentação baseada em custos que contempla a separação de contas das prestadoras de serviços de telecomunicações, para a fixação dos valores de remuneração de redes e de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD) fator que mede o custo de utilização de recursos de rede de outro prestador para construir a rede própria, dentre outras, visando subsidiar as decisões relativas ao acompanhamento dos preços dos serviços, *unbundling* e a mediação e arbitragem nas questões voltadas para a competição.
34. Em outro expediente encaminhado pela ANATEL em atendimento à determinação do TCU – Informe nº 044-PCBPA/PBCP, de 19/3/2004 (vol. III, fls. 29/47) – a Agência relatou que tem tratado da definição e aplicação de metodologia sobre produtividade nos contratos de concessão de STFC em duas frentes específicas – longo e curto prazo, bem como com estudos econômicos complementares sobre interconexão e remuneração de redes, contratados junto a outras consultorias (CPqD e Value Partners).
35. Em relação à prorrogação dos contratos de concessão (longo prazo), informou que, em 23/10/2002, contratou a consultoria International Data Coporation – IDC com o objetivo de instrumentalizar-se para, entre outras competências: *“definir uma metodologia que permitisse mensurar os ganhos de produtividade efetivamente auferidos pelas empresas de telecomunicações, de acordo com as políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo”*.
36. Destacando-se do conjunto de estudos realizados pela IDC, a ANATEL encaminhou uma nota técnica, produzida em 13/11/2002, versando sobre mensuração e acompanhamento de produtividade em empresas de telecomunicações em geral (vol. III, fls. 49/76), em que já se observava que: *“É consenso a importância e urgência da implantação de sistema de medição e acompanhamento de produtividade em Telecomunicações”*.
37. Nesse sentido, da leitura do documento infere-se que a ANATEL já tinha a percepção de que a mensuração e o acompanhamento da produtividade das concessionárias de telefonia dependia do estabelecimento de um padrão referencial da estrutura operacional de empresa implicando a desagregação (alocação e separação de contas) e a identificação de diferentes insumos e resultados dos processos prestacionais.
38. Acrescenta ainda, no referido Informe (assim como por cópia no Informe nº 261 – PBOA/PBCP, de 31/10/2003 – vol. III, fls. 94/102), que modelos baseados em custos, também para fins de acompanhamento da produtividade, representam *“esforço regulatório de grande monta, que alcança, inclusive, a remuneração pelo uso de redes e depende de período considerável de tempo”*.
39. Porém, essa metodologia, objeto do contrato, ainda não foi implementada, e mesmo quando for, há que se respeitar um período mínimo de dois anos para alimentação do modelo com dados reais e percepção do nível de eficiência ou produtividade empresarial – segundo a ANATEL.
40. No curto prazo, em atendimento a demanda do Ministério Público Federal, bem como à recomendação do TCU, em 26/11/2003, a ANATEL firmou contrato com a empresa HLB Audilink & Cia Auditores tendo como objeto, entre outros, aferir ganhos de produtividade efetivamente auferidos pelas empresas.



41. Dá análise do contrato destaca-se que, ainda que os produtos previstos contribuam para se analisar aspectos do mercado de telefonia brasileiro, não se prestam ao atendimento da determinação do TCU. A análise relativa à produtividade tem um caráter essencialmente econômico, e não contábil, como se percebe nos produtos esperados neste trabalho.
42. Ademais, esses produtos muito se assemelham aos que foram contratados em 2002, com a empresa Ernest & Young Consultores Associados Ltda., para realizar, dentre outras tarefas, a análise dos balanços patrimoniais, demonstrações do resultado e demais demonstrações, bem como avaliar o desempenho das prestadoras de STFC para os exercícios sociais de 1998/2001, tal qual o relatado na seção relativa ao atendimento da recomendação 8.2.2 (item III.2) sobre o acompanhamento econômico-financeiro das concessionárias, e que careciam de informações e análises com base em desagregação e identificação de diferentes insumos e resultados dos processos de prestação dos serviços de telefonia, especialmente o STFC.
43. Portanto, depreende-se que o processo de capacitação da Agência para mensurar ganhos de produtividade foi demasiadamente retardado e tem resultado na falta de informações sobre fator crítico no processo de tomada de decisões de regulação, especialmente quanto a tarifas públicas e de uso de rede.
44. Por fim, afigura-se a esta equipe que, apesar dos esforços da Agência para atender às recomendações desta Casa, não se está dando o encaminhamento nem o dimensionamento adequado à determinação do TCU para que a ANATEL defina um método de apuração de ganhos de produtividade das empresas. Assim, propomos determinar à Agência que apresente, no prazo de 30 (trinta) dias relatório que demonstre a efetiva implementação da determinação do TCU, alertando para o fato de que a reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal sujeita os responsáveis à multa prevista no art. 58, inciso VII da Lei nº 8.443/92 – Lei Orgânica do TCU.

II.2 MONITORAMENTO DO ITEM 8.1.2 DA DECISÃO TCU Nº 215/2002-P

Acompanhamento do cumprimento dos prazos para atendimento de solicitações de acessos individuais do SMC

“(...) acompanhe rigorosamente o cumprimento dos prazos para atendimento de solicitações de acessos individuais, no Plano de Serviço Básico, estabelecidos nos contratos de concessão do Serviço Móvel Celular”;

ANÁLISE

45. Esta determinação decorreu da inexistência de um procedimento efetivo para verificação do cumprimento de obrigações quanto aos prazos para atendimento de solicitações de acessos individuais do Serviço Móvel Celular – pedido de habilitação nos prazos máximos indicados na Cláusula Vigésima Quarta, alínea b, dos Contratos de Concessão do Serviço Móvel Celular:

“b) atender pedido de habilitação de interessado nos prazos máximos, abaixo indicados, compreendidos entre a data da solicitação e a da habilitação de sua Estação Móvel, quando o Serviço Móvel Celular for colocado em operação comercial num determinado distrito, distrito sede de município ou capital de Estado:

- b1) até 180 (cento e oitenta) dias corridos, no primeiro ano de operação comercial;*
- b2) até 120 (cento e vinte) dias corridos, no segundo ano de operação comercial;*
- b3) até 30 (trinta) dias corridos, no terceiro ano de operação comercial;*



b4) até 15 (quinze) dias corridos, no quarto ano de operação comercial;

b5) até cinco (cinco) dias úteis, no quinto ano de operação comercial”.

46. A razão alegada foi a de que, com o advento dos celulares pré-pagos, seria possível a qualquer usuário a aquisição, no varejo, de um aparelho móvel já habilitado para pronto uso. A equipe de auditoria, no entanto, não concordou, à época, com as razões apresentadas pela Agência por que os planos pré-pagos são planos alternativos, mas que não substituem a obrigatoriedade de oferta do Plano de Serviço Básico. É este plano que se incluiu na obrigação de atendimento da concessionária, e a sua existência é obrigatória e não pode ser suprida com a oferta de um plano alternativo, razão por que ainda se faz necessário verificar o cumprimento das obrigações contratuais relativas aos prazos de atendimento de solicitação de acessos individuais no Plano de Serviço Básico.

47. Em relação a isso, a Agência informou que em razão da competição e, principalmente, em razão da entrada de novas operadoras autorizadas, o atendimento aos pedidos de habilitação nas áreas de cobertura obrigatória tem sido praticamente imediato. O cumprimento do prazo não decorre sequer de obrigação contratual, mas da pressão competitiva.

48. Afirma ainda a Agência que:

“(...) além do fato dos acessos móveis pré-pagos ocuparem 70% do mercado, (...) vale ressaltar que dos acessos móveis pós-pagos, o Plano de Serviço Básico vem tendo sua quantidade de acessos reduzida, especialmente nas localidades de elevada competição como, por exemplo, o Rio de Janeiro, representando, na Telerj, 7% dos clientes e, na ATL, somente 4%.”

49. Ante o novo quadro apresentado pela Agência, efetivamente parece ser desnecessário procedimentos formais de fiscalização quanto ao cumprimento dessa obrigação, vez que a realidade do mercado por si só já impõe seu cumprimento.

50. A equipe de auditoria indagou qual o índice de reclamações registrados na ANATEL em relação a essa obrigação, tendo sido informado à equipe não haver registro de reclamações de usuários quanto ao descumprimento desses prazos, o que corrobora o entendimento da ANATEL.

51. Note-se ainda que, com a edição da regulamentação do SMP, sucedâneo do SMC, as empresas que atualmente são concessionárias de SMC poderão ter a concessão transformada em autorização, conforme previsão dada pelo art. 214, V, da LGT. Ou seja, as atuais prestadoras de serviço móvel celular passarão a atuar sob novas regras, o que pode resultar em modificações das obrigações aqui analisadas. As adaptações de SMC para SMP estão sendo atualmente analisadas no âmbito dos TCs 008.585/2003-2 e 015.329/2003-6.

52. Assim, a equipe de auditoria entende que os procedimentos rotineiros de verificação de reclamações são suficientes para o acompanhamento adequado dessas obrigações, restando plenamente atendida a determinação.

II.3 MONITORAMENTO DO ITEM 8.1.3 DA DECISÃO TCU Nº 215/2002-P

Acompanhamento dos preços praticados pelas prestadoras de Serviços de Comunicação de Massa (TV por assinatura)

“(...) acompanhe a evolução dos preços praticados pelas prestadoras de serviços de comunicação de massa (TV por assinatura), assegurando dessa forma instrumentos e dados adequados para subsidiar os estudos de viabilidade econômico-financeira das outorgas a serem



licitadas; para identificar eventuais abusos ou violações ao princípio do preço justo; e para verificar o comportamento e/ou alterações de tarifas ou preços desses serviços decorrentes da regulação e/ou da competição entre esses serviços”;

ANÁLISE

53. Verificou-se que, para o acompanhamento dos preços praticados pelas prestadoras de Serviços de Comunicação de Massa (TV por Assinatura, MMDS e outros), a Agência tem recebido das operadoras informações mensais referentes aos pacotes ofertados, ao preço de adesão ao serviço e às mensalidades cobradas.

54. Essas informações estão disponíveis no Sistema de Acompanhamento das Obrigações das Operadoras de TV por Assinatura – STVA. Trata-se de um sistema automatizado, com coleta de informações on-line, que havia sido originalmente criado para facilitar a aquisição de informações e um acompanhamento mais efetivo das obrigações contratuais dos prestadores de serviços, e que passou a incluir informações sobre os preços praticados.

55. A equipe de auditoria obteve acesso ao sistema e pôde verificar o seu funcionamento, tendo constatado que é possível a geração de relatórios que permitam análises quanto à evolução do setor como um todo, e não apenas da questão de preços. A título de exemplo, segue uma lista de itens que devem ser informados mensalmente:

- **Número de Assinantes** - número de assinantes da prestadora existente no último dia do mês.
- **Extensão da Rede de Cabos ópticos** - somatório da extensão total em quilômetros da rede de fibra óptica utilizados pela prestadora de TV a Cabo e pertencente a terceiros e a extensão total em quilômetros da rede de fibra óptica pertencente à prestadora de TV a Cabo, existente no mês.
- **Extensão da Rede de Cabos Coaxiais** - somatório da extensão total em quilômetros da rede , coaxial utilizados pela prestadora do serviço de TV a Cabo, pertencentes a terceiros e a extensão total em quilômetros da rede coaxial pertencente à prestadora de TV a Cabo, no mês.
- **Mão-de-obra de Terceiros** - total de empregados que exercem atividades para a prestadora sem vínculo empregatício direto, no último dia do mês.
- **Mão-de-obra Própria** - total de empregados que exercem atividades para a prestadora com vínculo empregatício direto, no último dia do mês.
- **Agentes Comerciais (Dealers)** - Total de pessoas físicas e/ou jurídicas que comercializam os pacotes em nome da prestadora, existente no último dia do mês.
- **Investimento em Rede/Equipamento** – capital aplicado em rede de transporte de telecomunicações, bem como em equipamentos, software, hardware e projeto, no trimestre.
- **Investimento em Publicidade** - capital aplicado em publicidade no trimestre.
- **Taxa de Adesão** - valor em reais, decorrente da assinatura de contrato, que garante ao assinante o acesso ao serviço, praticado no mês.
- **Taxa de Instalação** - valor em reais, pago pelo assinante, pelos serviços prestados, praticado no mês.
- **Mensalidade** - valor em reais, cobrado do assinante, pelos serviços prestados, praticado no mês.
- **Número de canais** - quantidade de canais disponibilizados para o assinante no plano contratado, no mês.



- **Receita Operacional Líquida** - valor em reais da receita operacional líquida oriunda da atividade fim desta prestadora.

56. Verificamos que o sistema já está operacional e em produção, e, portanto, entendemos que a Agência tem dado cumprimento a esta determinação.

III EXAME REFERENTE ÀS RECOMENDAÇÕES

III.1 MONITORAMENTO DO ITEM 8.2.1 DA DECISÃO TCU Nº 215/2002-P

Acompanhamento do efetivo cumprimento de obrigações não medidas pelos indicadores contratuais

“(...) faça uso mais constante de outras formas de acompanhamento de metas, principalmente a realização de fiscalizações in loco e pesquisas de opinião junto aos usuários, o que permitirá ao órgão verificar o efetivo cumprimento de obrigações não cobertas pelos indicadores, assegurando uma atuação mais efetiva no sentido de assegurar o cumprimento de todas as metas contratuais, bem como incentivar a prestação de serviços com a qualidade esperada pelos usuários”;

ANÁLISE

57. No que diz respeito ao uso mais constante do acompanhamento de metas, mediante verificação in loco, constatou-se que a Agência vem ampliando a destinação de horas de fiscalização para o controle da prestação do serviço telefônico fixo comutado, com o propósito de intensificar o controle de prestação dos serviços por meio de procedimentos de verificação in loco.

58. Nesse sentido, dados adicionais encaminhados pela ANATEL ao TCU em 19/4/2004 – Informe nº 06/RFFCF/RFFC (vol. III, fls. 6/7) – mostram que, em 2003, 52% das horas realizadas na fiscalização, como resposta às demandas das áreas finalísticas da Agência – SPB e SUN, num total de 249.058 horas, foram direcionadas ao controle da prestação do STFC.

59. A ANATEL informa ainda que aplica: *“permanentemente sua capacidade operacional na aferição da prestação dos serviços, de ofício ou mediante demanda, utilizando-se de metodologias específicas, fazendo uso de recursos próprios, e ainda com o apoio de empresas contratadas conforme permitido legalmente”*.

60. O caso das fiscalizações relacionadas à aferição do cumprimento do Plano Geral de Metas de Universalização do STFC (PGMU), está sendo detalhadamente tratado na Auditoria sobre a Universalização dos Serviços de Telefonia, atualmente em curso neste Tribunal (TC 012.581/2003-3).

61. Quanto à realização de pesquisas de opinião junto aos usuários, em novembro de 2002, a SPB informou que a ANATEL firmara contrato com o Consórcio Fundação Instituto de Administração – (FIA-USP)/Fundação de Apoio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – FAURGS, vencedor de concorrência pública realizada em 1999 com o objetivo de desenvolver, testar e implementar processo de aferição do grau de satisfação dos usuários do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC e do Serviço Móvel Celular – SMC.

62. Quando da realização deste monitoramento, em junho de 2003, a pesquisa já estava finalizada, tendo sido aprovada, publicada e divulgada no sítio da agência na Internet (www.anatel.gov.br). A documentação da pesquisa foi entregue à equipe de auditoria em meio ótico – CD-ROM (Vol. 1, fl. 61). Apresentamos a seguir os resultados consolidados para os sistemas que foram objeto da pesquisa:



Tabela 1 – Índice Médio de Satisfação Total com o Sistema (IMS)

Sistema	IMS
STFC – Não-Residencial	72,1
STFC – Residencial	69,7
STFC – TUP	61,2
SMC – Pré-Pago	77,5
SMC – Pós-Pago	71,4

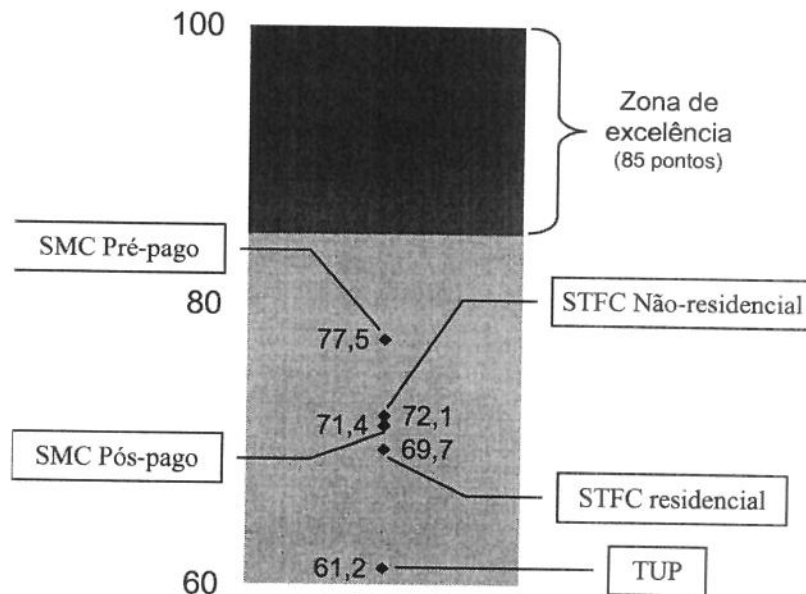
63. Os fatores avaliados na pesquisa foram Qualidade das Ligações, Serviços, Serviços de Manutenção, Atendimento, Informações Prestadas, Conta, Cobrança e Condições de Pagamento e Tarifa/Preços, tendo este último fator obtido a pior avaliação geral, com os mais baixos índices médios de satisfação para a maioria dos sistemas pesquisados (não se aplicando aos TUPs), sendo candidato a ações corretivas para a melhoria da satisfação geral e sinalizando como oportuna a recomendação contida no item 8.2.4 da Decisão nº 215/2002-P, a ser analisada no item III.4 deste Relatório.

64. Por outro lado, os fatores que apresentaram maiores índices de satisfação, relacionados a atributos técnicos (Qualidade da ligação/Serviços), foram valorados com menor grau de importância pelos usuários. Assim, embora grande parte dos fatores apontem melhorias técnicas na prestação dos serviços, esses indicadores não retratam adequadamente a forma como os usuários percebem a prestação do serviço.

65. Ainda sobre a pesquisa, as experiências acumuladas pelo consórcio e a avaliação por programas de qualidade no mundo todo indicam que uma empresa passa a entrar na zona de excelência quando ultrapassa os 85%, e muito especialmente quando obtém 90% ou mais de satisfação de seus clientes.

66. Na pesquisa realizada pelo Consórcio FIA/FAURGS no segundo semestre de 2002, o mais alto índice ponderado de satisfação encontrado entre os cinco sistemas avaliados foi obtido pelo SMC – Pré-Pago, que proporcionou 77,5 % de satisfação aos seus clientes. E o mais baixo foi o do TUP, que proporcionou 61,2% de satisfação, sinalizando que nenhum dos serviços se encontra sequer próximo da zona de excelência, já que 7,5 pontos percentuais separam o melhor Sistema (no caso, o SMC Pré-pago) do piso de 85% considerado para a faixa de excelência. Muito pior é a situação do TUP, com apenas 61,2% de satisfação, a quase 25 pontos percentuais da excelência em satisfação. O gráfico a seguir ilustra esses achados:

Figura 1



67. Nos últimos dois anos antes da finalização da pesquisa (2001 – 2002) foram feitas comparações com os índices gerais de países como os Estados Unidos e foram encontrados resultados coincidentemente alinhados com o Índice Médio de Satisfação – IMS de três dos sistemas brasileiros (STFC Residencial, STFC Não Residencial e SMC-Pós-pago). Já o IMS do SMC-Pré-pago (77,5%) esteve acima daqueles índices, enquanto o TUP (61,2%) obteve um IMS bastante abaixo dos índices norte-americanos. O fato de os índices nacionais estarem muito próximos dos norte-americanos, no entanto, não deve induzir a percepções de que a satisfação dos usuários brasileiros dos sistemas de telefonia pesquisados, com exceção do TUP, já esteja em um nível muito qualificado, haja vista que os usuários dos Estados Unidos são muito mais exigentes e estão expostos há bem mais tempo do que os brasileiros a uma oferta ampla de telecomunicações.

68. Os resultados da pesquisa mostram que há espaço para melhoria na satisfação dos usuários que ainda deve ser ocupado pelas Prestadoras dos diferentes sistemas de telefonia no nosso País.

69. Resultaram como recomendações da pesquisa realizada pelo consórcio FIA/FAURGS, as quais corroboramos:

- Sugestões de ações junto às prestadoras** - a partir de suas experiências com pesquisas e processos de melhoria de satisfação de clientes, o consórcio que realizou a pesquisa acredita que a ação da ANATEL junto às prestadoras deva ser incansável no trabalho de elevar, paulatina e consistentemente, a satisfação dos usuários brasileiros de telefonia. Fazem-se imprescindíveis, neste mister, impor metas anuais de satisfação e, assim, exigir e fiscalizar a melhoria na qualidade dos serviços das prestadoras.
- Sugestões para as próximas pesquisas** - que a pesquisa fosse realizada uma vez por ano. Não sugerimos a periodicidade inferior à anual por acreditarmos que os programas de melhoria da satisfação conduzidos pelas Prestadoras necessitarão períodos consistentes de tempo para que possam ter seus resultados efetivamente medidos. E não sugerimos periodicidade superior à anual em função da necessidade de monitoramento regular da ANATEL sobre as prestadoras; intervalos de aferição superiores a um ano espaçariam demais os períodos de avaliação da satisfação, podendo vir a comprometer o bem-estar dos usuários de telefonia no País. Entendemos que estas metas anuais devem se alinhar com vários outros instrumentos já



utilizados pela ANATEL; lembramos, ainda assim, que toda e qualquer melhoria deve manifestar-se, inequivocamente, nas pesquisas de satisfação dos usuários, que são, em última instância, a demonstração final e acabada de que os consumidores têm elevação de seu bem-estar.

- c) **Sugestões para as definições de metas futuras de satisfação para as prestadoras** - Tão importante quanto aferir a satisfação dos usuários de telefonia com os serviços que recebem das prestadoras é, sem dúvida, trabalhar em prol da melhoria da satisfação desses usuários. A ANATEL, com sua função reguladora dos serviços de telecomunicações no País, deve orientar as prestadoras com relação às metas futuras de satisfação dos usuários de telefonia. A fixação de metas, especialmente quando interesses sociais estão envolvidos, reveste-se de imensa responsabilidade. Ao se voltar para as Prestadoras, a ANATEL deve atentar para critérios de justiça e equilíbrio nos graus de esforço a serem empreendidos pelas diferentes Prestadoras; ao se voltar para os usuários, deve privilegiar a permanente defesa de seus interesses. No tocante aos critérios de justiça e equilíbrio para com as Prestadoras, o cuidado com a fixação das metas futuras deve começar pela distribuição de esforços entre as diferentes prestadoras de acordo a qualidade dos serviços que estão prestando. As que estiverem “entregando” menos satisfação aos usuários, deverão comprometer-se com metas maiores, ou seja, deverão crescer um número maior de pontos percentuais da uma pesquisa para outra; as que estiverem “entregando” maior satisfação aos seus usuários, poderão crescer menos pontos percentuais na pesquisa seguinte. O Consórcio FIA-USP/FAURGS sugere à ANATEL, para tanto, que utilize o critério dos “10% do gap”. O gap significa a diferença entre 100% (nível ideal de satisfação dos usuários) e o escore obtido pela prestadora na mais recente pesquisa. Assim, se a Prestadora obteve uma Satisfação Geral de 75% na última pesquisa, sua meta para a pesquisa seguinte será de 77,5% ($100\% - 75\% = 25\%$, donde 10% representam 2,5 pontos percentuais; logo, $75 + 2,5 = 77,5$). Esse critério compele as melhores prestadoras a terem que incrementar em menos pontos percentuais a satisfação; por outro lado, as piores prestadoras serão compelidas a maiores esforços a fim de provocar maiores incrementos na satisfação dos seus clientes.

70. Como consequência do resultado ainda preliminar da pesquisa, algumas prestadoras, como a Telepará, que apresentou o mais baixo índice total de satisfação (62%) e algumas concessionárias das regiões Norte e Nordeste, que apresentaram baixos índices de satisfação total, foram chamadas a participar de reuniões gerenciais no âmbito da Superintendência de Serviços Públicos da ANATEL. Nessas reuniões, foram examinados os resultados obtidos, apresentados os motivos que levaram a eventuais baixos índices e levantadas possíveis alternativas de solução para os problemas identificados, podendo a Agência sujeitá-las à auditoria se evidenciado que a operadora não envida esforços para corrigir o problema.

71. Em razão dos resultados obtidos, a Agência pretende realizar com periodicidade anual essas pesquisas, efetuar a análise dos resultados e implementar ações corretivas.

72. Ainda em relação ao cumprimento do item 8.2.1 e também do item 8.2.3 da Decisão TCU nº 215/2002-P (que será visto adiante), a ANATEL esclareceu que iniciativas já estariam sendo tomadas para ajustar a metodologia executada no processo de pesquisa de satisfação do consumidor acima descrito. Nesse sentido foi encaminhada a minuta do Termo de Referência nº 004 – PBOAS/PBOA/SPB-CMLCC/CMLC/SCM-PVCPR/PVCP/SPV (Vol. I, fls. 34/42) cujo objetivo é:

“contratar uma instituição de pesquisa a fim de rever a metodologia existente quanto à pesquisa de satisfação do consumidor, para adaptá-la para o STFC, inclusive o serviço de DDD e DDI, para o SMP [Serviço Móvel Pessoal], SME [Serviço Móvel Especializado], SMGS [Serviço Móvel Global por Satélite] e para os serviços de TV por Assinatura, dar continuidade à investigação sobre a satisfação do consumidor e seus valores em um estudo longitudinal, além de identificar a população que não tem acesso a estes serviços e avaliar



suas respectivas necessidades e expectativas; Propor adequação da metodologia e nos questionários da Pesquisa de Satisfação dos Usuários de STFC para os segmentos dos Serviços de Longa Distância Nacional (DDD) e Longa Distância Internacional (DDI), uma vez que há a necessidade de uma amostra que seja representativa para o estudo desses serviços em todo o país”

73. Destacamos que é bastante oportuna a intenção de identificar a população que não tem acesso aos citados serviços, bem como de avaliar suas necessidades e expectativas na declaração de objetivos da minuta do Termo de Referência.

74. O trabalho ainda se encontra em fase de elaboração e contratação, mas entre os produtos esperados destacamos:

- Relatório Preliminar com detalhamento do trabalho a ser executado nos segmentos de pesquisa, a saber:
 - I. Satisfação dos consumidores que possuem o serviço:
 - a) STFC – Local, DDD e DDI, nos segmentos: Residencial, Não Residencial e Telefone de Uso Público (TUP)
 - b) SMC Pré e Pós-Pago/SMP/SME/SMGS
 - c) Serviços de TV por Assinatura
 - II. Identificação das necessidades e expectativas daqueles que não possuem acesso aos serviços [de telefonia] (grifamos)**
 - III. Pesquisa de valores dos usuários dos Serviços de Telecomunicações;
 - IV. Coleta de dados referentes aos Serviços de TV por Assinatura
 - V. Bancos de dados com as informações resultantes desta pesquisa que permita a integração das variáveis de mercado existentes na ANATEL.
- Relatório com o ajuste da metodologia existente contendo:
 - I. O ajuste da metodologia executada no último processo de pesquisa de satisfação do usuário empregado no 2º semestre de 2002.
 - II. Adaptação da metodologia para o STFC – DDD/DDI e SMC/SMP/SME/SMGS;
 - III. A descrição e definição conceitual dos atributos avaliados pelas prestadoras do STFC, SMC, SMP, SME e SMGS em suas pesquisas de avaliação de satisfação;
 - IV. Categorização em forma de tabela dos atributos levantados na pesquisa anterior junto aos consumidores entrevistados contendo a distribuição de frequência por categoria;

75. Esse Termo de Referência indicava a intenção da Agência de aperfeiçoar a metodologia de pesquisa de satisfação dos usuários e torná-la mais abrangente, incluindo usuários de outros serviços, bem como aqueles que não possuem acesso a determinados serviços. Contudo, apenas alguns dos produtos ou subprodutos previstos forma efetivamente contratados.

76. Quanto à aferição de satisfação dos consumidores de serviços de telecomunicações, o Consórcio FIA-USP/FAURGS, que realizou a pesquisa de satisfação dos usuários do STFC/SMC, também foi contratado para realizar pesquisa de satisfação dos usuários de TV por assinatura. O resultado da pesquisa foi divulgado em Agosto/2003 e já disponível no sítio da ANATEL – www.anatel.gov.br, da qual destacamos, a título de ilustração, o resultado consolidado, em termos do Índice Médio de Satisfação:



Tabela 2 - Pesquisa de Satisfação de Clientes de TV por Assinatura - comparação entre sistemas (%)

Fatores	TV a Cabo	MMDS*	DTH**
Características do serviço	70,4	72,5	72,7
Tipos de canais	69,9	73,0	75,5
Características da programação	66,8	70,3	75,0
Produto	73,2	74,8	75,4
Atendimento ao assinante	69,3	72,8	74,5
Assistência técnica	79,0	78,4	80,2
Preço	49,6	58,1	54,7
Cobrança	77,6	79,7	78,9
Satisfação total com o sistema	68,2	72,0	71,6

Fonte: ANATEL

*MMDS – Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (Microondas)

**DTH – Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite

77. As constatações, conclusões e recomendações foram muito semelhantes, em termos qualitativos, às da pesquisa de satisfação do STFC/SMC – particularmente quanto à maior sensibilidade e insatisfação do usuário de TV por assinatura ao fator Preço.

78. Sobre a continuidade do processo de aferição do grau de satisfação dos usuários do STFC/SMP, ao encaminhar subsídios complementares, nos Informes PVCPC/PVCP nº 108 (vol. III, fls. 8/9) e PBOA/PBCP nº 261 (vol. III, fls. 94/102), a ANATEL relatou que já foi aprovada a realização da segunda pesquisa, mantendo os mesmos procedimentos do primeiro, pela necessidade de coerência histórica e validação do processo licitatório, e para que os resultados sejam comparados com o da pesquisa anterior e, assim, identificar se houve ou não melhoria dos índices de satisfação.

79. Para os que ainda não têm o serviço, a pesquisa se dará num momento posterior, por meio de um Termo de Referência específico.

80. O processo encontra-se em fase de elaboração do edital e estimava-se que o contrato seria assinado até fevereiro de 2004, contudo, até o momento, a contratação ainda está em fase de licitação, conforme informado pela Agência em contato telefônico.

81. Ressaltamos, por fim, que o Termo de Referência para contratação de empresa para executar a próxima pesquisa de satisfação (vol. III, fls. 22/27) só prevê a aferição da satisfação dos consumidores do STFC e SMC/SMP, ainda não contemplando os atuais ou potenciais usuários de outros serviços elencados no Termo de Referência nº 04.

82. Ante o exposto, entendemos que a recomendação tem sido atendida, o que não nos exime de continuar o acompanhamento do controle da qualidade da prestação dos serviços, em futuros monitoramentos, tendo em vista a intenção da Agência em aperfeiçoar a metodologia, além de agregar outras modalidades de serviço às futuras pesquisas de satisfação de usuários.

III.2 MONITORAMENTO DO ITEM 8.2.2 DA DECISÃO TCU Nº 215/2002-P

Acompanhamento da situação econômico-financeira das concessionárias de STFC

“(…) acompanhe a situação econômico-financeira das concessionárias de STFC, bem como efetue estudos periódicos sobre a situação e o desempenho contábil, econômico e financeiro dessas



empresas, assegurando com isso a posse de informações adequadas a respeito da evolução de receitas, custos e despesas, por modalidade de serviço, evidenciando mais facilmente as situações de aumento abusivo de tarifas e/ou os ganhos de eficiência e produtividade ou quaisquer outros ganhos econômicos relacionados à prestação dos serviços”;

ANÁLISE

83. Quanto ao acompanhamento econômico-financeiro das prestadoras do SMP, a Gerência Geral de Comunicações Pessoais Terrestres (PCVP) informou que analisa indicadores financeiros e acompanha os níveis de investimento do setor, além de outras questões relacionadas à prestação do serviço, por meio de recebimento de informações específicas das prestadoras e dos dados físicos da planta de cada prestadora.

84. Já quanto ao STFC, a Agência havia informado a contratação de *“empresa especializada para elaboração de relatório de análise dos balanços patrimoniais, demonstrações do resultado, mutações do patrimônio líquido, origens e aplicações de recursos, dentre outras informações julgadas convenientes para avaliação do desempenho das prestadoras do STFC e identificação dos casos extremos nos quais a continuidade da prestação dos serviços esteja comprometida e aqueles nos quais foram auferidos ganhos exagerados”*.

85. A equipe de auditoria verificou que a Agência efetivamente contratou, em 2002, a empresa Ernst & Young Consultores Associados Ltda., para realizar, dentre outras tarefas, a análise dos balanços patrimoniais, demonstrações do resultado e demais demonstrações, bem como avaliar o desempenho das prestadoras de STFC para os exercícios sociais de 1998/2001.

86. Como resultado dessa contratação, além do estudo mencionado, houve a elaboração de uma ferramenta de análise que se destina a permitir a realização de simulações em relação ao desempenho das empresas.

87. A equipe de auditoria solicitou e examinou o relatório elaborado pela consultoria (vol. IV), verificando que há efetivamente uma análise de aspectos financeiros decorrentes das informações contábeis disponíveis nas demonstrações divulgadas. No entanto, não há informações por modalidade de serviço, seja em relação à receita, seja em relação à despesa. Não há, também, informações quantitativas a respeito do volume dos serviços prestados, o que impede uma análise apropriada de variação de custos unitários.

88. Note-se que as informações sobre a despesa agregada, existentes no sistema, dependem da quantidade de serviço ofertada, e não permitem uma análise sobre os custos unitários para a prestação do serviço. É exatamente o custo unitário o parâmetro essencial para a determinação de ganho de eficiência nas empresas.

89. Nesse sentido, a Lei Geral de Telecomunicações, em seu art. 96, II, impõe às concessionárias a necessidade de manter registros por modalidade de serviços:

“A concessionária deverá:

(...) II – manter registros contábeis separados por serviço, caso explore mais de uma modalidade de serviço de telecomunicações”.

90. Esse mandamento legal também constou do contrato de concessão das prestadoras de STFC:

“Capítulo XV - Dos Direitos, Garantias e Obrigações da Concessionária



Cláusula 15.1. - Além das outras obrigações decorrentes deste Contrato e inerentes à prestação do serviço, incumbirá à Concessionária:

(...)

VIII - manter registros contábeis separados por serviço, bem como ter em dia o inventário dos bens e dos componentes do ativo imobilizado da empresa; ”

91. Posteriormente, iniciou-se, com mão-de-obra própria, um acompanhamento estreito de todos os atos de gestão de uma das concessionárias. Com a experiência obtida, a Agência decidiu efetuar, no ano de 2002, o mesmo acompanhamento junto às demais concessionárias. Contudo, as medidas ainda são incipientes e ainda existe uma forte dependência funcional da Agência de consultorias especializadas na análise desses dados estratégicos, havendo ainda um grande espaço para aperfeiçoamento da expertise instalada.

92. Nesse sentido, conforme relatado quando da análise do item 8.1.1 da Decisão 215/2002-P (item II.1 deste Relatório), existia um procedimento para contratação de entidade qualificada para fornecer sistema de coleta, armazenamento e análise de dados econômicos, financeiros, patrimoniais e técnico-operacionais das prestadoras de serviços de telecomunicações.

93. A Agência informou que, como resultado deste procedimento, em 26/11/2003, foi firmado contrato (vol. III, fls. 78/86) com uma empresa de auditoria para avaliar o desempenho econômico-financeiro das prestadoras do STFC, tanto das concessionárias como das autorizatárias, para o exercício social de 2002, incluindo também o 1º semestre de 2003, destacando:

"(...) ganhos de produtividade efetivamente auferidos pelas empresas, incluindo os ganhos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, os decorrentes de novas receitas alternativas, bem como aqueles que não decorram diretamente da eficiência empresarial, aferindo também as despesas realizadas com a contratação de empresas de auditoria e consultorias independentes".

94. O contrato tem um prazo de vigência de 105 (cento e cinco) dias, e um prazo de 60 (sessenta) dias corridos para execução, contados a contar da data de sua assinatura.

95. Releva apontar que os produtos desse contrato muito se assemelham aos que foram contratados em 2002 com a empresa Ernest & Young Consultores Associados Ltda., inclusive replicando equívocos já apontados nesse Relatório.

96. Portanto, com as ressalvas realizadas anteriormente, entendemos que a Agência tem procurado mecanismos para cumprir a recomendação efetuada, bem como para melhor estudar impactos de decisões regulatórias.

97. No entanto, a análise dos balanços não poderá produzir os resultados esperados posto que ainda não existe adequada desagregação contábil por modalidade de serviço e a recomendação não foi atendida no todo, razão pela qual propomos sua reiteração, e que, adicionalmente, sejam encaminhados os relatórios da consultoria contratada.

III.3 MONITORAMENTO DO ITEM 8.2.3 DA DECISÃO TCU Nº 215/2002-P

Definição de indicadores e metas de qualidade com as operadoras do SCMa

"(...) envide esforços no sentido de celebrar, com as operadoras de serviços de comunicação de massa, protocolo de compromisso ou instrumento análogo, definindo indicadores e metas de qualidade, de modo a promover a progressiva melhoria na prestação desses serviços";



ANÁLISE

98. Quanto a esta recomendação, no Ofício nº 132/2002/AUD/SUE (vol. 1, fls. 2/5), a ANATEL informou que se encontravam em discussão no Conselho Diretor da Agência, propostas de:
- a) Plano Geral de Metas da Qualidade do Serviço de Comunicação de Massa por Assinatura (SCMa)
 - b) Protocolo de compromisso para acompanhamento da prestação do SCMa;
 - c) Manual de Indicadores da Qualidade de Prestação do SCMa.
99. Somente após a aprovação do Conselho é que esses documentos poderão ser submetidos aos prestadores de SCMa para que, após sua assinatura, possam se constituir em ferramentas úteis ao acompanhamento dos serviços prestados pelas operadoras.
100. A equipe de auditoria verificou que, decorrido mais de um ano da recomendação do Tribunal, bem como do encaminhamento do ofício mencionado, não houve apreciação das propostas por parte do Colegiado da Agência.
101. Em um segundo momento, no Informe nº 12/ASS/SCM, de 10/3/2004(vol. III, fls. 2/3), a Superintendência de Comunicação de Massas da ANATEL informou que: *“elaborou, no decorrer do 1º semestre de 2003, uma proposta para regulamentação de indicadores de qualidade para os serviços de comunicação de massa por assinatura, a qual não foi discutida com maior profundidade, por faltarem elementos balizadores que permitissem fosse a matéria objeto de uma discussão precisa e conclusiva.”*
102. Alegou também que, por estar em curso pesquisa de satisfação dos usuários dos serviços de TV por assinatura, realizada no 2º semestre de 2003, importantes subsídios poderiam ser extraídos dos trabalhos, levando-se em consideração a expectativa/visão dos usuários, por ser a primeira de uma série de pesquisas que serão realizadas. Ressalte-se que, em etapa final da elaboração deste relatório, a equipe de auditoria constatou que a referida pesquisa já estava concluída e devidamente divulgada (v. item 75).
103. Posteriormente a proposta foi ajustada depois de acolher contribuições da promotoria de Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça – DPDC/MJ.
104. Por fim, segundo estimativas da ANATEL, até o final do 2º trimestre de 2004, deverá ser deliberada pelo Conselho Diretor matéria que encaminha a proposta de regulamento, para ser submetida à Consulta Pública, prevendo que até o terceiro trimestre do ano em curso, estará sendo publicado o regulamento que disciplinará a matéria.
105. Embora a Agência tenha promovido esforços para atender à recomendação, e que neste sentido também contribuem o encaminhamento dado para atender aos itens II.3 e III.1 deste Relatório, o fato é que até o momento não houve qualquer efetividade em sua ação.
106. A equipe entende, portanto, que, a Agência, apesar de ter desenvolvido ações nesse sentido, razão por que nos abstermos de fazer qualquer proposta de encaminhamento, ainda não deu cumprimento à recomendação, e estará sujeita a verificação em futuro processo de monitoramento.

III.4 MONITORAMENTO DO ITEM 8.2.4 DA DECISÃO TCU Nº 215/2002-P

Definição de metodologia para orientar o estabelecimento de tarifas de interconexão

“(…) promova estudos conclusivos para a definição de uma metodologia efetivamente adequada para orientar o estabelecimento de tarifas de interconexão, buscando assegurar que essas tarifas atendam aos fins a que se destinam, orientando sua fixação em um nível que incentive o estabelecimento da concorrência e, ao mesmo tempo, assegure a remuneração adequada dos



investimentos realizados e/ou por realizar, de modo a incentivar tanto o investimento em novas redes, como a atualização e expansão da rede existente”;

ANÁLISE

107. Quanto ao item 8.2.4, relativo ao estabelecimento de uma metodologia adequada para orientar o estabelecimento de tarifas de interconexão, destacamos, a título de informação, um trecho do relatório da Auditoria Operacional realizada em 2000 (TC 003.632/2001-9):

“A experiência internacional evidencia que, no setor de telecomunicações, qualquer sistema de regulação que pretenda estimular a concorrência e o desenvolvimento do mercado deve ter como pontos primordiais a definição de regras a respeito de interconexão e unbundling.

Denomina-se por Interconexão a existência de uma ligação entre duas redes, de operadores e/ou serviços distintos, de modo a permitir que haja tráfego recíproco entre as partes. É uma ligação que permite que usuários de uma rede se comuniquem com usuários de outra, ou que utilizem serviços prestados pela outra rede.

(...)

A interconexão entre redes é primordial para a existência de mais de um prestador de serviços de telecomunicações. Em uma nova empresa, os respectivos clientes estarão, em grande parte, se comunicando com clientes das demais prestadoras. Assim, as redes devem se interconectar de modo a permitir, por exemplo, que chamadas telefônicas originadas por clientes da empresa recém-instituída sejam completadas e alcancem clientes das demais empresas. Como exemplo, a telefonia celular não teria se desenvolvido se os seus usuários não pudessem completar ligações para a rede de telefonia fixa.

Igualmente, não seria possível haver concorrência entre prestadoras de um mesmo serviço de telecomunicações se não houvesse a obrigatoriedade de interconexão. Uma nova empresa de telefonia nunca iria obter clientes se estes não fossem capazes de se comunicar com os clientes das operadoras já existentes.

Verifica-se, portanto, que a obrigatoriedade de interconexão é fundamental para: a) permitir a existência de prestadores de outros serviços compatíveis, como empresas de telefonia local, de longa distância e telefonia móvel; e b) permitir a viabilidade de um novo concorrente que preste o mesmo serviço, como no caso de duas ou mais prestadoras locais competindo entre si”.

108. Portanto, como as detentoras das redes físicas, chamadas de incumbentes, controlam o acesso ao usuário final, a regulação da interconexão é condição imprescindível para viabilizar a entrada de novos operadores no mercado. No entanto, não se alterou o tratamento dessa questão, pois ainda não houve a implementação de metodologia para a avaliação das tarifas de interconexão, como sequer se escolheu um modelo.

109. Não obstante, deve-se notar que a Agência não se encontra omissa, visto que antes mesmo da realização deste monitoramento, a ANATEL já havia encaminhado o resultado de um estudo contratado com a Fundação CPqD – Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações (volume 28 do TC 003.632/2001-9), em que consta a seguinte afirmação: *“o modelo de remuneração de redes adotado no Brasil possibilita a prática de margens sobre os custos estimados na interconexão fixa e móvel”*. Prossegue o estudo afirmando que *“o valor da TU-RL [Tarifa de Uso da Rede Local] limita o espaço para concorrência no STFC”* e ainda que *“A grande vantagem de custos das operadoras locais resulta*



em um posicionamento privilegiado para competir em longa distância – LD, e inibe a entrada de concorrentes no serviço local”.

110. Assim, como havia sido apontado no TC 003.632/2001-9, constatou-se a inadequação das tarifas hoje praticadas. Nessa linha, o CPqD apresenta a seguinte proposta:

“A TU-RL, no contexto da prestação de serviços ao varejo, deve ser entendida como remuneração de uso de um essencial facility sob o controle de quase-monopólios privados. Como tal a TU-RL deve ser ajustada a níveis que promovam o desenvolvimento da competição nos diversos serviços onde participa como insumo básico (LD, Chamadas Locais - Espelhos, SCM), garanta o uso eficiente das redes instaladas e ao mesmo tempo incentive o investimento eficiente em redes de telecomunicações”.

111. Essa observação sugere que os valores de interconexão foram estabelecidos e mantidos inicialmente em patamares elevados – para financiar os gastos das concessionárias locais com as obrigações de universalização, em detrimento da competição.

112. A Agência, adotando sugestão contida no estudo do CPqD, fez constar dos novos contratos de concessão que entrarão em vigor depois de 2005, que *“A partir de 1º de janeiro de 2008, serão adotados valores para a (TU-RL) que considerem modelo de custo de longo prazo, estabelecido nos termos da regulamentação”*. Verifica-se, portanto, a intenção da ANATEL em detalhar, futuramente, uma metodologia apropriada para a fixação dessas tarifas.

113. Merece destaque ainda o seguinte comentário contido no estudo do CPqD, segundo o qual *“sob o ponto de vista da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e partindo da premissa de que a TU-RL esteja sendo utilizada como instrumento para financiar a universalização, o valor da TU-RL deve ser ajustado no curto/médio prazo para próximo dos respectivos custos.”*

114. Embora apropriada a iniciativa de a Agência fazer constar da renovação dos contratos a necessidade de uma metodologia apropriada para a fixação das tarifas de uso, o fato é que, hoje, essas tarifas já constituem um grave obstáculo à concorrência. Não se afigura razoável a essa equipe que se deva aguardar até 2008 para corrigir tais distorções. As empresas espelhos, que hoje se encontram deficitárias, dificilmente suportarão tantos anos competindo em tão ampla desvantagem.

115. Nesse sentido, destacamos trecho do Parecer Técnico nº 188/COGSE/SEAE/MF, de 17/9/2003, da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, em resposta a solicitação do Conselho de Defesa e Acompanhamento Econômico – CADE:

“A política de interconexão tem sido sempre uma questão sensível para as autoridades reguladoras em todo o mundo, uma vez que a qualidade desta política é um elemento vital para assegurar a possibilidade de competição no mercado de telecomunicações, mas também, ao mesmo tempo, uma área extremamente exposta aos efeitos da existência de uma elevada assimetria de informação entre as empresas reguladas e os entes reguladores”.

(...)

A literatura mostra que há uma certa flexibilidade em que pode incorrer a autoridade reguladora quanto ao grau de detalhamento da política de interconexão, dependendo dos objetivos que a autoridade quer maximizar. No contexto brasileiro do setor de telecomunicações, entretanto, a estrutura de mercado existente atualmente, em que as empresas incumbentes desfrutam de elevado poder de mercado em suas áreas de concessão, sugere fortemente que as autoridades regulatórias não têm outra alternativa senão adotar uma postura mais ativa na supervisão do setor no intuito de criar maneiras de tentar superar as assimetrias informacionais que permeiam a relação entre regulados e ente regulador.



Sem dúvida, o próprio marco regulatório das telecomunicações, tal como plasmado na Lei Geral de Telecomunicações, foi elaborado tendo em mente vários problemas do gênero, dos quais já há um alentado testemunho derivado da experiência internacional na regulação do setor. Por exemplo, o marco regulatório brasileiro contemplou a idéia de uma assimetria regulatória, estabelecendo, em vários momentos, condições mais favoráveis para os entrantes do que para os incumbentes. Tal assimetria regulatória seria importante para dar um ímpeto inicial ao processo competitivo nesses mercados, assegurando às empresas entrantes um mínimo de condições competitivas (isto é, um "ticket" para a entrada no mercado). Até agora, entretanto, os vários problemas que cercam a questão do acesso à última milha não têm permitido que a estratégia da regulação assimétrica exiba muito sucesso, pelo menos quando medido em termos de participação no mercado das empresas entrantes.

(...)

Portanto, tudo isto considerado, esta Secretaria acredita que mesmo tendo-se progredido muito na promoção da concorrência no setor de telecomunicações, restam pontos a serem aprimorados, principalmente no que diz respeito à verificabilidade de atos que possam ser tipificados como levando a uma discriminação de acesso. Isto deve ser levado especialmente em conta quando se trata da possibilidade, por exemplo, de aumento artificial dos custos dos rivais por meio da cobrança de tarifas de interconexão que, sabidamente, tornam a operação dos concorrentes não-rentável em diversas situações."

116. Para subsidiar essa discussão também importa transcrever o art. 152, da Lei Geral de Telecomunicações:

"Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço".

117. A responsabilidade do regulador pela prática de preços isonômicos e justos vem expressa no § 2º do art. 153:

"Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.

§ 1º O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado.

§ 2º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão".

118. Recentemente foi concluído o processo licitatório para contratação de empresa de consultoria com objetivo de prestar serviços especializados para instrumentalizar a ANATEL, no curto, no médio e no longo prazo, para o tratamento de questões relativas à interconexão em serviços de telecomunicações, conforme Termo de Referência nº 03/2002 PVCPR/PVCP/SPV-ANATEL, de 26/4/2002 (Vol 1, fls. 47 a 50). A título de ilustração citamos alguns dos produtos solicitados:

- a) *definição de cenários, nos horizontes de 5 e 15 anos, considerando os contextos macroeconômico, tecnológico e de competição, realizando a seguir uma indicação do cenário mais provável dentre aqueles propostos. O estudo deverá elencar, além do descrito acima, um modelo que considere a possibilidade de assimetrias regulatórias, com ênfase em aspectos relacionados às formas de remuneração;*



- b) identificação e apresentação de modelos de interconexão para voz e dados nas redes fixas e móveis, considerando todas as modalidades de serviços de telecomunicações, estruturando modelos de remuneração de redes e detalhando as informações de acordo com:
- Tipo de mercado;
 - Tipo de tráfego (telefonia, dados, internet, SMS entre outros);
 - Tipos de chamada em telefonia;
- d) elaboração de relatório que apresente comparações e detalhamento das relações de interconexão entre as prestadoras no Brasil, considerando os diversos tipos de tráfego, com vistas à seleção de modelo mais apropriado para o caso brasileiro;
- e) elaboração de relatórios sobre investigação de métodos para valoração dos elementos de rede sujeitos à interconexão, como por exemplo custo histórico, custo marginal, entre outros.
- f) Elaboração de relatório sobre métodos de precificação das interconexões, levando em consideração formas de remuneração dos valores de público e de rede, tais como flat fee, minutagem, múltiplo de segundos, etc.
- g) descrever o que se poderia alterar na atual configuração de remuneração, a partir dos modelos internacionais estudados, objetivando ganhos e possíveis impactos para a realidade brasileira, levando em conta os cenários definidos;
- h) elaboração de recomendações para orientar o posicionamento da ANATEL e a construção de novas regulamentações;
- i) elaboração de relatório contendo indicação e avaliação dos diferentes cenários apresentados, inclusive no que se refere às questões relacionadas à universalização e convergência dos serviços, dentro dos novos conceitos delineados.

119. Posteriormente, a Agência, em 19/3/2004, encaminhou junto com o Informe PVCPA/PVCP nº 108 (vol. III, fls. 8/9), em meio ótico, documento que é parte integrante do projeto de consultoria contratado conforme a Consulta nº 13/2002 – ANATEL (Processo nº 53500.004164/2002, de seis de dezembro de 2002), o qual tem por objetivo “instrumentalizar a ANATEL, a curto, médio e longo prazo, para o tratamento de questões relativas a interconexão em serviços de telecomunicações”, resultado da contratação sob a égide do Termo de Referência supracitado.

120. O referido documento foi encaminhado em caráter sigiloso por não ter sido ainda aprovado por todas as instâncias deliberativas do órgão regulador.

121. Com efeito, conforme propugna, em linhas gerais, a consultoria contratada:

“O valor definido para as TU-RL se baseia hoje em um modelo de price cap reajustado pelo índice de preços e por um fator de produtividade. Essa tarifa, descolada dos custos, tem levado a diversas distorções:

- Price squeeze, pois o valor da TU-RL é superior ao valor da tarifa de público em alguns casos;
- Dificuldade de entrada de novos players no mercado corporativo, grandes originadores de chamadas;
- Exploração de agregadores de tráfego;
- Existência de subsídios cruzados entre chamadas de longa distância.

Essas distorções são causadas pela desvinculação do valor cobrado pelo uso de rede e o custo incorrido pela prestadora que termina a chamada. A queda significativa das tarifas de interconexão ocasionada pela aplicação do fator de produtividade (em 2004 e 2005) e a definição de um modelo retail-based (2006 e 2007) devem reduzir as distorções hoje existentes. Com a orientação a custos dos valores das tarifas de interconexão, a ser adotado



em 2008, os problemas de price squeeze e dificuldade de entrada de novos players no mercado corporativo serão solucionados ”.

122. Com base nessa análise e com fulcro no § 2º do art. 153, acima destacado, nos parece que Agência tem sido pouco efetiva na regulação da interconexão. A aplicação do *price-caps* para as tarifas de interconexão não se preocupou em trazê-las a níveis eficientes, ou seja, alinhadas ao custo, principal objetivo da regulação de preços.

123. De fato, o modelo de interconexão atualmente em vigor dá indícios de que foi formulado tendo por objetivo principal a garantia da manutenção do equilíbrio econômico financeiro das prestadoras.

124. Deve-se agora agregar a esse objetivo benefícios diretos para o usuário final, por meio de incentivo ao desenvolvimento da livre competição.

125. Contudo, há que se destacar, que, conforme nota da Assessoria de Imprensa da ANATEL, de 16/6/2004, foi divulgada a aprovação pelo Conselho Diretor de três novas Consultas Públicas, com o objetivo de submeter à apreciação da sociedade assuntos diversos, dentre os quais destacamos: *“regras para a separação e alocação de contas, como início da implantação no País do modelo de precificação baseado em custos”*.

126. Essa Consulta Pública submete ao público a proposta de Regulamento de Separação e Alocação de Contas dos Grupos de Prestadoras de Serviços de Telecomunicações. Esse regulamento dá início à introdução no País, segundo o Conselheiro da ANATEL José Pereira Leite na nota acima citada, do modelo de precificação orientado para custo do uso de redes, que compõe um conjunto de cinco regulamentos: 1) regulamento de separação de contas; 2) Regulamento Geral de Interconexão; 3) Remuneração de Redes do STFC; 4) Remuneração de Redes do SMP; e, 5) regulamento para calcular o custo de exploração industrial de linhas dedicadas (EILD). Essa Consulta Pública terá início no dia 21 de junho e o prazo para contribuições vai até 27 de setembro (por meio eletrônico) ou 22 de setembro (por fax, cartas ou e-mail).

127. A equipe de auditoria, em conclusão, entende que, em atendimento à recomendação do TCU, estão sendo adotadas medidas para apurar os custos incorridos pelas incumbentes para que seja possível evitar tarifas de interconexão inadequadas, situação que cria obstáculos ao estabelecimento de um ambiente de competição nos serviços de telefonia. Contudo, a recomendação ainda não foi atendida.

128. Portanto, propomos reiterar esta recomendação e determinar o encaminhamento do cronograma contendo Plano de Ação e o relatório das medidas implementadas para orientar o estabelecimento de tarifas de rede, bem como os resultados dela advindos, tendo em vista que o horizonte de 2008 para que se faça constar nos contratos a existência de um método de cálculo da TU-RL com base em custos ser demasiadamente longo e existir o risco de a Agência não conseguir se instrumentalizar a tempo, dada a complexidade da matéria e o tempo de maturação necessário a sua efetivação.

III.5 MONITORAMENTO DO ITEM 8.2.5 DA DECISÃO TCU Nº 215/2002-P

Realização de um processo de revisão tarifária nas concessões de STFC

“(…) verifique - ante a existência de aumento de tarifas bem acima do IPCA, ante os indícios de impropriedade das tarifas de interconexão fixadas pela Agência, e ante os indícios de impropriedade dos fatores de transferência de produtividade dos contratos de concessão - a oportunidade e/ou conveniência de iniciar um processo de revisão tarifária nas concessionárias de STFC e SMC, com o intuito de adequar as tarifas à realidade de custos das operadoras e ao estabelecido pela Lei Geral das Telecomunicações, permitindo a correção de desequilíbrios



existentes nas tarifas, sejam elas relacionadas ao serviço em si, à interconexão de redes, ou ao compartilhamento de infra-estrutura”;

ANÁLISE

129. Inicialmente, é importante se ter em mente que a prestação dos serviços públicos é atribuição originária da Administração, que pode delegá-la (a prestação) a terceiros. O poder concedente não pode, portanto, perder de vista que o objetivo final de todo o relacionamento construído com os agentes delegados é o de assegurar o fornecimento de serviços a um conjunto de usuários (famílias e empresas), a preços razoáveis.
130. Por meio do Ofício nº 132/2002/AUD/SUE (vol I, fls. 2/5), a ANATEL encaminhou o Memorando MM 377/2002/SPB (Vol. 1, fls. 13/16), da Superintendência de Serviços Públicos, no qual, resumidamente, afirma que os valores atuais das tarifas decorrem de estudos realizados anteriormente, da estrita aplicação da fórmula de reajuste dos contratos de concessão e do acompanhamento da ANATEL, o que acarretaria o equilíbrio entre o interesse público e a equação econômico-financeira da concessão.
131. Ressaltou ainda a SPB, que com o acompanhamento tarifário realizado pelo órgão regulador, contendo detalhamento contínuo das receitas e despesas incorridas, e considerando os resultados do serviço de consultoria que irá desenvolver um método para acompanhamento da situação econômico-financeira das concessionárias do STFC (item 8.2.2 da Decisão 215/2002), a ANATEL está atenta para a coibição de situações de desequilíbrio contratual ou enriquecimento imotivado.
132. A recomendação inserida no item 8.2.2 da Decisão nº 215/2002-P decorreu da constatação de que a Agência tinha poucas informações a respeito da situação econômico-financeira real das operadoras, bem como a respeito dos custos de prestação dos serviços. Na época, verificou-se que a ANATEL se limitava a receber e arquivar os balanços oficiais encaminhados pelas operadoras, sem que fosse realizada qualquer análise.
133. Conforme relatado no item III.2 deste relatório, a consultoria contratada para efetuar esse tipo de análise baseou seus estudos nas demonstrações públicas divulgadas pelas companhias de forma consolidada, sem informações individualizadas ou detalhadas de receitas e custos por modalidade de serviço.
134. Não se verificou, portanto, a realização de estudos “*com detalhamento contínuo das receitas e despesas incorridas*” (MM 377/2002/SPB-ANATEL, vol. I, fl. 16) que evidenciem a evolução de custos por modalidade de serviço. Assim, não há como concordar com as afirmações da Agência no sentido de que as tarifas praticadas são compatíveis com os custos das empresas nem com o entendimento de que não há desequilíbrio dos contratos de concessão.
135. Em reuniões com técnicos da SPB, a equipe de auditoria verificou que o entendimento existente é de que o papel da Agência se limita a aplicar os reajustes tarifários conforme o estabelecido nos contratos de concessão, e isso basta para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Na verdade, existe uma forte resistência à utilização do mecanismo da revisão tarifária para reposicionar as tarifas, com a justificativa de que isso significaria o rompimento do contrato, o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro ou até caracterizaria um comportamento oportunístico da Agência.
136. Esse argumento a respeito do mecanismo de revisão tarifária está equivocado, pois, ao contrário, a LGT e os contratos de concessão preconizam a revisão como mecanismo de restabelecimento do equilíbrio da concessão. Não há como supor que a instauração de um procedimento revisional configuraria rompimento de contrato, conforme se demonstrará adiante.



137. Pode se dizer que é legítima a preocupação em relação ao oportunismo, pois, a efetividade de qualquer sistema regulatório, principalmente quando se trata de regulação de incentivos, depende da certeza quanto ao comportamento do órgão regulador no futuro. Se o órgão atuar com o objetivo de confiscar ganhos, reduzir receitas ou expropriar lucros, o resultado será a inibição de investimentos. Assim, a ausência de comportamento oportunístico por parte do regulador e o cumprimento das regras pré-estabelecidas são fundamentais.

138. Contudo, quando há indícios de um desequilíbrio econômico-financeiro das concessões, não cabe falar de oportunismo. Nesse caso, a omissão da Agência em proceder a revisão tarifária caracteriza afronta à LGT, aos contratos e põe em risco a eficácia e a credibilidade da regulação.

139. Para que se possa compreender a necessidade de um processo de revisão tarifária nas concessões, é preciso analisar o regime legal aplicável ao controle das tarifas de STFC, o modelo de controle de preços estabelecido nos contratos de concessão, os pressupostos teóricos desse modelo, bem como a adoção dessa metodologia por outros órgãos reguladores.

REGULAÇÃO POR INCENTIVOS E PRICE-CAPS

140. O tipo de controle de preço que era usualmente adotado no Brasil é conhecido pela literatura econômica como regulação via taxa de retorno, *cost plus* ou, ainda, regulação pelo custo do serviço. Esse tipo de regulação de preços consiste em limitar os preços de tal maneira que a firma regulada ganhe o suficiente para cobrir seus custos mais uma taxa de remuneração sobre o capital investido.

141. O antigo Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei nº 4.117, de 27/8/1962, – estabelecia que as tarifas seriam fixadas pelo Poder Público com base no conceito de custo do serviço, acrescido da justa remuneração do capital:

“Art 43. As tarifas devidas pela utilização dos serviços de telecomunicações prestados pela entidade serão fixados pelo Conselho Nacional de Telecomunicações de forma a remunerar os custos totais dos serviços, as amortizações do capital investido e a formação dos fundos necessários à conservação, reposição, modernização dos equipamentos e ampliações dos serviços.

(...)

Art 101. Os critérios para determinação da tarifa dos serviços de telecomunicações, excluídas as referentes à Radiodifusão, serão fixados pelo Conselho Nacional de Telecomunicações de modo a permitirem:

- a) cobertura das despesas de custeio;*
- b) justa remuneração do capital;*
- c) melhoramentos e expansão dos serviços (Art. 151, parágrafo único Constituição de 1946).”*

142. Tal dispositivo tinha como inspiração o parágrafo único do art. 151 Constituição de 1946:

“Art. 151(.) Parágrafo único. Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender a necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.”



143. Conforme relatado no TC 010.632/1996-4 (Auditoria Operacional do Sistema de Telecomunicações Brasileiro), essa justa remuneração (art. 101, “b”, da Lei nº 4.117/62) foi fixada em 12% ao ano pela Resolução nº 43/66 do Conselho Nacional de Telecomunicações, com a redação alterada pela Portaria nº 1.381/78 do Ministério das Comunicações.

144. Esse tipo de regulação de preço pelo custo dos serviços foi amplamente utilizada, por exemplo, nos Estados Unidos, até a década de 80. No entanto, já nos anos 60, esse sistema de regulação começou a ser fortemente criticado ao se constatar que, sob essas regras, as empresas não tinham nenhum incentivo para controlar ou reduzir seus custos. De fato, ao se fixar os preços com base nos custos incorridos, qualquer elevação de custos era transferida integralmente às tarifas. Da mesma forma, as empresas também não tinham motivos para baixar seus custos pois qualquer diminuição deles acarretaria diminuição de tarifas e, conseqüentemente, diminuição da receita.

145. Outra falha do controle de tarifas pelo custo do serviço é o estímulo ao sobreinvestimento, pois, uma vez que a tarifa é calculada de forma a remunerar o investimento, as firmas costumam investir além do necessário, assegurando maiores ganhos, via remuneração dos investimentos que são, em última análise, arcados pelos usuários por meio das tarifas.

146. Por causa dessas deficiências, novos modelos de regulação foram desenvolvidos, em especial com a preocupação de se criar mecanismos que incentivassem as empresas a serem mais eficientes. A regulação via preços máximos, também conhecida como *price-caps*, foi um desses mecanismos, e passou a ser amplamente aceita e utilizada – ainda que na maior parte das vezes em conjunto com outros modelos.

147. O *price-cap* é caracterizado pela definição de preços máximos a serem praticados pela empresa que, **por um prazo determinado**, terá os seus preços corrigidos por um índice de inflação, menos um percentual equivalente a um ganho de produtividade estimado, chamado de fator X.

148. Essa técnica incentiva a eficiência, pois com preços fixos e corrigidos pela inflação, as empresas podem auferir maiores lucros se reduzirem seus custos em termos reais. Parte desses ganhos são repassados aos consumidores por meio do fator X. Ao fim de um **período de controle**, os preços e o fator X são revistos e **um novo ciclo** se inicia.

149. O *price-cap* foi originalmente adotado na Inglaterra, em 1983, para regular a lucratividade da British Telecom (BT) após sua privatização, por sugestão de Stephen Littlechild¹. Posteriormente, com a condução de Littlechild ao cargo de *Director General of Electricity Supply*, essa metodologia passou a ser adotada também no setor elétrico inglês e se espalhou pelos demais setores de infra-estrutura.

150. Em que pesem alegações quanto à sua simplicidade, essa metodologia apresenta diversos problemas de implementação. Segundo PIRES e PICCININI²:

“Na prática, os critérios de escolha e revisão do fator X são semelhantes aos utilizados na escolha da taxa interna de retorno no método do custo do serviço, descrito anteriormente. Estes critérios incluem a análise dos valores dos ativos existentes, do custo de capital, da taxa esperada de crescimento da produtividade, do plano de investimentos das empresas, do comportamento da demanda e do ambiente de mercado em que a firma está inserida, bem como processos de negociação com as concessionárias. Na realidade, portanto, ambos os métodos têm custos regulatórios similares. (...)”

¹ LITTLECHILD, S., *Regulation of British telecommunications profitability*. London: HMSO, 1983.

² PIRES, J.C.L., PICCININI, M., *Mecanismos de regulação tarifária do setor elétrico: a experiência internacional e o caso brasileiro*. Rio de Janeiro: BNDES, jul. 1998 (Texto para Discussão nº 64).



Os recentes processos revisionais ocorridos na Inglaterra mostraram que algumas das supostas vantagens deste método em relação ao controle da taxa de retorno não ocorreram na extensão esperada. Embora um dos objetivos do RPI – X fosse abdicar dos complexos acompanhamentos de custos contábeis de capital e de mensuração de taxas de retorno (que demonstraram ser ineficientes no passado), o regulador, na prática, passou a ter que tratar de uma série de variáveis necessárias à determinação de X”.

151. A semelhança quanto aos cálculos necessários aos modelos de regulação por preços máximos e taxa de retorno foi ressaltada por Richard Green³, tendo-se verificado que, para o cálculo do fator X na revisão tarifária realizada em 1989, o órgão regulador britânico construiu um modelo financeiro da British Telecom destinado a projetar, para distintos valores de X, os lucros futuros da companhia e sua taxa de retorno sobre o capital. Esse modelo permitiu ao regulador escolher um fator X de modo a eliminar os ganhos auferidos pela empresa superiores ao seu custo de capital. Apesar da semelhança dos cálculos envolvidos, a existência de um período fixo de revisão constituía incentivo maior à redução de custos do que o modelo de taxa de retorno.⁴

152. Além da complexa questão quanto à determinação do fator X, inúmeros outros problemas aparecem quando da implementação de um controle de preços via *price-caps*, como, por exemplo, o estabelecimento do nível e da estrutura de preços inicial, do índice de correção a ser adotado, do período a ser estabelecido entre as revisões, do repasse de custos ao consumidor, do compartilhamento de ganhos etc.

153. Interessa aqui tratar do período compreendido entre as revisões de preços na prestação de serviços públicos, conhecido como intervalo regulatório (*regulatory lag*). A definição desse período possui grande relevância para o resultado adequado da regulação, pois as condições inicialmente estabelecidas podem se alterar consideravelmente com o decorrer do tempo, resultando em benefício ou em prejuízo para as partes.

154. Por exemplo, uma regulação via *price-caps* com revisões em intervalos curtos mantém as tarifas sempre próximas aos custos e, praticamente, elimina o incentivo à eficiência, já que a redução dos custos é prontamente repassada às tarifas. Por outro lado, são muitos os efeitos nocivos de um intervalo regulatório longo que, em geral, decorrem de problemas de estimação do fator X ou do índice de correção adotado.

155. O regulador não pode estimar um fator X perpétuo, até mesmo porque o ganho de produtividade de uma indústria não permanece constante ao longo do tempo, e sua intensidade é influenciada por inovações tecnológicas usualmente imprevisíveis. Portanto, os ganhos de produtividade futuros podem ser maiores ou menores do que originalmente estabelecido pelo regulador. Ou seja, pode ocorrer que os ganhos da firma cresçam ou se reduzam por um prazo demasiado longo sem que os consumidores se beneficiem ou paguem por isso.

156. Efeitos semelhantes podem ser provocados por um índice de inflação que não retrate a variação de preços dos insumos. As distorções introduzidas por reajustes inadequados podem se acumular ao longo dos anos de modo a ocasionar tarifas abaixo ou acima dos custos. No caso de tarifas superiores aos custos, não haverá incentivos à eficiência empresarial e, pior, haverá uma injusta transferência de

³ GREEN, Richard. *Has Price Cap Regulation of U.K. Utilities Been a Success?*. Public Policy for the Private Sector. Banco Mundial. 1997

⁴ No original: “The regulator gave little information on this decision at the time, but later explained how the new value of X had been chosen. His staff had built a financial model of BT (in consultation with the company) so that they could predict BT’s profits and rate of return on capital, given a value of X. In 1988, BT earned more than its perceived cost of capital, so the regulator chose a value of X predicted to eliminate the excess return by the end of the price control period (set at four years). This approach has much in common with the calculations used in rate-of-return regulation, although the fixed review period and the regulator’s ability to disregard excessive costs give the company a greater incentive to be efficient and force it to bear more risks”.



renda dos usuários para a firma. De fato, a empresa pode deixar de buscar a eficiência e a redução de custos se, reiteradamente, as tarifas forem reajustadas em índices superiores à variação de seus custos.

157. A relevância da definição do intervalo regulatório é assinalada por PICCININI⁵:

“No método tarifário price-cap, por sua vez, o intervalo regulatório não deve ser muito extenso, tendo em vista as dificuldades do regulador em fiscalizar as empresas e observar mudanças que possam gerar lucros ou prejuízos excessivos. A definição da extensão do intervalo regulatório, juntamente com o nível do preço-teto, é um instrumento importante para reduzir os riscos e balancear os benefícios entre os agentes. Por exemplo, a redução do lag regulatório para intervalos muito curtos pode aumentar o risco regulatório das firmas, ao reduzir sua oportunidade de apropriar lucros extraordinários, enquanto que a fixação de um price-cap elevado beneficiaria as firmas mas não permitiria a apropriação, pelos consumidores, de uma baixa imprevista de custos”.

158. Littlechild⁶ relata que os controles de preços no Reino Unido eram fixados em períodos de 3 a 5 anos. O objetivo desse prazo seria assegurar a aplicação do controle por um tempo razoável, mas não demasiadamente longo que mudanças circunstanciais tornassem inapropriados os controles estabelecidos.

159. A indefinição quanto à data precisa para a realização da revisão tarifária é em geral, tida como inadequada. O órgão regulador inglês, o *Office of Telecommunication* – Oftel, por exemplo, em consulta pública realizada em 1997, expressamente afirma que, na improvável hipótese de fixação de preços teto por período indeterminado sem a realização de revisão tarifária, ou surgiriam lucros excessivos ou a firma seria levada a desistir do negócio⁷.

160. A Tabela 3 evidencia os intervalos regulatórios, ou seja, os intervalos entre revisões tarifárias bem como os fatores de produtividade (fator X) adotados pelo Oftel.

Tabela 3 - Fator de produtividade: a experiência do Reino Unido.

Período	Fator X
1984/89	3,0
1989/91	4,5
1991/93	6,25
1993/97	7,5
1997/01	4,5
2001/05	4,5

Fonte: Oftel

161. Verifica-se que mesmo em um país de economia estável, as revisões tarifárias no setor de telecomunicações ocorrem de forma rotineira em intervalos que variam de 3 a 5 anos. A revisão é inerente à regulação por preços máximos, e não exógena. Não há necessidade de se alegar qualquer evento externo para procedê-la. Ao fim de cada intervalo regulatório, além da definição das novas tarifas e do novo fator X, define-se também o prazo em que serão aplicados os novos valores. Ou seja, fixa-se, também, o novo intervalo regulatório, indicando, desde seu início, a data em que ocorrerá nova revisão.

⁵ PIRES, J.C.L., PICCININI, M., *Mecanismos de regulação tarifária do setor elétrico: a experiência internacional e o caso brasileiro*. Rio de Janeiro: BNDES, jul. 1998 (Texto para Discussão nº 64).

⁶ Littlechild, Stephen. “Privatization, Competition and Regulation in the British Electricity Industry. With Implications for Developing Countries”, Banco Mundial, 2000.

⁷ No original: “1.38 The duration of a price cap is clearly an important issue. If a price cap were set for an indefinite period and never reviewed - admittedly an unlikely possibility given its consumer protection role - either excessive profits would build up or the firm would go out of business. On the other hand, too short a period would destroy the important incentive properties”.



162. Merece registro ainda o levantamento realizado pelo órgão regulador peruano do setor de telecomunicações (Opsitel) a respeito dos valores de X que vinham sendo praticados no mundo, estudo este que foi divulgado em uma cartilha que busca esclarecer à população o mecanismo de compartilhamento de ganhos adotado no país:

Tabela 4 - Fator de produtividade: experiência comparada.

País	Fator X
Estados Unidos	3,0 a 4,0
França	4,5
Irlanda	8,0
México	3,0
Portugal	4,0
Reino Unido	4,5

Fonte: Opsitel

163. Evidencia-se uma clara disparidade entre os diversos valores encontrados decorrente das diferentes situações em que se encontram os sistemas de telecomunicações dos distintos países, tal como o grau de eficiência das empresas, o grau de universalização e ainda o respectivo estágio de evolução tecnológica.

164. Note-se que o valor de X dependerá, ainda, da redução de preços implementada a cada revisão tarifária. Um órgão regulador pode decidir apenas aumentar o valor de X a ser adotado no próximo período regulatório ou pode escolher manter ou reduzir X e, ao mesmo tempo, reduzir as tarifas no início do novo período de modo que o resultado final seja equivalente. Cabe, portanto, ao órgão regulador, verificar qual a melhor estratégia para assegurar o repasse ao consumidor da redução de custos obtida pelas concessionárias.

165. Em todo caso, resta claro que a realização de revisões tarifárias periódicas é essencial para que, na prática, a fixação de preços máximos venha a produzir os incentivos e os efeitos desejados, como a redução de custos e o compartilhamento de ganhos de produtividade, bem como é essencial para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ao longo do período de duração do contrato.

166. Não é por outra razão que os órgãos reguladores, ao adotarem o mecanismo de controle de tarifas via *price caps*, fixam também o período regulatório, indicando a data em que se procederá a revisão contratual.

167. Isaac Benjó⁸ assim destaca a relevância das revisões tarifárias: “*Conceitualmente, devemos considerar que ‘RPI’ representa a variação percentual de um índice oficial de preços no varejo e ‘X’ um percentual a ser deduzido (ou acrescido, se ‘X’ for negativo) correspondente a parte da produtividade obtida. ‘RPI-X’ compõe o fator de reajuste que o regulador permite periodicamente ao concessionário. As formas de determinação de ‘X’ e da periodicidade de reajustamento (regulatory lags) são elementos básicos ao sucesso do modelo*” (grifamos).

168. De igual modo, José Cláudio Linhares Pires, ao analisar diversas metodologias de regulação, assim se manifesta⁹:

“Independentemente do método tarifário ser aplicado, o regulador precisa determinar qual será o intervalo de regulação. Ou seja, além de determinar a tarifa inicial para o serviço

⁸ (in Fundamentos da Economia da Regulação. Rio de Janeiro: Thex, 1999, p. 90)

⁹ (in “Avaliação dos modelos tarifários: *price-cap*, retorno sobre o investimento, *benchmark regulation*, *yardstick comparison*”. Regulação, defesa da concorrência e concessões. FGV. 2002. Pag.75)



público e como ela será regulada, o regulador deve estabelecer períodos revisionais nos contratos porque estes, por natureza, são imperfeitos e não podem prever todas as mudanças no ambiente da firma durante todo o tempo da concessão. É necessário estabelecer tais períodos para que o regulador, a empresa e os consumidores, por meio de audiências públicas, discutam as novas condições de oferta e demanda e redefinam os patamares e as estruturas tarifárias.

(...) No caso do price-cap não se deve estabelecer um intervalo muito longo porque pode haver uma defasagem muito grande entre custos e preços e a empresa se apropriar de um lucro extraordinário, dificultando inclusive a tarefa do regulador no momento da revisão. Assim, a experiência internacional mostra que o intervalo de revisão deve ser de quatro a cinco anos”.

169. Como visto anteriormente, a ausência da revisão ordinária ou periódica, pode gerar efeitos devastadores sobre o equilíbrio do contrato e, por isso, não é usualmente adotada pelos reguladores de serviços públicos. Como se verá adiante, a ausência de previsão explícita para a realização de revisão tarifária ordinária é um dos principais equívocos do marco regulatório do setor de telecomunicações no Brasil.

O CONCEITO DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO

170. As noções fundamentais apresentadas pela doutrina jurídica brasileira quanto ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão sofrem forte influência dos conceitos oriundos do direito francês. As construções teóricas do regime francês, tais como a teoria da imprevisão e o fato do príncipe, decorrem da produção jurisprudencial do Conselho de Estado francês que, ao longo dos anos, foi construindo as hipóteses que demandariam a revisão dos contratos.

171. Por decorrer de demandas judiciais, a construção teórica francesa a respeito do equilíbrio econômico-financeiro ocupou-se prioritariamente das hipóteses em que se deveria proteger o concessionário de determinados tipos de risco.

172. Nos Estados Unidos, a jurisprudência a respeito do controle tarifário dos serviços públicos segue trajetória diversa, pois que a intervenção estatal ocorre justamente para coibir o abuso do poder econômico na fixação de preços, sem deixar de cuidar da continuidade na prestação dos serviços.

173. Segundo relata Caio Tácito, o equilíbrio financeiro na exploração do serviço é um dos alvos fundamentais do sistema norte-americano de regulação de preços públicos:

“A regulation opera tanto no sentido de impedir a fixação de tarifas discriminatórias ou excessivas, defendendo os interesses dos consumidores ou usuários, como no propósito de assegurar às empresas uma remuneração apropriada, afastando a possibilidade de tarifas confiscatórias ou deficitárias”.

174. Note-se que no direito norte-americano, mais do que na jurisprudência francesa, há uma forte preocupação em proteger o consumidor ao mesmo tempo em que se assegura uma remuneração adequada ao concessionário. É esse equilíbrio de interesses que permeia a atividade regulatória e que irá levar à construção jurisprudencial norte-americana do conceito de tarifas justas e razoáveis.

175. É interessante notar a influência dessa concepção na própria LGT, que não textualiza o conceito de modicidade tarifária tradicionalmente mencionado pela doutrina, para aderir à tradição americana de razoabilidade tarifária:



“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; (...).”

176. Ainda segundo Caio Tácito:

“A regulamentação (regulation), a princípio legislativa, mais tarde judiciária e, agora, precipuamente administrativa dirige-se, portanto, primariamente, a garantir a prestação de serviço adequado, mediante tarifas satisfatórias. (...) A noção da razoabilidade e justiça das tarifas visa à conciliação desses dois interesses respeitáveis, ‘on balancing the relative rights of consumers and investors’”.

177. Os doutrinadores brasileiros, ao tratarem do tema, costumam se limitar à relação de equilíbrio entre as obrigações do concessionário e a sua remuneração e, em geral, discorrem (e discordam) a respeito das hipóteses em que o concessionário pode pedir revisão do contrato. A maioria não deixa claro o entendimento a respeito da reciprocidade do equilíbrio – a possibilidade de se reequilibrar os contratos em favor da Administração ou dos usuários. Nesse sentido, merece registro a opinião de Marçal Justen Filho de que não é só o concessionário que pode demandar o equilíbrio econômico financeiro:

“Não há dúvida alguma de que o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo beneficia também a Administração Pública. Ou seja, se as condições extraordinárias produzirem benefício extraordinário e imprevisível para o particular, a vantagem não poderá ser embolsada por ele. A garantia em favor do particular contra prejuízos extraordinários apenas pode ser justificada se imposta concomitantemente à vedação à apropriação de vantagens de igual natureza”¹⁰.

178. Note-se que não se trata de conceito exclusivo do direito administrativo, pois que é usual também no direito privado, onde o contrato bilateral expressa uma equivalência entre prestações e obrigações de ambas as partes. Na acepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, esta é a exata definição de equilíbrio econômico-financeiro: *“relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá.”*

179. A idéia de equilíbrio econômico financeiro como uma relação de igualdade e reciprocidade entre os direitos dos consumidores e dos investidores foi incorporada aos contratos de concessão de STFC, que assim estabeleceram:

“Capítulo XII - Da Proteção da Situação Econômica da Concessionária e da Revisão das Tarifas

Cláusula 12.1. - Constitui pressuposto básico do presente Contrato a preservação, em regime de ampla competição, da justa equivalência entre a prestação e a remuneração, vedado às partes o enriquecimento imotivado às custas de outra parte ou dos usuários do serviço, nos termos do disposto neste Capítulo”.

180. Por se tratar de **pressuposto básico** do contrato de concessão, qualquer interpretação do contrato no que tange ao equilíbrio econômico-financeiro e à aplicação de cláusulas pertinentes ao reajuste e revisão deve considerar sempre a relação de igualdade e proporcionalidade que protege todos os envolvidos na relação jurídica, inclusive os usuários.

¹⁰ (Justen Filho, 2000, p. 54)



181. Nos termos claros do contrato, a fixação de tarifas em um nível que não remunerasse adequadamente os serviços prestados caracterizaria uma situação de desequilíbrio em que os usuários estariam usufruindo um benefício às custas da sub-remuneração do concessionário. De modo semelhante, o concessionário que estivesse auferindo receitas, além do que seria justo e razoável, estaria ganhando às custas da sobretarifa dos consumidores, o que caracteriza, também, desequilíbrio. Ambas as situações são proibidas pelo contrato, e a ocorrência de qualquer uma delas enseja a atuação do regulador para assegurar o equilíbrio.

182. À luz dos conceitos aqui tratados, passa-se a analisar a legislação e as regras aplicáveis ao setor de telecomunicações:

183. A disciplina legal a respeito do reajuste e da revisão de tarifas se encontra estabelecida no art. 108 da LGT e respectivos parágrafos, conforme transcrição a seguir:

“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.

§ 4º A oneração causada por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como pelo aumento dos encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda, implicará a revisão do contrato.”

184. O reajuste e a revisão tarifária são, portanto, na forma da lei, instrumentos destinados a compartilhar com os usuários os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços e a **transferir integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial**. Ou seja, a lei permite ao concessionário apropriar uma parte dos ganhos decorrentes de sua atuação empresarial, mas proíbe que este possa auferir ganhos de outra natureza, ainda que relacionados à prestação do serviço. Essa garantia visa propiciar incentivos adequados à eficiência.

185. O repasse integral aos usuários de ganhos não decorrentes da atuação empresarial é uma forma de assegurar proteção ao consumidor e garantir a razoabilidade tarifária, pois que o concessionário deve repassar às tarifas quaisquer ganhos para os quais não tenha concorrido. Vê-se aqui que a Lei trata como indevido o ganho econômico que não decorra do esforço empresarial.

186. O dispositivo legal citado apresenta de forma exemplificativa (“em casos como os de”) uma hipótese de fato do príncipe e uma de fato da administração, mas não são esses os únicos casos que demandarão o repasse integral dos ganhos aos usuários.

187. De fato, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a possibilidade de revisão contratual sempre que constatado o desequilíbrio das relações estabelecidas. Se, por alguma razão, decorrente de álea econômica extraordinária, por exemplo, as tarifas se tornarem excessivas frente ao real ônus da prestação dos serviços, restará verificado o desequilíbrio entre as prestações e sua remuneração, sendo necessária a redução das tarifas de modo a preservar o equilíbrio pactuado.



188. Note-se ainda a infeliz redação do § 4º que, ao buscar positivar a obrigatoriedade da realização da revisão tarifária em decorrência do fato do príncipe e da álea econômica extraordinária, adotou as expressões “oneração” e “aumento de tributos”. Evidentemente, a supressão ou diminuição de tributos igualmente enseja a revisão do contrato, assim também a ocorrência de fato da administração que desonere o serviço, como, aliás, prevê o § 3º anterior.

189. Nota-se, assim, que o reajuste e a revisão são instrumentos complementares que se destinam a assegurar tarifas eficientes e justas que conciliem, com equilíbrio, as preocupações e os interesses dos consumidores, das concessionárias e da sociedade como um todo.

190. Qualquer contrato administrativo de execução de serviços encontra-se sujeito a condicionantes financeiras, econômicas e operacionais que, naturalmente, são mutáveis ao longo do tempo. Os contratos de concessão de serviços públicos não são exceção. Em geral, seus prazos são bastante longos, o que potencializa os efeitos que as sucessivas modificações no meio ambiente terão sobre as condicionantes inicialmente consideradas e torna provável a ocorrência de distorções.

191. Não é outra a razão por que usualmente tais contratos prevêem mecanismos de reajuste automático, que se destinam a recompor as tarifas dos serviços em razão da mudança dos custos de sua prestação. Trata-se de uma sistemática que tenta reduzir as distorções que podem ocorrer ao longo do tempo.

192. O reajuste pode ser definido, segundo Luiz Alberto Blanchet¹¹, como correspondente “*aos acréscimos resultantes das variações dos preços dos insumos necessários à prestação do serviço, verificados dentro da periodicidade prevista no contrato de concessão, calculando-se-o mediante aplicação de fórmula que também deverá estar prevista no mesmo contrato*”.

193. Na mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca:

“(…) o reajuste configura hipótese em que a tarifa substancialmente não muda; altera-se, apenas, o preço que a exprime. Como persistem os mesmos fatores inicialmente levados em conta, a tarifa é apenas atualizada, a fim de acompanhar a variação normal do preço dos insumos, sem que lhe agreguem acréscimos, pois não há elementos novos interferentes com ela”.

194. Evidentemente, à luz do ensinamentos enunciados, seria indevido o pretensão reajuste que efetivamente aumentasse a tarifa e não apenas a atualizasse monetariamente. O reajuste não deveria ser superior à variação de preços dos insumos, agregando-lhes valor sem justificativa.

195. No momento da celebração do ajuste, as partes adotam índice que presumidamente deve traduzir a real modificação do nível de preços. A atualização do preço mediante reajustes pactuados no contrato constitui apenas tentativa de se assegurar a equivalência real entre as prestações e os valores monetários correspondentes.

196. Há que se ter em mente, todavia, que tanto o índice quanto a fórmula pactuados se presumem adequados à preservação do equilíbrio contratual. Essa presunção nem sempre se verifica na prática. De fato, é normal que o comportamento de um determinado índice acordado não retrate a variação de preços efetivamente incorrida, pois nenhum índice retrata precisamente a variação de custos de uma determinada empresa ou setor a não ser que sua metodologia de cálculo tenha sido projetada especificamente para esse fim. Apesar do cuidado na escolha do índice, diversos elementos externos podem resultar em uma variação completamente diversa dos custos das empresas.

¹¹ (in Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Juruá)



197. Essas distorções podem operar tanto contra os usuários dos serviços – impondo-lhes injusta onerosidade – quanto contra a concessionária – proporcionando um incremento de receita insuficiente para fazer frente à real elevação dos custos.
198. Não se trata aqui de erro ou vício na celebração do contrato, mas da constatação de que o comportamento de determinado índice não é de antemão previsível, razão pela qual usualmente são contratados índices oficiais ou os divulgados por instituições idôneas e reconhecidas como forma de mitigação do risco.
199. Como visto, o reajuste tarifário deve tão-somente recompor o número que exprime os custos da firma. Em outras palavras, ainda que o índice de reajuste possa alterar nominalmente as tarifas, não deverá modificá-las em termos reais.
200. Constatada qualquer distorção, caberia, em princípio, a recomposição do equilíbrio contratual. Absurdo seria entender que, ao acordar um índice, o contratado estaria abrindo mão da equação econômico-financeira e aceitando arcar com prejuízos caso o indexador pactuado não retratasse o efetivo aumento de preços de seus insumos. Igualmente irracional seria pretender que a administração e os usuários concordaram em arcar com ônus decorrente de reajuste de tarifas irreais, que não corresponda à elevação de preços efetivamente incorrida pelo prestador do serviço.
201. Evidencia-se que o direito assegurado aos concessionários, assim como a qualquer outro que celebre contrato com a Administração, refere-se à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pactuado e não à correção de suas tarifas por determinado índice. Vale dizer, o que é assegurado ao contratante é o direito à manutenção da relação de proporcionalidade entre as prestações e as respectivas remunerações. O índice pactuado é mero instrumento pelo qual se procura resguardar o equilíbrio contratual. Evidentemente que, se insuficiente, a sua utilização pode ocasionar onerosidade excessiva ao concessionário, rompendo-se então o equilíbrio e ensejando a revisão tarifária. De igual modo, se excessivo o índice, oneram-se os usuários, caracterizando-se, assim, igual desproporção entre a remuneração e o serviço prestado.
202. Conforme Bandeira de Mello:
- “para que as partes cumpram devidamente o ajuste em toda sua lisura, boa-fé e lealdade, como de direito, cumpre que atendam ao efetivamente pretendido, respeitando a real intenção das vontades que se compuseram”. E, ainda, “quando os índices oficiais a que se reporta o contrato deixam de retratar a realidade buscada pelas partes quando fizeram remissão a eles, deve-se procurar o que foi efetivamente pretendido, e não simplesmente o meio que deveria levar – e não levou – ao almejado pelos contraentes. Não padece dúvida de que os índices são um meio e não um fim. A eleição de um meio inexato não pode ser causa elisiva do fim, mas apenas de superação do meio inadequado”.*
203. A natureza instrumental do índice de reajuste se torna evidente no contrato de concessão de STFC que, em sua Cláusula 11.1, estipula a correção com base na fórmula contratual como mera possibilidade:
- “Cláusula 11.1. - A cada intervalo não inferior a 12 (doze) meses, por iniciativa da ANATEL ou da Concessionária, observadas as regras da legislação econômica vigente, as tarifas constantes do Plano Básico do Serviço Local - Anexo 03, poderão ser reajustadas mediante a aplicação da seguinte fórmula:”*
204. Resta evidente que o contrato não prevê a aplicação compulsória da fórmula, mas tão-somente a reconhece como meio presumidamente adequado à manutenção do equilíbrio pactuado. Nada há no contrato que impossibilite o uso de outra fórmula de reajuste, em especial caso se verifique que a



aplicação do índice previsto no contrato resultará em desequilíbrio e onerosidade excessiva a uma das partes.

205. Já se mencionou aqui a Cláusula 12.1 (fl. 27) do contrato de concessão de STFC que assegura, como pressuposto básico, a preservação da justa equivalência entre a prestação e a remuneração, vedado às partes o enriquecimento imotivado às custas de outra parte ou dos usuários do serviço.

206. O §2º da cláusula citada considera ser indevido, imotivado, sem razão de ser e, portanto, absolutamente vedado, o enriquecimento decorrente de ganhos econômicos não advindos diretamente da eficiência empresarial do concessionário, em especial – mas não exclusivamente – quando decorrentes da edição de novas regras sobre o serviço:

“§ 2º - É também vedado o enriquecimento imotivado da Concessionária decorrente da apropriação de ganhos econômicos não advindos diretamente da sua eficiência empresarial, em especial quando decorrentes da edição de novas regras sobre o serviço”.

207. Conforme visto anteriormente, a Lei assegurou a transferência integral, aos usuários, dos ganhos econômicos que não decorressem diretamente da eficiência empresarial. O contrato, por sua vez, foi ainda mais rígido e proibiu o concessionário de auferir ganhos para os quais não tenha contribuído diretamente. Vale dizer, os ganhos econômicos não advindos da eficiência empresarial são considerados, nos termos da lei e do contrato, ganhos indevidos, imotivados.

208. Trata-se, portanto, de cláusula em perfeita consonância com os dispositivos legais, pois que a lei faculta ao concessionário a percepção compartilhada de ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas. Os demais ganhos econômicos devem ser tidos como imotivados pois que o concessionário não lhes deu causa, a exemplo de ganhos resultantes de fato do príncipe, fato da administração e da álea econômica extraordinária.

209. O contrato, portanto, reconhece que, acima de tudo, deve-se assegurar o equilíbrio mencionado e evitar que uma parte sofra prejuízo em detrimento de outra. A única exceção a esse princípio se encontra no § 1º da cláusula 12.1, onde se constata que devem ser suportados integralmente pelo concessionário os prejuízos decorrentes de:

“I - negligência, inépcia ou omissão na exploração do serviço;

II - riscos normais à atividade empresarial;

III - gestão ineficiente dos seus negócios, inclusive aquela caracterizada pelo pagamento de custos operacionais e administrativos incompatíveis com os parâmetros verificados no mercado; ou

IV - incapacidade de aproveitar as oportunidades existentes no mercado, inclusive no atinente à expansão, ampliação e incremento da prestação do serviço objeto da concessão.”

210. Na hipótese de qualquer desequilíbrio contratual não decorrente dos fatores acima enumerados, deve-se buscar o restabelecimento da situação econômica avençada, preferencialmente com o uso do instrumento contratual da revisão tarifária, conforme estabelece a cláusula 12.2:

“Cláusula 12.2. - Caberá o restabelecimento da situação econômica do Contrato quando ficar demonstrada a inocorrência dos fatores indicados no § 1º da cláusula anterior, o qual dar-se-á preferencialmente pela revisão de tarifas ou por qualquer outro mecanismo que, a critério da ANATEL, seja considerado apto a neutralizar a situação verificada”.



211. Depreende-se, portanto, que a revisão tarifária pode e deve ocorrer a qualquer momento em que se verificar o desequilíbrio contratual. Como regra geral, não há qualquer restrição à sua realização, salvo quando o desequilíbrio resultar da ação do próprio concessionário.

212. Independentemente do regime geral aplicável às revisões tarifárias, o contrato de concessão trata ainda de situações específicas em que caberá revisão de tarifas **em favor do concessionário ou dos usuários**, conforme se segue:

“Cláusula 12.3. - Independentemente do disposto na cláusula 12.1., caberá revisão das tarifas integrantes do Plano Básico do Serviço Local em favor da Concessionária ou dos usuários, nos termos do art. 108 da Lei nº 9.472, de 1997, quando verificada uma das seguintes situações específicas:

I - modificação unilateral deste Contrato imposta pela ANATEL, que importe variação expressiva de custos ou de receitas, para mais ou para menos, de modo que a elevação ou redução de tarifas seja imposta pela necessidade de evitar o enriquecimento imotivado de qualquer das partes;

II - alteração na ordem tributária posterior à assinatura deste Contrato que implique aumento ou redução da lucratividade potencial da Concessionária;

III - ocorrências supervenientes, decorrentes de fato do príncipe ou fato da Administração que resultem, comprovadamente, em alteração dos custos da Concessionária;

IV - alteração legislativa de caráter específico, que tenha impacto direto sobre as receitas da Concessionária de modo a afetar a continuidade ou a qualidade do serviço prestado; ou

V - alteração legislativa que acarrete benefício à Concessionária, inclusive a que concede ou suprime isenção, redução, desconto ou qualquer outro privilégio tributário ou tarifário, consoante do previsto no § 3º do art. 108 da Lei nº 9.472, de 1997.

§ 1º - Não importará na revisão de tarifas o prejuízo ou a redução de ganhos da Concessionária decorrente da livre exploração do serviço em condições de competição ou da gestão ineficiente dos seus negócios.

§ 2º - Não será aplicável a hipótese de revisão prevista no inciso II do caput desta cláusula quando a alteração na ordem tributária implicar criação, supressão, elevação ou redução em impostos incidentes sobre a renda ou o lucro da Concessionária, como o Imposto sobre a Renda, que não impliquem oneração administrativa ou operacional.

§ 3º - Não caberá revisão de tarifas nas hipóteses previstas nesta cláusula quando os eventos ensejadores da revisão já estiverem cobertos pelo plano de seguros previsto na cláusula 23.1.

§ 4º - As contribuições da Concessionária ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações e ao Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações não ensejarão revisão das tarifas.

Cláusula 12.4. - Não será aplicável a revisão de tarifas quando ficar caracterizado que os impactos motivadores do pedido por parte da Concessionária puderem ser neutralizados com a eficiente exploração do serviço, pela expansão do mercado ou pela geração de receitas alternativas ou complementares associadas ao objeto do presente Contrato, observadas as condições competitivas verificadas no momento.

Parágrafo único - A diminuição da receita decorrente de descontos ou redução de tarifas não dará ensejo à revisão das mesmas.”



213. Assim, a par da regra geral que assegura a revisão tarifária sempre que ocorrer o desequilíbrio pactuado, o contrato trata de regular situações específicas para as quais a aplicação da revisão tarifária é automática.

214. Merece registro ainda que não há qualquer óbice quanto à alteração das cláusulas contratuais que regem o reajuste e a revisão tarifária, vistos que estes são meros instrumentos para a consecução do fim último de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, este sim tido como imutável e irrecusável.

215. O equilíbrio contratual há que ser mantido sempre. As cláusulas versando sobre os meios adequados ao atingimento desse fim podem ser revistas unilateralmente pelo poder concedente em caso de necessidade e/ou para melhor atender o interesse público.

216. Para apurar se os reajustes tarifários têm estado coerentes com os aumentos de custos, foi realizada uma análise preliminar das Demonstrações Financeiras Padronizadas das três operadoras de STFC em regime público (Telemar, Telefônica e Brasil Telecom) no período 2002-2003, tendo se constatado que a variação dos custos dos serviços prestados ficaram bem abaixo do acumulado do IGP-DI, que tem sido utilizado como índice de referência para os reajustes tarifários, bem como do IPCA (utilizado em 2003 como fator de reajuste por decisão judicial), como demonstra a Tabela 5:

Tabela 5 - Variação dos custos das operadoras versus índices inflacionários no período 2002-2003.

OPERADORA	Δ% custos dos serviços prestados	Δ% IGP-DI	Δ% IPCA
BRASIL TELECOM S/A	8		
TELEMAR NORTE LESTE S/A	0,6		
TELEFÔNICA (TELESP S/A)	16	30,05	17,24

Fontes: Demonstrativos Contábeis Padronizados das Operadoras e ANATEL

217. Ressalte-se que os valores dos custos acima apontados ainda estão influenciados pelas despesas operacionais, compostas por custos variáveis decorrentes do aumento do volume de operação das empresas pela natural expansão das suas atividades. Ao se descontar a influência desse fator, perceberíamos que o aumento de custos que deveria ser reposto por um índice de inflação de custos seria ainda menor, tornando mais grave a distorção.

218. Outro indício de possíveis ganhos econômicos ilegítimos pelas concessionárias é que a variação percentual consolidada dos reajustes do valor da assinatura e pulso no período 1998-2003 foi de 137,52% e 59,81 %, respectivamente, resultando em um aumento médio na ordem de 98% nos principais itens da cesta tarifária do serviço local, bem acima da variação total medida pelo lado do consumidor através do IPCA, que foi da ordem de 56,36%. A assinatura residencial, particularmente, acumulou um aumento de 137,52 %, ficando bem acima da variação acumulada do IGP-DI, de 104,98%.

219. A grande evolução da base de mercado de serviços telefônicos pode ser percebida por nota publicada na Coluna Panorama Setorial, da Gazeta Mercantil, em 28/11/2003:

"A recente evolução da base do mercado brasileiro de telecomunicações revela uma demanda potencial para serviços telefônicos que ultrapassa os limites impostos pelo restrito poder de consumo. O número de linhas fixas e móveis, que chegou a 84 milhões em 2002, cresceu a uma taxa média anual da ordem de 71,3% ao longo desses quatro anos (...)"



Como o redutor tarifário referente ao fator de produtividade a ser repassado para os consumidores (fator X) foi estabelecido em 1%, e como os reajustes determinados pela aplicação do IGP-DI têm sido muito superiores à inflação medida pelo lado do consumidor, na prática, os consumidores não têm recebido nenhum benefício tarifário real.

220. Ao contrário, o que tem ocorrido é um aumento real de tarifas que propiciam ganhos econômicos pelos concessionários (a menos de 1%). Uma vez que os reajustes determinados pela utilização do IGP-DI são muito superiores à elevação dos custos das empresas (na ordem de até 16%, conforme divulgado pela ANATEL), a aplicação do fator X de 1% tem sido inócua, e as tarifas permanecem sendo reajustadas acima da variação dos custos das concessionárias.

221. O fator X de 1%, arbitrado para compartilhar os ganhos de produtividade das empresas com os usuários, também parece ter sido subestimado pelo regulador. As primeiras evidências são os valores de X adotados em outros países (Tabela 4). Um segundo argumento nessa direção pode ser obtido analisando indicadores de produtividade das empresas. Para exemplificar, a quantidade de linhas por empregado, informada pela concessionária TELEFÔNICA em suas demonstrações financeiras padronizadas, cresceu 10% entre 2001 e 2002. Se comparado com a situação existente à época da privatização, em 1988, o aumento desse indicador de produtividade chega a 490, 3%.

222. Além disso, somente a partir de janeiro de 2008, como está previsto nos modelos de contrato de renovação das atuais concessões de telefonia, o fator de transferência X será estabelecido pela ANATEL com base em metodologia que considere a otimização de custos de prestação do serviço, prazo que consideramos excessivo para que se estabeleça um ambiente de equilíbrio econômico-financeiro na relação usuários-concessionárias.

223. Objetivando corrigir ou compensar esses efeitos indesejáveis que afetam o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, os contratos prevêem a possibilidade de revisões tarifárias. Portanto, a revisão é um mecanismo para reequilibrar as tarifas pagas pelos consumidores em contraprestação aos serviços oferecidos pelas concessionárias.

224. Ressalte-se ainda que, não só é da natureza da regulação de preços a existência de revisões tarifárias, mas sua realização é essencial ao funcionamento desses mecanismos regulatórios. Em especial, a realização de revisões tarifárias periódicas é essencial para o funcionamento adequado da regulação de incentivos adotado no setor de telecomunicações por meio da fixação de preços máximos.

225. Especialmente em um momento de transição entre um modelo estatal e um modelo que busca criar um ambiente de competição nos serviços de telefonia, como no caso Brasil, a revisão tarifária é um instrumento que, mais do que assegurar o equilíbrio econômico financeiro da concessão, permite corrigir tarifas inadequadas que podem estar até mesmo atrapalhando o processo concorrencial.

226. Na mais recente documentação acostada aos autos (Informe 044-PBCPA/PBCP, fls. 29/47), a ANATEL alega que: *“o mecanismo de revisão tarifária, enquanto mecanismo de neutralização de distorção para o período 1998-2005, apesar de representar providência única e completa em relação a evento específico que lhe der origem, não foi concebida com o propósito de adequar as tarifas à realidade de custos das concessionárias ou de cobrir os custos de operação com taxa de retorno adequada”*.

227. Contudo, o enfoque dado pela equipe de auditoria, como já exaustivamente ressaltado neste Relatório, é de que a revisão também é um mecanismo para reequilibrar as tarifas pagas pelos consumidores em contraprestação aos serviços oferecidos pelas concessionárias, haja vista que o desequilíbrio dos contratos de concessão podem decorrer não só de eventos episódicos, mas também, como parece o caso, resultar de distorções crônicas, como a utilização de indexadores inadequados nos reajustes das tarifas.



228. As tabelas encaminhadas pela ANATEL (vol. III, fls. 41/43) que fazem comparações com as principais tarifas do serviço local em vários países, em que se pretende demonstrar o baixo valor das tarifas brasileiras, não são relevantes na análise em questão por causa da diversidade de outros fatores exógenos (tributos, distribuição de renda, legislação societária).

229. Tais informações também não explicitam quais têm sido a variação de custos e os ganhos auferidos pelas concessionárias com o serviço local – tabelas com avaliações preliminares da evolução da rentabilidade do ativo pelas empresas de telefonia no período 1997/2002 – bem como os principais resultados econômicos das concessionárias do STFC (vol. III, fls. 44/45), e, portanto, não servem de subsídio para referendar a realização ou não de uma revisão tarifária.

230. Portanto, apesar de a ANATEL afirmar que o acompanhamento econômico que tem feito relativo ao exercício de 2002, já encaminhado ao TCU, e ao exercício de 2003 (em andamento), não ter apontado qualquer indicativo de situação ensejadora de revisão tarifária, a equipe entende que os elementos apresentados pela Agência ainda não são suficientemente rigorosos e com o nível de desagregação e detalhamento necessário para se descartar a realização de um processo de revisão tarifária.

231. Não obstante, em resposta à recomendação contida no item 8.2.5, da Decisão 215/2002-P, a SPB encaminhou o Informe nº 78 de 7/5/2004 (fls. 96/97), comunicando que *“será desenvolvida e implementada, no âmbito desta Agência, regulamentação específica sobre a verificação da oportunidade e conveniência de início de processo de revisão de tarifas do STFC explorado no regime público, bem como metodologia de aplicação da mencionada revisão”*.

232. Segundo a Agência, serão considerados os princípios e regras da legislação e dos contratos de concessão, em especial:

- verificação de ganhos decorrentes de modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como novas receitas alternativas e o nível de seu compartilhamento com os usuários;
- verificação de eventuais onerações ou ganhos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, tais como aqueles causados por novas regras sobre o serviço; pela álea econômica extraordinária e por alterações legislativas e tributárias previstas na LGT e nos contratos de concessão;
- verificação da justa equivalência entre prestação e remuneração, em ambiente de ampla, competição, bem como de eventual enriquecimento imotivado por qualquer das partes;
- verificação de circunstâncias de força maior ou de calamidade que afetaram significativamente a exploração do serviço, bem como os mecanismos de recomposição da situação inicial de encargos e retribuições contratuais;
- verificação das receitas e despesas incorridas na exploração de cada modalidade do STFC;
- caracterização de fatores ensejadores de revisão tarifária e dos mecanismos a serem considerados no restabelecimento da situação econômica do contrato;

233. Ainda de acordo com o Informe, o desenvolvimento e implementação dos instrumentos acima relacionados contará com suporte de consultoria especializada e estima-se que será concluído no prazo de 12 (doze) meses a contar da data do Informe (7/5/2004).

234. Contudo, quanto a essa recomendação, apesar da comunicação da intenção de elaborar regulamentação específica sobre a verificação da oportunidade e conveniência de início de processo de revisão de tarifas do STFC explorado no regime público, bem como sua metodologia de aplicação, a equipe concluiu que órgão regulador ainda não foi suficientemente explícito quanto à efetiva disposição de iniciar o processo revisional, abstendo-se de apresentar um plano de ação contendo datas e eventos.



235. Portanto, dada a existência de indícios de ganhos vedados pela LGT pelas concessionárias e o grande período de tempo decorrido sem que nenhum processo revisional tenha sido instaurado nos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público, propomos determinar à ANATEL que quantifique, para cada item da cesta tarifária de cada modalidade de serviço do STFC, a variação dos custos incorridos pelas concessionárias desde o início da vigência dos atuais contratos de concessão e confronto com os reajustes autorizados no mesmo período e caso sejam constatados reajustes superiores à variação dos custos, caracterizando ganhos econômicos vedados pela Lei Geral de Telecomunicações, que promova o repasse aos usuários dos ganhos indevidamente auferidos pelas concessionárias.

IV CONCLUSÃO

236. Por fim, destacamos que esforços foram empreendidos pela ANATEL, desde a última comunicação formal remetida ao TCU com relação ao acompanhamento da Decisão nº 215/2002-TCU, não tendo sido considerados na versão preliminar deste relatório (fls. 44 a 79).

237. Essas novas ações foram incorporadas e reavaliadas em conjunto com o material previamente obtido pela equipe de auditoria. Concluída essa análise, a equipe entendeu que, em geral, as ações posteriores empreendidas pela Agência resultaram como consequência natural das atividades já iniciadas e representaram avanços em relação ao que foi constatado inicialmente.

238. A despeito das recomendações e determinações já efetuadas pelo TCU e das ações promovidas pela ANATEL, esta ainda não dispõe de informações adequadas para avaliar a evolução do custo de provimento dos serviços sujeitos ao controle tarifário nem das informações necessárias para verificar eventuais situações de desequilíbrio contratual.

239. O que nos aparenta grave, como os fatos aqui apontados corroboram, é que a ANATEL tem sido tímida como reguladora do setor de telecomunicações – principalmente em relação à regulação econômica.

V PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Item Decisão 215/2003-P	Tipo	Item Relatório	Atendido	Proposta
8.1.1	Determinação	II.1	NÃO	Reiterar; Encaminhar, no prazo de 30 (trinta) dias, os documentos referentes a todas etapas de contratação dos produtos previstos na minuta do Termo de Referência SPB/SPV/AUD/SPB/SCM destinado à contratação de entidade para fornecer "sistema de coleta, armazenamento e análise de dados econômicos, financeiros, patrimoniais e técnico-operacionais das prestadoras de serviços de telecomunicações" Determinar à Agência que apresente, no prazo de 30 (trinta) dias, relatório que demonstre a efetiva implementação da determinação do TCU, alertando para o fato de que a reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal sujeita os responsáveis à multa prevista no art. 58, inciso VII da Lei nº 8.443/92 – Lei Orgânica do TCU.
8.1.2	Determinação	II.2	SIM	–
8.1.3	Determinação	II.3	SIM	–
8.2.1	Recomendação	III.1	SIM	–



8.2.2	Recomendação	III.2	NÃO	Reiterar; Encaminhar os relatórios finais da consultoria contratada para realizar o acompanhamento da situação econômico-financeira das concessionárias;
8.2.3	Recomendação	III.3	NÃO	Acompanhar o cumprimento em futuro processo de monitoramento
8.2.4	Recomendação	III.4	NÃO	Reiterar; Encaminhar cronograma contendo Plano de Ação o e relatório das medidas implementadas para orientar o estabelecimento de tarifas de interconexão, bem como os resultados dela advindos;
8.2.5	Recomendação	III.5	NÃO	No prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta deliberação, quantificar, para cada item da cesta tarifária de cada modalidade de serviço do STFC, a variação dos custos incorridos pelas concessionárias desde o início da vigência dos atuais contratos de concessão e confrontar com os reajustes autorizados no mesmo período; Caso constatados reajustes superiores à variação dos custos, caracterizando ganhos econômicos vedados pelo § 3º, do art. 108, da Lei Geral de Telecomunicações – 9.472/1997, que promova o repasse aos usuários dos ganhos indevidamente auferidos pelas concessionárias.

240. Ante todo o exposto a equipe da auditoria propõe ao Tribunal:
- A. seja **determinado** à ANATEL:
- A.1 no prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta deliberação, quantificar, para cada item da cesta tarifária de cada modalidade de serviço do STFC, a variação dos custos incorridos pelas concessionárias desde o início da vigência dos atuais contratos de concessão e confrontar com os reajustes autorizados no mesmo período (parágrafo 234);
- A.2 caso constatados reajustes superiores à variação dos custos, caracterizando ganhos econômicos vedados pelo § 3º, do art. 108, da Lei Geral de Telecomunicações – 9.472/1997, promover o repasse aos usuários dos ganhos indevidamente auferidos pelas concessionárias (parágrafo 234);
- A.3 encaminhar, no prazo de 30 (trinta) dias, os documentos referentes a todas etapas de contratação dos produtos previstos na minuta do Termo de Referência SPB/SPV/AUD/SPB/SCM destinado à contratação de entidade para fornecer “*sistema de coleta, armazenamento e análise de dados econômicos, financeiros, patrimoniais e técnico-operacionais das prestadoras de serviços de telecomunicações*” (parágrafo 30);
- A.4 apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias, relatório que demonstre a efetiva implementação da determinação contida no item 8.1.1, alertando para o fato de que a reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal enseja a aplicação aos responsáveis da multa prevista no art. 58, inciso VII da Lei nº 8.443/92 – Lei Orgânica do TCU (parágrafo 44).
- A.5 encaminhar os relatórios finais da consultoria contratada para realizar o acompanhamento da situação econômico-financeira das concessionárias (parágrafo 97);
- A.6 encaminhar cronograma contendo Plano de Ação o e relatório das medidas implementadas para orientar o estabelecimento de tarifas de interconexão, bem como os resultados dela advindos (parágrafo 128);



- B. reiterar as **recomendações** contidas nos itens 8.2.2 e 8.2.4 da Decisão TCU nº 215/2002-Plenário (parágrafos 97 e 128);
- C. remeter cópia do relatório de auditoria, bem como desta decisão, relatório e voto, ao Senhor Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da ANATEL, à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal, às Comissões de Fiscalização Financeira e Controle e de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias¹², ambas da Câmara dos Deputados, à Srª Valquíria Oliveira Quixadá Nunes, Procuradora da República no Distrito Federal e ao Exmº Sr. Antônio Francisco do Nascimento, Juiz Federal da Justiça Federal de 1º Grau em Minas Gerais;
- D. determinar à Secretaria Federal de Controle Interno que informe, nas próximas contas da entidade, acerca do cumprimento das determinações e do acatamento das recomendações ora efetuadas;
- E. arquivar os presentes autos.

À consideração superior.
SEFID, 2ª Diretoria Técnica, em 31/08/2004.


MARCELO NASCIMENTO BARBOSA
ACE mat. 3370-7

¹² Em cumprimento ao item 9.3.1 do Acórdão TCU nº 1.491/2003 – Plenário.