



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

GABRIEL BOAVISTA LAENDER

**A SEPARAÇÃO DE PODERES E O PROCESSO DE
INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE
TELECOMUNICAÇÕES NOS EUA E NO BRASIL**

Brasília
2009

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**A SEPARAÇÃO DE PODERES E O PROCESSO DE
INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE
TELECOMUNICAÇÕES NOS EUA E NO BRASIL**

Autor: Gabriel Boavista Laender

Orientador: Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Economia”.

Brasília, 2 de abril de 2009.

FOLHA DE APROVAÇÃO

GABRIEL BOAVISTA LAENDER

A separação de poderes e o processo de institucionalização das agências reguladoras de telecomunicações nos EUA e no Brasil.

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Economia”.

Aprovada em: 2 de abril de 2009.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
(Presidente)

Prof. Dr. Paulo José Leite Farias
(Membro externo - IDP)

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro
(Membro interno – FD/UnB)

Prof. Dr. Luis Gustavo Kaercher Loureiro
(Suplente – FD/UnB)

A minha família, que me proveu de amor,
A minha mãe, Tereza, que me ensinou a acreditar,
À Daniele, meu amor, por sonhar comigo,
Ao Prof. Márcio, pelo exemplo e pela sabedoria,
À UnB, por me ensinar a diversidade.

Confesso que é difícil indicar de maneira certa o meio de despertar um povo adormecido para lhe dar as paixões e as luzes que ele não tem: persuadir os homens de que devem cuidar de seus problemas é, não ignoro, árdua empresa. Muita vez seria menos difícil interessá-los pelos detalhes da etiqueta de uma corte do que pelo conserto de sua casa comum.

Mas também penso que, quando a administração central pretende substituir completamente o livre concurso dos primeiros interessados, ela se engana ou quer nos enganar.

[Alexis de Tocqueville]

RESUMO

A presente dissertação analisa de que modo a separação de poderes e o modelo de freios e contrapesos influenciaram o processo de institucionalização da regulação de telecomunicações nos EUA e no Brasil, culminando com a criação da americana *Federal Communications Commission* (FCC) e da brasileira *Agência Nacional de Telecomunicações* (Anatel). Uma vez que a experiência do setor ferroviário foi determinante para a formatação institucional da regulação sobre a telefonia, o trabalho inicia pela avaliação daquele setor, onde descreve o processo que levou à institucionalização da *Interstate Commerce Commission* (ICC). Em seguida, o trabalho descreve o processo de institucionalização da FCC, bem como os eventos que levaram à reconfiguração dessa agência pelo *Telecommunications Act* de 1996. O estudo então se volta à experiência brasileira de telecomunicações, descrevendo o longo caminho de centralização operacional e normativa pelo governo federal, culminando com o monopólio das telecomunicações firmado pela Constituição de 1988. Finalmente, o estudo descreve o processo de ruptura institucional que resultou na criação da Anatel em 1997, e avalia a consolidação de suas características até o presente. A descrição busca enfatizar os problemas regulatórios trazidos especialmente no setor de telefonia e confrontá-los com a busca de soluções institucionais que propiciassem a implementação de políticas públicas de telecomunicação nos países paradigmas. Ao avaliar a busca de soluções institucionais, as relações entre os três poderes e entre os entes federados são identificadas. Ao final, com base na experiência relatada no setor de telecomunicações, o trabalho conclui sobre as implicações entre as características de institucionalização das atuais agências reguladoras e o princípio da separação de poderes, ponderando o processo de conformação dessas características frente à função de garantia institucional da liberdade exercida por aquele princípio.

Palavras-chaves: AGÊNCIA REGULADORA INDEPENDENTE. COMISSÃO INDEPENDENTE. COMISSÃO REGULADORA ESTADUAL. *PUBLIC UTILITIES COMMISSION* - PUC. *INTERSTATE COMMERCE COMMISSION* - ICC. *FEDERAL RADIO COMMISSION* – FRC. *FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION* – FCC. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. SEPARAÇÃO DE PODERES. FREIOS E CONTRAPESOS. EUA. BRASIL.

ABSTRACT

This dissertation analyses the way in which separation of powers and checks and balances have influenced the process of institutionalization of telecommunication regulation in the USA and in Brazil, leading to the creation of the American *Federal Communications Commission* (FCC) and the Brazilian *Agência Nacional de Telecomunicações* (Anatel). As the experience of the railway sector was paramount to the institutional framework of telephony regulation, the paper begins by evaluating that sector and describing the process which led to the institutionalization of the *Interstate Commerce Commission* (ICC). It is followed by a description of the process of institutionalization of the FCC, as well as the events leading to the reframing of that agency by the Telecommunications Act of 1996. Then, the Brazilian experience is focused by the description of the long road of operational and normative centralization by the Federal Government leading to the monopoly of telecommunications established by the Constitution of 1988. Finally, the essay describes the process of institutionalization which resulted in the creation of Anatel in 1997 and evaluates the consolidation of its characteristics up to nowadays. The description purports to emphasize the regulatory problems brought especially by the sector of telephony and to confront them with the search of institutional solutions that could uphold the implementation of telecommunication public policies in the paradigm countries. When evaluating the search of institutional solutions, the relations among the three powers and among federal entities are identified. At last, based on the aforementioned experience of the telecommunication sector, the paper reaches a conclusion about the implications between the characteristics of the institutionalization of the present regulatory agencies and the principle of separation of powers, referring to the process of conformation of those characteristics *vis-à-vis* the role as institutional guarantee played by that principle.

Keywords: INDEPENDENT REGULATORY AGENCY. INDEPENDENT COMMISSION. STATE REGULATORY COMMISSION. PUBLIC UTILITIES COMMISSION - PUC. INTERSTATE COMMERCE COMMISSION - ICC. FEDERAL RADIO COMMISSION – FRC. FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION – FCC. *AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES* – ANATEL. SEPARATION OF POWERS. CHECKS AND BALANCES. USA. BRAZIL.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU – Advocacia-Geral da União

Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações

APA – *Administrative Procedure Act*

AT&T – *American Telephone and Telegraph Corporation*

BNDE – Banco Nacional de Desenvolvimento (posteriormente denominado BNDES)

BNDES- Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

BOC – *Bell Operating Company*

CBT – Código Brasileiro de Telecomunicações

CETEL - Companhia Estadual de Telefones (Estado da Guanabara)

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CLEC – *Competitive Local Exchange Carrier*

Contel – Conselho Nacional de Telecomunicações

CPE – *Customer Premises Equipment*

CTB – Companhia Telefônica Brasileira

Dentel – Departamento Nacional de Telecomunicações

DoJ – *Department of Justice*

EC – Emenda Constitucional

Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações

FCC – *Federal Communications Commission*

FHC – Fernando Henrique Cardoso (Presidente da República de 1995 a 2002)

FNT – Fundo Nacional de Telecomunicações

FRC – *Federal Radio Commission*

GATS – *General Agreement on Trade in Services*

GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*

ICC – *Interstate Commerce Commission*

ILEC – *Incumbent Local Exchange Carrier*

LATA - *Local Access and Transport Area*

LGT – Lei Geral de Telecomunicações

MCI – *Microwave Communications, Inc.*

Minfra – Ministério da Infra-estrutura

Minicom – Ministério das Comunicações

NARUC - *National Association of Railroad and Utilities Commissioners* (atualmente:
National Association of Regulatory Utility Commissioners)

OMC - Organização Mundial do Comércio

PC do B – Partido Comunista do Brasil

PDT – Partido Democrático Trabalhista

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

PSB – Partido Socialista Brasileiro

PT – Partido dos Trabalhadores

PUC – *Public Utilities Commission*

RBOC – *Regional Bell Operating Company*

RCA – *Radio Corporation of America*

RGT – Repartição Geral dos Telégrafos

SMC – Serviço Móvel Celular

STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado

SVA – Serviço de Valor Adicionado

SNT - Sistema Nacional de Telecomunicações

STF – Supremo Tribunal Federal

Telebrás - Telecomunicações Brasileiras S.A.

UIT – União Internacional de Telecomunicações

USRA – *United States Railroad Administration*

Sumário

INTRODUÇÃO	13
<u>CAP. 1. O INÍCIO: AS COMISSÕES ESTADUAIS NORTE-AMERICANAS E A CRIAÇÃO DA INTERSTATE COMMERCE COMMISSION</u>	16
1.1. AS PRIMEIRAS TENTATIVAS DE REGULAÇÃO DO SETOR FERROVIÁRIO	17
1.2. AS COMISSÕES ESTADUAIS	22
1.3. A CONTRIBUIÇÃO DAS COMISSÕES ESTADUAIS	31
1.4. O TORTUOSO PROCESSO DE CRIAÇÃO DA ICC	37
1.5. AS CARACTERÍSTICAS DA ICC FRENTE A SEU DEBATE NO CONGRESSO AMERICANO	46
1.6. OS PRIMEIROS ANOS DA ICC E AS REPERCUSSÕES JUDICIAIS E LEGISLATIVAS	67
<u>CAP. 2. AS AGÊNCIAS REGULADORAS DE TELECOMUNICAÇÕES NOS EUA: DA ICC À NOVA FCC</u>	81
2.1. O SURGIMENTO DA AT&T E O CONTEXTO DA REGULAÇÃO DO SETOR PELO <i>MANN-ELKINS ACT</i>	82
2.2. O <i>KINGSBURY COMMITMENT</i> E O <i>SHREVEPORT RATE CASE</i> , A CONSOLIDAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS DA ICC	99
2.3. O “SISTEMA” COMO POLÍTICA PÚBLICA: O SURGIMENTO DO RÁDIO E A CRIAÇÃO DA <i>FRC</i> , A ESTATIZAÇÃO E A DESESTATIZAÇÃO DAS FERROVIAS E DA TELEFONIA, E A CONSOLIDAÇÃO DO PARADIGMA <i>VAIL</i> NO SETOR DE TELEFONIA	103
2.4. A CRIAÇÃO DA <i>FCC</i> E A ALIENAÇÃO DO JUDICIÁRIO DA REGULAÇÃO DAS <i>COMMON CARRIERS</i>	116
2.5. A POLÍTICA SETORIAL NOVAMENTE SE DESLOCA PARA O ÂMBITO FEDERAL, E A <i>FCC</i> PERDE SEU PROTAGONISMO PARA O JUDICIÁRIO COM A SEPARAÇÃO DA AT&T EM 1984	126

2.6. DESREGULAÇÃO REGULADA? O <i>TELECOMMUNICATIONS ACT</i> DE 1996 E A REVISÃO DAS COMPETÊNCIAS DA FCC	146
<u>CAP. 3. A AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRA E SUA POSIÇÃO INSTITUCIONAL</u>	<u>157</u>
3.1. ANTECEDENTES: DA CRIAÇÃO DE UM SISTEMA NACIONAL FEDERAL À QUEBRA DO MONOPÓLIO ESTATAL DE TELECOMUNICAÇÕES	158
3.2. AS PRESSÕES PELA PRIVATIZAÇÃO NOS ANOS 90: O PROCESSO QUE CULMINOU COM A LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES	183
3.3. A CONFIGURAÇÃO INSTITUCIONAL DA ANATEL PRECONIZADA PELA LGT	199
3.4. O DEBATE DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL SOBRE A POSIÇÃO INSTITUCIONAL DA ANATEL	209
<u>CAP. 4. AS CARACTERÍSTICAS DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES</u>	<u>232</u>
4.1. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS DENTRO DO ESPAÇO REGULATÓRIO	232
4.2. A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO GARANTIA INSTITUCIONAL DA LIBERDADE	246
4.3. A SEPARAÇÃO DE PODERES E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE TELECOMUNICAÇÕES NOS EUA E NO BRASIL	257
<u>CONCLUSÃO: O RECONHECIMENTO DO PODER POLÍTICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS</u>	<u>266</u>
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	<u>269</u>

Introdução

O objetivo do presente trabalho é analisar de que modo a separação de poderes e o modelo de freios e contrapesos influenciaram o processo de institucionalização da regulação de telecomunicações nos EUA e no Brasil, com especial ênfase no processo de conformação das características das agências reguladoras de telecomunicações desses dois países.

Para tanto, os três primeiros capítulos terão por função descrever o processo de institucionalização que culminou com a implementação das agências reguladoras de telecomunicação americanas (ICC, FRC e FCC) e brasileira (Anatel), e o capítulo final se utilizará dessa descrição para buscar uma conclusão sobre as implicações entre a institucionalização das agências e a separação de poderes. Os três primeiros capítulos focarão no contexto histórico de desenvolvimento das telecomunicações e nas respostas institucionais que foram surgindo a partir das necessidades práticas verificadas, enfatizando a interação entre os órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário com as agências reguladoras. O capítulo final buscará avaliar o processo de conformação das características institucionais das agências frente à função de garantia institucional da liberdade exercida pelo princípio da separação de poderes.

O primeiro capítulo cuidará das características da institucionalização daquela que é considerada a primeira agência reguladora americana, a *Interstate Commerce Commission*, e que foi também o primeiro ente da Administração Pública federal estadunidense a cuidar do setor de telecomunicações. Para que sejam evidenciadas suas principais características, será necessário confrontá-las com o setor para o qual a ICC foi originalmente criada: o de transporte ferroviário. A experiência das comissões estaduais de

transporte ferroviário, à medida que se constitui no principal precedente institucional da ICC, será também descrita e avaliada.

O segundo capítulo continuará o caminho americano, focando no contexto da atribuição do setor de telecomunicações à ICC e nas repercussões dessa opção nos três poderes. Primeiramente, se descreverá o surgimento do mercado de telefonia de modo a evidenciar suas características no momento da regulação pela ICC, especialmente o papel do principal agente privado do setor, a AT&T. Serão avaliadas, em seguida, as características de institucionalização da *Federal Radio Commission* – FRC e o processo de sua transformação na *Federal Communications Commission*, a primeira agência reguladora dedicada exclusivamente às telecomunicações em geral. Posteriormente, será avaliada a atuação da FCC e o processo de sua conformação frente aos três poderes e aos estados da federação norte-americana, bem como os eventos que levaram à cisão judicial da AT&T em 1984 e à posterior reconfiguração da FCC pelo *Telecommunications Act* de 1996.

O terceiro capítulo cuidará da regulação de telecomunicações no Brasil. Inicialmente, este trabalho se dedicará a descrever a formação do mercado de telefonia no Brasil e a influência das instituições estatais nesse processo. Em seguida, será abordado o processo que levou à quebra do monopólio do Sistema Telebrás e sua posterior privatização. Serão evidenciadas as características distintivas da Anatel frente à estrutura que lhe antecedeu, e descritas as principais interações com os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Todos os elementos apontados nos capítulos anteriores servirão de subsídio para o capítulo final, onde se buscará identificar as características de institucionalização das agências reguladoras no setor de telecomunicações. Será, ainda, apresentado um marco teórico para a teoria de separação de poderes nos países analisados. Por fim, buscar-se-á avaliar se e de que modo as agências reguladoras encontram apoio institucional na separação

de poderes, e de que forma a separação de poderes contribuiu para a atual formatação da Anatel e da FCC.

Cap. 1. O início: as comissões estaduais norte-americanas e a criação da Interstate Commerce Commission

Os transportes ferroviários, nos Estados Unidos, constituem o campo sobre o qual vicejou a regulação estadunidense no setor de infra-estrutura.¹ De modo geral, a experiência com a regulação de transportes ferroviários foi pioneira, e os institutos daí originados foram adaptados para outros setores. A regulação das telecomunicações, especialmente, aproveitou sobremaneira a experiência da regulação de transportes ferroviários.² Conceitos como *interconexão* e *comutação*, hoje costumeiramente empregados com relação às telecomunicações, têm origem na disciplina do setor de transportes. Mesmo no plano internacional, os precedentes da área de transportes ferroviários serviram de pavimento para a disciplina primeiro do setor de telegrafia, depois para o setor de telefonia e o resto das telecomunicações. Diante disso, não surpreende que a primeira agência reguladora de telecomunicações nos EUA tenha sido a *Interstate Commerce Commission* - ICC, que foi criada para regular o setor ferroviário.

É importante estudar o processo que resultou na criação da ICC para se compreender o que significou a atribuição à ICC da regulação das telecomunicações norte-americanas. Dentro do propósito deste trabalho, cumpre analisar a interação entre Executivo, Legislativo e Judiciário, e verificar a inserção da ICC no contexto da organização jurídico-constitucional dos EUA. Para tanto, será descrito o longo processo de tentativa e erro que

¹ Cf. MASHAW, MERRILL e SHANE, 1998, pp. 4 e ss.

² Cf. BRANDS e LEO, 1999, pp.4-5, 109-153; BYRNES, 1999, pp. 31-33; ROBINSON, 1989, pp. 3-5; HUBER, KELLOG e THORNE, 1999, pp. 212-213.

resultou na ICC, com destaque para o surgimento das comissões estaduais, e como os três poderes contribuíram para a formação daquela agência.

1.1. As primeiras tentativas de regulação do setor ferroviário

No início do século XIX, o setor ferroviário ocupou papel central no projeto de integração dos Estados Unidos. O automóvel ainda não era uma realidade, e a implantação de uma malha ferroviária nacional abrangente e capilarizada era tida como fundamental ao desenvolvimento comercial. Especialmente no Oeste americano, a presença de uma ferrovia era por vezes o elemento que determinaria a viabilidade da existência de cidades inteiras.³ Por conta disso, o governo federal e os estados americanos concederam fortes incentivos à indústria ferroviária, na forma de subsídios e empréstimos generosos.⁴

³ Richard Stone, acerca da importância das ferrovias para o desenvolvimento americano, comenta: “By the early 1840s many railroads were in operation throughout the eastern part of the United States, and in time these were connected to form through routes between the major cities. Growth was rapid. By mid-century, what is now known as the Northeast Corridor (Boston to Washington, D.C.) was largely in place. By 1853, Chicago had an all-rail link with the East Coast. /§/ Railroads, however, had a much greater impact on the shaping of the country west of the Mississippi. Their impact was often the power of life and death over a particular location. In undeveloped areas railroads were the determining factor in exactly where settlement would occur. Whereas in the East the railroads needed access to the established cities, in the West the railroad decreed which were to be the successful communities. Stories are rife concerning towns which no longer exist because they could not attract a railroad, without which products could not get to market. Consequently, the railroads, which opened up much of the West to settlement, quickly became a necessity to a community if it was to survive and prosper. /§/ In a situation where there is a scarce (or, at least, a limited) amount of a commodity that is in high demand, the price will rise. Towns bid against each other to encourage the railroads to route through their communities. The use of public money to promote transportation improvements was common in the nineteenth century. Cities competed with each other to expand their markets and dominate the hinterlands, and used transportation (usually railroads after canals were found to be inferior) as a strategic weapon for commercial supremacy.”(STONE, 1991, p. 2.)

⁴ CUSHMAN, 1941, p. 20. O autor menciona, inclusive, que *um ou dois* estados fixaram domínio público sobre as ferrovias (*government ownership*), mas não obtiveram os resultados esperados e voltaram a legar o setor à iniciativa privada.

Todavia, as empresas ferroviárias passaram a abusar de sua posição dominante. De modo geral, houve a percepção de que a generosidade do Estado estava sendo paga com o mais completo desrespeito ao interesse público.

Os mais afetados foram os fazendeiros do Oeste americano, cujas vendas se concentravam no Leste, onde ficavam as cidades mais prósperas e os principais portos. As maiores reclamações dos fazendeiros eram os preços muito elevados cobrados pelas ferrovias e a discriminação entre o frete de viagens curtas e longas (*long and short haul*), que por vezes tornava mais caro o transporte em distâncias menores.

A busca de melhores condições de negócio com as ferrovias, dentre outros motivos, originaria o chamado “Movimento Granger” (*Granger Movement*). Os *grangers* eram integrantes do *National Grange of the Patrons of Husbandry*, uma organização de âmbito nacional criada em 1867 e cujo objetivo era promover o cooperativismo. Embora esse não fosse seu objetivo original, as *granges* locais rapidamente se tornaram fóruns políticos que canalizaram os protestos contra abusos econômicos – inclusive os perpetrados pelas ferrovias. Não obstante as primeiras leis disciplinando o setor ferroviário sejam anteriores ao Movimento Granger, este é tido por muitos como o responsável pelo recrudescimento dos limites legais impostos pelos estados às ferrovias na década de 1870: as chamadas *Granger Laws*.⁵

Esse cenário de insatisfação com as ferrovias deu origem às primeiras tentativas de regular o setor. As legislaturas estaduais passaram a fixar condições mais rigorosas nas *charters*⁶ das empresas ferroviárias, algumas vezes fixando tarifas máximas.

⁵ Há, contudo, divergências sobre a efetiva influência do Movimento Granger nessas legislações estaduais - vide: MARTIN, 1974, p. 341.

⁶ Uma *charter* é o documento público mediante o qual se permite a criação de uma sociedade empresária (*corporation*), ao mesmo tempo em que se faculta à essa sociedade a exploração de determinada atividade econômica. Nos EUA, eram inicialmente concedidas pelo Legislativo, que fixava condições e obrigações para a exploração da atividade econômica em questão. Posteriormente, houve a adoção de leis gerais, que possibilitaram a emissão de *charters* independentemente de um ato específico do Legislativo (vide nota 9, adiante). O seguinte trecho esclarece as origens históricas das *charters*: “*In England and America, incorporation was a privilege that could be granted only by an act of the sovereign, who*

Contudo, segundo Robert Cushman, essas condições não foram suficientes para coibir os abusos das ferrovias.⁷ Havia grande dificuldade, segundo o autor, em estabelecer quais as condições que deviam ser impostas pelas *charters*, dado o desconhecimento técnico do setor ferroviário. Além disso, eram freqüentes os problemas de corrupção dos servidores públicos e membros do Legislativo responsáveis pela outorga das *charters*. Tratava-se da outorga de direitos valiosos a grandes corporações, mediante ato legislativo específico e exclusivo.

O controle judicial da atividade ferroviária, por sua vez, se dava com base nas *charters* e na aplicação do conceito de *common carrier*.⁸ Todavia, não era distinto daquele que era rotineiramente executado em outros setores de menor importância – logo, não se atentava para as particularidades do setor –, e se fazia presente apenas por provocação – como é característico do Judiciário. Isso acabou por limitar a eficácia das restrições impostas.

Em lugar das restrições nas *charters* individualmente tomadas, as décadas de 40 e 50 do século XIX presenciaram, na maioria dos estados, leis gerais que definiam as condições de incorporação de ferrovias e os direitos e obrigações das companhias ferroviárias.⁹ As leis eram bastante detalhistas, mas ainda dependiam somente do Judiciário para o cumprimento de suas disposições.

also stipulated the terms of incorporation in the charter. English law declared certain legal capacities to be attributes of incorporation. A corporate association could create its own government insofar as its bylaws were not in conflict with the law of the land. In the eyes of the law, a corporation became a fictitious person with legal and property rights distinct from its membership. Moreover, as a legal entity, the corporation could exist in perpetuity. In addition to these well-established characteristics, individual limited liability for corporate debts, though not an essential aspect of incorporation until the nineteenth century, may also be included in this list of legal attributes.” (BOWMAN, 1996, p. 39.)

⁷ CUSHMAN, 1941, p. 21.

⁸ O conceito de *common carrier* será abordado adiante, no contexto de sua aplicação às telecomunicações.

⁹ Essa substituição correspondeu a um movimento mais amplo, em que as *charters* passaram a ser regidas por leis gerais regulando sua concessão. “*In antebellum America, an evolving body of law pertaining to the business corporation – state and federal, judge-made and statutory – both accommodated and aided social forces impelling the transition from an agrarian to an industrial economy. Responding to the diverse needs of capitalists, economic exigencies, and changing public perceptions of corporate enterprise, legislatures and courts devised the framework within which the internal and external dimensions of corporate power would develop. Initially through special charters and later through general incorporation laws, state governments and judiciaries regulated the internal affairs of corporate business by defining the size and structure of the enterprise, the powers of stockholders*

Os resultados, todavia, foram considerados inadequados. Cushman aponta alguns fatores que resultaram no fracasso das tentativas de controle das ferrovias até então implementadas.¹⁰ O primeiro fator foi a grande força das companhias ferroviárias, que já em seus primórdios eram grandes e poderosas. Em geral, sua gestão, centralizada por grandes magnatas, era capaz de promover rápidas mudanças na forma de atuação das companhias. As legislaturas, por outro lado, não possuíam expertise no setor ferroviário, o que tornava as tentativas de regulação algo *desajeitadas*. Como resultado, as regras impostas às ferrovias eram, no mais das vezes, facilmente contornáveis pelos executivos das companhias ferroviárias. Outro fator era o caráter dinâmico do setor ferroviário. Mudanças e expansão eram rápidos, constantes e intensos. As leis, assim, necessitavam ser constantemente adaptadas por novas leis. A velocidade do processo legislativo não conseguia acompanhar a velocidade das mudanças no setor. As leis, desse modo, rapidamente ficavam desatualizadas. Tampouco as *charters*, cujo conteúdo era determinado pelo Legislativo, acompanhavam o ritmo das transformações no setor. Por fim, as leis – por sua própria natureza – conferiam um tratamento uniforme às ferrovias. Logo, não era possível fixar condições diferenciadas para

and management, and the conditions under which incorporation would be granted. During this same period, the metamorphosis of the corporation through the directives of the law, from an instrumentality of government to a constitutionally protected individual, vested the corporate entity with rights and legal capacities that would form the foundation of its external dimension of power. /§/ Until the universal adoption of incorporation by general statute in the second half of the nineteenth century, most states granted corporate charters for business only by a special legislative act. In the early decades of the new republic, a charter so conferred, depending on the nature of the enterprise, might include special privileges such as the power to fix tolls, exemption from taxation, or the right to exercise the state's power of eminent domain. Virtually all charters, whether for public service or general business, contained provisions that, typically, defined the scope of the company's business and possibly its duration, limited its capitalization, determined the voting rights of stockholders, and provided a method for payment of dividends. /§/ Detailed special-action charters served the interests of the government entities that sought to promote and direct economic development and, arguably, the interests of stockholders who could better assess their risks before investing. The power to grant such charters rested on the longstanding precept of English law that the corporation, which may be created only by an act of the sovereign, exists at the behest of its creator. No doubt the principle seemed reasonable, if not incontestable, when applied to a corporation that had been formed for the purpose of performing a public function. But as corporate enterprise began to acquire a distinctively private orientation, the extent of the sovereign's power and, conversely, the nature of the corporation's legal rights became issues of vital concern to American entrepreneurs. In the course of defining the lawful boundaries between state regulation and the rights of business corporations – a task for which English law could offer no precedent – courts and legislatures in the first half of the nineteenth century constructed the legal foundation of corporate power.” (BOWMAN, 1996, pp. 41-42.)

¹⁰ CUSHMAN, 1941, p. 22.

cada companhia. Nem todas as ferrovias, contudo, podiam sofrer o mesmo tratamento. Algumas eram mais importantes do que outras, por exemplo, para o desenvolvimento do comércio de uma dada região. Algumas eram monopolistas de fato, outras possuíam concorrentes. As próprias rotas traziam diferenças consideráveis a depender do sentido do frete – havia menos carga no sentido Leste-Oeste do que no sentido Oeste-Leste – e essas diferenças alimentavam a impressão de que as rotas eram exploradas de forma ineficiente, como meio de obtenção de tarifas mais caras.¹¹

Os primeiros vinte anos de regulação das ferrovias, portanto, marcaram a incapacidade do Legislativo e do Judiciário estaduais de controlar o setor ferroviário. Como relata Cushman:

Esses esforços de regulação de ferrovias são fruto de experiências legislativas, tentativas dos órgãos legiferantes de lidar com um novo e cada vez mais complicado problema. Os resultados foram longe de satisfatórios e, mesmo antes de 1850, emergiu o que podemos chamar de movimento de comissões: a implementação de comissões ocasionais, algo embrionárias, para auxiliar as legislaturas no trabalho de controle das ferrovias.¹²

¹¹ “*Incomprehensible as the trunk-line railroad picture of the late-nineteenth century may appear, it can be simplified if a few of its main features are borne in mind. Because of the amount of grain shipped to the seaboard, eastbound traffic was two-and-one-half times as heavy as westbound. From the beginning of the harvest in midsummer until late fall, eastbound facilities were almost continuously taxed to capacity. This traffic pattern meant that westbound trains often left the seaboard cities with as many as 60 percent of their cars empty. The number of empty cars was the source of the old canard that the trunk lines had a gross excess capacity. Indeed, any two of the railroads could have carried most of the westbound traffic most of the time. The existence of this potential transportation "bargain" and the fact that westbound traffic consisted primarily of higher-rated manufactured goods made average rates charged on westbound traffic appear suspiciously high.*” (MARTIN, 1974, pp. 353.)

¹² “Such efforts at railroad regulation were the results of legislative groping, attempts by legislative bodies to deal with a new and increasingly complicated problem. The results were far from satisfactory, and even before 1850 there emerged the beginnings of what we may call the commission movement, the setting up of occasional, somewhat embryonic commissions to aid the legislatures in the work of railroad control.” (CUSHMAN, 1941, p. 21 – tradução livre.)

Portanto, diante das dificuldades da estrutura estatal então existente de implementar as políticas públicas para o setor ferroviário, alternativas foram buscadas. Assim surgiram as comissões estaduais (*state commissions*).

1.2. As comissões estaduais

As primeiras comissões estaduais tinham por objetivo auxiliar as legislaturas a lidar com situações específicas e a prover informações sobre o setor ferroviário. Eram, em geral, temporárias – suas atividades se esgotavam quando cumpridas suas funções. Cushman¹³ divide essas primeiras comissões em quatro grupos, de acordo com as distintas funções que exerciam.

O primeiro grupo corresponde à função de supervisão do cumprimento de obrigações previstas nas *charters*. Em resultado de suas atribuições, as comissões que desempenhavam esse tipo de função relatavam suas conclusões e recomendações ao Legislativo. Se enquadra nesta categoria a comissão temporária criada pelo Estado de Connecticut em 1832, concomitantemente à outorga de uma *charter* especial. O segundo grupo de comissões exercia a função de inspeção de segurança das vias. Estas, à época, eram por vezes mal construídas, o que provocava acidentes com preocupante frequência. Exemplo desse tipo de comissão é a criada em 1844 pelo Estado de New Hampshire. O terceiro grupo tinha a função de arbitrar disputas entre as companhias ferroviárias e terceiros, relativas especialmente à construção e implantação das ferrovias. Matérias como degradação de terras pela presença de ferrovias, e perdas e danos decorrentes da construção, eram submetidas a

¹³ CUSHMAN, 1941, pp. 22 e ss.

esse tipo de comissões. Tratavam-se de comissões *ad hoc*, criadas para retirar do Judiciário o julgamento dessas disputas. O Estado de Nova Iorque, em 1850, adotou esse tipo de comissão. O quarto grupo, por fim, visava ao combate da discriminação de tarifas e serviços. Exemplo desse tipo de comissão é a criada pelo Estado de Rhode Island em 1844.

Todavia, essa cronologia de desenvolvimento de novas instituições reguladoras foi interrompida pela erupção da Guerra Civil Americana (1861-1865). O surgimento de comissões estaduais permanentes, em decorrência, remonta à segunda metade do século XIX, a partir de 1869. As comissões permanentes então surgidas seguiram duas abordagens distintas. Cushman¹⁴ classifica-as em comissões “fortes” (*strong*) e comissões “fracas” (*weak*). A terminologia merece crítica, como veremos a seguir, mas inicialmente a adotaremos tanto para facilitar a conferência com a literatura estrangeira que a adota, quanto para reforçar um argumento importante desta exposição no que diz respeito à contribuição das comissões estaduais para o modelo da *Insterstate Commerce Commission* e das agências reguladoras em geral.

As comissões *fracas* tinham funções que se esgotavam no assessoramento do Legislativo ou do Executivo para a elaboração, por estes, de medidas específicas para lidar com o setor ferroviário. Exerciam suas atribuições de forma mais negociada e buscavam uma postura de cooperação com as companhias ferroviárias como modo de orientá-las a finalidades públicas. A mais renomada das comissões *fracas* foi a de Massachusetts, criada em 1869. Ela não tinha nenhum tipo de poder disciplinar sobre as companhias ferroviárias, qualquer medida específica seria tomada pelo Legislativo ou pelo *Attorney General* do Estado, no exercício ordinário de suas atribuições (respectivamente, mediante atos legislativos e pela provocação do Poder Judiciário). A comissão tinha o poder de fixar quais tarifas ferroviárias eram justas e razoáveis (*just and reasonable*), mas não era sua função compelir

¹⁴ CUSHMAN, 1941, p. 23.

por meios coercitivos as companhias a adotar essas tarifas. A comissão podia, porém, elaborar relatórios e propor a adoção de nova legislação. Era, por isso, tida como *um braço do Legislativo*, um órgão cuja função era auxiliar a legislatura no exercício de seu mister, suprindo-a com informações detalhadas e confiáveis. Para tanto, era chefiada por *experts* e possuía um quadro estável de funcionários, o que lhe permitiu acumular conhecimento e prestígio.¹⁵ Inclusive, no período que antecedeu a criação da ICC, um de seus três *comissários* foi Charles Francis Adams, um dos mais conhecidos e prestigiados homens do setor ferroviário.

Embora não dotadas de poderes coercitivos para impor suas decisões, as comissões *fracas* tinham amplos poderes de investigação. Eram competentes para inspecionar aspectos de segurança das ferrovias, investigar acidentes, examinar registros contábeis e até mesmo a compelir testemunhas a depor sob juramento.¹⁶ Cushman, apoiado em Arthur Twining Hadley¹⁷ e no próprio Charles Francis Adams¹⁸, afirma ainda que, apesar da ausência de poderes coercitivos, a comissão de Massachusetts foi extremamente exitosa. O motivo para tanto, segundo o autor, seria o fato de o sistema ferroviário de Massachusetts estar, à época, já bem maduro e estável, o que lhe retiraria os problemas inerentes ao crescimento rápido e desordenado verificado em outros estados. Adams, inclusive, atribuiu ao setor ferroviário em Massachusetts “um estado mais tranqüilo da mente pública” (*a more composed state of the public mind*¹⁹), o que sugere a presença de um certo espírito republicano na interação entre estado e companhias ferroviárias. O sucesso da comissão de Massachusetts, não obstante as

¹⁵ O fato é notável, pois na época ainda era grande a presença do chamado “sistema de espólios” (*spoils system*) no serviço público americano, caracterizado pela ocupação dos cargos públicos segundo a indicação do partido político que ocupa o poder – o que implica a alteração dos ocupantes dos cargos quando um outro partido assume o poder. O *sistema de espólios* e a gestão do funcionalismo público americano serão tratados adiante neste trabalho.

¹⁶ CUSHMAN, 1941, p. 27.

¹⁷ *Railroad Transportation: its History and its Laws*. New York: G. P. Putnam's Sons, 1885 (citado em CUSHMAN, 1941, p. 24).

¹⁸ *Railroads: Their Origin and Problems*. New York: G. P. Putnam's Sons, 1878 (citado em CUSHMAN, 1941, p. 24).

¹⁹ Citado em CUSHMAN, 1941, p. 25.

peculiaridades desse estado, fez com que o seu modelo fosse copiado – com diferentes graus de alterações – por Colorado, Connecticut, Iowa, Kentucky, Maine, Massachusetts, Michigan, Nebraska, Nova Iorque, Ohio, Rhode Island, Vermont, Virgínia, Wisconsin e Dakota.

As chamadas comissões *fortes*, por sua vez, surgiram primeiramente nos estados que compõem a região da Nova Inglaterra (*New England*). Ao invés de apenas propor políticas ao Legislativo, as comissões *fortes* possuíam poderes para atuar por si. Sua natureza não era meramente de assessoramento – eram, ao revés, entes que possuíam competências próprias de regulação e fiscalização. A mais proeminente dessas comissões foi a de Illinois. O Estado de Illinois foi um dos primeiros a buscar novas soluções institucionais para o controle das ferrovias. No mesmo ano em que foi criada a comissão de Massachusetts, 1869, foi aprovada em Illinois uma lei que determinava que as tarifas ferroviárias deveriam ser “justas, razoáveis e uniformes”²⁰, mas não fixou nenhuma estrutura administrativa específica para fazer cumprir essa exigência. Todavia, já em 1871 foi criado o *Board of Railroad and Warehouse Commissioners* (também referenciado como *Railroad and Warehouse Commission*), um ente chefiado por três comissários e cuja competência era a de fazer cumprir a legislação estadual sobre ferrovias e armazéns de grãos. Essa comissão se reportava diretamente ao governador do estado – o que é uma diferença importante frente à Comissão de Massachusetts, que se reportava ao Legislativo. Inicialmente não havia nenhuma disciplina quanto aos procedimentos a serem adotados pela comissão, fato que se modificou em 1873. Neste ano, a lei sofreu significativas mudanças, visando ao recrudescimento de suas disposições. Uma das alterações promovidas foi a outorga à comissão de Illinois da competência de provocar o Judiciário ante o descumprimento da lei. A comissão passou, ainda, a ter a incumbência de fixar tarifas máximas, que, para os fins legais, eram reputadas as tarifas justas em qualquer demanda judicial envolvendo os preços praticados pelas

²⁰ CUSHMAN, 1941, p. 26.

companhias ferroviárias. Além disso, a comissão poderia provocar o Judiciário para determinar o cumprimento dessas tarifas. Isso significou um importante precedente na técnica de regulação das ferrovias. A comissão de Illinois e as demais comissões *fortes* possuíam também os poderes de investigação das comissões *fracas*, e podiam inclusive sugerir alterações legislativas.

Até 1887, data da criação da *Interstate Commerce Commission*, dez estados haviam adotado – em maior ou menor grau – o modelo da comissão de Illinois: Alabama, Califórnia, Geórgia, Illinois, Kansas, Minnesota, Mississippi, Missouri, New Hampshire, e Carolina do Sul. Obviamente, havia diferenças entre essas comissões – nem todas, por exemplo, possuíam competência para provocar o Judiciário em caso de descumprimento da legislação. Essa competência, por vezes, permanecia exclusivamente com o *Attorney General*. Frequentemente, houve migração do modelo de comissões *fortes* para o de comissões *fracas*, e vice-versa: as comissões pendiam de um modelo ao outro em busca de uma solução eficaz para controlar o setor ferroviário, em um grande processo de tentativa e erro.²¹

Como a atividade ferroviária possui aspectos intra-estaduais e interestaduais, a competência para regulá-la teve que superar a tensão entre a competência estadual para disciplinar os assuntos que dizem respeito ao estado, e a competência federal para disciplina do comércio entre os estados. As tentativas estaduais de regular as ferrovias, em um primeiro momento, foram chanceladas pela Suprema Corte a partir do caso *Munn v. Illinois* (94 U.S. 113 (1876)). Munn era sócio de uma empresa em Chicago que prestava serviços de armazenamento de grãos, e foi condenado em face das leis de Illinois por não ter obtido prévia licença junto às cortes de Chicago²² e por praticar preços superiores aos fixados pela

²¹ CUSHMAN, 1941, p. 27.

²² A concessão de licenças ou autorizações como condição para o exercício de determinada atividade nos EUA foi inicialmente vista como atribuição do Judiciário, e se inclui no espectro do que se considera atividade jurisdicional (referida em inglês pelo termo *adjudication*). A competência de licenciamento de atividades atribuída às agências reguladoras americanas, inclusive, é considerada a principal competência *quase-judicial* daqueles entes. Sobre essa competência, cf. MASHAW, MERRILL e SHANE, 1998, pp. 286-436. O fato de a

comissão de Illinois. Munn recorreu ao Judiciário alegando que o *due process of law* não havia sido observado e que se cuidava de efetivo confisco estadual, ao que pedia incidentalmente a declaração de inconstitucionalidade da legislação de Illinois. A Suprema Corte, porém, entendeu ser constitucional a regulação estadual de negócios privados, quando a uma propriedade privada fosse atribuído uso que afetasse o público em geral.²³

No mesmo ano, no caso *Peik (Peik v. Chicago N. W. R. Co., 94 U.S. 164 (1876))*, afirmou-se que as etapas do comércio interestadual que não fossem reguladas pelo

doutrina brasileira incluir o licenciamento entre as atividades de poder de polícia, tipicamente realizadas pela Administração Pública (portanto pelo Poder Executivo), é motivo muitas vezes de confusão na interpretação das funções das agências reguladoras americanas.

²³ O voto do relator, *Chief Justice* Waite, tem grande importância para o estudo da regulação em geral, e é apontado por muitos doutrinadores como o precedente que fundamentou a regulação norte-americana de modo geral (cf. CARVALHO, 2007, p. 60). Em seu voto, o *Chief Justice* afirma: “*When one becomes a member of society, he necessarily parts with some rights or privileges which, as an individual not affected by his relations to others, he might retain. 'A body politic,' as aptly defined in the preamble of the Constitution of Massachusetts, 'is a social compact by which the whole people covenants with each citizen, and each citizen with the whole people, that all shall be governed by certain laws for the common good.' This does not confer power upon the whole people to control rights which are purely and exclusively private, Thorpe v. R. & B. Railroad Co., 27 Vt. 143; but it does authorize the establishment of laws requiring each citizen to so conduct himself, and so use his own property, as not unnecessarily to injure another. This is the very essence of government, and has found expression in the maxim sic utere tuo ut alienum non laedas. From this source come the police powers, which, as was said by Mr. Chief Justice Taney in the License Cases, 5 How. 583, 'are nothing more or less than the powers of government inherent in every sovereignty, . . . that is to say, . . . the power to govern men and things.' Under these powers the government regulates the conduct of its citizens one towards another, and the manner in which each shall use his own property, when such regulation becomes necessary for the public good. In their exercise it has been customary in England from time immemorial, and in this country from its first colonization, to regulate ferries, common carriers, hackmen, bakers, millers, wharfingers, innkeepers, &c., and in so doing to fix a maximum of charge to be made for services rendered, accommodations furnished, and articles sold. To this day, statutes are to be found in many of the States some or all these subjects; and we think it has never yet been successfully contended that such legislation came within any of the constitutional prohibitions against interference with private property. With the Fifth Amendment in force, Congress, in 1820, conferred power upon the city of Washington 'to regulate . . . the rates of wharfage at private wharves, . . . the sweeping of chimneys, and to fix the rates of fees therefor, . . . and the weight and quality of bread,' 3 Stat. 587, sect. 7; and, in 1848, 'to make all necessary regulations respecting hackney carriages and the rates of fare of the same, and the rates of hauling by cartmen, wagoners, carmen, and draymen, and the rates of commission of auctioneers,' 9 id. 224, sect. 2. ¶ From this it is apparent that, down to the time of the adoption of the Fourteenth Amendment, it was not supposed that statutes regulating the use, or even the price of the use, of private property necessarily deprived an owner of his property without due process of law. Under some circumstances they may, but not under all. The amendment does not change the law in this particular: it simply prevents the States from doing that which will operate as such a deprivation. ¶ This brings us to inquire as to the principles upon which this power of regulation rests, in order that we may determine what is within and what without its operative effect. Looking, then, to the common law, from whence came the right which the Constitution protects, we find that when private property is 'affected with a public interest, it ceases to be juris privati only.' This was said by Lord Chief Justice Hale more than two hundred years ago, in his treatise *De Portibus Maris*, 1 Harg. Law Tracts, 78, and has been accepted without objection as an essential element in the law of property ever since. Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence, and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created. He may withdraw his grant by discontinuing the use; but, so long as he maintains the use, he must submit to the control.” (*Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876), 124-126.)*

Congresso dos EUA poderiam ser objeto de disciplina pelos estados. Tratou-se de ação movida por credores debenturistas da *Chicago North-western Railroad Company* contra a aplicação a essa companhia da legislação do Estado de Wisconsin que determinava preços máximos para os fretes ferroviários. Em síntese, os autores, que não residiam em Wisconsin, alegaram que as tarifas máximas fixadas pelo Estado de Wisconsin eram significativamente inferiores às fixadas nos estados de Illinois, Iowa e Minnesota; que essas tarifas inviabilizavam o afretamento de cargas a partir do Estado de Wisconsin e que, por isso, configuravam confisco sem a devida indenização; e que se tratava de regulação de comércio interestadual – tarefa constitucionalmente atribuída ao Congresso dos Estados Unidos (ente federativo), e não aos estados. A Suprema Corte, contudo, não apenas reafirmou a opinião expressa em *Munn v. Illinois* (de que era constitucional a regulação do comércio pelo Legislativo estadual), como considerou válida a fixação de regras por um estado que afetassem incidentalmente o comércio com outros estados, desde que essas regras tivessem uma preocupação *essencialmente doméstica*.²⁴

Durante dez anos, com base na autoridade fixada no caso *Peik*, os estados continuaram a regular o comércio ferroviário interestadual de forma subsidiária – uma vez que os mesmos trens serviam rotas intra e interestaduais, era difícil se ater unicamente a aspectos intra-estaduais. Todavia, em 1886, no chamado *Wabash Case* (*Wabash, St. L. & P. Ry. Co. v. State of Illinois*, 118 U.S. 557 (1886)), a Suprema Corte americana fixou novo precedente. Novamente, o litígio envolveu o Estado de Illinois, porém o resultado, dessa vez, foi desfavorável à regulação estadual. Tratava-se de um caso que a *Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company* havia discriminado tarifas entre fretes originados em duas cidades

²⁴ O voto do relator, também o *Chief Justice Waite*, trouxe as seguintes considerações: “As to the effect of the statute as a regulation of interstate commerce. The law is confined to State commerce, or such inter-state commerce as directly affects the people of Wisconsin. Until Congress acts in reference to the relations of this company to inter- state commerce, it is certainly within the power of Wisconsin to regulate its fares, &c., so far as they are of domestic concern. With the people of Wisconsin this company has domestic relations. Incidentally, these may reach beyond the State. But certainly, until Congress undertakes to legislate for those who are without the State, Wisconsin may provide for those within, even though it may indirectly affect those without.” (*Peik v. Chicago N.W.R.Co.*, 94 U.S. 164 (1876), 177-178.)

de Illinois e destinados a Nova Iorque, cobrando, em uma mesma linha ferroviária, mais caro do usuário que estava mais próximo de Nova Iorque. A comissão de Illinois acionou o judiciário local para impor multa à companhia Wabash por discriminação de tarifas em fretes de curta e longa distâncias. A companhia recorreu à Suprema Corte, alegando que em ambos os casos os fretes haviam sido negociados e contratados em Nova Iorque, e que por isso não havia fundamento para aplicação da legislação de Illinois. A corte constitucional estadunidense recebeu o recurso e reviu especialmente a posição firmada no caso *Peik*, no que diz respeito à competência estadual para regular incidentalmente aspectos interestaduais do setor ferroviário. A corte considerou que o setor ferroviário era intrinsecamente interestadual²⁵, e invalidou a norma de Illinois que vedava a discriminação de tarifas entre fretes de curta distância e de longa distância, por entender que se cuidava de uma violação da

²⁵ Sobre o assunto, o relator, *Justice Miller*, assim se pronunciou: “*Let us see precisely what is the degree of interference with transportation of property or persons from one state to another which this statute proposes. A citizen of New York has goods which he desires to have transported by the railroad companies from that city to the interior of the state of Illinois. A continuous line of rail over which a car loaded with these goods can be carried, and is carried habitually, connects the place of shipment with the place of delivery. He undertakes to make a contract with a person engaged in the carrying business at the end of this route from whence the goods are to [118 U.S. 557, 576] start, and he is told by the carrier: 'I am free to make a fair and reasonable contract for this carriage to the line of the state of Illinois, but when the car which carries these goods is to cross the line of that state, pursuing at the same time this continuous track, I am met by a law of Illinois which forbids me to make a free contract concerning this transportation within that state, and subjects me to certain rules by which I am to be governed as to the charges which the same railroad company in Illinois may make, or has made, with reference to other persons and other places of delivery.'* So that while that carrier might be willing to carry these goods from the city of New York to the city of Peoria at the rate of 15 cents per hundred pounds, he is not permitted to do so, because the Illinois railroad company has already charged at the rate of 25 cents per hundred pounds for carriage to Gilman, in Illinois, which is 86 miles shorter than the distance to Peoria. So, also, in the present case, the owner of corn, the principal product of the country, desiring to transport it from Peoria, in Illinois, to New York, finds a railroad company willing to do this at the rate of 15 cents per hundred pounds for a car-load, but is compelled to pay at the rate of 25 cents per hundred pounds, because the railroad company has received from a person residing at Gilman 25 cents per hundred pounds for the transportation of a car-load of the same class of freight over the same line of road from Gilman to New York. This is the result of the statute of Illinois, in its endeavor to prevent unjust discrimination, as construed by the supreme court of that state. The effect of it is that whatever may be the rate of transportation per mile charged by the railroad company from Gilman to Sheldon, a distance of 23 miles, in which the loading and the unloading of the freight is the largest expense incurred by the railroad company, the same rate per mile must be charged from Peoria to the city of New York. The obvious injustice of such a rule as this, which railroad companies are by heavy penalties compelled to conform to, in regard to commerce among the states, when applied to transportation which includes Illinois in a long line of carriage through several states, shows the value of the constitutional provision which confides the power of regulating interstate commerce to the congress of the United States, whose enlarged view of the interests of all the states, and of the railroads concerned, better fits it to establish just and equitable rules.” (*Wabash, St. L. & P. Ry. Co. v. State of Illinois*, 118 U.S. 557 (1886), 576-577).

competência legislativa federal de regular o comércio entre os estados.²⁶ Em resultado, fixou-se o precedente de que o estabelecimento de tarifas interestaduais pelas comissões estaduais era inconstitucional – essa competência deveria ser exercida exclusivamente pelo Congresso dos EUA.²⁷

O problema era justamente que não havia norma federal que regulasse o serviço ferroviário interestadual: toda a regulação era estadual. Isso significou o retorno à ausência de regulação do setor ferroviário, no comércio entre os estados, com o agravante de o volume de transportes interestaduais era muito superior ao de transportes intra-estaduais. Mesmo o transporte intra-estadual era realizado por trens que também realizavam transporte interestadual.²⁸ Em resultado, houve grande pressão pelo estabelecimento de uma lei federal

²⁶ “This clause, giving to congress the power to regulate commerce among the states, and with foreign nations, as this court has said before, was among the most important of the subjects which prompted the formation of the constitution. *Cook v. Pennsylvania*, 97 U.S. 574 ; *Brown v. Maryland*, 12 Wheat. 446. And it would be a very feeble and almost useless provision, but poorly adapted to secure the entire freedom of commerce among the states which was deemed essential to a more perfect union by the framers of the constitution, if, at every stage of the transportation of goods and chattels through the country, the state within whose limits a part of this transportation must be done could impose regulations concerning the price, compensation, or taxation, or any other restrictive regulation interfering with and seriously embarrassing this commerce.” (*Wabash, St. L. & P. Ry. Co. v. State of Illinois*, 118 U.S. 557 (1886), 573.)

²⁷ É interessante destacar que o voto divergente do *Justice Bradley*, que foi seguido pelo *Chief Justice Waite* e pelo *Justice Gray*, traz raciocínio que possui notável paralelismo com o instituto da concessão de serviços públicos do direito brasileiro: “The highways in a state are the highways of the state. Convenient ways and means of intercommunication are the first evidence of the civilization of a people. The highways of a country are not of private, but of public, institution and regulation. In modern times, it is true, government is in the habit, in some countries, of letting out the construction of important highways, requiring a large expenditure of capital, to agents, generally corporate bodies created for the purpose, and giving to them the right of taxing those who travel or transport goods thereon as a means of obtaining compensation for their outlay. But a superintending power over the highways, and the charges imposed upon the public for their use, always remains in the government. This is not only its indefeasible right, but is necessary for the protection of the people against extortion and abuse. These positions we deem to be incontrovertible. Indeed, they are adjudged law in the decisions of this court. Railroads and railroad corporations are in this category. /§/ Now, since every railroad may be, and generally is, a medium of transportation for interstate commerce, and affects that commerce; and since the charges of fare and freight for such transportation affect and incidentally regulate that commerce; and since the railroad could not be built, and the charges upon it could not be exacted, without authority from the state, -it follows, as a necessary consequence, that the state, in the exercise of its undoubted functions and sovereignty, does, in the establishment and regulation of railroads, to a certain and a very material extent, not only do that which affects, but incidentally regulates, commerce. It does so by the very act of authorizing the construction of railroads, and the collection of fares and freights thereon. No one doubts its powers to do this. The very being of the plaintiffs in error, the very existence of their railroad, the very power they exercise of charging fares and freights, are all derived from the state.” (*Wabash, St. L. & P. Ry. Co. v. State of Illinois*, 118 U.S. 557 (1886), 586).

²⁸ “One difficulty of intrastate regulation of transportation is that since transportation is a business that is spatial in nature, it often crosses state lines. The Supreme Court under Chief Justice Morrison R. Waite in the years 1874 to 1888 increasingly found state economic regulations to be invalid because they encroached on interstate commerce which the Constitution reserved for the federal government to regulate. The *Wabash*

regulando o transporte interestadual, tanto por parte dos usuários – receosos dos abusos praticados pelas companhias ferroviárias –, quanto pelas próprias ferrovias – que enfrentavam uma situação de excesso de oferta, resultado das políticas de fomento –, margens extremamente apertadas e, por vezes, práticas de concorrência desleal.

1.3. A contribuição das comissões estaduais

As comissões estaduais resultaram do processo pioneiro de tentativa e erro que levou à formatação das características estruturais e funcionais posteriormente adotadas na criação da *Interstate Commerce Commission*, e que serviriam de parâmetro para a *Federal Communications Commission*. De um lado, a experiência dos estados demonstrou a necessidade prática de avaliação constante do setor ferroviário por especialistas, que pudessem compreender suas especificidades e, diante dos problemas concretos, viabilizar a adoção de políticas públicas mais eficazes. De outro lado, essa mesma experiência resultou na dificuldade de atribuir as funções de observação, avaliação, normatização e controle do setor ferroviário à estrutura estatal então existente. As comissões resultaram, portanto, da necessidade prática de se criar um novo espaço institucional para que fosse possível a regulação do setor ferroviário.

Case (1886) effectively forbade the states from regulating interstate railroad rates. At this point it was evident that if there was to be any effective regulation of the railroads it would have to be done on the federal level. This was true not only because much of the rail movement was interstate in nature but because even intrastate trips often were made on trains that had come from or were headed to another state.” (STONE, 1991, p. 5 – grifo ausente no original.) Todavia, a afirmação do autor merece retificação. O *Chief Justice* Waite foi o voto condutor dos casos *Munn v. Illinois* e *Peik*, que reconheceram a competência dos estados em regular incidentalmente aspectos do comércio interestadual na ausência de normas federais, e foi voto vencido no *Wabash case*. Portanto, sua influência foi oposta. Mas o reconhecimento da natureza interestadual do setor ferroviário foi determinante para a mudança de posição da Suprema Corte, uma vez que esta não reviu seu posicionamento firmado em *Munn v. Illinois* quanto à possibilidade em si de regulação pública de atividades privadas.

Tendo isso em vista, o sucesso da comissão de Massachusetts revela a impropriedade de categorizá-la de comissão *fraca*. As comissões *fracas*, como visto, se diferenciavam das comissões *fortes* por não terem competência para determinar o valor de tarifas, nem para acionar o Judiciário em caso de descumprimento de preceitos legais pertinentes ao setor ferroviário. Além disso, eram agências auxiliares do Legislativo, e sua função era assessorar aquele poder na fixação de leis para regular as ferrovias. A ausência de poderes claros e específicos de comando e controle, a falta de instrumentos coercitivos, tudo isso sugere a dita *fraqueza* das comissões que seguiram o modelo de Massachusetts. Entretanto, vimos que essa comissão foi considerada extremamente exitosa, ao ponto de ser copiada por diversos outros estados.

A conclusão possível é que, em determinadas situações, a presença de poderes específicos de normatização e fiscalização – hoje tidos como característicos do modelo de agências – não é um fator determinante para a necessidade prática que determinou o surgimento das agências reguladoras nos EUA. A presença de um mercado dito *maduro* em Massachusetts propiciou o surgimento e desenvolvimento de um ente público capaz de dialogar exitosamente com o setor ferroviário, sem a necessidade de mecanismos coercitivos. Qual foi, então, a grande contribuição das comissões *fracas*? A resposta parece ser justamente sua especialização técnica. É certo que essa comissão foi exitosa, e é certo que não possuía poderes de coerção. O que a diferenciava dos organismos públicos já existentes? Por que ela obteve sucesso onde legisladores e juízes falharam? Era uma a diferença entre a comissão de Massachusetts e o Legislativo e o Judiciário: conhecimento técnico especializado.

O modelo de Massachusetts é, desse modo, complementar ao de Illinois. Enquanto neste se destacam as novas competências de fixar administrativamente o valor de tarifas, e de promover ações judiciais para fazer cumprir as regras previstas na legislação, naquele o destaque é nas características pessoais dos reguladores, notadamente na sua

especialização técnica. Esses dois elementos, como veremos adiante, serão combinados de forma peculiar na ICC.

Além disso, as comissões estaduais contribuíram também com um modelo estrutural para a regulação ferroviária. Salvo raras exceções, havia grande similitude em sua organização interna – mesmo se compararmos as comissões *fortes* com as *fracas*.²⁹ As comissões eram chefiadas em geral por três membros – embora nos casos em que suas competências eram praticamente limitadas à inspeção de ferrovias, houve exemplos de comissões compostas por apenas um comissário. Havia mandato para os comissários, que variava de dois a seis anos, e freqüentemente os mandatos eram não coincidentes, para assegurar a continuidade das ações.

A existência de mandato, porém, não era garantia de estabilidade. Especialmente nas comissões *fracas*, não houve em regra preocupação com a fixação de critérios claros para a demissão dos comissários. Na quase totalidade das comissões *fortes*, por sua vez, havia regras claras regulando a demissão dos comissários, como forma de resguardar sua independência. Não obstante, cabe ressaltar que nos estados, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos (ente federal)³⁰, em geral não há a previsão constitucional que assegura o poder do chefe do Executivo de, a seu dispor, demitir seus funcionários. Portanto, se de um lado os mandatos não eram garantia de estabilidade, de outro lado a ausência de regras claras para a remoção de comissários de seus cargos não implicava a possibilidade de o governador demiti-los *ad nutum*.

Os comissários, na maioria dos estados, eram indicados pelo governador e referendados pelo senado estadual, mas havia estados em que os comissários eram escolhidos unicamente pelo Legislativo e houve exemplos de comissários eleitos pelo povo. Na maioria das comissões, as leis fixavam critérios de qualificação para o posto de comissário. Esses

²⁹ Cf. CUSHMAN, 1941, pp. 30-31.

³⁰ Cabe lembrar que *Estados Unidos* é o nome do ente federal estadunidense, equivalente à União no Brasil.

critérios eram variados: havia casos em que se exigia que os comissários não tivessem sido empregados por companhias ferroviárias, nem delas possuíssem participação acionária (regra essa criticada por Charles Francis Adams, que entendia que essa regra excluía qualquer pessoa que pudesse ter conhecimento especializado); outras vezes, se exigia que os comissários representassem localidades distintas geograficamente; casos havia, por fim, em que se exigia qualificações técnicas específicas tais como formação jurídica, experiência empresarial ou outras formas de familiaridade com o setor ferroviário. A exigência mais comum, contudo, era a distribuição equânime dos cargos entre os partidos políticos.

Como produto de um processo de tentativa e erro, as comissões estaduais não possuíam uma posição clara na estrutura de repartição de poderes. Além disso, pelo fato de terem se desenvolvido nos estados, a preocupação com sua inserção no modelo de freios e contrapesos é bastante mitigada, em função da grande diversidade de modelos constitucionais. Cushman, sobre esse ponto, esclarece:

Recentemente a questão que tem sido objeto de amplo debate com relação às comissões reguladoras federais é se a legislatura federal, ao estabelecer uma comissão desse tipo e ao conferi-la o status de independente, de alguma forma entrincheirou o Poder Executivo [*executive department*] ou usurpou da função executiva. As primeiras experiências estaduais não esclarecem em nada esse ponto. A doutrina da separação dos poderes foi sequer trabalhada nas constituições dos estados americanos com a profundidade que a caracteriza na Constituição Federal. Ademais, a separação de poderes pode ser modificada ou mesmo abandonada por qualquer estado americano por meio de emenda constitucional. Finalmente, nos estados americanos de 1887 não havia estrutura do Poder Executivo chefiada por governador que tivesse poderes comparáveis aos do Presidente; ao contrário, havia inúmeros oficiais executivos e administradores, muitos dos quais eleitos diretamente pelo povo, e nenhum deles sujeitos em regra a qualquer controle pelo governador estadual.³¹

³¹ “The question has recently been widely discussed in connection with the federal regulatory commissions whether the federal legislature, in setting up a commission of this type and giving it a status of independence, has in any way trenched upon the executive department or usurped executive power. Early state experience throws no light on this point. The doctrine of the separation of powers has seldom been worked out in American state constitutions with the thoroughness that characterizes it in the federal Constitution. Furthermore, the

A relação das comissões com o chefe do executivo, portanto, era conturbada. Nenhuma comissão estadual estava sob seu controle hierárquico, embora a grande maioria reportasse suas atividades diretamente ao governador. Com isso, os comissários desempenhavam suas atividades livres de qualquer supervisão pelo governador.³² A isso se somava o fato de que as cortes estaduais interpretavam os poderes do governador de forma bastante rígida. Normas gerais presentes nas constituições estaduais e que descreviam o governador como chefe do Executivo estadual eram interpretadas de forma a conferi-lo nenhum poder concreto. Ou seja, os poderes e as competências do governador eram aquelas determinadas pelo legislador ordinário, que era assim livre para fixar e alterar os limites da competência do chefe do Executivo. Assim, o legislativo poderia criar qualquer ente ou órgão para regular e fiscalizar o que quer que fosse, sem se preocupar em invadir a esfera do executivo ou violar qualquer limitação constitucional decorrente da separação de poderes.³³

Por outro lado, a relação das comissões com o legislativo era bastante próxima. As comissões foram criadas, em regra, como instrumentos de auxílio das legislaturas para o exercício de uma função que se reconhecia como destas. As comissões *fracas* angariavam informações e faziam recomendações aos legisladores, e as *fortes*, além desse papel, auxiliavam na efetivação dos parâmetros e regras fixados pelo legislativo. Assim era que, em função dos casos concretos, as comissões complementavam o trabalho do legislativo na fixação de tarifas *justas e razoáveis*. Ou seja, a atuação das comissões permitiu aos legisladores formularem políticas gerais, *standards* legislativos, que seriam concretizadas pelas comissões.

separation of powers may be modified or even abandoned by any American state by constitutional amendment. Finally, in the American state of 1887 there was no executive department headed by a governor who had powers comparable to those of the President; on the contrary there were numerous executive and administrative officers, many of them elected directly by the people and none of them, as a rule, subject to any control by the state governor." (CUSHMAN, 1941, p. 32 – tradução livre.)

³² No plano federal, esse fato foi vigorosamente combatido pelo Presidente Andrew Jackson, o que gerou situação oposta – o chamado *sistema de espólios*. Esse tema será tratado adiante.

³³ Cf. CUSHMAN, 1941, pp. 31 e ss.

Por fim, a relação das comissões estaduais com o Judiciário variava de acordo com suas atribuições. Nos casos em que não possuíam competência para fixar tarifas ou determinar o cumprimento de dispositivos da lei, obviamente seu contato com as cortes era limitado. Todavia, quando possuíam essas competências, as comissões estaduais dependiam do Judiciário para o cumprimento de suas determinações. Em geral, as legislações estaduais fixavam presunção relativa de veracidade acerca dos fatos relatados pelas comissões (*findings of fact*), e da decorrente aplicação da lei. Ou seja, ao recorrer ao Judiciário, as decisões tomadas pelas comissões eram reputadas válidas, e cabia aos juízes propiciar sua execução (*enforcement*). Não obstante, o Judiciário, com base na doutrina do *due process of law* – cuja construção então se iniciava –, no mais das vezes admitia que os aspectos essenciais, que afetassem os interesses privados, fossem submetidos à reapreciação judicial.

Pela doutrina do precedente, a jurisprudência dos estados não tem força vinculativa nas cortes federais, porém serve como meio de persuasão. Não obstante, a experiência dos estados no estabelecimento de suas comissões estaduais, bem como o histórico acumulado da relação entre as comissões e os três poderes, consistiram em um substrato importante para o momento em que se tornou inevitável a regulação federal do setor ferroviário. Assim, quando em decorrência do já citado *Wabash Case*, houve uma situação de anomia com relação ao transporte ferroviário interestadual, a necessidade premente de preencher esse vácuo normativo se casou com a experiência institucional já consolidada nos estados, de forma que o Congresso Federal norte-americano não apenas implementou uma legislação federal aplicável ao transporte ferroviário, como instituiu sua própria comissão para cuidar da implementação dessa legislação. Nasceria, então, a *Interstate Commerce Commission*, tida por muitos como a primeira agência reguladora independente. Essa agência se tornaria, posteriormente, a primeira a regular o setor de telecomunicações, e a experiência prévia com o setor ferroviário seria determinante para a disciplina das telecomunicações.

1.4. O tortuoso processo de criação da ICC

A criação da *Interstate Commerce Commission* é cercada de polêmicas, que envolvem não apenas os motivos que levaram ao seu surgimento, mas os objetivos e características da própria regulação. Inicialmente, prevaleceu a visão de autores que entendiam que a ICC surgiu como forma de limitar os abusos dos poderosos cartéis ferroviários. Essa corrente via (e vê) a ICC como uma resposta a uma demanda pública por maior controle das relações entre usuários e companhias ferroviárias e, especialmente, como uma forma de contraponto ao poderio econômico das ferrovias. A pressão política de fazendeiros – dentro do Movimento *Granger* –, de mercadores e de produtores de petróleo, todos usuários dos serviços ferroviários, teria sido decisiva.³⁴

Ocorre que, após alguns anos de experiência, houve a percepção generalizada de que a regulação não estava produzindo os resultados desejados no setor de transportes. Historiadores passaram a interpretar o surgimento da ICC de outra forma, identificando-o como o produto da ação dos próprios regulados. Por um lado, essa ação poderia ser o produto concertado de grupos de usuários poderosos, que buscavam melhores condições individuais de negociação.³⁵ Por outro lado, teriam sido as próprias companhias ferroviárias, então sujeitas a uma forte competição, que demandaram maior proteção de seu negócio e, em decorrência, a criação de mecanismos regulatórios que ordenassem o mercado e lhes

³⁴ Albro Martin (1974, pp. 340-341) cita como importante referência William Z. Ripley, para quem as deficiências da regulação em produzir resultados mais expressivos decorreu da interpretação restritiva conferida pelo Judiciário aos poderes da ICC.

³⁵ Richard Stone resume alguns autores que se filiam a essa posição: “*Solon J. Buck, for example, has pointed out the role of the farmer (especially those in the populist Granger movement). Lee Benson has mentioned the merchants, and George W. Hilton and Gerald D. Nash have both cited the independent oil producers.*” (STONE, 1991, p. 5.). Esses autores também são citados em MARTIN (1974, pp. 340-341).

assegurassem melhores condições de operação.³⁶ Por atuar em benefício de categorias específicas, seria esperado que o resultado da regulação não produzisse os resultados gerais esperados.³⁷

Em verdade, a história legislativa do projeto de lei que deu origem à ICC fornece subsídios para ambas as interpretações, o que demonstra se tratar de um processo mais complexo e que não pode desconsiderar nem a pressão política de usuários e afretadores por melhores condições de negociação com as ferrovias, nem a pressão das próprias companhias ferroviárias na defesa de seus interesses e de seus mercados.

Entre 1868 e 1886 mais de 150 projetos de lei, com propostas as mais variadas, tramitaram no Congresso americano com o objetivo de fixar alguma forma de regulação federal sobre o setor ferroviário. O *Interstate Commerce Act* (ou *Act to Regulate Commerce*), de 1887, todavia, foi o resultado da convergência de apenas dois projetos de lei, que refletiam visões distintas do quê e como regular no setor ferroviário.

³⁶ Albro Martin especificamente comenta alguns desses autores: “*Edward C. Kirkland’s portrayal of the nineteenth-century businessmen, not as a robber baron, but as highly fallible creature filled with trepidation by his chaotic, insecure, laissez-faire world, has eased the way for a new revisionist tack. Gabriel Kolko has argued that railroad men utterly failed to control destructive competition and that, as a matter of self-interest, they became the chief proponents of federal regulation throughout the period from 1877 to 1917. Robert Wiebe saw the late-nineteenth century in a similar light and made the “search for order” the central theme of progressive economic thought. Paul MacAvoy has published an elegant mathematical study in which he argues that during its first five or six years the ICC was indeed successful in helping the railroads support their rate structure. The commission did this, MacAvoy believes, by condoning the collusive rate bureaus which replaced the pools and by interpreting a favorably the long-short-haul clause of the Act of 1887.*” (MARTIN, 1974, p. 341). Gabriel Kolko é também citado em STONE (1991, pp. 6-7).

³⁷ A esse respeito, Albro Martin comenta: “*Until the late 1950s two generations of American historians had considered the matter of the origins and accomplishments of federal railroad regulation in the Gilded Age a closed question. Then, almost simultaneously, two things happened to reopen this complex subject, about which more controversy exists now than ever before. First came a growing feeling that regulation had failed to give Americans the cheap, efficient freight transportation system which presumably has been the goal of regulation. Historians were faced with the unwelcome conclusion that commission regulation, perhaps the chief innovation of the age of reform, had been inherently faulty. At almost the same moment, however, there arose a novel interpretation of the history of regulation, but from the very beginning had supported it as being in their own best interests and had seen to it that the Interstate Commerce Act of 1887 was framed, administered and judicially interpreted in that light.*” (MARTIN, 1974, p. 339.) Essas duas correntes de interpretação sobre a história da ICC correspondem a duas fortes correntes teóricas sobre a própria regulação econômica. De um lado há a chamada Teoria do Interesse Público, que vê na regulação uma resposta a uma necessidade pública de disciplina de determinados mercados. Do outro lado, há a Teoria da Regulação Econômica, que vê a regulação como uma resposta a necessidades privadas específicas de grupos econômicos; o produto da relação entre a demanda por medidas legislativas por grupos específicos e a oferta de apoio político por grandes grupos lobistas. Essas e outras teorias sobre regulação são postas em contraste em MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 16-78.

O primeiro deles foi o projeto do Deputado Reagan³⁸, do Estado do Texas, inicialmente aprovado pela Câmara dos Deputados americana (*House of Representatives*)³⁹ em 1878, porém arquivado pelo Senado. O Deputado Reagan, que já fora juiz, insistiu em seu projeto, reapresentando-o ano após ano, com pequenas modificações. Em essência, seu projeto: i) proibia discriminações tarifárias e descontos (*rebates*) individuais; ii) trazia rígida vedação à cobrança de preço superior em fretes de curta distância, comparado o preço de fretes de longa distância; iii) exigia que todas as tarifas fossem divulgadas previamente pelas companhias ferroviárias; iv) proibia veementemente o *pooling* – acordo em que as companhias ferroviárias fixavam divisão de rotas e de lucros entre si. Em caso de violação a suas determinações, o projeto previa a aplicação de penas severas pelo Judiciário.

Não havia, contudo, a previsão de uma comissão ou qualquer outro ente para aplicar especificamente suas disposições, tampouco para fixar tarifas. Em 1882, essa ausência foi criticada na Comissão de Comércio Interestadual e Estrangeiro (*House Committee on Interstate and Foreign Commerce*), que destacou que a maioria das proposições legislativas seguia a tendência verificada nos estados e sugeria a criação de uma comissão específica para cuidar do setor ferroviário. A Comissão de Comércio Interestadual e Estrangeiro, em consequência, sugeriu a criação de um órgão composto por três comissários, vinculado ao Departamento do Interior (*Interior Department*), que teria poderes semelhantes aos das comissões *fracas* estaduais. Essa sugestão, todavia, não foi acatada pela *House of Representatives*, que atendeu à petição do Deputado Reagan e manteve sua proposta original. O projeto de lei, então, foi submetido ao Senado, onde aguardaria apreciação.⁴⁰

³⁸ “... *Mr. Reagan, the leader of the forces for railroad control in the House of Representatives, was bitterly opposed to the creation of a federal regulatory commission for that purpose. Reagan was congressman from Texas and in 1887 Texas had no state railroad commission.*” (CUSHMAN, 1941, p. 34.)

³⁹ Optou-se, neste trabalho, por não se fazer uma tradução literal (Casa de Representantes), mas pelo uso do equivalente brasileiro (Câmara dos Deputados).

⁴⁰ Cf. CUSHMAN, 1941, p. 42.

O segundo projeto foi o do Senador Shelby M. Cullom, de Illinois. A experiência de seu estado de origem teve grande influência em sua proposição legislativa, assim como as idéias de Charles Francis Adams Jr. (que, como visto, foi por muito tempo membro da Comissão de Massachusetts).⁴¹ Cullom foi escolhido pelos membros de sua comissão parlamentar para estudar o setor ferroviário e propor uma solução legislativa. Após um período inicial de estudos, em 1883 o senador propôs sua primeira proposição legislativa sobre o assunto. O projeto de Cullom estabelecia uma comissão ferroviária federal e fixava parâmetros legislativos mais genéricos para a atuação das ferrovias do que os do projeto do Deputado Reagan. A proposição de Cullom, em geral, era muito mais branda do que a de Reagan – o *pooling*, especialmente, era permitido em certas circunstâncias, sob a supervisão da comissão ferroviária federal. O projeto foi aprovado pelo Senado e remetido à Câmara dos Deputados estadunidense em 1885.

Nessa data, portanto, criou-se um impasse entre Câmara e Senado. A Câmara era contrária à criação de uma comissão e exigia medidas mais enérgicas contra as ferrovias e, especialmente, contra a possibilidade de se realizar o *pooling*. O Senado era mais leniente com as companhias ferroviárias e era favorável à criação de uma comissão federal.

Durante esse período, Cullom liderou um comitê do Senado com o propósito específico de produzir uma proposição legislativa para regular o setor ferroviário, e para tanto empreendeu metucioso trabalho.⁴² As conclusões alcançadas pelo comitê constituíram o chamado Relatório Cullom (*Cullom Report*) e deram origem a novo projeto de lei daquele senador. O novo projeto, todavia, era ainda bastante semelhante à primeira proposição legislativa de Cullom sobre o assunto.

⁴¹ “It is interesting to note that Senator Cullom, chairman of the Senate committee responsible for the Interstate Commerce Act of 1887, had been Speaker of the House of Representatives in Illinois in 1873 and had taken a keen interest in the work of the Illinois Railroad and Warehouse Commission.” (CUSHMAN, 1941, p. 34.)

⁴² Cf. MARTIN, 1974, pp. 361 e ss.

A nova proposição foi aprovada pelo Senado em 1886 e remetida à Câmara. Nesta casa, foi remetida à mesma Comissão de Comércio Interestadual e Internacional onde tramitara o projeto de Reagan. Este foi privilegiado por sua comissão, que aprovou um substitutivo ao projeto de Cullom idêntico à proposição de Reagan. Em resultado, foi o projeto de Reagan que foi submetido ao plenário da Câmara dos Deputados para aprovação. E foi esse projeto o que foi aprovado e remetido de volta ao Senado.

O impasse entre as casas legislativas, portanto, se agravou. E apenas quando o caso *Wabash* tornou insustentável a ausência de uma legislação federal para o setor ferroviário, o Legislativo criou uma comissão conjunta para tentar trabalhar uma solução de consenso. E o resultado que se viu foi o produto de concessões políticas de ambos os lados. Ao invés de um projeto político uniforme, a lei resultante seria o reflexo dessas concessões. O seguinte comentário de Albro Martin esclarece esse processo:

Nesta altura, tanto Reagan como Cullom tinham propostas legislativas para as ferrovias, e o problema passou a ser reconciliar as diferenças entre as proposições da Câmara e do Senado. A proposição da Câmara, elaborada por Reagan, era de uma legislação declaratória que proibisse em absoluto o *pooling* e a discriminação entre fretes de curta e longa distâncias. Não trazia previsão de uma comissão ou qualquer outro maquinário regulatório. A versão do Senado era baseada no relatório do Comitê Cullom e recomendava a permissão da discriminação de preços entre fretes de curta e longa distância em alguns casos, estabelecia uma comissão e era silente quanto ao *pooling*. A matéria foi submetida à conferência entre as casas legislativas. O que resultou foi puro ajuste de interesses, seguindo a pior tradição política americana.

Reagan inicialmente se posicionou pela aprovação de sua proposta ou nada. Representantes do Senado, desesperados para retirar uma cláusula rígida de fretes longos e curtos que eles acreditavam que colocaria o sistema de transporte nacional em tumulto, concordaram com uma cláusula proibindo o *pooling*, em troca de uma cláusula que limitasse a proibição de discriminação entre fretes longos e curtos para os casos em que os fretes fossem realizados sob “condições e circunstâncias substancialmente similares”. [...]

[...]

O Senado se resignou na questão do *pooling*, porque Reagan se recusou a ceder. Se o Senado não tivesse feito concessões, não haveria lei alguma. E era Reagan quem dava as cartas, pois alguma forma de legislação ferroviária era vital em 1887. O primeiro Democrata a ocupar a cadeira presidencial desde a Guerra Civil sentava à Casa Branca. No Oeste, secas devastadoras e invernos que batiam recordes tornavam a agricultura nas grandes planícies um verdadeiro pesadelo. A costura de interesses comuns que havia unido Leste e Oeste no partido republicano estava sob sua mais grave tensão. Cullom, um político de escol que, como um *Whig*, havia seguido Abraham Lincoln para o Partido Republicano em 1858, sabia o que tinha de ser feito. Como Platt afirmaria sobre o *Sherman Antitrust Act*, a necessidade premente era de “uma lei para levar para o país”. A lei de 1887 foi o melhor que Cullom pôde fazer.⁴³

O resultado, portanto, foi uma lei de compromisso, que mesclava objetivos distintos na regulação do setor ferroviário. De um lado, procurava limitar os poderes das ferrovias e proteger o público em geral contra discriminações de tarifas, ao mesmo tempo em que reputava ilegal o *pooling*. Esses dispositivos eram reflexo de uma visão política centrada nos afretadores, fruto especialmente do lobby dos comerciantes nova-iorquinos e

⁴³ “At this juncture, both Reagan and Cullom drafted legislation for regulation of the railroads, and the problem became reconciliation of the differences between the House and the Senate bill. Reagan’s House bill called for declaratory legislation, which absolutely prohibited pooling and long-short-haul discrimination. It had no provision for a commission nor other regulatory machinery. The Senate version was based on the report of the Cullom Committee and recommended allowing long-short-haul discrimination in certain cases, provided for a commission, and said nothing about pooling. The matter went into conference. What came out was pure compromise in the worst American political tradition. /§/ Reagan at first held out for his bill or nothing. Senate managers, desperate to head off a strict long-short-haul clause which they felt would throw the national transportation system into turmoil, acceded to a clause prohibiting pooling in exchange for a clause limiting the long-short-haul prohibition to cases where hauls were performed under “substantially similar circumstances and conditions.” [...] /§/ [...] /§/ The Senate caved in on the question of pooling because Reagan refused to budge. Had the Senate not compromised, there would have been no law at all. And Reagan held the trump card, for some kind of railroad law was vital in 1887. The first Democrat to occupy the presidential chair since the Civil War sat in the White House. In the West, searing drought and record-breaking winters were turning farming on the great plains into a nightmare. The suture of common interest which had joined East and West in the Republican party was under the severest strain. Cullom, a consummate politician who, as a Whig, had followed Abraham Lincoln into the Republican party in 1858, knew what he had to do. As Platt would say about the Sherman Antitrust Act, the pressing need was for a “bill to go to the country with.” The Act of 1887 was the best Cullom could do.” (MARTIN, 1974, pp. 361-363 – tradução livre.)

dos produtores independentes de petróleo do Texas, que exerceram grande influência sobre o projeto de Reagan.⁴⁴

De outro lado, procurava estabilizar o então conturbado mercado de transporte ferroviário, mediante o estabelecimento de uma comissão com poderes para fixar parâmetros de atuação e coibir práticas de concorrência desleal entre as ferrovias. Essa visão foi o resultado dos estudos conduzidos pelo Comitê Cullom, e reflete a experiência de Massachusetts, por meio das idéias de Charles Francis Adams Jr. e de Arthur T. Hadley. Sob essa perspectiva, considerava-se que no setor ferroviário a oferta fora artificialmente estimulada pelas políticas de fomento do início do séc. XIX, e que esse excesso de oferta incentivara a adoção de práticas desleais entre as ferrovias, com a concessão sub-reptícia e pouco transparente de descontos para grandes afretadores. A questão de uma tarifa máxima – justa e razoável – não era mais tão relevante, embora ainda fosse objeto de preocupação. Admitia-se que em muitos casos as companhias ferroviárias já trabalhavam no limite de sua capacidade e disputavam a tapa os grandes clientes. A queda no movimento ferroviário, provocada pela crise do pós-Guerra Civil, combinada com a necessidade de amortização dos custos fixos associados a uma rede ferroviária superdimensionada, provocariam uma situação de competição irracional que levaria todo o setor à falência. Assim, do ponto de vista

⁴⁴ “*That there is something to the idea that economic interests shaped the ICC Act is supported by the Hilton who identifies the architects of the Reagan Bill as E.J. Patterson, a Pennsylvania oilman, and George B. Hibbard, attorney for the Petroleum Producers’ Union, a group of shippers in the Pennsylvania oilfields. Some intraindustry rivalry was also involved; Standard Oil which enjoyed favors not available to smaller shippers was the object of this hostility.*” (ALEXIS, 1982, p. 7.) Adicionalmente, Albro Martin descreve a influência dos comerciantes novaiorquinos como o resultado do temor em perder a posição privilegiada em que se encontravam, e queriam pressionar as ferrovias para obter tarifas menores para o Oeste e, assim, permitir condições mais favoráveis do comércio de seus produtos: “*As long as the pool was functioning - and it was doing remarkably well by 1879 - westbound rates on domestic shipments were maintained, special import rates, which were anathema to New York City merchants, held good, and the flow of eastbound goods was kept in reasonable balance with the needs and capacities of the railroads and their terminal cities. Indeed, the pool was the only device by which the trunk lines, in the undeveloped business circumstances of the late-nineteenth century, could function as national, rather than provincial arteries of transportation. Since this situation was thought to be contrary to their best interests, the businessmen of New York City, influential beyond their numbers and seeking allies wherever they could find them, set out to smash pooling once and for all.*” (MARTIN, 1974, p. 355.)

alcançado pelo Relatório Cullom, o *pooling* seria até mesmo desejável em determinadas circunstâncias.⁴⁵

Todavia, não obstante sua pressão por uma lei para regular o setor, as companhias ferroviárias foram pegas de surpresa com o resultado:

Em 15 de dezembro de 1886, a comissão conjunta encaminhou para cada casa uma proposição legislativa completa representando concessões de ambos os lados. Os representantes do Senado aceitaram as rígidas vedações ao *pooling* da proposta de Reagan, bem como outras proibições asperamente concebidas. Os representantes da Câmara dos Deputados aceitaram uma Comissão de Comércio Interestadual [*Interstate Commerce Commission*] como uma agência própria para a administração da lei e também uma redação mais flexível acerca dos fretes de longa e curta distâncias. O relatório conjunto pegou as ferrovias completamente de surpresa. Elas de imediato impuseram extrema pressão para derrubar o projeto de lei, mas a opinião pública, mobilizada pela crise criada pela decisão no caso Wabash, exigia ação. Logo no início de 1887, o Senado aprovou o projeto por uma votação de 43 a 15, com 17 senadores ausentes, e a Câmara o aprovou por uma votação de 219 a 41, com 58 ausências. O Presidente Cleveland assinou a lei em 4 de fevereiro de 1887.⁴⁶

Entrava, então, em vigor, o *Interstate Commerce Act*. E, com esta lei, surgia a *Interstate Commerce Commission* – que anos mais tarde se tornaria a primeira agência

⁴⁵ Todavia, o Senador Cullom não restara absolutamente convicto: “*No one was surprised, therefore, when the Cullom Committee reported a bill which failed to outlaw pooling. In section one, the bill placed the government on record as demanding that all rates be reasonable and proper. A later section provided for a commission to see that they were. Later, at the height of the Progressive trust-busting era, Cullom declared that he had never been convinced that pooling was a good thing, but his committee's report in 1886 was a ringing endorsement of such concerted action on the part of the carriers. Indeed, the Senate bill, if it had become law, would have constituted a green light to the commission to use pooling as a tool for achieving a stable and reasonable rate structure.*” (MARTIN, 1974, p. 352). Sobre a influência da posição das companhias ferroviárias no *Cullom Report*, vide ainda ALEXIS, 1982, pp. 7-8, que suspeitava da *captura* do Senado pelas ferrovias, e o próprio MARTIN, 1974, pp. 348 e ss., que, em posição oposta, interpreta a leitura do Comitê Cullom como mais apurada e mais isenta do que a de Reagan.

⁴⁶ “*On December 15, 1886, the conference committee reported back to each house a complete bill representing concessions from both sides. The Senate conferees had accepted the rigid anti-pooling provisions of the Reagan bill and certain other sharply drawn prohibitions. The House conferees accepted an Interstate Commerce Commission as a proper agency for the administration of the Act and also a more flexible provision with regard to long and short hauls. The conference report took the railroads completely by surprise. They had grown so accustomed to the deadlock between House and Senate that the possibility of an agreement had ceased to worry them. They at once brought terrific pressure to bear to defeat the bill, but public opinion, aroused by the crisis created by the Wabash decision, demanded action. Early in 1887 the Senate passed the bill by a vote of 43 to 15 with 17 Senators absent, and the House passed it by a vote of 219 to 41 with 58 absent. President Cleveland signed it on February 4, 1887.*” (CUSHMAN, 1941, p. 44 - tradução livre.)

reguladora federal americana a regular o setor de telecomunicações. A ICC surgiu dotada de alto grau de discricionariedade, e talvez tenha sido essa discricionariedade o que propiciou a solução de compromisso entre Câmara e Senado que permitiu a aprovação da lei. Se a lei vedava a discriminação entre fretes de longa e curta distâncias, permitia que a ICC criasse exceções à essa vedação. Se as tarifas deviam ser “justas e razoáveis”, cabia à ICC apenas dizer o que não era “justo e razoável” – o que significou retirar do Judiciário essa prerrogativa, ao mesmo tempo em que não se concedeu à ICC o poder de fixar tarifas máximas. Assim, aquilo que o Congresso não conseguiu resolver em definitivo, delegou para a ICC. Isso talvez explique melhor sua discricionariedade do que, propriamente, uma preocupação efetiva com as características de sua atuação – não obstante houvesse de fato essa preocupação, como veremos a seguir, por parte do Comitê Cullom. A ICC, contudo, posteriormente pagaria o preço pela indecisão do Parlamento, como também será abordado adiante.

Afora essas competências de compromisso, havia também direitos e deveres bem fixados. Como visto, a lei proibiu em definitivo o *pooling*, exigiu que as tarifas praticadas pelas ferrovias fossem aquelas informadas previamente à ICC e vedou a concessão de descontos especiais. E não obstante sua existência se cuidar de um produto de compromisso, a forma e as características da ICC seguiram o projeto de Cullom, conforme o que foi debatido e adaptado na avaliação de ambas as casas. Portanto, para compreender o significado da introdução da ICC na Administração Pública americana, é de grande valia estudar esses debates.

1.5. As características da ICC frente a seu debate no Congresso americano

Como visto, duas correntes dominaram o Congresso americano no que diz respeito ao *Interstate Commerce Act*. De um lado, houve a corrente que prevaleceu na Câmara dos Deputados, liderada pelo Deputado Reagan, do Texas. De outro lado, a corrente que prevaleceu no Senado, liderada pelo Senador Cullom, de Massachusetts. No que diz respeito à existência de uma comissão, Reagan e seus partidários eram contrários, enquanto a corrente de Cullom era favorável.

Todavia, mesmo entre aqueles que defendiam a existência de uma comissão, havia visões distintas quanto ao escopo e aos papéis que aquela deveria ter. Não obstante essas eventuais discrepâncias, Cushman⁴⁷ identifica seis linhas gerais de argumentação pela criação da ICC:

- a comissão seria capaz de prover uma **administração flexível e técnica** para a regulação de ferrovias;
- a comissão constituiria um corpo técnico dotado de expertise para **auxiliar o Congresso no planejamento de Políticas** (*policy planning*);
- a comissão ocuparia o lugar de **protetor do público e dos afretadores contra as ferrovias**, tendo em vista que aqueles não tinham condições técnicas ou econômicas de se defenderem contra as práticas das ferrovias;
- a comissão seria o **corpo arbitral** capaz de resolver disputas entre as próprias companhias ferroviárias;

⁴⁷ CUSHMAN, 1941, pp. 45 e ss.

- a comissão seria importante **ente auxiliar do Judiciário**, provendo-o com as informações necessárias ao cumprimento da lei;
- a **experiência dos estados e da Inglaterra** favorecia a implantação de uma comissão.

Quanto ao primeiro argumento, de que a criação de uma comissão possibilitaria uma administração flexível e técnica da regulação ferroviária, ele corresponde à preocupação legislativa com a mutabilidade do setor ferroviário e com a capacidade de adaptação dos seus empresários. Em 1882, a Comissão de Comércio Interestadual e Estrangeiro da Câmara, quando repreendeu o projeto do Dep. Reagan pela ausência de uma comissão⁴⁸ na proposição legislativa então relatada, criticou o que entendeu como uma tentativa de *resolver o problema por meio de regras e legislação especiais forjados em aço*.⁴⁹ Tanto os depoimentos colhidos por essa Comissão da Câmara, como, posteriormente, pelo Comitê Cullom no Senado, afirmaram a impossibilidade de lidar com o setor ferroviário por meio de regras penais a serem aplicadas pelo Judiciário, tendo em vista a complexidade e a amplitude desse setor. Os problemas do setor ferroviário eram tidos por vezes como vagos demais ou complexos demais, e sua solução demandava a atuação de um corpo de especialistas. As leis que visassem a regular ferrovias deveriam conter apenas parâmetros gerais de conduta (*general standards of conduct*), e caberia à comissão a tarefa de administrar esses parâmetros.

No que concerne ao segundo argumento, de que a futura comissão serviria como auxiliar do Congresso no planejamento de políticas públicas, sua repercussão foi ampla e constante nos debates, e sua defesa por vezes ocorreu de forma vigorosa. Em geral, afirmou-se que o Congresso não possuía meios para se informar adequadamente quanto aos problemas das ferrovias, o que impediria a promulgação de legislação adequada. Um órgão

⁴⁸ Vide pp. 39 e ss. deste trabalho.

⁴⁹ *Apud* CUSHMAN, 1941, p. 45.

administrativo permanente acumularia idéias e experiência que poderiam resultar em recomendações ao Legislativo. Esse argumento foi ressaltado pelo próprio Charles Francis Adams Jr., em depoimento ao Comitê Cullom:

Eu sempre pensei que se o Congresso estabelecesse uma comissão de homens que fossem ao mesmo tempo honestos, inteligentes e experientes, cujo trabalho seria o de observar essa questão [ferroviária] atenciosamente, tal como um médico observa a progressão de uma doença, os resultados de suas observações seriam valiosos para gradualmente levar à construção de novas leis...⁵⁰

Essa percepção também consta do relatório da minoria na Câmara dos Deputados que, em 1886, defendeu a adoção do projeto de Cullom:

É do mister dos legisladores promover mediante ponderada experiência a legislação necessária, e essa experiência pode melhor ser assegurada por meio da comissão proposta. Esta deve ser um órgão permanente de um departamento apropriado; deve ser composta pelos mais hábeis homens do País; os salários devem ser altos o suficiente para atrair homens das mais altas e lucrativas posições da variada vida de negócios dos nossos cidadãos.

Desejamos marcar a Câmara com nossa forte crença na vantagem atual de um conselho de comissários de comércio interestadual. Pedimos a vocês que se abstenham de aprovar legislação mais radical até que tenhamos experimentado a comissão, a qual, com poderes para atender reclamações, será também requerida a se reportar anualmente ao Congresso, e a sugerir de tempos em tempos a legislação necessária a criar harmonia entre afretadores e transportadores.⁵¹

⁵⁰ “I have always thought that if Congress would provide for a commission of men who were at once honest, intelligent and experienced, whose business it should be to observe this question very much as a physician would observe the progress of disease, the results of their observations might be of value in leading gradually to the building up of legislation...” (Apud CUSHMAN, 1941, p. 47 – tradução livre.)

⁵¹ “It is the province of legislators to ascertain by intelligent experience the legislation required, and that experience can best be secured through the proposed commission. It should be a permanently-established bureau of an appropriate department; should be composed of the ablest men of the country; salaries should be large enough to attract men from the very highest and most lucrative positions of the varied business life of our citizens... /§/ We desire to impress the House with our impliment belief in the present advantage of a board of interstate-commerrce commissioners. We ask you to defer radical legislation until we have tried the commission, which, with powers to hear grievances, will also be required to report annually to Congress, and to suggest from time to time the legislation necessary to create harmony between shippers and transporters.” (Apud CUSHMAN, 1941, pp. 47-48 – tradução livre.)

O terceiro argumento, de que a comissão ocuparia o posto de protetora do público e dos afretadores, foi especialmente ressaltado nos depoimentos perante o Congresso americano. Destacava-se, em geral, as grandes dificuldades do usuário comum de litigar contra as ferrovias, em argumentos que remetem ao princípio da hipossuficiência do nosso Código de Defesa do Consumidor. O usuário não tinha o poderio econômico das companhias ferroviárias, que podiam dispor de advogados especializados e arcar com os pesados custos de demorados processos judiciais, muitas vezes, no caso de comerciantes ou produtores rurais, com o agravante de litigar contra quem lhe prestava serviço essencial para seus negócios.⁵² Além disso, a ausência de conhecimento técnico colocava os usuários à mercê das alegações das companhias ferroviárias.⁵³ Os dados estatísticos e as análises jurídicas existentes sobre o setor ferroviário eram aqueles produzidos pelas próprias companhias ferroviárias. Havia, portanto, mais do que a necessidade de um órgão inquisitorial específico. Para a defesa dos usuários, havia a necessidade de uma instituição capaz de contrapor o conhecimento técnico então praticamente monopolizado das companhias ferroviárias sobre o seu negócio. A defesa abaixo deixa esse aspecto bastante evidente:

A parte grandiosa desta lei [a proposição legislativa então em curso no Senado], para mim, é a parte dos comissários... Ferrovias empregaram estatísticos e administradores e advogados para pesquisar as estatísticas desse grande problema de transportes, para levá-las para o lado das ferrovias. Mas o povo nunca teve nenhuma pessoa sob seu próprio controle ou sob seu emprego, exclusivamente para o fim de

⁵² “... *Few indeed dare enter into litigation with railways... Those who can afford to fight the railways are those usually who enjoy their favor...*” (Deputado La Follete, *apud* CUSHMAN, 1941, p. 48)

⁵³ “... *He stands there alone, weak and poor and ignorant though... He may be, with a ten-dollar case or a one-hundred-dollar case. He must make his own case against a wealthy corporation. He must do that, too, without technical knowledge of the matters litigated. He has no witnesses who are better informed than himself. The witnesses which must establish his case are the experts that belong to the other side of the question. The employés of the carrier are the only experts he can secure.*” (Depoimento de um cidadão de Iowa, *apud* CUSHMAN, 1941, p. 48.)

pesquisar os fatos do problema de transportes sob o seu viés do caso. É exatamente isso que o sistema de comissários dará a eles [ao povo]...⁵⁴

Quanto à função arbitral da comissão frente aos litígios das ferrovias, foram os representantes destas, em depoimento ao Comitê Cullom, que advogaram seus benefícios. As companhias ferroviárias sofriam uma aguda e por vezes desleal concorrência.⁵⁵ Grande parte das ferrovias via com bons olhos a criação de um ente que disciplinasse essa concorrência.

O quinto argumento é o de que uma comissão proveria ao Judiciário um importante serviço na aplicação da lei. A função proposta para a comissão, é importante ressaltar, não era equivalente ao que possuem as agências reguladoras atuais. Não seria a comissão quem determinaria coercitivamente o cumprimento desta ou daquela disposição da lei. Seu papel seria instrutório – competia-lhe prover o Judiciário com evidências fáticas (*findings of fact*) para dar suporte aos seus julgamentos. Suas determinações, quando muito, seriam precárias (*tentative orders*). Esse ponto é abordado no depoimento do presidente da Comissão Ferroviária de Nova Iorque (*New York Railway Commission*) ao Comitê Cullom:

Há muitos que acreditam que um novo e distinto tribunal deve ser criado, para lidar com os casos que envolvam transportes, trabalho, telegrafia, telefonia e questões semelhantes, cabendo apelação das suas decisões à Suprema Corte. Há sérias objeções para tal aumento do Poder Judiciário do Governo. Esse pode vir no futuro, mas atualmente é desnecessário. Como foi demonstrado, a falha não está na *common law* ou nas cortes: o primeiro necessita apenas ser claramente declarado como o direito, com algumas provisões suplementares advindas das transformações no problema dos transportes nos tempos modernos; as últimas devem ter o auxílio de

⁵⁴ “*But the grand part of this bill, to my mind, is the commissioner part of it... Railroads have employed statisticians and managers and lawyers to look up the statistics of this great transportation question from the railroad side of the case. But the people have never had any parties under their own control or in their employ exclusively for the purpose of looking up the facts of the transportation question from their side of the case. That is just what this commissioner system will give to them...*” (Deputado Peters, do Kansas, *apud* CUSHMAN, 1941, p. 49 – tradução livre.)

⁵⁵ Albro Martin, ao descrever a situação de competição após a Guerra Civil, chega a comparar a disputa entre as ferrovias a um *grande bazar oriental* (MARTIN, 1974, p. 349).

um conselho com o tempo e a oportunidade de revelar e apresentar de forma clara os fatos.⁵⁶

Por fim, a experiência dos estados e da Inglaterra com comissões foi um argumento fortemente considerado pelo Legislativo. Como visto, vários estados já acumulavam experiência com comissões para disciplinar o setor ferroviário, entre eles o estado de origem do relator no Senado, o Senador Cullom, oriundo de Illinois. Cullom, além da experiência de seu estado, foi bastante influenciado por Charles Francis Adams Jr. Somaram-se, assim, as experiências de uma comissão *forte* (Illinois) com a de uma comissão *fraca* (Massachusetts). Quanto à experiência britânica, sua influência se restringiu ao que se acreditava ser um precedente de sucesso de um ente voltado unicamente para a regulação de ferrovias. O modelo inglês não era conhecido, contudo, e suas peculiaridades não tiveram influência sobre o que viria a ser a ICC. A esse respeito, Cushman comenta:

Prevalencia ainda a crença de que na Inglaterra a regulação ferroviária havia se movido com sucesso nas mesmas linhas [em que se movera a regulação pelos estados americanos]. Não era este o caso, mas a ineficácia do tribunal inglês criado em 1873 não era completamente conhecida sequer pelo público britânico, e o conhecimento de seus trabalhos era ainda mais vago e impreciso por aqui [nos EUA], como demonstram os comentários nos debates no Congresso. Todavia, era menos importante que a regulação ferroviária britânica não tenha de fato sido muito exitosa, do que o fato de que a experiência britânica [aos olhos americanos] justificava a regulação por uma comissão.⁵⁷

⁵⁶ “There are many who believe that a new and distinct tribunal needs to be created for the determination of cases involving transportation, labor, telegraph, telephone, and such like questions, with an appeal from the decision thereof to the Supreme Court. There are serious objections to such an increase of the judicial department of the Government. It may come in the future, but it is at present unnecessary. As has been shown, the fault lies neither in the common law nor in the courts; the one needs only to be clearly declared as the law with some supplementary provisions growing out of the changed aspects of the transportation question in modern times; the other should have the help of a board with time and opportunity to unravel and clearly present the facts.” (Apud CUSHMAN, 1941, p. 49.)

⁵⁷ “The belief prevailed, also, that in England railroad regulation had moved successfully along the same lines. This was not the case; but the ineffectiveness of the English tribunal established in 1873 was not fully appreciated even by the British public, and knowledge of its workings was still more vague and inaccurate over here, as the comments in the Congressional debates show. However, it was less important that British railway regulation had not been, in fact, very successful than that it was currently believed in Congress that British experience justified commission regulation.” (CUSHMAN, 1941, p. 50 – tradução livre.)

Do outro lado estão os argumentos contrários à criação da ICC, também organizados por Cushman em seis pontos principais:⁵⁸

- i) uma comissão **abrandaria a força da regulação pela lei;**
- ii) as nomeações para a comissão estariam sujeitas à influência das companhias ferroviárias e, por conseguinte, **a comissão representaria os interesses das ferrovias e não os do povo;**
- iii) as nomeações para a comissão seriam **instrumentos do Presidente no jogo político** como meio, por exemplo, de se reeleger – seu trabalho seria **dominado por aspectos políticos**, portanto, e não técnicos;
- iv) o **trabalho** de regulação ferroviária seria **grande demais** para ser desempenhado apenas pela comissão;
- v) a criação de uma comissão resultaria, de fato, em **atrasos, obstruções e obstáculos** ao efetivo processo de regulação;
- vi) o sucesso das comissões estaduais seria **contestável**.

Argumentou-se que a comissão abrandaria a força da regulação pela lei, pois ela teria amplos poderes para suspender ou derogar o direito aplicável. A flexibilidade defendida por Cullom era justamente o que era combatido pela corrente que apoiava Reagan. Esta exigia medidas enérgicas contra as ferrovias, que obviamente não eram compatíveis com uma regulação mais flexível. Os seguintes depoimentos, feitos por representantes do movimento *Granger*, retratam bem esse argumento:

O povo não quer um conselho ferroviário de comissários. Ele quer leis justas e benéficas, com comandos bem definidos para sua execução. Muitos dos estados

⁵⁸ Cf. CUSHMAN, 1941, pp. 50 e ss.

criaram “comissões”, mas com resultados insatisfatórios. O povo prefere confiar nas cortes do que em uma comissão.

Queremos uma lei absoluta, se vocês puderem nos dar de forma coerente, e não queremos nossa justiça filtrada por uma comissão, porque a nossa experiência com comissões (...) é que elas não são apenas inúteis, são piores do que inúteis.⁵⁹

A flexibilidade permitida pela lei conferia um grau de discricionariedade visto com maus olhos especialmente na Câmara dos Deputados. A manifestação do Deputado Campbell, do Estado de Ohio, teve particular eloquência:

O absurdo consiste em descrever uma ofensa, proibir sua prática, decretar sua punição e então serenamente permitir que ela seja cometida com impunidade mediante o consentimento de uma comissão, a quem a lei confere o poder de garantir o privilégio de pecar. Não se tem conhecimento de nada parecido desde a venda de indulgências, contra a qual lutou Martinho Lutero e que cindiu a toda poderosa Igreja Católica Romana. Se esse princípio for gravado em nossa jurisprudência, o próximo acontecimento será a criação de uma comissão para modificar ou anular o decálogo e prescrever os termos em que certas pessoas favorecidas poderão roubar, invejar e cometer outras ofensas previstas naquela fundamental lei moral.⁶⁰

Outro argumento contra as comissões era o de que suas nomeações seriam influenciadas pelas companhias ferroviárias e, por isso, sua atuação representaria os interesses

⁵⁹ “The people want no board of railroad commissioners. They want just and wholesome laws, with well defined provisions for enforcing them. Several of the States have created 'commissions,' but with unsatisfactory results. The people prefer to trust the courts rather than a commission.” “We want an absolute law, if you can consistently give it to us, and we do not want our justice strained through a commission, because our experience with a commission (...) is that they are not only worthless, but worse than worthless.” (Apud CUSHMAN, 1941, p. 50 – tradução livre.)

⁶⁰ “The absurdity consists in describing an offense, forbidding its practice, decreeing its punishment, and then serenely permitting it to be committed with impunity by the consent of a commission who are empowered by law to grant the privilege of sinning. Nothing like it has been known since the sale of indulgences, which Martin Luther thundered against and which disrupted the allpowerful Roman Church. If this principle is to be ingrafted upon our jurisprudence it would be next in order to establish a commission to modify or annul the Decalogue and prescribe upon what terms certain favored persons might steal, covet, and commit other offenses prohibited in that fundamental moral law.” (Apud CUSHMAN, 1941, p. 51 – tradução livre.)

das ferrovias e não os dos usuários. O próprio Reagan defendeu com vigor sua posição, nos debates ocorridos na Câmara em 1886:

Eu temo que os grupos ferroviários irão combinar seus poderes para controlar a nomeação de comissários em seu próprio proveito. Todos nós compreendemos o quão fácil é para umas poucas pessoas controlando grandes grupos unir sua influência para levar a cabo seus desejos. Independentemente do quão honesto e patriótico possa ser um Presidente dos Estados Unidos, e independentemente de quão desejoso ele possa estar para assegurar uma boa e fidedigna comissão, ele em larga medida teria de depender da informação de outros para nomeá-los. O grande público seria pobremente qualificado para dar conselhos sobre essas nomeações, e se fossem capazes de dar bons conselhos, não lhes seria possível unir-se na recomendação apropriada.⁶¹

Quanto ao terceiro argumento, dizia-se que a comissão seria a “bola do jogo da política” (*the football of politics*). Os amplos poderes da comissão sobre os negócios do País eram tidos como um perigoso instrumento de influência política, que poderia, por exemplo ser utilizado para aumentar suas chances de re-eleição. Afirmou-se, ainda, que a obrigação de que não mais do três dos cinco comissários fossem de um mesmo partido importaria um viés político à atuação da comissão, que acabaria por dominar o seu trabalho. Esse argumento deve ser ponderado com a realidade de então do funcionalismo americano, pautado ainda pelo chamado sistema de espólios, que abordaremos adiante.

O quarto argumento contrário à ICC era o de que o trabalho de regulação ferroviária era grande e extenso demais para ser monopolizado por um único ente administrativo. O Senador Sherman, de Ohio, que anos mais tarde relataria a primeira lei

⁶¹ “I shall fear that the railroad interests will combine their power to control the appointment of the commissioners in their own interest. We all understand how easy it is for a few persons controlling large interests to unite their influence to carry out their wishes. However honest and patriotic a President of the United States may be, and however anxious he might be to secure a good and faithful commission, he would in a large measure have to depend on the information of others in appointing them. The great body of the people would be poorly qualified to give advice about such appointments, and if they were able to give good advice it is not practicable for them to unite in the recommendation of proper persons.” (Dep. Reagan do Texas, *apud* CUSHMAN, 1941, p. 52 – tradução livre.)

antitruste americana (conhecida como *Sherman Act*), afirmou que *não haverá tempo nos doze meses entre janeiro e janeiro para atuar em um décimo dos casos que forem submetidos à comissão*.⁶² Essa crítica partia do pressuposto de que a comissão teria avaliar uma a uma as tarifas ferroviárias que lhes fossem submetidas a registro, pronunciando-se sobre sua justeza e razoabilidade.

Em quinto lugar, argumentou-se que o esquema proposto era intrincado e complexo demais, e que a ausência de clareza de papéis e de regras resultaria, ao final, em um processo regulatório moroso, cheio de obstáculos e obstruções. O Deputado O`Ferrall, do Estado da Virgínia, exemplifica bem esse ponto:

Com todo o respeito, devo dizer que, em meu julgamento, um mais problemático e intrincado (...) exemplo de maquinário legal nunca foi sugerido. Se as mais férteis mentes de cada Casa do Congresso pudessem ter sido empregadas para tramar meios de se retardar, atrapalhar, mistificar, obstruir e adiar a reparação de injustiças e a punição de violações ao direito elas não poderiam, em minha opinião, ter maior sucesso do que o distinto autor do projeto de lei do Senado. É exatamente o que as ferrovias querem, uma vez que elas estão convencidas de que o Congresso pretende atuar sobre o assunto da regulação do comércio interestadual, pois seu modo favorito de guerra é atrasar, atrapalhar e obstaculizar.⁶³

O sexto argumento contrário à comissão se fundava na visão de que as comissões estaduais não haviam sido tão bem sucedidas assim. Esse ponto de vista era particularmente o daqueles que enxergavam que a regulação sobre as ferrovias deveria ser bastante rigorosa, e correspondia especialmente aos representantes dos estados do Oeste americano (Reagan, lembre-se, era texano), onde os abusos das ferrovias foram mais agudos.

⁶² Citado em CUSHMAN, 1941, p. 53.

⁶³ “*Speaking with due deference, I must say that in my judgment a more troublesome and intricate (...) piece of legal machinery was never suggested. If the more fertile minds in either House of Congress could have been employed to devise means to retard, embarrass, mystify, hinder, and delay the redress of wrongs and the punishment of violations of law they could not in my opinion have succeeded better than the distinguished framer of the Senate bill. It is the very thing that railroads want, since they are convinced that Congress intends to act upon the subject of regulating interstate commerce, for their favorite mode of warfare is to delay, embarrass, and hinder.*” (Apud CUSHMAN, 1941, p. 54 – tradução livre.)

Para eles, as comissões estaduais não resolveram os problemas da regulação ferroviária, e a solução não estaria em uma comissão federal.

Do cotejo dos argumentos contra e a favor da criação da ICC, algumas conclusões podem ser extraídas. De um lado, em termos gerais, defendeu-se a conveniência de se alocar a um ente específico dotado de competência técnica o poder de ajustar condutas e fixar os contornos concretos da aplicação de regimes jurídicos. Para tanto, a lei deveria fixar apenas parâmetros gerais de orientação, que possibilitassem maior discricionariedade do ente regulador. De outro lado, defendeu-se a rígida fixação de regimes e condutas na própria lei, cuja aplicação deveria ser feita pelo Judiciário – e não por um novo ente composto de especialistas.

Assim, a posição estrutural da ICC dentro do quadro institucional de separação de poderes ocupou papel apenas periférico nos debates legislativos. Em verdade, é possível concluir mais do que isso: houve deliberada intenção de não estabelecer essa posição. Prova disso é a rejeição da emenda proposta pelo Senador Morgan, do Estado do Alabama, cujo objetivo era inserir um artigo na proposição legislativa que declarava expressamente que os comissários (*commissioners*) da ICC exerciam função executiva, e que lhes era vedado o exercício de funções legislativas ou judiciárias. O trecho abaixo, extraído dos debates no Senado, ilustra a preocupação (ou ausência de preocupação) com a posição estrutural da ICC frente aos três poderes:

SR. MORGAN: ... Agora, se esses comissários têm o poder de exercer qualquer função judicial, de presidir em julgamento os direitos dos homens, então eles são funcionários judiciários, e eu quero saber apenas se estamos lhes conferindo esse poder. Se eles têm o poder de modificar os direitos dos homens por seus decretos, sejam arbitrários ou não, sejam justos ou não, então eles são funcionários legislativos. Talvez sejam até mais do que isso: talvez sejam autocratas. Mas nós devemos saber o que eles são.

O Senador de Vermont [Senador Edmunds, que se opôs à emenda de Morgan] diz que nós os concedemos poderes. Bem, nós os concedemos poderes, uma grande mescla de poderes, um arranjo um tanto volumoso de poderes. Nós os conferimos poderes contraditórios, eu receio. Eu acredito que nós devemos [expor], e eu acho que é nosso dever sermos capazes de expor qual é nossa visão acerca dessa autoridade que nós estamos concedendo nesta lei, e não deixar este ponto como um objeto de litígio e disputa a ser combatido às expensas das pessoas que daqui por diante se puserem diante desses comissários. É a primeira proposição legislativa que eu vi ser trazida ao conhecimento do Senado – e neste ponto essa proposição é única – em que os seus autores não estão dispostos a ingressar em uma definição sobre se os poderes que eles conferiram pela lei foram conferidos a funcionários do Poder Executivo, funcionários do Poder Legislativo ou funcionários do Poder Judiciário dos Estados Unidos.

SR. MAXEY: Quero apenas dizer que **não é da menor importância para mim se os poderes são chamados executivos, judiciais, legislativos ou ministeriais**. Nós definimos na face da lei os poderes que hão de ser exercidos pelos comissários, e se esses poderes não são constitucionais, esse fato deve ser trazido à tona. Portanto, não vejo qualquer necessidade para a emenda proposta pelo Senador do Alabama.⁶⁴

A emenda proposta pelo Senador Morgan foi derrubada, o que demonstra que o Senado se filiou à tese dos Senadores Maxey e Edmunds de que não havia necessidade de se definir se a comissão a ser criada possuía natureza administrativa, legislativa ou judicial. Não se tratou, portanto, de uma omissão qualquer, ou mero esquecimento. O fato é que a

⁶⁴ “MR. MORGAN: ... Now, if these commissioners have a right to exercise any judicial function, to sit in judgment on the rights of men, then they are judicial officers, and I want to know merely whether we are conferring that power upon them. If they have the right to change the rights of men by their decrees, whether arbitrary or not, whether just or not, then they are legislative officers. Perhaps they are even more than that; they are autocrats. But we ought to know what they are. /§/ The Senator from Vermont says we have given them powers. Well, we have given them powers, a large admixture of powers, quite a voluminous array of powers. We have given them contradictory powers, I am afraid. I believe we have, and I think it is our duty to be able to expound what is our view of their authority that we are conferring in this bill, and not to leave it as a matter of litigation and dispute to be fought out at the expense of people who go before these commissioners hereafter. It is the first bill I have ever known to be brought into the Senate -- and in that respect this bill is unique--where the authors of it were not willing to enter into a definition as to whether the powers they conferred by the bill were conferred upon officers of the executive department, officers of the legislative department, or officers of the judicial department of the United States. /§/ MR. MAXEY: I only want to say that it is not a matter of the slightest consequence to me whether the powers are called executive, judicial, legislative, or ministerial. We have defined on the face of the bill the powers which are to be exercised by the commissioners, and if those powers are not constitutional, that fact ought to be pointed out. Therefore I see no necessity whatever for the amendment proposed by the Senator from Alabama.” (Apud CUSHMAN, 1941, pp. 57-58 – tradução livre, grifo ausente do original.)

preocupação era pragmática, voltada à solução da situação concreta que se apresentava. Se essa solução demandava um ente que acumularia funções que mais tarde viriam a ser denominadas quase-legislativas e quase-judiciais, isso não resultara de um projeto de uma forma institucional específica. Não havia um modelo de agência reguladora independente, não havia uma proposta de encaixe estrutural de uma nova comissão. Havia apenas uma proposta de política pública que necessitava de flexibilidade para sua implantação, e essa flexibilidade pressupunha uma estrutura com conhecimento técnico para avaliar situações conjunturais, e poderes para responder às conjunturas. O que se quis foi não limitar esses poderes de modo a impedir o efetivo implemento daquilo que se propunha para a comissão.

Os debates legislativos permitem ainda inferir que com a comissão se objetivava estabelecer uma administração pública funcionalmente especializada. Ou seja, a comissão era vista como o espaço institucional possível para abrigar funcionários públicos especializados na questão ferroviária. Isso foi um passo importante para a época, e se insere em um contexto mais amplo do que o que envolvia a questão ferroviária.

No final do século XIX, os EUA estavam iniciando seu caminho rumo ao estabelecimento de uma administração pública burocrática, funcionalmente especializada e profissionalizada. Muitos autores, inclusive, apontam o surgimento da ICC como o marco inicial da administração pública americana. Até então, o serviço público americano era majoritariamente organizado segundo o chamado “sistema de espólios” (*spoils system*). A expressão foi cunhada pelo Senador M. L. Marcy, que, ao defender o sistema, afirmou em termos gerais que competia ao vencedor (da disputa política) os frutos da vitória, os espólios do inimigo, em que incluiu a ocupação dos cargos públicos.⁶⁵ Por esse sistema, os cargos

⁶⁵ A declaração do Senador Marcy foi a seguinte: “*It may be, sir, that the politicians of the United States are not so fastidious as some gentlemen are, as to disclosing the principles upon which they act. They boldly preach what they practice. When they are contending for victory, they avow their intention of enjoying the fruits of it. If they are defeated, they expect to retire from office. If they are successful, they claim, as a matter of right, the advantages of success. They see nothing wrong in a rule, that to the victor belong the spoils of the enemy.*” (Apud MASHAW, 2008, p. 56.)

públicos eram entregues conforme a conveniência política do governo eleito. Isso gerou uma grande rotatividade nas funções públicas, que por conseguinte impedia a formação de uma memória institucional no serviço público americano.

Além disso, em geral, as funções públicas eram remuneradas mediante taxas recolhidas sobre os serviços prestados, e não por salários pagos regularmente. Os funcionários públicos, em sua imensa maioria, não trabalhavam em tempo integral, mas exerciam suas funções em paralelo a uma outra ocupação.⁶⁶ Ainda que, no início do séc. XIX, houvesse uma certa tendência à preservação de funcionários que não fossem incompetentes ou corruptos – o que até gerou uma classe de funcionários de carreira -, essa tendência foi posteriormente combatida com vigor pelo Presidente Andrew Jackson. Este via no sistema de espólios o reflexo do funcionamento das instituições democráticas, na medida em que preservava a rotatividade do exercício das funções públicas, como se vê no seguinte trecho de sua primeira mensagem anual ao Congresso americano, proferida em 8 de dezembro de 1829:

Há, talvez, poucos homens que possam por mais tempo gozar de posição e poder sem ficar, em maior ou menor grau, sob a influência de sentimentos desfavoráveis à fiel execução de suas funções públicas... O cargo é considerado uma moeda ou uma propriedade, e o governo é tido como um meio de promoção de interesses individuais, ao invés de um instrumento criado unicamente para o serviço do povo... Os afazeres de todos os funcionários públicos são, ou ao menos assim se reputam, tão simples e óbvios que homens de inteligência podem rapidamente se qualificar para seu exercício; e eu não posso acreditar que mais se perde pela longa continuidade de homens no poder do que geralmente se ganha pela sua experiência...

Em um país onde cargos são criados somente para o benefício do povo, nenhum homem tem mais direito intrínseco à função pública do que outro.⁶⁷

⁶⁶ Cf. MASHAW, 2008, pp. 55 e ss.

⁶⁷ “*There are, perhaps, few men who can for any great length of time enjoy office and power without being more or less under the influence of feelings unfavorable to the faithful discharge of their public duties Office is considered as a species or property, and government rather as a means of promoting individual interests than as an instrument created solely for the service of the people.... The duties of all public officers are, or at least admit of being made, so plain and simple that men of intelligence may readily qualify themselves for their performance; and I cannot believe that more is lost by a long continuance of men in office than is generally to be gained by their experience /§/ In a country where offices are created solely for the benefit of the people no man*

Ao mesmo tempo em que se opunha a uma certa privatização dos cargos públicos, acreditava Jackson – e os diversos defensores do sistema de espólios – que a rotatividade de acordo com as influências políticas que prevaleciam nas urnas era mais afeita à democracia. Os cargos públicos eram, assim, instrumentos a serem usados pelo vencedor das eleições para o implemento de suas políticas – políticas essas que eram legitimadas pela vontade popular expressa nas urnas. O sistema de espólios, porém, gerou resultados práticos pouco inspiradores, como expõe Jerry Mashaw:

Os resultados da política de rotatividade de Jackson, a qual foi avidamente seguida pelos seus sucessores – tanto *Whigs* como Democratas -, não foi tão feliz. Leonard White descreve a consequência da rotatividade como incluindo perda de efetividade do serviço público, perda do prestígio anteriormente atribuído aos cargos públicos e o mais ou menos ostensivo uso de servidores públicos para obtenção de vantagens partidárias nas eleições. Pelos idos de 1850, as obrigações político-partidárias dos ocupantes de cargos públicos eram tão rotineiras que as contribuições políticas eram recolhidas com base em uma tabela que lembrava tributação progressiva. Servidores públicos pagavam [seus partidos] de acordo com o tamanho de seus vencimentos.⁶⁸

Não obstante esse quadro negativo, houve também efeitos positivos desse sistema. Jerry Mashaw pondera que os partidos raramente tinham interesse em manter funcionários corruptos ou incompetentes, uma vez que eles seriam identificados com os partidos e isso repercutiria nas eleições.⁶⁹ Além disso, a rotatividade era grande, porém sempre remanesciam funcionários cujo histórico de competência garantia um mínimo de

has any more intrinsic right to official station than another.” (Apud MASHAW, 2008, p. 55 – tradução livre.)

⁶⁸ “*The results of Jackson’s rotation policy, which were eagerly carried forward by his successors, both Whig and Democratic, were not so happy. Leonard White describes the consequence of rotation as including a loss of effectiveness of the public service, the loss of the prestige previously attached to offices and the more or less blatant use of administrative officials for partisan advantage in elections. By the 1850s the partisan political obligations of office holders were so routinized that political contributions were collected on a schedule that looked like progressive taxation. Office holders paid in accordance with the size of their salaries.*” (MASHAW, 2008, p. 56 – tradução livre.)

⁶⁹ MASHAW, 2008, p. 56.

efetividade aos serviços públicos. Mashaw ainda afirma que o diagnóstico de Jackson não era desprovido de razão, e que a rotatividade ajudou a mitigar um certo senso de propriedade das funções públicas que permeava o funcionalismo de então.⁷⁰

A visão de Jackson perduraria durante quase todo o séc. XIX e seria apenas após a Guerra Civil americana que se iniciaria o processo de especialização funcional e burocratização típicos da administração pública moderna. A primeira lei que efetivamente trouxe critérios de maior estabilidade e profissionalização para os servidores públicos americanos – o chamado *Pendleton Act* – data de 1883. O *Pendleton Act* fixou critérios meritocráticos para o ingresso e ascensão no serviço público, porém esses critérios eram apenas aplicáveis a 10% dos funcionários públicos da época.⁷¹ Ainda assim, a aprovação dessa lei foi cercada de cuidados frente ao que se reputava uma possível intromissão pelo Legislativo nas funções do Executivo, em detrimento da separação de poderes.

A criação da ICC, portanto, corresponde a esse momento histórico, em que se repensava a própria estrutura do serviço público americano. Se de um lado se reconhecia a necessidade de um ente especializado, capaz de responder às exigências conjunturais do setor ferroviário, por outro lado remanescia a preocupação jacksoniana com o caráter público dos cargos estatais.

Tendo em vista esse contexto, é possível compreender por que o Senado, apesar de justificar a criação da ICC pela necessidade de um ente especializado, foi relutante quanto à assunção da função de comissário por pessoas ligadas ao setor ferroviário. Houve, porém, manifestações contrárias a qualquer tipo de restrição, como a eloqüente defesa do Senador Grosvenor, de Ohio:

⁷⁰ MASHAW, 2008, p. 57.

⁷¹ Esse percentual, contudo, poderia ser aumentado pelo Presidente dos EUA, por meio de *executive orders*. Cf. MASHAW, MERRIL e SHANE, 1998, p. 185.

... Quem haverá de sê-los [os comissários da ICC]? Eles serão cinco cavaleiros que não sabem nada de qualquer de seus afazeres. Esse é o primeiro requisito, essa é a qualificação a não ser modificada sob quaisquer circunstâncias. Homens que não sabem nada sobre esse negócio no qual a comissão irá embarcar serão desimpedidos de nomeação. Os comissários não deverão possuir ações em ferrovias ou em qualquer outra transportadora terrestre ou aquática, e não poderão ser empregados ou advogados de ferrovias, nem poderão ter interesse direto ou indireto nas ferrovias do País ou em qualquer outra transportadora do País

... Esses comissários deverão de ser “mendigos” sem nenhum meio visível de subsistência.⁷²

Não obstante a inflamada manifestação do Senador Grosvenor, o *Interstate Commerce Act* acabou por expressamente vedar que um comissário tivesse tido qualquer forma de relações, direitos ou obrigações com empresas do setor ferroviário. Assim, buscou-se cercar a ICC de garantias que lhe conferissem imparcialidade. O seguinte depoimento do Senador Hermann, de Oregon, fornece um quadro auspicioso do projeto de comissão do Comitê Cullom, que veio a se converter na ICC:

Eles recebem generosos salários, maiores até do que os de qualquer juiz das cortes dos Estados Unidos, excetuados os da Suprema Corte, e eles são assim tornados bastante independentes da tentação. A duração de seus mandatos se esgota em seis anos. E há mais. Caso se comprove que qualquer um deles seja corrupto, ineficiente, negligente ou falso para com o seu dever, é autorizada a sua imediata demissão pelo Presidente. Cinco eminentes homens são assim nomeados e assim guardados e assim recompensados. E há ainda mais. Até mesmo seus procedimentos estão sujeitos a revisão e sanção pelas cortes superiores. Podem os afazeres humanos ser mais honestamente, mais eficientemente e, em última análise, mais perfeitamente conservados pelo esforço humano do que isso? Nosso vangloriado sistema de

⁷² “... *Who are they to be? They are to be five gentlemen who know nothing whatever of their business. That is the first requisite; that is a qualification not to be varied from under any circumstances. Men who know anything about this business upon which the commission is to embark are to be disbarred from appointment. The commissioners are to hold no stocks in railroads or any other carrier by land or water, are not to be officers or attorneys of railroads, are not to be interested directly or indirectly in the railroads of the country or any of the carriers of the country. /§/ ... These commissioners are to be 'tramps' without any visible means of support.*” (Apud CUSHMAN, 1941, pp. 63-64 – tradução livre.)

juízo por júri não é mais perfeito, à medida que ele freqüentemente se mostra ineficaz.⁷³

De igual modo, buscou-se garantir uma participação politicamente paritária na ICC, impedindo-se a nomeação de mais de três comissários do mesmo partido. Novamente, a ênfase foi em mecanismos que assegurassem imparcialidade, desta vez, imparcialidade político-partidária.

Retornemos, então, à questão formulada: como explicar que um dos motivos para a criação da ICC fosse sua expertise, mas que justamente se inviabilizasse o ingresso dos especialistas que tivessem vínculos com o setor ferroviário – que, ante a ausência de outras possíveis fontes de experiência, eram provavelmente os maiores e mais renomados conhecedores do setor ferroviário? Qual o motivo de estabelecer mecanismos para tentar neutralizar a influência político-partidária, ao invés de mecanismos que garantissem a qualidade técnica dos comissários? Por que a ênfase maior na imparcialidade, e não na expertise dos comissários? Segundo os debates no Senado, a expertise não se exigiria dos comissários, mas seria adquirida com o tempo, em um processo de tentativa e erro⁷⁴ que, graças à estrutura estável da ICC, seria preservado em uma memória institucional. A criação da ICC, portanto, partiu do pressuposto da necessidade de especialização funcional, porém sem se desvincular da preocupação jacksoniana com a ocupação permanente dos cargos públicos. Ao final, a soma dessas preocupações resultou em um certo *espírito republicano*⁷⁵ a pautar a criação dos cargos de direção da ICC.

⁷³ “They receive generous salaries, even larger than any of the judges of the United States courts, excepting of the Supreme Court, and they are thus rendered greatly independent of temptation. Their tenure of office continues for six years. And still more. Should either of them prove corrupt, inefficient, negligent, or false to duty, his immediate removal from office by the President is authorized. Five eminent men are thus appointed and thus guarded and thus rewarded. And further still. Even their proceedings are subject to review and enforcement by the higher courts. Can human affairs be more honestly, more efficiently, and in the ultimate more perfectly conserved by human effort than this? Our boasted trial by jury is not more perfect while frequently it falls far short.” (Apud CUSHMAN, 1941, p. 63 – tradução livre.)

⁷⁴ Cf. CUSHMAN, 1941, p. 64.

⁷⁵ Neste trabalho, o *espírito republicano* é identificado com a *preocupação apaixonada pela liberdade pública* de que fala Hannah Arendt: “O que em França era uma paixão e um ‘gosto’ era nitidamente, na América, uma

Isso significa que, diferentemente do modelo descrito por Weber, a burocracia especializada que se buscou fundar não era insulada da esfera política, não era uma instância diferenciada imprópria para o poder carismático weberiano.⁷⁶ Ao contrário, à medida que se buscavam mecanismos de controle das influências políticas, reconhecia-se a presença de um poder político. À medida que se temia a possibilidade de que vínculos pessoais com o setor ferroviário pudessem influenciar as decisões dos comissários, reconhecia-se a necessidade de um espaço público estatal a ser preservado ante uma possível privatização de interesses. Se o comissário havia de ser imune às influências do setor ferroviário, era porque sua atuação deveria ser republicana. Se a ICC haveria de ter composição paritária em termos de filiação partidária, era porque sua atuação haveria de ser política.⁷⁷

experiência, e a expressão americana, usada especialmente no Século XVIII, que falava de ‘felicidade pública’, enquanto os franceses falavam de ‘liberdade pública’, ilustra perfeitamente esta diferença [entre europeus e americanos]. A questão é que os americanos sabiam que a liberdade pública consistia em participar nos negócios públicos e que as actividades ligadas a este domínio de modo nenhum constituíam um fardo, antes davam aos que as desempenhavam em público um sentimento de felicidade que não poderiam obter em nenhum outro lugar.” (ARENDDT, 2001, p. 146).

⁷⁶ Sobre a distinção weberiana, Giddens esclarece: “Todos os Estados modernos, evidentemente, envolviam essas duas formas de funcionários: os ‘administrativos’ e os ‘políticos’. A discussão de Weber sobre o relacionamento entre as duas formas de funcionalismo moderno na Alemanha se baseava na análise das qualidades da liderança política que estava diretamente conectada com a sua formulação da dominação carismática em geral. O funcionário burocrático tinha que desempenhar suas funções de modo imparcial – como Weber afirmava frequentemente, *sine ira et studio*. O líder político, ao contrário, tinha que ‘tomar uma posição’ e ‘ser apaixonado’. A ‘rotinização’ da política – ou seja, a transformação das decisões políticas em decisões de rotina administrativa, pela dominação do funcionalismo burocrático – era especificamente estranha às demandas que eram mais básicas para a ação política. Esse fenômeno, que ocupou boa parte da atenção de Weber em sua análise da carência de liderança política na Alemanha, constituiu-se no maior componente de sua comparação generalizada do carisma tanto com a dominação tradicional quanto com a racional-legal. O carisma era, como ‘tipo puro’, inteiramente oposto à rotina, o *alltäglich*. As dominações tradicional e legal, por outro lado, constituíam, ambas, as formas da administração cotidiana, uma vinculada aos antecedentes transmitidos das gerações passadas, a outra conformada pelos princípios universais abstratamente formulados. O líder carismático, ‘como ... todo líder verdadeiro nesse mesmo sentido, preconiza, cria ou demanda *novas* obrigações’. Era por essa razão que o ‘elemento carismático’ adquiria uma significação vital na ordem democrática moderna; sem ele, nenhuma elaboração de políticas seria possível, e o Estado ficaria relegado a uma democracia sem liderança, ao governo de políticos profissionais sem vocação.” (GIDDENS, 1998, pp. 50-51).

⁷⁷ Weber, porém, afirma esse fato sob outro viés, reconhecendo uma burocracia dentro da estrutura partidária americana: “O caráter de um Estado não-burocrático, pelo menos não no pleno sentido técnico, que ainda conservam os Estados Unidos, vem inevitavelmente a ser substituído, também formalmente, pela estrutura burocrática, ao aumentarem os possíveis focos de conflitos exteriores e ao tornar-se cada vez mais urgente a necessidade de uma administração homogênea no interior. Do ponto de vista material, a forma parcialmente não-burocrática da estrutura do Estado está ali compensada por uma estrutura burocrática muito rigorosa das formações que exercem, de fato, a dominação política: os partidos, sob a liderança de especialistas profissionais na tática organizacional e eleitoral. O exemplo mais evidente da importância do puramente quantitativo como alavanca da burocratização de formações sociais é precisamente a organização crescentemente burocrática de todos os autênticos partidos de massas, aos quais pertencem, entre nós, sobretudo a social-democracia e, no exterior, em maior escala, os dois partidos ‘históricos’ americanos.” (WEBER, 1999, p. 210).

A dita independência da ICC, característica que viria a marcar o modelo norte-americano de agências reguladoras, deve ser interpretada a partir desses fatos e dessas conclusões. A independência, em sua origem, não pode ser traduzida como falta de controle, ou como um manifesto de reconhecimento de uma competência técnica impenetrável por qualquer aspecto político. A independência, ao revés, foi desvelada como imparcialidade. Refletiu a preocupação contra a *captura* por interesses segmentários, sejam esses interesses particulares ou político-partidários.⁷⁸ É possível interpretar o intento dos legisladores como uma vontade de garantia do republicanismo, de garantia de que o novo ente estatal então criado fosse um mecanismo institucional de busca de um interesse geral, altruísta, em que o conhecimento técnico fosse instrumental. Assim se justifica o paralelo entre as qualidades dos comissários e as qualidades do tribunal do júri, como exposto no depoimento do Senador Hermann.

Nessa linha, a principal preocupação dos legisladores não foi a posição estrutural do novo ente frente à separação de poderes⁷⁹, nem assegurar um espaço independente de exercício de uma discricionariedade técnica⁸⁰ apolítica. Na medida em que

⁷⁸ “*In the thinking of those responsible for the Act, independence, if it meant anything, appears to have meant bipartisanship, as a guarantee of impartiality. Independence of executive domination seems not to have been thought of and was certainly not discussed, but independence of one-sided partisan control was a matter of great moment. There was, in fact, some facetious comment in the debates on whether an 'independent' in politics could qualify for a seat on the commission.*” (CUSHMAN, 1941, p. 57.)

⁷⁹ “*There was little general or philosophical discussion of the separation of powers in connection with the establishment of the commission, but some of the more practical aspects of the doctrine and its corollaries were discussed. In the first place, the new statute delegated powers to a new type of agency. It was suggested in the House debates that the discretion given to the commission under the long-and-short-haul clause would amount to a delegation of legislative power. It was further suggested that one reason why positive rate-making power was not given to the commission was that Congress could not lawfully delegate that power to anyone else. The provisions of the Act, however, give little support to any serious charge of an unconstitutional delegation of legislative power. The contention was once or twice made that invalid delegations of judicial power were being made to the new commission. This was effectively answered by pointing out that the commission had no final authority, that its findings of facts were subject to review, and that it was dependent upon the courts for the enforcement of its orders.*” (CUSHMAN, 1941, p. 58.)

⁸⁰ “Alcançando seu maior desenvolvimento na doutrina italiana, o termo discricionariedade técnica é usado pela primeira vez na Áustria, com os estudos Bernatizik. A idéia original era a de que, por se referir a decisões com alta carga de complexidade técnica, a discricionariedade técnica balizava atos administrativos que eram retirados do controle jurisdicional. A justificativa de seu surgimento foi a consideração de que certas decisões administrativas supunham tal grau de especialização que somente aquele órgão ou autoridade investidos da devida competência (legal e técnica), por gozar de extrema especialização, poderia realizar a necessária

reconheciam na ICC um espaço de exercício de poder político, a grande preocupação dos debates dizia respeito à presença de *checks and balances*, os freios e contrapesos que formam o cerne do sistema constitucional americano no que diz respeito à distribuição e ao exercício do poder. A grande questão era se, com a comissão, não se havia reunido em um único ente poderes que deveriam estar separados. Havia a necessidade prática de um ente capaz de exercer diversas tarefas, de forma a desempenhar a contento suas atividades. Porém, a atribuição de competências tão amplas não feriria a separação de poderes, no que diz respeito à necessidade de se conter o poder político e limitar a possibilidade de um governo autoritário? O Deputado Oates, do Alabama, trouxe o debate à Câmara:

Eu acredito que isso é absolutamente inconstitucional e nulo, pois em minha mente trata-se de misturar os poderes legislativo, judicial e, talvez, executivo do Governo em uma mesma lei.⁸¹

Essa importante questão, porém, não foi resolvida pelos debates legislativos. Como visto, a ICC surgiu de uma solução de compromisso, uma conveniente válvula de escape para os impasses não superados pelo Congresso americano. Assim, a comissão foi criada, porém paradoxalmente seus poderes de fato foram limitados pela mesma lei que a criou. Lei essa que conferiu à ICC poucas atribuições, e que falhou (propositadamente) em definir a extensão de suas competências. Até mesmo o formato colegiado, pode-se incidentalmente inferir, resultou mais de uma contingência histórica do que de uma preocupação estrutural de limitação e compartilhamento de poder – a ICC deve sua estrutura colegiada à experiência anterior dos estados, e estes, por sua vez, não pensavam em limitações ao poder quando criaram suas comissões.

valoração. Daí decorrente, era negado ao Poder Judiciário qualquer margem de controle sobre essa categoria de decisões administrativas, excetuando-se os casos de erro manifesto.” (ROCHA, 2003, pp. 162-163.)

⁸¹ “I believe that it is absolutely unconstitutional and void, because to my mind it is a blending of the legislative, the judicial, and perhaps, the executive powers of the Government in the same law.” (Apud CUSHMAN, 1941, p. 59 – tradução livre.)

Coube à Suprema Corte dar os primeiros passos para resolver essa questão. E as decisões que se seguiram trabalharam com o material fornecido pelo legislativo: uma lei com competências pouco definidas, que buscava aplacar visões absolutamente opostas quanto à regulação do setor ferroviário e à necessidade de se criar um ente específico para tanto.

1.6. Os primeiros anos da ICC e as repercussões judiciais e legislativas

A ICC teve um início auspicioso. O Presidente Grover Cleveland indicou ao Senado cinco comissários qualificados, que somavam experiência em política, direito e em comissões estaduais. O Senado aprovou os nomes indicados, e os comissários recém empossados elegeram seu presidente: Thomas M. Cooley. Tamanho era o seu prestígio que, apesar de filiado ao Partido Republicano, foi eleito presidente em meio ao governo democrata de Cleveland. Cooley havia sido juiz e era professor de Direito na Universidade de Michigan. Sob a sua presidência, a ICC implantou um procedimento judicializado de acompanhamento das ferrovias, com vistas ao estabelecimento de um *case law*.⁸² Isso ajudou a conferir autoridade e legitimidade a seus procedimentos, porém a análise caso-a-caso fez com que não se implantasse uma política geral para o setor ferroviário.⁸³

Em seu primeiro ano, a ICC manteve a proibição ao *pooling* e recusou os pedidos das ferrovias de fixar tarifas mínimas para os fretes – o que traria um efeito prático próximo ao do *pooling*. Ou seja, as ditas *guerras tarifárias* continuaram – a comissão, já em seu início, indicou um viés pró-competitivo, contrário ao interesse das ferrovias e ao próprio motivo que as levou a apoiar inicialmente o projeto de lei de criação da ICC. A postura das

⁸² Cf. CUSHMAN, 1941, pp. 65 e ss.

⁸³ Cf. STONE, 1991, pp. 7 e ss.

companhias ferroviárias, em decorrência, foi de absoluto antagonismo à comissão. Por mais razoáveis que fossem, as decisões da ICC eram escrutinizadas pelos bem pagos advogados das ferrovias, que em vista da menor técnica submetiam as decisões à Justiça.

Essa atitude dificultou ainda mais uma já árdua tarefa. Como visto, o *Interstate Commerce Act* fixou parâmetros amplos para a atuação da comissão, que tinha de interpretar critérios como *tarifas justas e razoáveis*. O que era *justo* ou *razoável* cabia à ICC fixar, mas não cabia à ICC aplicar: suas decisões deviam ser aplicadas pelo Judiciário, que partiria dos fatos colhidos (*findings of fact*) pela comissão. Porém já em 1889, a primeira decisão da ICC foi revertida pelo Judiciário, que recusou a dilação probatória feita pela comissão e determinou que o processo fosse refeito. Esse fato fez com que Cooley vaticinasse: caso mantida a postura do Judiciário de reavaliar os *findings of fact* e de admitir que novas evidências fossem apresentadas nos processos judiciais, as ferrovias passariam a ignorar as decisões da ICC. Foi exatamente isso o que aconteceu. As companhias ferroviárias simplesmente passaram a se negar a apresentar qualquer fato ou evidência à ICC, que então tomava decisões com base em uma dilação probatória deficiente. Ao invés de atribuir a culpa dessa deficiência às próprias ferrovias, que a provocaram, o Judiciário passou a sistematicamente reavaliar as conclusões da ICC quanto à matéria de fato, a permitir a produção de novas provas e a emitir suas próprias decisões quanto à matéria regulatória.

A situação da nova comissão piorou quando, em 1891, Cooley se afastou por motivos de saúde. Sem o prestígio de seu primeiro presidente, os ataques à ICC aumentaram.

Stone relata que:

Pelo restante da década [de 1890], a ICC foi feita ineficaz pelas ferrovias, que foram auxiliadas e incitadas pelas cortes. Por vezes a letra da lei era respeitada, mas seu espírito, violado. Um exemplo, que parece humorístico hoje, ocorria quando a ICC determinava uma tarifa como não razoável. A ferrovia, que não podia mais aplicar aquela tarifa, poderia abaixá-la em um centésimo ou até mesmo aumentá-la.

Obviamente essa nova tarifa seria também considerada não razoável, mas apenas após um período de muitos meses, durante o qual a tarifa continuaria a ser aplicada. Adicionalmente, as cortes no mais das vezes se filiavam às ferrovias e revertiam decisão após decisão. A ICC não tinha poderes para suspender tarifas enquanto ainda pendentes de investigação, portanto era do interesse das ferrovias providenciar tantos atrasos quanto possível nos processos.⁸⁴

Nos primeiros anos de funcionamento da ICC, o Congresso respondeu timidamente à reação dos tribunais. Em 1889, após repetidos pedidos do Secretário do Interior – chefe de Departamento do Interior, onde a ICC então se localizava -, o Congresso tornou a comissão verdadeiramente autônoma, retirando qualquer poder de supervisão do Departamento do Interior. Essa medida, porém, pouco efeito possuía sobre a fragilizada autoridade das decisões da ICC, uma vez que não era essa supervisão o problema. Em 1893, uma medida um pouco mais eficaz: foi aprovado o *Compulsory Testimony Act*. Um ano após a Suprema Corte ter declarado que o *Interstate Commerce Act* não conferia às testemunhas perante a ICC adequadas garantias⁸⁵, o que deixou os testemunhos perante a comissão inválidos, o Congresso aprovou a citada lei, restaurando a competência da ICC. Em 1903, foi promulgado o *Elkins Act*, que vedava a concessão de descontos especiais para grandes corporações industriais e impunha pesadas multas em caso de descumprimento das tarifas informadas à ICC. Essa lei, porém, resultou de pressão das próprias ferrovias, que viam nesse mecanismo uma forma de disciplinar a feroz concorrência.⁸⁶

Se a lei aprovada em 1887 falhava em fixar competências e em definir meios eficazes de exercê-las e o Congresso foi pouco ativo em exercer medidas mais enérgicas para

⁸⁴ “For the rest of the decade the ICC was rendered ineffective by the railroads, which were aided and abetted by the courts. Often the letter of the law was adhered to but the spirit was violated. An example, which seems humorous today, was the case in which the ICC would determine a rate to be unreasonable. The railroad, no longer able to use that rate, might lower it one cent or possibly raise it. Of course this new rate would also be found to be unreasonable, but only after a delay of many months, during which time the rate would continue to be charged. In addition, the courts more often than not sided with the railroads and overturned decision after decision. The ICC had no power to suspend rates while they were under investigation so it was in the railroads' interest to incorporate as many delays as possible into the proceedings.” (STONE, 1991, p. 8 – tradução livre.)

⁸⁵ *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892).

⁸⁶ Cf. STONE, 1991, p. 11.

fortalecer a ICC, o fundo do poço ficou mais próximo quando, em duas decisões emblemáticas, a Suprema Corte limitou os principais poderes da ICC. O primeiro foi o *Interstate Commerce Commission v. Cincinnati*, 167 U.S. 479 (1897). Trata-se de processo em que a ICC provocou o Judiciário para compelir que a *Cincinnati, New Orleans and Texas Pacific Railway Company* e diversas outras companhias ferroviárias praticassem as tarifas fixadas pela ICC. Esta, ao julgar os preços praticados pelas companhias em questão, decidiu que esses eram injustos e não razoáveis. Em decorrência, determinou que não fossem mais praticados e fixou as tarifas que deveriam ser cobradas a partir de então. A Suprema Corte, porém, entendeu que a ICC não tinha poderes para fixar tarifas – uma vez que o *Interstate Commerce Act* não havia expressamente conferido à ICC essa competência, esta não poderia ser inferida.⁸⁷ A corte constitucional americana entendeu ainda que se cuidava de competência de natureza legislativa, e que a lei havia conferido à ICC apenas competências de natureza executiva – o que fazia com que a competência para fixar tarifas sequer pudesse ser inferida do texto da lei.⁸⁸ Em termos práticos, a possibilidade de fixar tarifas era uma arma importante

⁸⁷ “The question debated is whether it vested in the commission the power and the duty to fix rates, and the fact that this is a debatable question, and has been most strenuously and earnestly debated, is very persuasive that it did not. The grant of such a power is never to be implied. The power itself is so vast and comprehensive, so largely affecting the rights of carrier and shipper, as well as indirectly all commercial transactions, the language by which the power is given had been so often used, and was so familiar to the legislative mind, and is capable of such definite and exact statement, that no just rule of construction would tolerate a grant of such power by mere implication. Administrative control over railroads through boards or commissions was no new thing. It had been resorted to in England and in many of the states of this Union. In England, while control had been given in respect to discrimination and undue preferences, no power had been given to prescribe a tariff of rates. In this country the practice has been varying. It will be interesting to notice the provisions in the legislation of different states.” (*Interstate Commerce Commission v. Cincinnati*, 167 U.S. 479 (1897), pp. 494-495.)

⁸⁸ “In the first section it is provided that ‘all charges ... shall be reasonable and just; and every unjust and unreasonable charge for such service is prohibited and declared to be unlawful.’ Then follow sections prohibiting discrimination, undue preferences, higher charges for a short than for a long haul, and pooling, and also making provision for the preparation by the companies of schedules of rates, and requiring their publication. Section 11 creates the interstate commerce commission. Section 12, as amended March 2, 1889 (25 Stat. 858), gives it authority to inquire into the management of the business of all common carriers, to demand full and complete information from them, and adds, ‘and the commission is hereby authorized to execute and enforce the provisions of this act.’ And the argument is that, in enforcing and executing the provisions of the act, it is to execute and enforce the law as stated in the first section, which is that all charges shall be reasonable and just, and that every unjust and unreasonable charge is prohibited; that it cannot enforce this mandate of the law without a determination of what are reasonable and just charges, and, as no other tribunal is created for such determination, therefore it must be implied that it is authorized to make the determination, and, having made it, apply to the courts for a mandamus to compel the enforcement of such determination. In other words, that though congress has not, in terms, given the commission the power to determine what are just and reasonable

da comissão contra a prática recorrente das companhias ferroviárias descrita acima por Richard Stone, qual seja a de promover alterações mínimas nos preços declarados injustos ou não razoáveis pela ICC e se aproveitar da demora em seu julgamento para continuar a praticá-los.

O segundo caso foi o *Interstate Commerce Commission v. Alabama Midland Ry. Co.*, 168 U.S. 144 (1897). Nesse caso, a Suprema Corte considerou que o dispositivo do *Interstate Commerce Act* que vedava a cobrança de preços maiores para fretes de curta do que de para fretes de longa distâncias, exceto quando as circunstâncias concretas justificassem essa discriminação, não dava à ICC competência para exigir que essa discriminação fosse previamente autorizada pela comissão. No caso concreto, a cidade de Troy, no Alabama, peticionou à ICC contra a *Alabama Midland Railway Company* e outras companhias ferroviárias consorciadas, afirmando que o consórcio cobrava preços mais altos por fretes oriundos daquela cidade com destino a Nova Iorque, Baltimore e outras cidades, do que os preços cobrados por fretes oriundos da cidade de Montgomery. A cidade de Montgomery distava mais 52 milhas do que a cidade de Troy, e a discriminação de preços ocorria na mesma linha ferroviária. A ICC determinou, em diversas rotas, que a discriminação não poderia ser feita, e em outros casos chegou a fixar as tarifas aplicáveis. O consórcio de ferrovias integrado pela Alabama Midland, contudo, não cumpriu a determinação da comissão. Esta, então, ingressou no Judiciário requerendo o cumprimento de sua decisão. A questão chegou à Suprema Corte, que decidiu que a ICC não podia exigir que a Alabama Midland e suas consorciadas não podiam discriminar entre rotas de curta e longa distância, nem podia fixar tarifas nesse caso. O que podia a ICC era averiguar se a discriminação não

rates for the future, yet, as no other tribunal has been provided, it must have intended that the commission should exercise the power. We do not think this argument can be sustained. If there were nothing else in the act than the first section, commanding reasonable rates, and the twelfth, empowering the commission to execute and enforce the provisions of the act, we should be of the opinion that congress did not intend to give to the commission the power to prescribe any tariff, and determine what for the future should be reasonable and just rates. The power given is the power to execute and enforce, not to legislate. The power given is partly judicial, partly executive and administrative, but not legislative.” (*Interstate Commerce Commission v. Cincinnati*, 167 U.S. 479 (1897), pp. 500-501 – grifos nossos.)

tinha um fundamento adequado, se eram injustas ou discriminatórias, e então declarar sua ilegalidade. Mas não era necessário obter sua prévia anuência para praticar preços mais altos de fretes de curta distância, do que de longa distância, em uma mesma linha, pois fatores como o tamanho da cidade e a existência de competição seriam melhor aferidos pelas próprias ferrovias do que pela comissão. Apenas se comprovada a não razoabilidade da discriminação, ou sua injustiça, esses preços poderiam ser revistos pela ICC ou pelo Judiciário – mas apenas para declarar sua ilegalidade, não para substituí-los por tarifas fixadas pela comissão ou pelos juízes.⁸⁹ Além disso, a Suprema Corte expressamente estabeleceu que o Judiciário tinha competência para produzir novas provas e rever as evidências trazidas pela ICC, de sorte a subsidiar suas próprias conclusões acerca da razoabilidade ou da justeza dos preços praticados.⁹⁰

Desse modo, a Suprema Corte manteve a competência judicial de acordo com o que já, antes da ICC, se entendia possível sob a *common law*: uma *common carrier* deve

⁸⁹ “[...]‘The carriers are better qualified to adjust such matters than any court or board of public administration, and, within the limitations suggested, it is safe and wise to leave to their traffic managers the adjusting or dissimilar circumstances and conditions to their business.’ 21 C. C. A. 51, 74 Fed. 715. [§] The last sentence in this extract is objected to by the commission’s counsel, as declaring that the determination of the extent to which discrimination is justified by circumstances and conditions should be left to the carriers. If so read, we should not be ready to adopt or approve such a position. But we understand the statement, read in the connection in which it occurs, to mean only that, when once a substantial dissimilarity of circumstances and conditions has been made to appear, the carriers are, from the nature of the question, better fitted to adjust their rates to suit such dissimilarity of circumstances and conditions than courts or commissions; and when we consider the difficulty, the practical impossibility, of a court or a commission taking into view the various and continually changing facts that bear upon the question, and intelligently regulating rates and charges accordingly, the observation objected to is manifestly just. But it does not mean that the action of the carriers, in fixing and adjusting the rates, in such instances, is not subject to revision by the commission and the courts, when it is charged that such action has resulted in rates unjust or unreasonable, or in unjust discriminations and preferences.” (*Interstate Commerce Commission v. Alabama Midland Ry. Co.*, 168 U.S. 144 (1897), pp. 173-174.)

⁹⁰ “We think this contention is sufficiently answered by simply referring to those portions of the act which provide that, when the court is in coked by the commission to enforce its lawful orders or requirements, the court shall proceed, as a court of equity, to hear and determine the matter, and in such manner as to do justice in the premises.[...] Accordingly our conclusion is that it was competent, in the present case, for the circuit court, in dealing with the issues raised by the petition of the commission and the answers thereto, and for the circuit court of appeals on the appeal, to determine the case upon a consideration of the allegations of the parties, and of the evidence adduced in their support; giving effect, however, to the findings of fact in the report of the commission, as *prima facie* evidence of the matters therein stated. [§] It has been uniformly held by the several circuit courts and the circuit courts of appeal, in such cases, that they are not restricted to the evidence adduced before the commission, nor to a consideration merely of the power of the commission to make the particular order under question, but that additional evidence may be put in by either party, and that the duty of the court is to decide, as a court of equity, upon the entire body of evidence.” (*Interstate Commerce Commission v. Alabama Midland Ry. Co.*, 168 U.S. 144 (1897), pp. 174-175.)

praticar preços justos e razoáveis, e cabe ao Judiciário declarar a nulidade de preços que não obedecem a esses critérios. Confrontado com as competências genéricas fixadas no ato, o Judiciário teve uma postura conservadora e fez uma leitura restritiva das competências da ICC. Não se pode olvidar que essa postura foi reflexo do próprio impasse do Legislativo na aprovação da comissão.

A esse fato se somou a ausência de uma postura cooperativa por parte das ferrovias – o contrário do que ocorreu, por exemplo, com a comissão de Massachusetts. Sem poderes claros fixados em sua lei de regência, e ante uma interpretação restritiva de seus poderes pelo Judiciário, a ICC não possuía meios para induzir as ferrovias à colaboração. O resultado foi que, nos seus primeiros vinte anos de funcionamento, a ICC foi muito pouco eficaz.

Em resultado, a política pública inaugurada pelo *Interstate Commerce Act* teve sua aplicação prática prejudicada. Porém, que política pública era essa? Como visto, houve a corrente de Cullom, que defendia menos intervenção e maior flexibilidade, e considerava que o estado da competição de então era suficiente para resolver grande parte dos problemas do setor ferroviário. Houve, em oposição, a corrente de Reagan, que exigia medidas fortes para coibir os abusos das ferrovias, mas que não confiava em uma comissão para fazê-lo. O medo da completa anomia, fez com que ambas as correntes cedessem. O resultado foi, efetivamente, a flexibilidade desejada por Cullom – as ferrovias não estavam sujeitas a regras rígidas que limitassem a fixação de seus preços. Porém, como desejava Reagan, as leis do setor eram efetivamente aplicadas pelo Judiciário. A ICC não se tornou um fórum de elaboração de uma política específica e setorial, a se desenvolver caso a caso, conforme um processo de tentativa e erro – que era o que desejava a corrente de Cullom. O Judiciário permanecia como ponto focal, pois era nele que se concentrava o poder de decidir. Desse modo, ambas as visões políticas, de Reagan e de Cullom, mais se frustraram do que se realizaram.

Todavia, alguns fatores fizeram com que a então cambaleante ICC fosse revitalizada e se fortalece ao ponto de se tornar um dos mais poderosos entes da Administração Pública americana do início do séc. XX.⁹¹ De um lado, a configuração político-representativa majoritária na Presidência e no Congresso mudou. Após anos de presidentes pouco preocupados com os avanços dos monopólios e fortemente ligados ao setor empresarial americano, Theodore Roosevelt, ex-Governador de Nova Iorque conhecido por sua postura contrária aos monopólios e pró-consumidores, foi nomeado pelo Partido Republicano Vice-Presidente na chapa de reeleição William McKinley. A chapa foi vitoriosa, e o assassinato de McKinley em setembro de 1901 colocou Roosevelt no poder.⁹² Quando Roosevelt foi reconduzido à presidência, em 1904, sua mensagem ao Congresso destacou a regulação das ferrovias como um assunto crucial (*paramount issue*) de seu governo.⁹³

Adicionalmente, movimentos populistas e, em especial, o Movimento Granger, ganharam espaço no cenário de representação política. Após seguidas tentativas fracassadas de eleger seus representantes para o Congresso, esses movimentos adotaram outra estratégia: decidiram se estabelecer nos próprios partidos da época, especialmente no Partido Democrata. Com isso, passaram a influenciar na escolha dos candidatos, o que resultou na eleição de políticos que, ainda que não vinculados aos movimentos, fossem simpáticos às suas reivindicações.⁹⁴

Por outro lado, na virada do século, o setor ferroviário se modificou, e também mudou a percepção do público em geral. As companhias ferroviárias tiveram de lidar com o mesmo problema de antes da criação da ICC: havia redes demais para amortizar e a competição era ferrenha. As ferrovias não encontraram na ICC o árbitro das condições de

⁹¹ Cf. STONE, 1991, p. 10.

⁹² Segundo Stone, a nomeação de Roosevelt foi um artifício do Partido Republicano para imobilizar Roosevelt, pois suas ações como Governador desagradavam o partido. A ascensão de Roosevelt à presidência teria ocorrido à revelia de seu próprio partido (cf. STONE, 1991, p. 9).

⁹³ Cf. CUSHMAN, 1941, p. 69.

⁹⁴ Cf. STONE, 1991, p. 10.

competição que esperavam, e as baixas margens de lucro tornaram as companhias inadimplentes. A inadimplência, por sua vez, resultou na aquisição das ferrovias por grandes grupos financeiros, e o setor começou a se consolidar na mão de um poderoso oligopólio financista. Os novos proprietários das ferrovias, como meio de alavancar seus lucros, passaram a adquirir participação nas companhias concorrentes. Em resultado, a concorrência, no início do século XX, estava em vertiginoso declínio. E os preços dos fretes, em franca ascensão.⁹⁵ O aumento de preços, porém, não se traduzia em melhor infra-estrutura. As ferrovias estavam em condições precárias, agravada pelo aumento crescente do peso de suas cargas, em decorrência do avanço industrial.

Essas circunstâncias geraram grande descontentamento nos afretadores e no público em geral, que viam um sistema ferroviário cada vez mais precário e cada vez mais caro. Somou-se a esse fato investigações que comprovaram uma perigosa simbiose entre a concessão de descontos ferroviários e o surgimento de grandes monopolistas beneficiados por esses descontos, com destaque para o caso da formação e consolidação da Standard Oil Company.⁹⁶

Esse cenário serviu de base para que, em 1906, fosse aprovado o *Hepburn Act*. Esta lei conferiu à ICC o poder de fixar as tarifas aplicáveis quando constatasse que um preço praticado por uma ferrovia não era justo ou razoável. Sua competência, porém, dependia de provocação dos interessados – a comissão não possuía o poder para fixar tarifas de ofício. O *Hepburn Act* conferiu às decisões da ICC a qualidade de auto-executoriedade – ou seja, suas decisões vinculavam as ferrovias imediatamente, sem necessidade de recurso ao Judiciário. As companhias poderiam contestar as decisões judicialmente, porém a lei estabeleceu que os recursos contra as decisões de primeira instância seriam diretamente julgados pela Suprema

⁹⁵ Cf. STONE, 1991, p. 10, e CUSHMAN, 1941, p. 68.

⁹⁶ Cf. CUSHMAN, 1941, p. 68.

Corte - o objetivo era limitar os atrasos na implementação das decisões da ICC que tanto beneficiaram as ferrovias.

O *Hepburn Act* também ampliou a competência da ICC, colocando sob sua responsabilidade a regulação não apenas do transporte ferroviário de cargas, mas também do transporte ferroviário de passageiros, dos terminais de comutação, dos depósitos ferroviários de cargas, entre outros, além de incluir também sob o espectro regulatório da ICC a exploração de oleodutos. Houve ainda, em decorrência da nova lei, a obrigatoriedade de separação vertical entre as ferrovias e a produção de bens que eram transportados por ferrovias: uma companhia que explorasse o transporte ferroviário não podia ter os mesmos donos de uma companhia que produzisse bens transportados por ferrovias. Finalmente, à ICC foi conferido o poder de fixar um sistema uniforme de contabilidade e competência para requerer relatórios padronizados e para inspecionar a contabilidade das ferrovias – o que permitiria à comissão ter melhores elementos para aplicar o *Elkins Act*.⁹⁷

Além disso, o *Hepburn Act* aumentou o número de comissários, de cinco para sete, e conferiu à ICC a competência para nomear seus inspetores e agentes. Em resultado, o número de funcionários da ICC, que havia variado de 104 para 178 no período de 1890 a 1905, subiu para 330 em 1907 e 527 em 1909.⁹⁸

Para que o *Hepburn Act* fosse aprovado, todavia, o Congresso teve de se debruçar sobre a questão da natureza dos poderes que se estava conferindo à ICC. Essa discussão, que fora propositadamente evitada no momento de elaboração do *Interstate Commerce Act*, passou a ser um ponto de apoio importante dos defensores das ferrovias. Havia forte pressão política para a aprovação de medidas mais enérgicas contra as ferrovias, e o aumento de preços tornou difícil contra-argumentar a necessidade de se conferir à comissão poderes para fixar tarifas. Restou às companhias ferroviárias e a seus representantes no

⁹⁷ Cf. CUSHMAN, 1941, p. 70, e STONE, 1991, pp. 12-13.

⁹⁸ Cf. STONE, 1991, p. 13.

Legislativo federal argumentar a inconstitucionalidade dessa proposição. Diziam os representantes das ferrovias que a fixação de tarifas tinha natureza legislativa, e que o Poder Legislativo era indelegável.⁹⁹

O argumento, porém, não prosperou. Em primeiro lugar, a Suprema Corte, no caso *ICC v. Cincinnati*, embora tenha afirmado a natureza legislativa do poder de fixar tarifas, expressamente admitiu que esse poder fosse delegado a uma comissão – porém entendeu que essa delegação não ocorrera para a ICC. Em segundo lugar, o Congresso entendeu que não se tratava propriamente de uma delegação do poder de legislar em si, mas de uma função correlata, que consistia na execução das políticas fixadas pelo Congresso. A manifestação do Deputado Mann, de Illinois, resume com eloquência a opinião dos que reputavam constitucional a atribuição à ICC do poder de fixar tarifas:

Nós não concedemos à *Interstate Commerce Commission* o poder de fixar tarifas.

Nós determinamos por um ato legislativo o que a tarifa será. A legislatura define o

⁹⁹ A formulação da *nondelegation doctrine* americana é por vezes contraditória. Em geral, o Judiciário privilegia aspectos pragmáticos, em detrimento de uma concepção harmônica dessa doutrina. Lawrence H. Tribe, professor de Harvard, explica a formulação da doutrina de não-delegação nos seguintes termos: “*The Supreme Court has cast the nondelegation doctrine as an important structural limit. In Mistretta v. United States, for instance, the Court stated: ‘The nondelegation doctrine is rooted in the principle of separation of powers that underlies our tripartite system of Government. The Constitution provides that ‘all legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States,’ U.S. Const., Art. I, § 1, and we have long insisted that the ‘integrity and maintenance of the system of government ordained by the Constitution’ mandate that Congress generally cannot delegate its legislative power to another Branch.’ The Court has not left this grand principle as its final word, however. [...] The Court explained that its elaboration of the nondelegation doctrine ‘has been driven by a practical understanding that in our increasingly complex society, replete with ever changing and more technical problems, Congress simply cannot do its job absent an ability to delegate power under broad general directives,’ and opined that the nondelegation doctrine ‘does not prevent Congress from obtaining the assistance of its coordinate Branches.’ Such ‘assistance,’ the Court has suggested, is not inconsistent with the conferral of ‘[a]ll legislative Powers herein granted’ on Congress, but flows from the Necessary and Proper Clause of Article I, § 8: any constitutionally granted congressional power ‘implies a power [to delegate] authority under it sufficient to effect its purposes.’ The Court has broadly construed this power to delegate, with the result that the Court has not invalidated a single delegation of congressional power on nondelegation doctrine grounds since 1936.*” (TRIBE, 2000, pp. 977-978). Portanto, a paradoxal formulação da doutrina é que o poder legislativo é indelegável, porém sua delegação é admitida quando o Congresso entender que há a necessidade prática para tanto. O professor Tribe, não obstante, tenta dar um sentido a essa confusão: “*An agency exercising delegated power is not free, as is Congress itself, to exercise the full sweep of its authority to pursue any and all ends within the affirmative reach of federal legislative authority. Rather, a federal agency may assert as its objectives only those ends which are at least rationally connected with the tasks that Congress created that agency to perform. The open-ended discretion to choose ends is the essence of legislative power; it is this power which Congress possesses but its agents necessarily lack and with which its agents could not be endowed by mere legislation.*” (TRIBE, 2000, p. 982).

que a tarifa será. A tarifa será justa, razoável e propiciará a devida remuneração. Isto é tanto uma declaração legislativa acerca da tarifa quanto se nós disséssemos que a tarifa seria de 50 centavos por cada cem libras [transportadas]. Nós mesmos fazemos a declaração, nós não conferimos à *Interstate Commerce Commission* qualquer autoridade legislativa ou judicial. Nós afirmamos como o objeto de um ato legislativo que a tarifa deve ser justa, que a tarifa deve propiciar remuneração adequada e então deixamos para a comissão o **poder administrativo** de determinar o que em cada caso particular é justo, razoável e propicia adequada remuneração [...] A legislatura estabelece o que devem ser as tarifas e as coloca em vigor; tudo o que a comissão recebe poder para fazer é o **ato administrativo** de computar o valor...¹⁰⁰

A corrente que entendeu que não se cuidava de uma delegação inconstitucional contou ainda com a manifestação favorável do *Attorney General*:

As cortes sustentaram que nos casos em que a legislatura decretou que as tarifas ferroviárias deveriam ser imparciais e razoáveis, o dever de executar essa lei e determinar detalhadamente as tarifas para o futuro conforme aquela pode ser constitucionalmente conferido a um **ente administrativo**, e que a outorga de tal poder não é uma delegação da **autoridade** legislativa.¹⁰¹

Fixava-se, então, as bases para uma compreensão da natureza da Administração Pública americana, reconhecendo-lhe um poder próprio, distinto do legislativo e do judiciário.¹⁰² E resolvido o *locus* institucional da ICC, essa exerceria seus poderes com o

¹⁰⁰ “We do not give to the Interstate Commerce Commission the power to fix rates. We say by legislative act what the rate shall be. The Legislature defines what the rate shall be. The rate shall be just, reasonable, and fairly remunerative. That is a legislative declaration as to the rate just as much as though we said the rate shall be 50 cents a hundred pounds. We make the declaration ourselves, we do not confer upon the Interstate Commerce Commission any legislative authority or any judicial authority. We say as a matter of legislative act that the rate shall be just, that the rate shall be reason-able, that the rate shall be fairly remunerative, and then we leave to the Commission the administrative power to determine what in each particular case is the just, reasonable, and fairly remunerative rate . . . The Legislature finds what the rates shall be and puts those rates into force; and all the Commission is given power to do is the administrative act of making the computation...” (Apud CUSHMAN, 1941, pp. 73-74 – tradução livre, grifo nosso.)

¹⁰¹ “The courts have held, that where the legislature has enacted that railway rates shall be impartial and reasonable, the duty of executing this law and determining the rates for the future in detail in conformity with it, may be conferred constitutionally upon an administrative body, and that a grant of such power is not a delegation of the legislative authority.” (Apud CUSHMAN, 1941, p. 73 – tradução livre, grifos nossos.)

¹⁰² “The Commission [a ICC] was important for our purposes because its regulatory activities generated a series of court decisions that provided the underpinnings for the development of a body of administrative law to insure the legality and procedural regularity of regulatory activity.” MASHAW, MERRILL e SHANE, 1998, p. 5.

beneplácito do Judiciário, de modo a se tornar um dos entes mais poderosos do Governo americano nas primeiras duas décadas do século XX.

Roosevelt indicou comissários fortes, com tendências pró-usuários. A comissão passou a empregar mecanismos econômicos de tarifação pelo custo para fixar suas tarifas, o que conferiu um padrão concreto para a fixação do eram preços *justos e razoáveis*. A nova força fez com que a ICC fosse vista como um foro efetivo para a discussão de direitos relativos ao setor ferroviário. A passagem de 65 processos em 1905, ano anterior ao *Hepburn Act*, a 415 processos que a comissão teve de julgar em 1907,¹⁰³ demonstra que o esvaziamento das competências da ICC havia se revertido em uma excepcional ascensão de importância.

A política de fortalecimento da ICC continuaria com o sucessor de Roosevelt, William Howard Taft, e permaneceria até o advento da I Guerra Mundial. Nesse ínterim, seria aprovado o *Mann-Elkins Act*, de 1910, que conferia ainda mais poderes à comissão. Essa lei conferiu à ICC poderes para suspender *ex officio* preços praticados pelos agentes dos setores sob sua competência. Autorizou a comissão a reclassificar as categorias dos fretes dos casos que lhes fossem submetidos, o que combatia a artimanha então usada pelas ferrovias de classificar fretes em categorias mais caras e, assim, aumentar o preço cobrado dos afretadores. A lei conferiu às empresas reguladas o ônus de provar que seus preços eram justos e razoáveis – ou seja, a ICC não necessitava mais comprovar a irrazoabilidade para suspender um preço. A chamada *long and short haul clause*, que vedava a discriminação entre fretes de curta e longa distâncias e que havia sido enfraquecida pela decisão da Suprema Corte no caso *ICC v. Alabama Midland*, foi revitalizada, com a determinação de que apenas a ICC poderia afirmar quais seriam as exceções à vedação de discriminação prevista na norma. Finalmente, foi essa lei que conferiu à ICC competência para regular o setor de telecomunicações.

¹⁰³ Cf. STONE, 1991, p. 13.

Assim, as telecomunicações herdaram todo o arcabouço jurídico e institucional do setor de transportes ferroviários. Quando assumiu a competência para regular as telecomunicações, a ICC era uma agência forte, que possuía um acentuado viés pró-usuário e que estava munida de poderes eficazes para a disciplina de um setor ferroviário poderoso e oligopolizado. Todavia, ainda era uma agência que majoritariamente atuava por provocação, e fixava suas determinações caso-a-caso. Além disso, seus principais poderes decorriam de um processo dialético, de tentativa e erro, frente ao setor ferroviário. Todas essas características influenciarão a relação das telecomunicações com sua agência reguladora, e a conseqüente fixação e implantação de políticas públicas para esse setor.

Cap. 2. As agências reguladoras de telecomunicações nos EUA: da ICC à *nova* FCC

Verificadas as características da ICC e o processo histórico de sua formação, passamos agora a analisar o processo de atribuição da regulação das telecomunicações nos EUA a uma agência reguladora. Primeiramente, será necessário voltar um pouco no tempo histórico e explorar a cronologia do desenvolvimento das telecomunicações, de forma a explicitar o contexto que provocou a reação regulatória por parte do Estado norte-americano. Primeiramente, serão explorados os motivos que levaram os EUA a submeter as telecomunicações à ICC, e as repercussões dessa decisão. Posteriormente, será abordada a criação da *Federal Radio Commission* e sua posterior transformação na *Federal Communications Commission* – FCC. Serão destacadas as características da FCC e analisada sua atuação no setor de telecomunicações. Finalmente, serão avaliadas as novas competências conferidas à FCC pelo *Telecommunications Act* de 1996, explorando-se os motivos que levaram à sua criação, seus objetivos, e os resultados alcançados no que diz respeito à atuação da FCC.

Em todo esse desenvolvimento se buscará explicitar de que modo interagiu a estrutura estatal traduzida nos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – frente aos problemas apresentados pelos fatos, de modo a firmar o substrato analítico para a questão central deste trabalho, qual seja, a avaliação da institucionalização das agências reguladoras frente ao princípio da separação de poderes e ao modelo de freios e contrapesos.

2.1. O surgimento da AT&T e o contexto da regulação do setor pelo *Mann-Elkins Act*

Segundo a história oficial, 10 de março de 1876 é a data em que pela primeira vez um telefone foi operado com sucesso, quando Alexander Graham Bell chamou a seu assistente, Thomas Watson, pelo aparelho. A data histórica da descoberta de Bell, porém, importa menos para os fins deste trabalho do que a data da patente de sua invenção. Foi antes do sucesso de seu experimento, em 14 de fevereiro de 1876, que Bell entrou com o pedido de sua patente. Foi com base nessa patente que seria constituído o primeiro monopólio do setor de telecomunicações e definidas as bases de sua exploração comercial. E foi também o modo dessa exploração comercial que fez brotar as primeiras políticas públicas de telefonia e, com elas, a necessidade de uma atuação estatal contínua e específica voltada para o setor, traduzida inicialmente pela adaptação das competências da ICC, depois pela criação da FCC.

O telefone de Alexander Bell era um aparato de construção razoavelmente simples, uma vez entendido o princípio de seu funcionamento. Isso fez com que, uma vez que se percebeu o valor comercial do invento, ele fosse reproduzido e comercializado por inúmeras companhias, e a patente de Bell fosse disputada por diversos inventores. Uma verdadeira batalha teve lugar no Judiciário: um total de 600 ações disputaram a propriedade da patente, e a Suprema Corte foi chamada algumas vezes a se pronunciar. O precedente definitivo foi fixado nos chamados *The Telephone Cases*¹⁰⁴, em que as demandas de diversos rivais¹⁰⁵ foram congregadas em um único julgado da Suprema Corte e em que foi confirmada

¹⁰⁴ *Dolbear v. American Bell Tel. Co.*, 126 US 1 (1888).

¹⁰⁵ “All contended that the inventions were not novel, and set up prior inventions and discoveries by other persons and other patentees. Of the many persons named in the answers by whom the inventions covered by the

a legitimidade da patente de Bell. Todavia, nos doze anos entre a invenção do telefone e a decisão da Suprema Corte, a inicial falta de capitalização combinada com a competição com outras companhias quase provocou a falência da companhia de Bell.

Como se sabe, foi a partir de sua demonstração na Exposição do Centenário na Filadélfia¹⁰⁶ (*Philadelphia Centennial Exposition*) – que comemorava os cem anos da república estadunidense -, em julho de 1876, que o invento de Bell ganhou notoriedade. Foi também nessa época que Bell fundou sua primeira companhia. Porém o sucesso obtido na exposição não lhe trouxe imediatamente os louros de sua descoberta. O caminho do inventor foi difícil, e as dificuldades moldaram o modelo de negócios da nascente Bell Telephone Company.¹⁰⁷

Alexander Graham Bell dispunha de poucos recursos para promover e comercializar seu invento. Escocês de nascença, Bell havia se mudado para os Estados Unidos para ensinar o método de seu pai para crianças surdas falarem. Após um inicial sucesso, Bell se descuidou de seus negócios para se dedicar às suas invenções. Sua escola para surdos faliu, e suas despesas passaram a ser quase integralmente bancadas por dois patrocinadores: Thomas Sanders e Gardiner Hubbard. Ambos eram pais de alunos de Bell. O primeiro era dono de uma manufatura de solas de calçados, e seria em seu nome que a Bell Telephone Co. conseguiria crédito para sobreviver. O segundo – cuja filha, Mabel, se tornaria esposa de Bell -, era um advogado de família tradicional, com trânsito em Washington e de grande carisma.

first patent were averred to have been invented, known, or used prior to Bell's invention, in the arguments in this Court, the following were chiefly relied upon. (1) The Philipp Reis invention, already described; (2) The invention of Elisha Gray of Chicago; (3) The invention of Daniel Drawbaugh of Eberlys Mills in Pennsylvania; (4) the inventions patented to C. F. Varley in the United States, June 2, 1868, and in Great Britain, October 8, 1870; (5) the invention of J. W. McDonough of Chicago, for which he applied for a patent in 1876; and (6) the machine constructed in New York in 1869-1870 by Dr. Van der Weyde.” (Dolbear v. American Bell Tel. Co., 126 US 1 (1888), p. 76.)

¹⁰⁶ Cf. MCMASTER, 2002, p. 7 e ss.

¹⁰⁷ A companhia seria renomeada em 1880 “American Bell Telephone Company”, e depois seria absorvida em 1900 pela “American Telephone & Telegraph Company” – AT&T.

Frente ao ceticismo geral quanto à utilidade do telefone, considerado por muitos uma mera curiosidade científica ou um *brinquedo caro*¹⁰⁸, Bell e sua companhia tiveram de reagir com a estrutura de que dispunham. Coube então a Hubbard a função de divulgar o telefone, o que ele fez com entusiasmo. E Hubbard, desde o início, promoveu o telefone não como uma comodidade privada, mas como uma utilidade pública, para o que sua experiência foi fundamental:

Nenhum outro cidadão fez mais pela cidade de Cambridge do que Hubbard. Foi ele quem garantiu o suprimento de gás para Cambridge em 1853, e água potável, e uma ferrovia para Boston. Ele havia se deslocado para o Sul em 1860 na esperança patriótica de que poderia evitar a iminente Guerra Civil. Ele havia induzido a legislatura a fundar a primeira escola pública para surdos-mudos, a mesma escola que trouxe Bell à Boston em 1871. E ele havia sido por anos um incansável agitador em busca de melhorias na telegrafia e no serviço postal. Portanto, como promotor de mecanismos para o bem público, Hubbard não era de forma alguma um novato. Seu primeiro passo para capturar a atenção de uma nação indiferente foi bater o grande tambor da utilidade pública. Ele viu que essa nova idéia de telefonia deveria ser feita familiar à mente pública.¹⁰⁹

Com a perspectiva de um serviço de utilidade pública, a companhia de Bell desde o início construiu seu modelo de negócios como uma prestadora de serviços, não como uma vendedora de bens. Os telefones produzidos por Bell não eram em hipótese alguma vendidos, mas cedidos aos pares em arrendamento mercantil (*leasing*), pelo qual o usuário pagava um valor fixo anual. O telefone, assim, foi desde o princípio comercializado com um serviço, consistente no provimento de acesso a uma infra-estrutura que propiciava a

¹⁰⁸ A expressão foi usada em 1877 pelo presidente da Western Union, a maior companhia telegráfica de então, quando recusou uma oferta de venda das patentes de Bell pelo preço de cem mil dólares.

¹⁰⁹ “No other citizen had done more for the city of Cambridge than Hubbard. It was he who secured gas for Cambridge in 1853, and pure water, and a street-railway to Boston. He had gone through the South in 1860 in the patriotic hope that he might avert the impending Civil War. He had induced the legislature to establish the first public school for deaf-mutes, the school that drew Bell to Boston in 1871. And he had been for years a most restless agitator for improvements in telegraphy and the post office. So, as a promoter of schemes for the public good, Hubbard was by no means a novice. His first step toward capturing the attention of an indifferent nation was to beat the big drum of publicity. He saw that this new idea of telephoning must be made familiar to the public mind.” (CASSON, 1922, p. 47 – tradução livre.)

telecomunicação. O primeiro panfleto publicitário¹¹⁰, inclusive, ressaltava suas vantagens frente ao telégrafo, o meio de comunicação à distância por excelência da época, e que já era considerado um serviço de utilidade pública.

Todavia, ainda assim, até maio de 1877, apenas uma linha telefônica estava em operação, entre a casa e a oficina de Charles Williams – que era então o responsável pela fabricação dos telefones de Bell.¹¹¹ Nesse mês, porém, seria agregada ao serviço telefônico a utilidade que o tornaria infinitamente superior ao telégrafo, e que transformaria a telefonia em acesso não a uma linha, mas a uma rede de telecomunicações. As características da rede de telefonia seriam responsáveis por seu sucesso frente à telegrafia, e o acesso às redes se tornaria o principal objeto da reforma regulatória que, depois de um século de sua invenção, teria por objetivo tornar efetiva a competição nas telecomunicações.

E. T. Holmes, um freguês da loja de Williams, era um dono de um negócio de alarme contra roubo, e tinha seus sistemas de alarme instalados em seis bancos, todos ligados à sua loja por fios. Por sugestão de Williams, Holmes propôs a Hubbard um negócio: instalaria um telefone em cada ponta de seus alarmes. Assim, durante o dia, cinco dos seis bancos dispunham de um telefone, e durante à noite, de um sistema de alarme, tudo correndo na mesma fiação. Para agregar todos seus clientes, Holmes fez a primeira central de comutação da história¹¹²: os cinco telefones passaram a se comunicar entre si, e não apenas ponta-a-ponta. Surgia a rede de telefonia.

Com a comutação, qualquer usuário poderia acessar qualquer outro usuário ligado à mesma rede. Além disso, a telefonia, ao contrário da telegrafia, prescindia de

¹¹⁰ “It is an oddly simple little document to-day, but to the 1877 brain it was startling. It modestly claimed that a telephone was superior to a telegraph for three reasons: ‘(1) No skilled operator is required, but direct communication may be had by speech without the intervention of a third person. (2) The communication is much more rapid, the average number of words transmitted in a minute by the Morse sounder being from fifteen to twenty, by telephone from one to two hundred. (3) No expense is required, either for its operation or repair. It needs no battery and has no complicated machinery. It is unsurpassed for economy and simplicity.’” 6 pp. 52-53.

¹¹¹ CASSON, 1922, p. 53.

¹¹² “The little shelf with its five telephones was no more like the marvellous exchanges of to-day than a canoe is like a Cunarder, but it was unquestionably the first place where several telephone wires came together and could be united.” 6 p. 54

qualquer operador especializado – o próprio usuário opera o sistema, e a comunicação se dá como se os interlocutores estivessem frente-à-frente, instantaneamente e sem intermediários que não uma máquina: o telefone. Era a experiência mais próxima da comunicação natural, porém à distância. A organização em rede permitiu ao serviço telefônico oferecer, a qualquer pessoa, comunicação imediata e pessoal a qualquer outra pessoa, desde que ambas estivessem em uma mesma rede. Ou seja, quanto mais usuários conectados à rede de telefonia, maior a utilidade do serviço telefônico para cada usuário – trata-se da conhecida *externalidade de rede*¹¹³ característica dos serviços de telecomunicação. E foi justamente a partir do surgimento dessa característica que o telefone se consolidou. Já em agosto daquele ano, Bell comemoraria o décimo sexto mês de sua companhia com 778 telefones instalados.

A aventura de Holmes foi ainda determinante quanto ao modelo de negócios que seria adotado no setor de telefonia. Bell, Hubbard, Sanders e Watson, sócios da American Bell Telephone Co., não tinham o capital necessário para instalar redes telefônicas em larga escala. Por isso, aproveitaram a experiência com Holmes e estabeleceram um modelo de franquia (na verdade, do contrato de *agency* americano) em que a companhia de Bell forneceria os equipamentos a franqueados locais, e em troca receberia 50% dos dividendos do negócio.¹¹⁴ As franqueadas¹¹⁵ tinham sua atuação restrita ao local de sua franquia.¹¹⁶ Competia à Bell Company interligá-las. Assim se constituiu a organização de serviços que

¹¹³ Sobre a externalidade de rede no setor de telecomunicações, vide RAMIRES, 2005, pp. 226-227; HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, p. 84. Sobre externalidades em geral, vide MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 21-23.

¹¹⁴ “*The telephone was catching on with the public as more people saw the value of it for both commercial and residential use. [...] However, Bell and his backers did not have the capital to build the networks necessary to support further development of the system. In order to protect their rights to the telephone and support the network, Bell and his backers conceived a plan to maintain control of their invention and to benefit from it. First, to keep a firm hold on their invention, they would only lease phones and never sell them. Second, Bell and his backers decided to commercialize as a manufacturing company, building the phones, but letting others build the supporting network. They thus formed the manufacturing company, the Bell Company, in Massachusetts in August 1877. They then began building and leasing telephones and franchising to those who would string their own wires between those with whom they wished to communicate.*” 5 p. 9.

¹¹⁵ As empresas franqueadas posteriormente seriam adquiridas pela AT&T e ficariam conhecidas como *Bell Operating Companies* – BOCs.

¹¹⁶ A título de curiosidade, Holmes seria o dono de uma das primeiras franqueadas. 6 p. 54.

pautaria, anos depois, a distinção entre os serviços de curta distância, prestado pelas franqueadas, e de longa distância, prestado pela Bell.¹¹⁷

Após dois anos da apresentação na Filadélfia, o desenvolvimento do negócio chamou a atenção da gigante das comunicações à distância de então. Um ano antes, a Western Union Telegraph Company, a maior operadora de telégrafo da época, havia recusado uma oferta das patentes de Bell pelo preço de U\$ 100.000,00. Naquele ano de 1878, porém, a Western Union fundou a American Speaking-Telephone Company e passou a competir com a Bell Telephone Co. A nova companhia contava com U\$ 300.000,00 em caixa¹¹⁸ e com o suporte tecnológico da Western Electric, a maior fabricante de equipamentos elétricos de então, e que tinha Thomas Edison como sócio e empregado.¹¹⁹ Edison havia inventado um transmissor muito superior ao comercializado pela Bell. Além disso, a Western Electric ainda contava com Elisha Gray, que havia protocolado um pedido provisório de patente de um telefone no mesmo dia em que Bell protocolara o seu pedido.¹²⁰ Fortemente capitalizada, com a presença maciça da Western Union nas grandes cidades americanas, com o transmissor de Edison e a patente de Gray, a American Speaking-Telephone Company quase levou a companhia de Bell à falência.

Foi nessa época que Hubbard, percebendo a necessidade de uma condução mais profissional da Bell Telephone Co., resolveu chamar para o posto de gerente geral Theodore Vail, que então ocupava uma diretoria nos correios americanos. Com Vail,

¹¹⁷ Como explicitaremos adiante, a distinção entre curta distância e longa distância propiciou a divisão federativa de competências entre a FCC e as PUCs (*Public Utilities Commissions*) estaduais.

¹¹⁸ Interessante notar que o valor é três vezes superior ao preço das patentes de Bell um ano antes – vide nota 108.

¹¹⁹ Ironicamente, a Western Electric se tornaria um dos símbolos do Sistema Bell, após sua aquisição pela AT&T.

¹²⁰ Gray, porém, não confirmou seu pedido provisório, pois seus financiadores à época viam pouca utilidade comercial para um telefone. Gray dedicou-se ao desenvolvimento de um telégrafo musical, que foi apresentado na mesma *Centennial Exposition* em que Bell apresentou seu telefone. Não obstante, há quem afirme que a patente de Bell foi modificada para inserir elementos presentes no pedido provisório de Gray, e que este seria o legítimo inventor do telefone. A disputa entre as patentes de Gray e de Bell foi definitivamente resolvida em favor do último pela Suprema Corte nos *Telephone Cases* (*Dolbear v. American Bell Tel. Co.*, 126 US 1 (1888)).

completava-se o quadro que definiu o modelo de exploração da telefonia por mais de um século nos EUA, e que foi resumido na conhecida afirmação de Herbert Casson:

Bell inventou o telefone; Watson o construiu; Sanders o financiou; Hubbard o introduziu e Vail o fixou em termos comerciais.¹²¹

Sob o comando de Vail, a Bell foi capaz de resistir à investida da Western Union, o que permitiu ao seu forte time de advogados contestar judicialmente as atividades da American Speaking-Telephone. Em 1879, um ano depois de Vail assumir, a Western Union assinou um acordo com a Bell em que: i) admitia que Bell era o legítimo inventor do telefone; ii) admitia a validade das patentes de Bell; iii) se retirava do negócio de telefonia. Em contrapartida, a Bell Telephone Co. deveria: i) comprar o sistema telefônico da Western Union; ii) pagar à Western Union royalties de 20% sobre a totalidade das contraprestações pelo arrendamento dos telefones (*telephone rentals*); iii) se manter fora do mercado de telegrafia.¹²²

O acordo com a Western Union possibilitou à Bell Telephone Company capitalizar-se fortemente. As ações da Bell dispararam, bancos de investimento abriram suas linhas de crédito. Além disso, com a compra do sistema da Western Union, a Bell alcançava as principais cidades americanas.

Vail, a partir desse cenário, planejou o estabelecimento de um sistema nacional de telefonia. Sua experiência com o setor postal, desde o início, lhe fez ver a necessidade de

¹²¹ “*Bell invented the telephone; Watson constructed it; Sanders financed it; Hubbard introduced it; and Vail put it on a business basis.*” (CASSON, 1922, p. 63 – tradução livre.)

¹²² Vários motivos são apontados como determinantes para a Western Union aceitar esse acordo. Alguns doutrinadores afirmam que os advogados da Western Union chegaram à conclusão de que a Justiça confirmaria as patentes de Bell (cf. CASSON, 1922, pp. 82 e ss.). Outros ponderam a pressão que os Vanderbilt, donos da Western Union, estavam sofrendo por parte de Jay Gould, financista americano que tentou assumir o controle da Western Union. Por conta desse fato, os Vanderbilt teriam optado por focar no setor de telegrafia, que viam como mais lucrativo, e abandonar a briga (cf. BYRNES, 1999, p. 33; MCMASTER, 2007, p. 12). Além disso, os sistemas telefônico e telegráfico eram complementares e não competiam necessariamente entre si. Ainda não havia tecnologia que permitisse a comunicação em longa distância (cf. HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, pp.8-10), o que fazia da telefonia um sistema de comunicação essencialmente local, ao passo que a telegrafia cumpria a função de comunicação de longa distância.

um sistema nacional de telecomunicações. Se Hubbard via a telefonia como um serviço de utilidade pública, Vail a enxergava com um sistema nacional, que interligasse todas as pontas dos EUA. Com essa visão estratégica, a Bell passou a servir como integradora de suas franqueadas locais, de modo que todas as ações destas eram planejadas centralizadamente. Mais do que vender telefones, a Bell Telephone Co. se organizou para prover um serviço nacional de telecomunicação.¹²³

A expansão da Bell prosseguiu. Expirados os termos do acordo com a Western Union, passou a empresa a atuar no setor de telegrafia. Em 1885, a então American Bell Telephone Corporation assumiu o nome que entraria para a história como a maior corporação jamais vista no planeta: American Telephone & Telegraph Corporation – AT&T. Além da telegrafia, a batalha tecnológica com o telefone de Edison, e o importante papel das patentes na consolidação do Sistema Bell, fizeram Vail perceber a importância da pesquisa e desenvolvimento de novos produtos. Por isso, ironicamente, a AT&T adquiriu a mesma Western Electric que anos antes quase lhe levara à falência, e que era então a maior empresa americana de equipamentos elétricos. No Sistema Bell, apenas equipamentos produzidos pela Western Electric e licenciados pela AT&T poderiam ser incorporados às redes. Se isso garantia a qualidade e a interoperabilidade das redes do sistema, garantia também o domínio absoluto da AT&T sobre suas coligadas. Assim se instituiu a AT&T, cuja descrição de Casson é bastante ilustrativa:

Era a criação de uma companhia central que deveria ligar todas as companhias locais entre si, e ela mesma possuir e operar os meios pelos quais essas companhias são unidas. Essa companhia central iria lidar com os problemas nacionais, possuir todos os telefones e linhas de longa distância, proteger todas as patentes, e ser o quartel

¹²³ A idéia de um sistema nacional de telefonia estava presente desde os primeiros atos de Theodore Vail como gerente geral. Ainda em 1879, em um de seus primeiros comunicados, Vail escreveu: “*Tell our agents that we have a proposition on foot to connect the different cities for the purpose of personal communication, and in other ways to organize a grand telephonic system.*” (Apud CASSON, 1922, p. 170).

general da invenção, da informação, do capital e da proteção legal para toda a federação de companhias Bell.¹²⁴

A AT&T, além disso, não era mais uma administradora de um bem sucedido sistema de franquias locais. Com o sucesso do negócio e expiração dos contratos iniciais de franquia, a empresa central do Sistema Bell converteu sua participação em ações. A AT&T, então, era uma *holding*, que concentrava o controle das antigas franqueadas. E, mais do isso, era o eixo sobre o qual se assentava um sistema nacional, cuja integração e controle eram fortemente centralizados e minimamente observados.

Não obstante, havia uma grande demanda reprimida¹²⁵, que a monopolista não conseguira atender. Além disso, em seu processo de capitalização, a AT&T havia passado para a mão de financistas, que não tinham a mesma visão de Vail quanto à formação de um sistema nacional coeso e integrado de telefonia. Desestimulado, Vail em 1889 se retirou da companhia e passou a tocar projetos pessoais.

Em 1894, quando expiraram as patentes de Bell, inúmeras *companhias independentes* aproveitaram esse cenário e se instalaram. A competição provocou uma aguda expansão da telefonia, e muitas cidades passaram a ter duas redes de telefone. A AT&T e suas afiliadas, por sua vez, se negavam a prover interconexão, ou seja, a interligar suas redes às das concorrentes, o que deixava os usuários do Sistema Bell sem poder telefonar para os usuários das concorrentes, e vice-versa. Além disso, em decorrência de sua posição já estabelecida, a AT&T dispunha do melhor e mais abrangente serviço de longa distância, cujo acesso era também negado às concorrentes.

¹²⁴ “It was the creation of a central company that should link all local companies together, and itself own and operate the means by which these companies are united. This central company was to grapple with all national problems, to own all telephones and long-distance lines, to protect all patents, and to be the headquarters of invention, information, capital, and legal protection for the entire federation of Bell Companies.” (CASSON, 1922, pp. 173-174 – tradução livre.)

¹²⁵ Cf. BYRNES, 1999, pp. 33-34.

Algumas das companhias independentes eram cooperativas rurais ou associações locais que se organizaram para prover a si próprios o serviço de telefonia. Muitas foram organizadas por especuladores (*stock-jobbers*) que se aproveitaram para realizar lucros rápidos por meio da venda de participação acionária, deixando para os novos acionistas empresas mal organizadas e ineficientes. Mesmo para companhias bem administradas, a tarefa de competir com o Sistema Bell era suficientemente difícil. As independentes, para sobreviver, necessitavam expandir rapidamente suas redes, em virtude da já mencionada externalidade de rede. Houve um aumento expressivo de investimentos em telefonia, porém seguido pela quebra de inúmeras companhias independentes.¹²⁶

Foi também nessa época que o negócio de telefonia se tornou efetivamente relevante frente às demais indústrias da época. Contribuiu para esse fato um novo modelo de prestação de serviços inaugurado em Nova Iorque, em 1896: o *message rate system*.¹²⁷ Até então, o serviço telefônico ainda era prestado mediante o *leasing* do equipamento telefônico, pelo qual se pagava uma verba anual. O usuário, em troca, podia falar o tempo que quisesse. Em cidades de grande concentração populacional, dedicar uma linha a um usuário era muito caro – a tarifa cobrada em Nova Iorque, por exemplo, era de US\$ 240,00 anuais, uma fortuna para a época. O novo sistema fixava uma tarifa fixa que cobria determinado número de *mensagens*, e a cobrança por *mensagem* adicional. Isso permitiu discriminar os usuários segundo o uso, e utilizar de forma mais eficiente o sistema telefônico. Em decorrência, os preços cobrados sofreram substancial redução. O surgimento do *message rate system*, somado à presença das companhias independentes, trouxe uma expansão sem precedentes ao setor. A expansão tornou o telefone importante para a vida civil, e isso o transformou em uma necessidade coletiva.

¹²⁶ Cf. CASSON, 1922, p. 190; BRANDS e LEO, 1998, pp. 2-3.

¹²⁷ Cf. CASSON, 1922, p.178-183.

No início do sec. XX, portanto, o telefone efetivamente ganhou o *status* de utilidade pública preconizado anos antes por Hubbard e por Vail. Porém a organização dos serviços era caótica. Em 1907, as companhias independentes, somadas, tinham igual participação de mercado à da Bell, mas não se interligavam. A competição era feroz, o que reduziu em muito o preço das tarifas. A capacidade de atração de investimentos do setor já não era mais a mesma, pois os investidores haviam se tornado cautelosos ante à onda de falências das companhias independentes¹²⁸ e a presença de uma crise generalizada no mercado de capitais. A própria Bell andava mal das pernas: a competição com as independentes havia minado suas margens de lucro e, novamente, a companhia se encontrava perto da falência.

Por outro lado, a sociedade civil começava a se mobilizar com relação à telefonia. Se a telefonia era agora um grande negócio, seus usuários, porém, estavam insatisfeitos. Nos mercados onde havia concorrência, as independentes não se comunicavam com o Sistema Bell, e eram por vezes necessárias duas linhas telefônicas para um mesmo usuário poder se comunicar. Nos mercados onde uma *Bell Operating Company* – BOC era monopolista, os usuários eram tratados com desleixo e falta de consideração. E ainda havia muitos que se ressentiam da falta de um telefone.

A imagem do Sistema Bell perante a sociedade era péssima: a AT&T e suas coligadas eram vistas como uma grande corporação maligna. Havia, em geral, uma insatisfação do público quanto às grandes corporações – os *trusts*.¹²⁹ A imprensa denunciava o abuso dos monopólios e oligopólios, e os combatia fervorosamente. O governo de Roosevelt passou a combater essas corporações: a Standard Oil sofreu um processo anti-truste e foi

¹²⁸ “At first, investment capital was available to the entrants because of the high profits seen by Bell. However, the same profits seen by Bell were expected from others entering the industry. Many of the competitors were financially weak and did not survive competition with Bell and others. In addition, there was a great deal of investment fraud at the time. Since investment and financial statements were not regulated at the time, there were many companies claiming to be starting local operating companies that took the money and never invested. This made obtaining funding over the long term more difficult for those entering and trying to compete legitimately.” (MCMASTER, 2002, p. 27.)

¹²⁹ Cf. MCMASTER, 2002, p.31; FRY, 1975.

cindida; a ICC foi fortalecida com o intuito de se contrapor ao poderio econômico das ferrovias.¹³⁰

Adicionalmente, a duplicidade de estruturas e a falta de uma unidade sistêmica gerou questionamentos quanto à viabilidade de competição no setor de telefonia. Acadêmicos e políticos federais e estaduais passaram a defender a estatização das empresas de telefonia e a instituição de um monopólio sob domínio público. Em suma, na medida em que o telefone ganhou importância e utilidade social, começaram a surgir diferentes diagnósticos e as mais diversas pretensões de políticas públicas sobre o setor de telefonia.

Portanto, de um lado o governo e a opinião pública se posicionavam contra as grandes corporações, de outro lado a experiência com a competição gerou questionamentos quanto aos fundamentos econômicos da prestação de serviços de telefonia, o que fez surgir propostas de políticas públicas de monopolização e estatização da prestação do serviço. Foi nesse cenário que Theodore Vail retornou à AT&T, agora na condição de presidente, em 1907, trazido pelo novo controlador da companhia, o banco de investimentos J. P. Morgan. Vail fez o Sistema Bell voltar a pensar em se tornar um sistema nacional de telefonia. Para tanto, formulou as diretrizes do que viria a ser considerado o *Paradigma Vail*¹³¹: i) o sistema Bell tinha por objetivo atender e antecipar os desejos do público; ii) o telefone é um monopólio natural que deve ter integração nacional; iii) o Sistema Bell deve gerar sua própria pesquisa e tecnologia e controlar a fonte de seus equipamentos; iv) a companhia deve atrair fortes investimentos financeiros; v) a regulação pública da telefonia deve ser apoiada, como alternativa à estatização.¹³²

Nessa linha, o presidente da AT&T passou a fazer constantes declarações de apoio à regulação nos estados onde ela existia, ao mesmo tempo em que defendia o Sistema

¹³⁰ Vide item 1.6 supra, pp. 79 e ss.

¹³¹ Cf. BYRNES, 1999, pp. 35-36.

¹³² Cf. FRY, 1975.

Bell como o melhor meio de promover o bem público.¹³³ Vail defendeu fervorosamente que o setor de telefonia era um *monopólio natural*¹³⁴, que a duplicação de infra-estrutura era maléfica ao serviço e que apenas a AT&T poderia prover adequadamente o *serviço universal*.¹³⁵ A telefonia como um serviço público nacional disponível para todos, provido pelo Sistema Bell, a essência do Paradigma Vail era essa. E para divulgar esse paradigma, foi lançada uma forte campanha de valorização institucional, em que o slogan definiria a postura da Bell por quase um século: “*One System, One Policy, Universal Service.*”¹³⁶ Em troca, deveria haver proteção pública do negócio, de modo a garantir os meios necessários para o financiamento do serviço universal. Vail, assim, advogava que:

Se deve haver controle e regulação pelo Estado, deve haver também proteção pelo Estado – proteção a uma corporação lutando para servir toda a comunidade (...) frente à agressiva competição que cobre apenas aquela parte que é lucrativa.¹³⁷

¹³³ Como afirma Willian Byrnes, a intenção de Vail era identificar os interesses de sua companhia com o interesse público de controle do setor de telefonia: “*The private monopoly sought to meld its interests with the existence of public regulatory authority. The existence of common carrier regulation was used as justification for continued monopoly.*” (BYRNES, 1999, p. 35.)

¹³⁴ O monopólio natural é caracterizado quando os custos fixos para oferta em determinado mercado são muito superiores aos custos variáveis, o que gera uma situação de expressivo declínio dos custos de produção para cada nova unidade produzida (custo marginal). Nessa situação, a presença de mais de um competidor é ineficiente, pois o ingresso de um novo competidor significará a duplicação dos custos fixos de produção naquele mercado. Como a demanda permanece a mesma, haverá menos unidades produzidas por cada vendedor, o que significará que os altos custos fixos serão divididos por menos unidades produzidas adicionalmente; logo, significará um aumento no custo marginal. Em resultado, a competição resulta, no curto prazo, no aumento do custo médio daquele mercado, o que significa que os preços praticados serão também maiores. No longo prazo, a competição se torna inviável, na medida em que um dos competidores terá estímulo a praticar preços menores para retirar o concorrente do mercado e, posteriormente, aumentar a demanda e seus lucros. Em suma, um único vendedor, no caso de um monopólio natural, possui economia de escala para produzir a totalidade da demanda desse mercado – cada nova unidade produzida será sempre mais barata. Ao afirmar que a telefonia seria um monopólio natural, portanto, Vail afirmava que a oferta do serviço telefônico seria provida de forma mais eficiente por um monopolista, e que a competição apenas tornava o serviço mais caro. Contudo, as inovações tecnológicas ocorridas no setor de telecomunicações a partir da metade do séc. XX modificaram profundamente a estrutura de custos do setor, e fizeram com que a idéia de que a telefonia é um monopólio natural fosse mais e mais questionada. Cf. HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, pp. 85-87.

¹³⁵ Cf. nota 173 abaixo.

¹³⁶ Cf. BRANDS e LEO, 1998, p. 3; FRY, 1975.

¹³⁷ “*If there is to be state control and regulation, there should also be state protection—protection to a corporation striving to serve the whole community ... from aggressive competition which covers only that part which is profitable.*” (Apud ROBINSON, 1989, p. 7 – tradução livre.)

Coincidentemente ou não, foi justamente a partir de 1907, ano do retorno de Vail à AT&T, que as competências das antigas comissões estaduais de ferrovias foram ampliadas para incluir o setor de telefonia, além de outros setores como energia e gás, o que fez surgir as primeiras *Public Utilities Commissions* – PUCs.¹³⁸ Em estados como Nova Iorque e Wisconsin, onde não havia comissões, PUCs foram implementadas. De modo geral, prevaleceu o modelo de *comissões fortes*¹³⁹, com poderes específicos de fixar tarifas *justas e razoáveis*, de exigir *serviço adequado*¹⁴⁰, de fixar padrões uniformes de contabilidade, de investigar e punir condutas e de conferir *franchises*¹⁴¹ para a exploração de serviços sob sua

¹³⁸ “The state commissions in these states, it may be observed, are not always called public service commissions or public utility commissions. In some states, as in Wisconsin, they are still called railroad commissions; in other states, as in North Carolina, they are called corporation commissions. The name of the commission, therefore, does not indicate its jurisdiction. Moreover, the commissions, whatever their name, usually exercise control over other businesses than railroads and the particular public utilities with which we are concerned in this book. Among the other businesses sometimes included are express, telegraph, sleeping car, warehouse, pipe line, water transportation, and motor bus.” (JONES e BIGHAM, 1931, p. 173)

¹³⁹ Vide item 1.2 supra, p. 23.

¹⁴⁰ A obrigação de serviço adequado para as *public utilities* é bastante semelhante ao conceito adotado em nossa doutrina administrativista (cf. CARVALHO, 2007, pp. 55-56). Em comentário à legislação de Wisconsin – que, ante sua abrangência e detalhe, se tornou paradigmática – Eliot Jones e Truman Bigham comentam: “Every public utility was required to furnish reasonably adequate service and facilities. If the Commission thought that service was inadequate, or could not be had, it might on its own motion make an investigation; and upon complaint of any mercantile, agricultural, or manufacturing society, etc., it was obliged to make an investigation. If, after following the same procedure as to hearing and notice as was prescribed in connection with investigations into the reasonableness of rates, the Commission found that service was inadequate, or that service which might reasonably be demanded could not be obtained, it was empowered to make such order regarding service as was just and reasonable. /§/The Commission was directed to ascertain and prescribe standard commercial units of product or service for each kind of public utility; to fix adequate standards for the measurement of quality, pressure, initial voltage, or other condition pertaining to the supply of public utility products or services; to establish reasonable rules and regulations to ensure the accuracy of all meters and appliances for measurements; and to provide for the examination and testing of all appliances used for measuring public utility products or services. Any consumer might have an appliance tested upon payment of the fees fixed by the Commission, the consumer to be reimbursed by the public utility in the event that the appliance was found defective or incorrect to the disadvantage of the consumer.” (JONES e BIGHAM, 1931, p. 178.)

¹⁴¹ “A franchise is any special right or privilege conferred by legislative power on corporations or persons. /§/ Franchises are of two kinds: (1) primary; (2) secondary. The primary franchise is simply the franchise to be a corporation. It is the right or privilege given to two or more persons to do business in a corporate capacity. This right is granted by the state, or, in rare instances, so far as public utility corporations are concerned, by the federal government. The right to be a corporation may be derived from a special act of the legislature, or from a general incorporation law granting to all that comply with its provisions the gift of corporate life. At an early period in our franchise history public utility companies were created by special acts, but at the present time incorporation is nearly always under general statutes, though not uncommonly the incorporation laws that apply to public utility companies are different from those applicable to other corporations. But all corporations, whether public utility or industrial, must have a primary (or general) franchise, conveying the corporate power to exist. /§/ The secondary franchise is the special privilege conferred upon corporations (and individuals) of occupying the public streets and highways with their tracks, poles, wires, mains, pipes, and the like; and in connection therewith of supplying public utility services, such as water, light, heat, power, transportation, and communication. Any one attempting to supply these services without the necessary grant of authority would be a trespasser. Ordinary private corporations, of course, do not require a secondary (special) franchise to enable

jurisdição. Em muitos estados, a concessão de uma nova *franchise* para uma *public utility* passou a depender da obtenção de um certificado de utilidade pública conferido pela PUC, o que conferia a esta a prerrogativa de estabelecer monopólios na prestação de serviços.¹⁴² Portanto, o monopólio estadual dos serviços de telefonia passou a paulatinamente se tornar uma possibilidade jurídica para o Sistema Bell.

Adicionalmente, Vail repetiu a estratégia cooperativa de seus primeiros anos na condução do Sistema Bell. Ao invés de combater as independentes, optou por cooptá-las. Propôs acordos de compartilhamento de receitas e de participação acionária em troca do provimento de interconexão – em um ano, 450.000 telefones foram dessa forma incorporados ao sistema. E, quando o acordo não era alcançado, o poderio econômico do J. P. Morgan permitia a aquisição pura e simples dos concorrentes. Estes, enfraquecidos financeiramente e cada vez mais isolados, tinham pouca opção que não ceder ao avanço da AT&T. Em pouco tempo, o setor de telefonia caminhava novamente para um monopólio.

O poder do Sistema Bell tornou-se ainda maior em 1910, quando a AT&T adquiriu o controle de sua antiga rival nas telecomunicações, a Western Union. A manobra foi conduzida por Vail, que vislumbrava a completa integração entre o sistema telegráfico e o sistema telefônico. Somados os poderes das duas gigantes de telecomunicações, o cenário de concorrência estava cada vez mais distante.

Todavia, naquele ano se aprovou o *Mann-Elkings Act*, que conferiu à ICC competência para regular e fiscalizar o setor de telefonia. O projeto de lei original, do Deputado Mann e do Senador Elkings, não previa essa nova atribuição para a ICC, que foi incluída durante a tramitação do projeto na Câmara. Apesar das manifestações contrárias dos

them to conduct their business. But the case is otherwise with public service corporations, which must use the streets and public highways in the course of their regular business, and in a way different from the ordinary use of a street. And the rule is well settled that no person can acquire the right to make a special or exceptional use of the public highway, not common to all citizens of the state, except by grant from the sovereign power." (JONES e BIGHAM, 1931, pp. 105-106.)

¹⁴² Cf. JONES e BIGHAM, 1931, p. 181.

autores do projeto de lei, a ampliação da competência da ICC para incluir o setor de telefonia foi aprovada em ambas as Casas Legislativas.

Como descrito anteriormente neste trabalho¹⁴³, a lei surgiu no contexto de fortalecimento da ICC frente ao poderio das ferrovias e à ineficácia de sua configuração institucional anterior. Assim como ocorreu com as empresas do setor ferroviário, a AT&T era agora controlada por um banco com forte capitalização e já não se encontrava mais em crise financeira. Porém, ao contrário das ferrovias, a Bell, como visto, apoiava a regulação como meio de consolidar seu monopólio. Também as companhias independentes eram a favor da regulação, mas com objetivo diverso: queriam que o governo federal barrasse a expansão da Bell e a obrigasse a prover interconexão.¹⁴⁴ Além disso, como visto, já havia em diversos estados comissões implantadas para o fim de regulação da telefonia e de outras *utilidades públicas*. Havia, portanto, um contexto geral que apontava para a regulação do setor.¹⁴⁵

A lei aprovada, contudo, não fixava claramente nenhum desses pontos. A discussão quanto à inclusão do setor de telefonia foi escassa. Havia um certo consenso quanto à necessidade de regulação federal, mas não se definiu que regulação era essa. Seria essa a regulação pretendida pela Bell, que ratificasse a noção de que a telefonia era um monopólio natural e, assim, legitimasse a posição dominante do Sistema Bell? Seria essa a regulação pretendida pelas independentes, com o intuito de assegurar a competição e forçar a interconexão?

Em verdade, o que ocorreu foi nenhuma dessas alternativas. O *Mann-Elkings Act* atribuiu a telefonia a uma estrutura institucional criada para regular o setor ferroviário.

¹⁴³ Vide item 1.6 supra, pp. 74 e ss.

¹⁴⁴ HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, p. 213.

¹⁴⁵ “*Mann-Elkins represents a kind of watershed in the extension of public-utility regulation to communications. Although over half of the states had enacted statutes providing for some regulation of telephone-telegraph service prior to 1910, the early regulatory efforts were very limited in scope, typically prescribing a general duty to furnish service on a nondiscriminatory (or "impartial") basis. About the time of Mann-Elkins there was an extensive movement toward expanding regulation and placing enforcement in the hands of state public utility commissions. The amendments to Mann-Elkins to extend federal regulation to interstate telephone-telegraph service was thus not an isolated or unprecedented event, it was rather casually accomplished.*”

Isso gerou resultados contraditórios. Por um lado, o fortalecimento da ICC e a aplicação mais rígida das regras previstas na legislação ferroviária significavam uma clara intenção de restrição dos poderes das grandes corporações. Todavia, a legislação ferroviária era contrária ao *pooling* – e o que era a interconexão que não uma forma de *pooling*? Se houve uma intenção de fortalecimento da competição e contenção das práticas anticompetitivas da Bell, essa intenção não se traduziu em uma opção institucional clara.

Com isso, em 1910, após a aprovação do *Mann-Elkings Act*, o Paradigma Vail estava mais próximo de se consolidar. No âmbito federal, a regulação tinha um claro viés pró-usuário e a regulação do setor de telefonia estava a cargo de uma agência – a ICC – cujas competências haviam sido reforçadas. Todavia, essas competências se direcionavam não ao implemento da competição, mas ao controle dos abusos das corporações perante os usuários – fixação de tarifas justas e razoáveis, vedação de discriminação entre fretes de curta e longa distâncias, etc. A disciplina da competição estava na cláusula *antipooling*, que era inadequada ao setor de telecomunicações tendo em vista que a ausência de interconexão da rede de novos competidores com as redes já estabelecidas retirava dos competidores a utilidade provocada *externalidade de rede* típica da telefonia.¹⁴⁶

Nos estados, o cenário de atuação das PUCs era semelhante, porém a concessão de *franchises* permitia o estabelecimento de monopólios jurídicos sobre qualquer *public utility*. Ou seja, a legislação se voltava contra determinadas práticas das corporações, exigindo tarifas razoáveis e serviço adequado, mas cancelava a possibilidade de exploração monopolística privada. Assim, enquanto os EUA (ente federativo) não haviam fixado uma opção política quanto à exploração dos serviços de telefonia, os estados caminhavam pela opção de um monopólio regulado, tal como advogado por Vail.

¹⁴⁶ Como visto, mesmo para o setor ferroviário a vedação do *pooling* como meio para promoção da concorrência foi severamente questionada por alguns autores e pela própria Comissão Cullom.

2.2. O *Kingsbury Commitment* e o *Shreveport Rate Case*, a consolidação das competências da ICC

A inclusão da telefonia no rol de competências da ICC não mudou a vida da AT&T. Como visto, o arranjo de competências da ICC não era adequado ao setor de telecomunicações, e tampouco houve a fixação de uma política pública federal para o setor de telefonia. Além disso, a ICC nascera e se criara como uma agência de regulação ferroviária, seus comissários e seus funcionários tinham pouco conhecimento e interesse sobre o setor de telecomunicações. A ICC, assim, teve atuação bastante discreta no controle da telefonia.

Vail continuou a promover a consolidação do setor de telecomunicações e a divulgar o papel da companhia na promoção do serviço universal. Diversos estados efetivamente asseguraram o monopólio do Sistema Bell, e a telefonia caminhava a passos largos para se tornar um monopólio regulado por comissões.

Todavia, o crescimento do domínio da AT&T e de suas afiliadas acabou chamando a atenção do *Department of Justice* - *DoJ* americano. Várias companhias independentes haviam petitionado ao DoJ – que é um dos órgãos do sistema antitruste americano – denunciando as práticas anticoncorrenciais da AT&T.¹⁴⁷ Em resultado, o *Attorney General* – que integra o DoJ – petitionou à ICC em janeiro de 1913, requerendo a instauração de investigação das tarifas e condições praticadas pela AT&T. Além disso, deu

¹⁴⁷ “It was complained that the company had discriminated in favor of the Western Union Company, and against the Postal Telegraph Company, in cases where subscribers to its telephone lines requested to be put in communication with the Postal Telegraph Company for the purpose of giving it messages to be transmitted by telegraph. It was complained by representatives of many of the independent telephone companies that the American Telephone and Telegraph Company had acquired competing lines in such manner as to destroy competition which would have led to better telephone facilities at lower rates; and that it had refused to make connections between its long-distance lines and local lines not owned or controlled by it” (JONES e BIGHAM, 1931, p. 561.)

início a um processo antitruste contra a AT&T e suas afiliadas. Isso motivou a que Vail procurasse o governo federal para negociação. De modo a evitar resultados mais danosos, a AT&T, na figura de seu vice-presidente, Nathan Kingsbury, comprometeu-se a: 1) vender sua participação acionária na Western Union; 2) não adquirir, direta ou indiretamente, o controle de qualquer concorrente; 3) prover interconexão às concorrentes, permitindo a qualquer de seus usuários fazer uso das redes de telefonia do Sistema Bell mediante o pagamento de tarifas, de acordo com critérios e condições previamente fixados pela AT&T e suas afiliadas.

Em resposta a essa carta, que ficou conhecida como Compromisso de Kingsbury (*Kingsbury Commitment*), o DoJ e a ICC arquivaram os processos contra a AT&T e foi firmado um acordo. A fiscalização do cumprimento desse acordo foi imputada à ICC, que passou, portanto, a ter a competência de avaliar as fusões e as aquisições promovidas pelo Sistema Bell. Todavia, o setor de telecomunicações já estava por demais concentrado. A AT&T tinha cobertura mais abrangente e era muito mais capitalizada que suas concorrentes. Mesmo com o provimento de interconexão, as companhias independentes não tinham condições de competir com o Sistema Bell. A alternativa era vender o negócio, mas essa opção era agora vedada pelo Compromisso de Kingsbury. Com isso, diversas companhias independentes voltaram atrás e apoiaram a iniciativa legislativa que em 1921 resultou no *Willis-Graham Act*. Esta lei derogou a vedação fixada pelo *Kingsbury Commitment*, mas conferiu à ICC a competência para avaliar todas as fusões e aquisições no setor de telefonia (e não apenas aquelas promovidas pela AT&T). Segundo a lei, fusões ou aquisições aprovadas pela ICC teriam imunidade frente à legislação anti-truste, o que significou, na prática, a exclusão da competência do DoJ e do próprio Judiciário sobre essas operações.

Nesse ínterim, ocorreu outro fato relevante para a definição das competências da ICC e que repercutiram no arranjo institucional do setor de telefonia. Em 1914, a Suprema Corte, nos *Shreveport Rate Cases* (234 U.S. 342 (1914)), firmou a competência federal para a

regulação de assuntos que tivessem repercussão local. O caso envolveu a regulação de tarifas de três companhias ferroviárias que operavam rotas na cidade de Shreveport, no Estado de Louisiana, e nas cidades de Dallas e Houston, ambas no Texas. As três cidades disputavam o comércio nas cidades texanas próximas à fronteira com a Louisiana e, apesar de Dallas e Houston serem mais distantes, as tarifas cobradas pelas ferrovias eram mais baratas. A ICC entendeu que havia uma discriminação injusta para com a cidade de Shreveport e determinou que as tarifas fossem equalizadas – ou se aumentando as tarifas para Houston e Dallas, ou se diminuindo as tarifas para Shreveport.

Duas peculiaridades, porém pautaram o caso. Em primeiro lugar, as tarifas para Shreveport, isoladamente, não foram consideradas abusivas, injustas ou não-razoáveis. Foi somente pelo critério da discriminação de fretes de curta e longa distâncias que a ICC reputou inválidas as tarifas praticadas. Em segundo lugar, a discriminação tinha por fundamento o controle tarifário exercido pela comissão ferroviária do Texas, que havia fixado tarifas menores do que as da ICC. Assim, o tráfego oriundo de Dallas e Houston e destinado às cidades texanas fronteiriças ao Estado da Louisiana, por ser intra-estadual, tinha as tarifas fixadas pela comissão ferroviária do Texas. O tráfego oriundo de Shreveport, por sua vez, tinha as tarifas máximas fixadas pela ICC, uma vez que se cuidava de transporte interestadual.

Desse modo, as companhias ferroviárias contestaram judicialmente a determinação da ICC, alegando que: i) o Congresso federal não tinha competência constitucional para legislar em assuntos de interesse estadual, tal qual o transporte ferroviário intra-estadual; ii) ainda que o Congresso federal possuísse tal competência, a legislação de regência da ICC não lhe a havia outorgado. Ambas as alegações foram derrubadas na Suprema Corte. A competência legislativa federal sobre o assunto foi reconhecida, afirmando a Corte Constitucional americana que o poder de regular o comércio interestadual abrange também os aspectos intra-estaduais relevantes. No que tange à competência da ICC, o

argumento foi além. A 1ª seção¹⁴⁸ do *Act to Regulate Commerce* estabelecia expressamente que a lei não se aplicava ao transporte de passageiros ou de bens realizado inteiramente dentro de um único estado da federação. A Suprema Corte, porém, entendeu que esse dispositivo não se aplicava ao caso. Não se tratava, segundo a corte, de se considerar o transporte exclusivamente intra-estadual, mas da repercussão desse no comércio interestadual. Para esse fim, reconheceu a Suprema Corte a competência da ICC. E como a competência do Congresso federal para regular o comércio interestadual prevalecia sobre a competência dos estados de regular seu comércio, a competência da ICC prevalecia sobre a competência da comissão ferroviária texana.

A decisão de *Shreveport*, em primeiro lugar, consolidou uma radical mudança na postura do Judiciário frente à ICC. Se no início desta predominava uma leitura judicial extremamente restritiva de suas competências, em *Shreveport* a interpretação das competências da ICC foi generosa. Em segundo lugar, fixou um precedente que mudou significativamente a compreensão da divisão federativa de competências quanto aos assuntos regulados pela ICC. Portanto, não apenas em transporte, mas também em telefonia, a ICC agora tinha o poder de se superpor às comissões estaduais. Se determinada tarifa fosse fixada pela ICC em valores maiores do que as das comissões estaduais, havia-se aberto a possibilidade de as companhias reguladas elevarem suas tarifas intra-estaduais, como forma de remediar eventual discriminação tarifária.

Portanto, a ICC agora tinha poderes para interferir na regulação estadual de tarifas e, no setor de telefonia, era competente para avaliar a regularidade de fusões e aquisições. Todavia, a atuação da ICC era ainda casuística. Mesmo a competência *quase-legislativa* que se reconhecia à ICC não dizia respeito à fixação de regras gerais e abstratas, mas sim à fixação heterônoma de direitos e obrigações, especialmente o estabelecimento de

¹⁴⁸ Cabe observar que a unidade básica de articulação de instrumentos normativos no direito americano é, no mais das vezes, a seção (*section*), e não o artigo (*article*).

tarifas máximas. A presença da cláusula *anti-pooling*, inclusive, dificultava uma abordagem sistêmica sobre os setores regulados, uma vez que era vedada qualquer forma de ação conjunta entre os agentes econômicos.

Além disso, no setor de telefonia, a atuação da ICC era bastante tímida. Fora a análise de fusões e aquisições, a comissão federal pouco fez no setor. Sob o *Paradigma Vail*, ganhava mais e mais espaço a regulação estadual. A AT&T continuava seu caminho rumo ao monopólio de fato, e em diversos estados conquistava o monopólio de direito.

Entretanto, a invenção do rádio e o crescimento vertiginoso da economia durante a I Guerra Mundial demandariam uma nova configuração institucional regulatória, que seria decisiva para a posterior criação de uma agência reguladora específica para as telecomunicações.

2.3. O “sistema” como política pública: o surgimento do rádio e a criação da FRC, a estatização e a desestatização das ferrovias e da telefonia, e a consolidação do Paradigma Vail no setor de telefonia

Inventado por Marconi em 1895, o rádio surgiu como uma nova alternativa para a telecomunicação. Era inicialmente uma opção frente ao próprio telefone¹⁴⁹, e seu primeiro uso mais difundido foi como meio para comunicação de embarcações marinhas. A primeira legislação americana sobre rádio, inclusive, teve como grande fator de influência o acidente com o Titanic, e disciplinava o uso do rádio como mecanismo de segurança naval. Essa lei data de 1910, e ainda tratava o rádio como um instrumento de comunicação bilateral.

¹⁴⁹ Cf. HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, pp. 10-18.

Nos termos da lei, exigia-se que todo navio que aportasse nos EUA e que tivesse capacidade para carregar cinquenta ou mais pessoas fosse equipado com instrumentos de radiocomunicação. A mesma lei conferia ao Secretário de Comércio e Trabalho (*Secretary of Commerce and Labor*) a competência para a fiscalização (*enforcement*) de seus dispositivos – fato natural, uma vez que era daquele a competência para a fiscalização das atividades de comércio marítimo.

Com a ratificação pelos EUA em 1912 do primeiro tratado internacional sobre radiocomunicação, foi necessária a edição de nova lei que disciplinasse o rádio de forma mais adequada. Até então, o desenvolvimento de novas aplicações, em especial a radiodifusão, estava a cargo do poder discricionário do Secretário de Comércio e Trabalho, decorrente ainda da legislação de 1910. No intuito de limitar os poderes do Secretário, vistos então como excessivos, a nova lei, editada também em 1912, fixou ela própria os critérios para o licenciamento de estações e que eliminou a discricionariedade do Secretário de Comércio e Trabalho – que não mais se podia negar a licenciar estações que atendessem aos critérios da lei. Além disso, apenas as estações transmissoras eram obrigadas a obter licença. A lei ainda designou frequências para o uso do Governo e impôs restrições à emissão de sinais.¹⁵⁰

Todavia, a lei não fixava canais para operação de estações, nem potência das estações transmissoras, nem organizava geograficamente os operadores. Isso se tornou um grave problema a partir de 1921, quando surgiram as primeiras estações de radiodifusão. Estas se multiplicaram rapidamente e já em 1923 superavam as centenas, em todo o país. A interferência entre estações passou a ocorrer de forma generalizada, com grande prejuízo inclusive aos sistemas de segurança da Marinha, do Exército e da Guarda Costeira. O cenário da radiocomunicação tornou-se caótico, o que fez com que a necessidade de regular o rádio fosse premente antes mesmo de se ter uma idéia sequer remota sobre o quê deveria ser

¹⁵⁰ Uma descrição detalhada do histórico da legislação de radiocomunicação anterior ao *Radio Act* de 1927 é fornecida no caso *National Broadcasting Co. v. U.S.*, 319 U.S. 190 (1943).

regulado e de que forma. A opinião generalizada era de que era imprescindível a intervenção estatal, qualquer que fosse essa intervenção. Sob a tutela do então Secretário de Comércio¹⁵¹, Herbert Hoover¹⁵², passaram-se a organizar conferências anuais cujos objetivos eram definir critérios para o uso do rádio. Já na Primeira Conferência Nacional de Rádio, em 1922, chegou-se à conclusão de que o Governo deveria atuar.

Hoover, a partir de então, começou a definir critérios e regras para o uso do espectro, o que limitou a atuação das estações de rádio e eventualmente levou ao indeferimento de pedidos de licenciamento.¹⁵³ A questão foi parar no Judiciário, que impôs ao Secretário de Comércio os limites previstos na legislação em vigor. Hoover, em 1926, anunciou que o Departamento do Comércio atuaria apenas como um órgão de registro, que cessaria a fixação de condições e critérios para a transmissão radiofônica e que nenhuma licença seria indeferida exceto pelos critérios fixados na lei. A situação voltou a tornar-se insustentável, o caos assumiu por completo o setor de radiocomunicação e a própria indústria estava preocupada com o futuro de seu negócio.

¹⁵¹ No início da década de 20, o *Department of Commerce and Labor* havia sido cindido, dando origem ao *Department of Commerce*, cujo chefe era o *Secretary of Commerce*.

¹⁵² Alguns anos depois, Hoover seria eleito o 31º Presidente dos EUA, pelo Partido Republicano, para o mandato de 1929 a 1933.

¹⁵³ As medidas adotadas por Hoover são descritas no voto do relator, *Justice Frankfurter*, no caso *National Broadcasting Co. v. U.S.*, 319 U.S. 190 (1943): “*The Act of 1912 had not set aside any particular frequencies for the use of private broadcast stations; consequently, the Secretary of Commerce selected two frequencies, 750 and 833 kilocycles, and licensed all stations to operate upon one or the other of these channels. The number of stations increased so rapidly, however, and the situation became so chaotic, that the Secretary, upon the recommendation of the National Radio Conferences which met in Washington in 1923 and 1924, established a policy of assigning specified frequencies to particular stations. The entire radio spectrum was divided into numerous bands, each allocated to a particular kind of service. The frequencies ranging from 550 to 1500 kilocycles (96 channels in all, since the channels were separated from each other by 10 kilocycles) were assigned to the standard broadcast stations. But the problems created by the enormously rapid development of radio were far from solved. The increase in the number of channels was not enough to take care of the constantly growing number of stations. Since there were more stations than available frequencies, the Secretary of Commerce attempted to find room for everybody by limiting the power and hours of operation of stations in order that several stations might use the same channel. The number of stations multiplied so rapidly, however, that by November, 1925, there were almost 600 stations in the country, and there were 175 applications for new stations. Every channel in the standard broadcast band was, by that time, already occupied by at least one station, and many by several. The new stations could be accommodated only by extending the standard broadcast band, at the expense of the other types of services, or by imposing still greater limitations upon time and power. The National Radio Conference which met in November, 1925, opposed both of these methods and called upon Congress to remedy the situation through legislation.*” (pp. 211-212).

Além disso, desde logo percebeu-se a importância pública da radiodifusão.¹⁵⁴

Hoover, em 1925, foi enfático ao afirmar o caráter público da radiodifusão e do *éter* (que era o termo leigo comumente usado para se referir ao espectro de radiofrequências).¹⁵⁵ Havia a preocupação de que o setor fosse monopolizado e, com isso, se restringisse a liberdade de expressão. Foi nesse contexto que se aprovou, em 1927, o *Radio Act*, lei que criou a *Federal Radio Commission – FRC*.

A história legislativa do *Radio Act*, porém, data de 1913: até sua aprovação em 1927, diversas proposições legislativas foram apresentadas e reapresentadas¹⁵⁶. Antes, cogitou-se conferir à ICC a competência para regular também o setor de radiocomunicação, na esteira do que havia ocorrido em 1910 com o setor de telefonia. Todavia, já no início da experiência da ICC com as telecomunicações se percebeu que a agência não tinha suas atenções voltadas ao novo setor regulado e que, ante a ausência de conhecimento técnico do setor de radiocomunicação, seria necessária a criação de um novo órgão dentro da ICC para cuidar da nova competência. Entre um novo órgão dentro da ICC e uma nova agência reguladora independente, o Congresso optaria por esta última, o que levou ao arquivamento em definitivo dessa proposição legislativa em 1912.

Na Câmara, surgiu então projeto de lei que congregava todas as competências na figura do Secretário de Comércio. O próprio Secretário Hoover, porém, foi contra essa configuração. Em um pronunciamento perante a Quarta Conferência Nacional de Rádio, no

¹⁵⁴ “*The distinction between private use subject to a public service obligation, on the one hand, and public ownership and management, on the other, was as plain then as now. In discussion of the 1927 act it was stressed that the licensee had no property right in the frequencies, but only a right to use subject to public regulation. The regulatory power to enforce public-interest obligations was never identified with a public management function, however. /§/ Nor was public regulation identified with the total suppression of private commercial interest. Both Secretary Hoover, speaking for the Coolidge administration, and Congress saw the purpose of legislation primarily in terms of the private industry structure that then existed.*” (ROBINSON, 1989, p. 12.)

¹⁵⁵ O pronunciamento de Hoover foi o seguinte: “*The ether is a public medium, and its use must be for a public benefit. The use of a radio channel is justified only if there is public benefit. The dominant elements for consideration in the radio field is, and always will be, the great body of the listening public, millions in number, countrywide in distribution. There is no proper line of conflict between the broadcaster and the listener, nor would I attempt to array one against the other. Their interests are mutual, for without the one the other could not exist.*” (Apud ROBINSON, 1989, p. 9).

¹⁵⁶ Para uma descrição detalhada do processo legislativo que levou à edição do *Radio Act*, vide CUSHMAN, 1941, pp. 299 e ss.

ano de 1925, Hoover afirmou a existência de dois problemas distintos, que demandariam competências distintas. Em primeiro lugar, haveria uma competência de natureza administrativa, que corresponderia à atividade de organização do espectro, delimitação de canais e fixação de requisitos de operação como potência, largura de banda de transmissão, faixas de guarda, entre outros. Em segundo lugar, haveria uma atividade de natureza *quase-judicial*, que corresponderia à atividade de licenciamento em si.¹⁵⁷ Segundo Hoover, a primeira atividade competiria a apenas um homem, pois sua natureza assim o exigia. A segunda atividade, porém, deveria ser atribuída a um órgão colegiado, de modo a assegurar **imparcialidade** na atribuição das licenças. Alternativamente, Hoover admitia que se conferisse ao Secretário de Comércio também a competência para atribuir licenças, porém desde que fosse criado um órgão colegiado para o qual caberia apelação das decisões do Secretário.

A necessidade de se criar uma comissão independente para regulação do rádio foi, então, debatida no Congresso. De um lado, formou-se uma corrente contra a criação de uma nova comissão independente. Em essência, essa corrente sustentava que as comissões eram dispendiosas e pouco eficazes¹⁵⁸, que era praticamente impossível extinguir uma comissão depois que ela fosse criada – ainda que se constatasse sua desnecessidade – e que

¹⁵⁷ No direito estadunidense, a atividade administrativa possui configuração distinta daquela compreendida em nossa tradição jurídica. A outorga do direito de explorar determinada atividade, como visto na nota 6, se reputava típica do Legislativo (por exemplo, na concessão de *charters*). De um modo geral, não se identifica nas atividades tipicamente administrativas a criação de direitos subjetivos, de modo que a noção de *ato administrativo* tal como a conhecemos não é difundida no direito americano. A pesquisa realizada não revelou uma formulação doutrinária consistente acerca do que seriam esses atos *quase-judiciais* ou *quase-legislativos*. É certo que, hoje, não se consideram esses atos como atividade típica do Legislativo ou do Judiciário, ao mesmo tempo em que se admite a existência de agências reguladoras competentes para a prática desses atos, e se consideram as agências como entes que integram o Executivo. A questão ganhou contornos mais pragmáticos após a edição da Lei de Processo Administrativo americana (*Administrative Procedure Act*), que conhece a divisão apenas entre *adjudication* e *rulemaking*. Essa distinção, no direito americano, será aprofundada no curso deste trabalho.

¹⁵⁸ Embora ainda se cuidasse de uma das primeiras comissões federais – apenas a ICC e a *Federal Trade Commission* existiam –, a adoção pelos estados das PUCs já era uma realidade bastante difundida, e as primeiras comissões ferroviárias estaduais já contavam mais de meio século de história. Havia, portanto, uma já consolidada experiência com a regulação por comissões, o que explica a existência de um diagnóstico como o feito pela corrente citada.

não havia trabalho o suficiente para uma comissão especializada em radiocomunicação¹⁵⁹. O exemplo da ICC no setor de telefonia mais uma vez veio à baila: essa comissão tinha poderes para regular as tarifas de telefonia, mas raramente o fazia. Além disso, havia ainda perplexidade quanto à posição institucional das comissões no arranjo constitucional – um senador chega a se referir às “comissões três-em-um” como uma ameaça à separação de poderes.¹⁶⁰ Desse modo, essa corrente preferia um arranjo institucional que preservasse a estrutura tradicional dos três poderes e, assim, que as competências fossem concentradas na figura do Secretário de Comércio. Ganhar-se-ia, afirmavam os defensores dessa corrente, representatividade democrática: o Secretário respondia ao Presidente, que respondia ao povo. Uma comissão independente não responderia a ninguém.¹⁶¹ A força dessa corrente ainda encontrava reforço no prestígio do Secretário Hoover – que, todavia, era contrário à concentração de poderes proposta.

Do outro lado, posicionou-se a corrente favorável à criação de uma comissão. Seus defensores advogavam que, apesar do protagonismo de Hoover no setor de radiocomunicação, a **complexidade técnica** do setor ainda demandaria uma estrutura de assessoramento – o Secretário de Comércio, sozinho, não seria capaz de resolver integralmente os problemas que se apresentavam. Afirmavam, ainda, a insegurança de se conferir tamanhos poderes a apenas uma pessoa, e temiam os congressistas que se instalasse uma autocracia danosa à **liberdade de expressão** e à **vedação de censura prévia**. Uma comissão independente teria a **imparcialidade** necessária para lidar com o setor. Nesse sentido se manifestou o relatório da Comissão de Comércio Interestadual do Senado:

¹⁵⁹ O Deputado Larsen, da Geórgia, chegou a se referir à futura comissão como uma *brigada de cadeira de balanço* (cf. CUSHMAN, 1941, p. 304).

¹⁶⁰ Cf. CUSHMAN, 1941, p.

¹⁶¹ Exemplo dessa posição é a manifestada pelo Deputado Lehlback: “[I]ndependent commissions are, in fact, directly responsible to no one in the government. They are subject neither to supervision or control. In theory they are responsible directly to Congress. Manifestly, a legislative body has no means of making any control effective save by unsatisfactory methods of imposing on appropriations and conducting sporadic investigations when grave abuses come to light. Such freedom from restraint by a commission, board, or bureau tends to develop bureaucracy in its worst form.” (Apud ROBINSON, 1989, p. 20).

O exercício desse poder é repleto de tantas grandes possibilidades que não deveria ser confiado a nenhum só homem ou a nenhum departamento administrativo do Governo. Esse poder regulador deveria ser tão livre da influência política ou do controle arbitrário quanto possível.¹⁶²

De forma similar ao que ocorreu com a ICC, chegou-se a uma solução de compromisso. A lei aprovada em 1927 criou a *Federal Radio Commission – FRC*, uma comissão independente composta por cinco membros com mandatos escalonados entre si, indicados pelo Presidente e referendados pelo Senado. O primeiro presidente da FRC seria indicado pelo Presidente dos EUA, os demais seriam eleitos pelos próprios membros da comissão. Os requisitos para os comissários se voltavam a assegurar a imparcialidade da comissão: eles deveriam ser cidadãos americanos; representar cada um uma de cinco regiões geográficas – onde deveriam residir no momento da nomeação; e não ter nenhuma participação ou interesse financeiro no setor de radiocomunicação. Além disso, os comissários deveriam representar paritariamente os dois partidos políticos americanos.¹⁶³ Portanto, também similarmente ao que ocorreu com a ICC, não se exigiu dos comissários especialização técnica, mas se buscou assegurar que houvesse uma composição de representação política plural de modo a assegurar que a comissão, como um todo, fosse imparcial.

¹⁶² “*The exercise of this power is fraught with such great possibilities that it should not be entrusted to any one man nor to any administrative department of the Government. This regulatory power should be as free from political influence or arbitrary control as possible.*” (Apud CUSHMAN, 1941, p. 305 – tradução livre.)

¹⁶³ Todavia, não houve debate relevante no Congresso acerca das características estruturais em si da FRC. Apenas se buscou garantir que essas características se refletissem na imparcialidade e na representatividade política da nova comissão. Robinson relata que: “*Apart from the question of independence which figured so strongly in the debates on the 1927 legislation rather little attention was given to other aspects of organizational structure. Perhaps because the 1927 act contemplated a major reorganization of powers after a year, the organization of the FRC was not a matter of large interest. For instance no discussion is found in the committee reports or debate as to the basis for fixing the number of radio commissioners at five. That number did match the FTC but not the ICC, which was in most respects the model to which reference was made in deliberations on the regulatory scheme. In 1927 Congress envisioned that the five commissions would represent five zones into which the country had been divided for purpose of ensuring fair representation to all geographic regions of the country. However, the number of zones was originally an artifice of the number of commissioners rather than vice versa; not until the Davis Amendment of 1928, which made the zones a basis for equal distribution of service, did the zones assume a purpose apart from political representation.*” (ROBINSON, 1989, pp. 21-22).

A FRC nasceu com amplos poderes. Competia-lhe classificar estações de rádio e prescrever a natureza de seus serviços, determinar a distribuição geográfica das estações transmissoras, regular as especificações técnicas dos equipamentos utilizados, fixar regulamentos para prevenir interferências prejudiciais, estabelecer zonas de prestação de serviços, entre outros. Para tanto, a FRC podia conduzir audiências, convocar testemunhas e realizar investigações.

Todavia, a FRC dividia atribuições com o Secretário de Comércio. Cabia a este as funções que se entendiam como *tipicamente administrativas*. Era sua competência receber pedidos de licenciamento de estações, licenciar operadores e suspender suas licenças. Cabia-lhe ainda a inspeção dos equipamentos de transmissão e a condução de investigações destinadas a averiguar o descumprimento da lei ou dos termos fixados nas licenças. Contra os atos do Secretário cabia apelação para a FRC, e as decisões desta estavam sujeitas à integral revisão judicial pela Corte de Apelações do Distrito de Columbia.

Além disso, essa divisão de competências deveria permanecer por apenas um ano. Findo esse prazo, o Secretário de Comércio assumiria todos os poderes da FRC e esta passaria a funcionar em caráter intermitente, apenas em sua função de órgão de apelação das decisões do Secretário de Comércio. Todavia, o Congresso por seguidas vezes prorrogou o prazo de funcionamento da FRC, até que em 1929 foi editada lei que prorrogou esse prazo indefinidamente, o que acabou por manter em definitivo a divisão de competências até a extinção daquela comissão.

Tanto a FRC, quanto o Secretário de Comércio, exerciam seus poderes sob um amplo manto de discricionariedade conferido pela lei. Como dito antes, não havia ainda uma idéia precisa do quê necessitava ser regulado e de que forma. O assunto era insipiente demais e técnico demais para o Congresso. Glen Robinson, a esse respeito, esclarece que:

O Congresso claramente esperava que essa delegação de amplos poderes sob esse mandato frouxo seria desenvolvida pela Comissão conforme as circunstâncias exigissem. Nesse sentido, poder-se-ia enxergar o *Communications Act* como uma espécie de sócia regulatório do *Sherman Act*, o qual delegou amplos poderes para as cortes para desenvolver uma *common law* antitruste. Há, evidentemente, essa diferença. No caso do *Sherman Act*, o Congresso imaginou que o direito básico que ele incorporou à lei era o *common law*¹⁶⁴; a maior inovação da lei era prover a persecução pública e a jurisdição federal para implementar a *common law*.

Contudo, não havia uma *common law* do rádio em 1927. De fato, não havia sequer uma ciência bem desenvolvida. Em 1927, cientistas de ponta ainda debatiam a existência de um “éter luminoso” através do qual as ondas de rádio supostamente se propagavam. [...] Não é necessário dizer que o Congresso não tomou parte nesse debate. [...] Não era papel dos congressistas desvelar esses mistérios; essa era a tarefa para os *experts*.¹⁶⁵

A criação da FRC, portanto, foi uma opção política que buscou conferir ordem ao setor de radiocomunicação por meio de um arranjo institucional cujo pilar central era a regulação mediante um ente público especializado.¹⁶⁶ Ao invés de fixar as políticas desejadas

¹⁶⁴ Portanto, diz o autor que o direito não tinha origem na lei, mas era de criação jurisprudencial e, assim, já era praticado pelos tribunais. Cabe lembrar que o direito jurisprudencial dos EUA recebe, de forma genérica, a denominação *case law*. No entanto, os termos *common law* e *equity* dizem respeito unicamente ao direito cuja fonte é exclusivamente jurisprudencial. A *common law* abrange o direito desenvolvido a partir da criação dos Tribunais Reais ingleses (também chamados Tribunais de Westminster), enquanto a *equity* abrange o direito desenvolvido a partir da jurisprudência do Tribunal da Chancelaria inglês. Portanto, julgados interpretando dispositivos de lei integram o *case law*, mas não constituem propriamente nem *common law*, nem *equity*. O direito cuja fonte é a lei, por sua vez, é denominado *statute law*. Sobre a distinção entre *common law* e *equity*, cf. DAVID, 2002, pp. 358-377. Sobre *case law*, *statute law* e a estrutura em geral do direito americano, cf. FARNSWORTH, 1996, e POUND, 1938.

¹⁶⁵ “Congress plainly expected that its delegation of broad powers under this loose mandate would be developed by the Commission as changing circumstances demanded. In this respect one might view the *Communications Act* as a kind of regulatory counterpart to the *Sherman Act* which delegated broad powers to the courts to develop a common law of antitrust. There is, of course, this difference. In the case of the *Sherman Act*, Congress imagined that the basic law it incorporated into the statute was the common law; the main innovation of the statute was to provide for public prosecution and federal jurisdiction to enforce the common law. [§] There was, however, no common law of radio in 1927. Indeed there wasn't even a well-developed science. In 1927 leading scientists still debated the existence of a “luminiferous ether” by which radio waves supposedly propagated. [...] Congress did not, needless to say, join in the debate. [...] It was not for Congressmen to unravel these mysteries; that was the task for experts.” (ROBINSON, 1989, p. 17 – tradução livre.)

¹⁶⁶ É pertinente a ressalva de Glen Robinson, porém, de que os imperativos técnicos e políticos da época não implicam necessariamente a adoção do modelo de regulação por uma comissão, mas se trata de uma entre várias opções possíveis, cuja adoção é melhor explicada pelo seu contexto: “But we must put these questions about property rights schemes aside; they bear mention in this context only to show that there are some credible reasons to doubt that the technological imperatives required a regulatory structure of the present character. For better or worse it was not so perceived in the 1920s when the present regime was invented. There is no mention anywhere of the possibility of using a property-rights market scheme as a means of distributing frequencies

na lei, conferiu-se a tarefa à FRC.¹⁶⁷ Essa é uma grande diferença frente à ICC em sua configuração original. A FRC ganhou poderes para regular normativamente o setor, ao passo que a ICC se fiava na normatização prevista na lei e atuava de forma casuística – exceto no que diz respeito a padrões de contabilidade, que a ICC fixava normativamente. Quando a FRC surgiu, porém, a ICC já era uma agência consideravelmente diferente.

A atuação casuística gerou uma inabilidade da ICC em lidar com questões de natureza geral e, assim, ordenar sistemicamente os setores sob sua competência. Quando, em virtude da I Guerra Mundial, houve a necessidade de que o sistema de transporte respondesse sistemicamente, sob pena de sobrecarregar portos e deixar desabastecido o *front*, o protagonismo da ICC no setor de transporte ferroviário foi posto em cheque. Ao mesmo tempo, a falta de visão sistêmica das próprias companhias ferroviárias revelou a necessidade de um comando central do setor ferroviário, ao passo que a disciplina *antipooling* do *Interstate Commerce Act* inviabilizava que esse comando fosse exercido pela ICC.¹⁶⁸ Com esse objetivo, o sistema ferroviário americano foi estatizado em dezembro de 1917 e submetido ao controle da recém-criada *United States Railroad Administration* - USRA. A estatização, porém, se deu em moldes diversos do que conhece a experiência brasileira. A

generally or particular licenses in particular. This is not surprising. For one thing managing radio spectrum use was perceived as a problem of engineering not one of economics. There was no precedent for a market system. Moreover, the concept of the radio spectrum as a "public" resource directed attention inevitably towards public control of both the distribution of spectrum use rights and the character of the use. At least in the case of broadcasting it was thought to be a social if not a technological imperative to impose some "public interest" obligations and constraints on private utilization. The broadcast industry did not dissent to this imperative of public obligation; they embraced it. How much they embraced it from a belief in its premises, or because it served their private economic interests, or because they feared that the alternative to public service obligations was government ownership of broadcast stations, one can only speculate.” (ROBINSON, 1989, p. 11).

¹⁶⁷ O *Radio Act* de 1927, não obstante, fixava algumas diretrizes específicas como a necessidade de igual tratamento de mídia para candidatos a postos públicos, ou a proibição da retransmissão da programação de outrem sem prévia autorização do dono do programa. Essas diretrizes, contudo, eram poucas, de modo que não havia uma política pública efetivamente fixada na lei, mas apenas disposições esparsas sobre determinados pontos referentes à radiocomunicação.

¹⁶⁸ *“Even before the U.S. entry into the war, the effects of the fighting in Europe were felt by the railroads in the United States. Many war materials were being supplied by companies in the United States, and the East Coast ports became centers of great activity. German submarine attacks made many ships reluctant to leave port, and this precipitated unprecedented congestion and traffic snarls for the railroads. Once the United States entered the war, traffic moving to the East Coast increased to an even higher level. Both the Railroads' War Board and the ICC tried to coordinate railroad operations, but they proved unable to accomplish the task. Attempts to alleviate the traffic snarls were hampered by the anti-pooling provisions of the Interstate Commerce Act.” (STONE, 1991, p. 17.)*

propriedade das ferrovias continuou privada, e os lucros oriundos do serviço ferroviário eram também privados. A USRA, contudo, era quem administrava as ferrovias, estabelecia suas tarifas e determinava as rotas para o tráfego de bens e pessoas. A ICC, que vinha acumulando competências desde a virada do século, passou a ter função subsidiária – mesmo o poder de rever tarifas, então o maior de seus poderes, lhe foi retirado.

Com o fim da I Guerra, porém, a corrente que defendia a estatização das ferrovias foi progressivamente perdendo força e, em março de 1920, o *Transportation Act* fez com que o controle do setor ferroviário voltasse ao setor privado. A ICC, entretanto, deixou sua postura de avaliação casuística e passou a atuar normativamente, amparada por novas competências conferidas pela lei. Iniciou-se, assim, o que Richard Stone chama de período de regulação positiva da ICC – em oposição ao período de regulação negativa, anterior à estatização.¹⁶⁹ Com o objetivo de assegurar a viabilidade financeira da exploração privada, conferiu-se à ICC poderes não apenas para rever tarifas injustas e fixar novos valores, mas para atuar de ofício fixando tarifas mínimas ou impondo os valores exatos a serem praticados. Foi reafirmada a competência fixada no caso *Shreveport* de rever tarifas intra-estaduais que discriminatórias frente a tarifas interestaduais.

As novas competências da ICC refletiam a preocupação de uma integridade sistêmica. O *pooling* passou a ser permitido quando a ICC entendesse que haveria benefício para o serviço e que a competição não seria restringida de forma indevida. Foi ainda criado um mecanismo de financiamento universal do sistema ferroviário. Metade dos lucros das ferrovias fortes seria compulsoriamente recolhido pela ICC, que remuneraria o capital recolhido mediante juros de 6% ao ano. Esse dinheiro deveria ser emprestado a ferrovias fracas, que deveriam pagar os mesmos 6% de juros anuais pelo empréstimo. Passou a ser de competência da ICC elaborar um plano de consolidação do sistema ferroviário, que deveria

¹⁶⁹ Cf. STONE, 1991, pp. 21 e ss.

dividir geograficamente os agentes do setor e limitar o seu número. A implantação de novas linhas, ou o abandono de linhas existentes, a partir de então necessitavam ser previamente autorizados pela agência reguladora. Adicionalmente, a ICC passou a poder determinar exigir padrões de *serviço adequado* (*adequate transport service*), mesmo que isso significasse a expansão das linhas ferroviárias existentes para comunidades não atendidas. A ICC poderia ainda determinar o uso compartilhado de terminais ferroviários e, em caso de emergência, até mesmo unificar as ferrovias. De modo geral, no setor ferroviário, se antes a ICC era destinada a controlar os abusos das ferrovias por meio do controle de tarifas e do estímulo à competição, agora passava a ser responsável por planejar um sistema ferroviário que atendesse aos interesses de usuários e que tivesse saúde financeira.

A telefonia, por outro lado, já estava organizada de forma a prover um sistema nacional de telecomunicação. Theodore Vail deixou a presidência da AT&T em 1922, porém o Paradigma Vail permaneceu como fundamento estrutural das ações do Sistema Bell. Isso não impediu que, em agosto de 1918, o Sistema Bell fosse também estatizado, com o objetivo declarado de assegurar o *interesse nacional* em tempos de guerra. O então Presidente americano Woodrow Wilson colocou todo o sistema de telefonia e de telegrafia dos EUA sob o comando do chefe dos correios (o *Postmaster General*).¹⁷⁰ Todavia, a estatização durou apenas um ano e, finda a I Guerra, se encerrou sem maiores polêmicas. Não houve, em sua decorrência, nenhuma alteração no marco regulatório das telecomunicações americanas. Cabe também ressaltar que as novas competências da ICC eram aplicáveis apenas ao setor de transporte, e sua repercussão nas telecomunicações não foi sentida.

A AT&T, ao retornar ao controle privado, se consolidou como protagonista da ordenação sistêmica do setor de telefonia. No início da década de 30, a AT&T era a maior

¹⁷⁰ Cf. MCMASTER, 2002, p. 47.

companhia do mundo. Sob seu controle estava 80% do mercado local, 92% do mercado de equipamentos telefônicos e a totalidade do mercado de longa distância.

Além disso, seu domínio por pouco não se estendeu ao setor de radiocomunicação. Preocupada com a possível concorrência proporcionada pela nova tecnologia – cuja patente inicial a descrevia como “telégrafo sem-fio”¹⁷¹, a AT&T rapidamente dela se ocupou. Em meados da década de 20, a Bell compartilhava das principais patentes para a radiodifusão em um *pool* formado com a Radio Corporation of America – RCA, a Westinghouse e outras companhias. Além disso, possuía sua própria estação, a WEAf, que começou a operar em Nova Iorque no ano de 1922 e se mostrou um negócio lucrativo. Todavia, houve forte preocupação do Congresso de que o poderio da AT&T provocasse um monopólio também no setor de radiocomunicação. Desde o início, como visto, esse setor foi associado às idéias de liberdade de expressão e de ausência de censura, e com isso ganhou força a noção de que o setor deveria ser pulverizado. A movimentação do Congresso foi sentida pela AT&T, que resolveu manter sua postura de cooperação com o poder público. Em 1926, a WEAf foi vendida à RCA, que em troca se comprometeu a usar o Sistema Bell para operar os *links* de sua rede de radiodifusão. No mesmo ano, o contrato de *pool* das patentes do *audion* – o amplificador eletrônico cujo uso era essencial tanto para o rádio como para o telefone – foi renegociado de forma a excluir o direito de uso da Bell na radiodifusão e a assegurar seu monopólio na telefonia. A movimentação entre RCA e Bell se adiantou ao *Radio Act* de 1927, que proibiu a propriedade cruzada de empresas de telefonia e de radiocomunicação. Com o intuito de assegurar a competição no rádio, excluiu-se a AT&T da radiocomunicação. Por conseguinte, foi instituído um regime jurídico distinto para serviços de telefonia e de rádio, o que marcou o início da divisão jurídica entre esses setores nos EUA.

¹⁷¹ Cf. HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, p. 10.

Essa divisão perduraria durante todo o séc. XX, mas os dois setores seriam congregados sob uma única agência reguladora pouco mais de sete anos após a edição do *Radio Act*. Apesar de ainda sujeitos a regimes jurídicos distintos, a identidade entre rádio e telefone faria com que ambos fossem submetidos a uma única agência reguladora, a *Federal Communications Commission* - FCC.

2.4. A criação da FCC e a alienação do Judiciário da regulação das *common carriers*

Até a atribuição do setor de telecomunicações à ICC, em 1910, a telefonia era tida como um problema essencialmente local.¹⁷² Já havia vários exemplos de regulação estadual que, influenciadas pelo Paradigma Vail, conferiam *franchises* exclusivamente às BOCs, ao mesmo tempo em que atribuíam às PUCs a regulação de tarifas e de compromissos de universalização¹⁷³. Nessa época, a ICC já acumulava quase três décadas de experiência na regulação do setor ferroviário. Seus funcionários eram especializados em ferrovias, sua jurisprudência era voltada a esse setor e até mesmo as normas fundamentais que definiam a atuação e as competências da ICC foram elaboradas e eram dirigidas ao transporte ferroviário. Logo, era natural que a telefonia despertasse pouco interesse nos *experts* em ferrovias. Ante à existência de prévia regulação estadual, à pouca importância relativa dos serviços

¹⁷² Cf. COX e BYRNES, 1989, p. 25.

¹⁷³ Os compromissos de universalização eram sobretudo voltados ao acesso residencial com tarifas mais baixas. Em geral, as PUCs fixavam tarifas isonômicas entre usuários urbanos e rurais, e essas tarifas eram subsidiadas pelas tarifas de usuários comerciais e de longa distância intra-estadual, bem como serviços de valor adicionado como chamada em espera, identificação de chamadas, entre outros. Os usuários residenciais, adicionalmente, não pagavam tarifas por tempo de uso em chamadas locais – estas já eram inclusas na assinatura mensal e poderiam ser livremente realizadas. Assim, o usuário residencial podia falar o tempo que quisesse nas ligações locais, sem pagar a mais por isso. Sobre as práticas de universalização no âmbito estadual antes do *Communications Act* de 1934, cf. BRANDS e LEO, 1999, pp. 199-200; HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, pp. 539-544.

interestaduais e à ausência de especialização técnica da ICC no setor de telefonia, não surpreende, portanto, que a atuação dessa agência tenha sido tímida.

Quando a importância da telefonia aumentou e a AT&T se tornou a maior corporação do planeta, a necessidade de uma agência reguladora específica para as telecomunicações passou a ser percebida pelo Congresso. A decisão da Suprema Corte no Caso Shreveport havia desviado para o âmbito federal o foco principal da regulação de serviços com repercussões tanto interestaduais como intra-estaduais. Passou-se a se discutir alternativas à regulação da telefonia pela ICC, especialmente ante a inação dessa com relação às tarifas praticadas pela AT&T: de 1910 a 1934, apenas quatro casos de tarifas de telefonia foram analisados pela ICC. Adicionalmente, a criação da FRC abriu as portas para se pensar em uma nova agência especializada.

Ainda em 1926, durante a tramitação do *Radio Act*, houve na Câmara emenda propondo que a nova agência cuidasse também da telefonia e da telegrafia. Essa possibilidade não chegou a ser muito debatida na época, e a emenda foi rejeitada.¹⁷⁴ Em 1929, proposição legislativa originada no Senado disciplinava a criação de uma comissão de comunicações, cuja competência era a regulação de todas as empresas que *transportassem inteligência por fio ou sem fio*. A proposição foi todavia arquivada pelo próprio Senado, que a entendeu prematura. Em 1931, o Departamento de Comércio americano liderou uma comissão interdepartamental com o fito de estudar o problema da regulação das comunicações. O relatório da comissão foi entregue ao Presidente Franklin Delano Roosevelt, em janeiro de 1934. O relatório destacava a divisão de competências sobre o setor de comunicação, que envolvia cinco entes distintos: o Departamento do Comércio (rádio), a FRC (rádio), o *Post Office* (telégrafo), a ICC (telefone) e o próprio Presidente. Segundo o relatório, a unificação de competências em um único ente propiciaria melhor controle e planejamento. O relatório

¹⁷⁴ Cf. CUSHMAN, 1941, p. 320.

recomendava que esse ente fosse uma comissão independente, ou que, caso se optasse por um órgão do Executivo, que fosse criada uma câmara de apelação.

O relatório foi imediatamente encaminhado ao Congresso por meio de mensagem presidencial, em que Roosevelt solicitava a edição de legislação que criasse uma comissão para cuidar da totalidade do setor de comunicação. A tramitação foi relativamente tranqüila e, já em junho de 1934, o *Communications Act* entraria em vigor. A lei aprovada foi essencialmente uma compilação do *Interstate Commerce Act* e do *Radio Act*, e a recém-criada agência reguladora, a *Federal Communications Commission*, seria o produto da assunção das competências sobre a telegrafia e a telefonia pela FRC. A radiocomunicação, assim, permaneceu com regime jurídico distinto do restante das telecomunicações. Àquela se aplicariam os dispositivos do *Radio Act*, e a essas se aplicariam as regras sobre *common carriers* adaptadas do *Interstate Commerce Act*. Portanto, afora a consolidação dos setores de radiocomunicação, telegrafia e telefonia nas mãos da FCC, o *Communications Act* de 1934 foi essencialmente uma consolidação da legislação já existente.

No que diz respeito à FCC, o principal motivo para sua criação foi a inação da ICC frente ao setor de telefonia. O Senador Dill, relator da proposição no Senado, explicitou que:

A intenção da proposição legislativa é tornar efetivo o poder atualmente escrito no *Interstate Commerce Act* de controle dos negócios de telefonia e de telegrafia deste país. A *Interstate Commerce Commission* esteve tão ocupada regulando as ferrovias que eles não tiveram tempo de dar efetiva consideração aos problemas relacionados à regulação de tarifas de telefones e telégrafos, e foi apenas recentemente que o negócio de comunicações se tornou grande o suficiente para demandar a atenção daqueles que o usam do ponto de vista de obter regulação tarifária.¹⁷⁵

¹⁷⁵ “The purpose of the proposed legislation is to make effective the power now written into the *Interstate Commerce Act* of control of telephone and telegraph business in this country. The *Interstate Commerce Commission* have been so busy regulating the railroads that they have not had time to give real consideration to the problems in connection with rate regulation of telephones and telegraph, and it is only in recent years that

Por ocasião da tramitação no Congresso americano, houve novamente a preocupação quanto à concentração de poderes em um único ente. Houve quem se preocupasse com o fato de ser a FCC responsável tanto por efetuar a persecução e acusação, quanto por julgar os ofensores da legislação. Houve novamente a preocupação quanto à fusão de poderes legislativos e judiciários em um único corpo estatal. E houve a preocupação quanto à *accountability* de uma agência independente, que expressava o receio de que a comissão não respondesse nem ao Legislativo, nem ao Executivo. A manifestação do então presidente da RCA, General Harbord, em audiência no Congresso, exemplifica bem essas preocupações:

Minha opinião sobre a comissão [...] é o duplo caráter da comissão, a combinação de funções legislativas e judiciais em um órgão de homens que não são lá muito imediatamente responsáveis perante Congresso, e certamente não perante o Executivo.

Eu considero as comissões [...] como ordinariamente as concebemos, como um mecanismo para a evasão da responsabilidade, e eu tenho a opinião de que as comunicações deste país são merecedoras de uma posição de Gabinete [...]. Eu penso que o órgão legiferante poderia facilmente, como fazem outros países, criar um ministério das comunicações – um oficial de Gabinete com responsabilidades diretamente atribuídas.¹⁷⁶

A idéia de atribuir as comunicações a um ministério, porém, não foi seriamente considerada nos debates do Congresso. Em geral, a experiência consolidada da ICC e de outras comissões fez o Congresso superar com facilidade os questionamentos havidos na

the communications business has been big enough to demand the attention of those who use it from the standpoint of getting rate regulation.” (Apud COX e BYRNES, 1989, p. 30 – tradução livre.)

¹⁷⁶ *“My feeling about the commission [...] is the double character of the commission, the combination of legislative and judicial functions in a body of men who are not very immediately responsible to Congress and certainly not to the Executive./§/ I regard commissions [...] as we ordinarily have them, as a device for the evasion of responsibility, and I feel that the communications of this country are worthy of a Cabinet position [...] I think that the lawmaking body might easily, as other countries do, set up a ministry for communications - a Cabinet officer whose responsibility directly fixed.” (Apud CUSHMAN, 1941, p. 324 – tradução livre.)*

tramitação. Como, em essência, a nova lei foi a consolidação de dispositivos já existentes, mesmo os questionamentos foram esparsos. A FCC surgiu da transformação da FRC – basicamente, esta passou a ser competente para regular todo o setor de comunicações. A estrutura da comissão permaneceu a mesma, exceto o número de comissários, que foi ampliado para sete. A intenção original era que os comissários pudessem se organizar em três grupos de dois comissários e o presidente, e que cada grupo cuidasse de um setor – telegrafia, telefonia e radiocomunicação.¹⁷⁷ Foi eliminada, ainda, a exigência de representatividade regional presente no *Radio Act*, mas mantida a exigência de composição paritária bipartidária.

O *Communications Act* de 1934, todavia, inovou no que diz respeito à divisão de competências entre estados e os EUA (ente federal) na telefonia e na telegrafia. A lei é repleta de dispositivos que limitam a competência da FCC às telecomunicações interestaduais. A repetição de dispositivos beirou a redundância¹⁷⁸, mas o objetivo do Congresso foi claro: reverter definitivamente a tendência federalizante inaugurada pelo Caso *Shreveport*. Essa decisão gerou grande desconforto nos reguladores estaduais, que acabaram por pressionar o Congresso por uma solução:

Reguladores estaduais viram os *Shreveport Rate Cases* como uma indevida interferência na autoridade estadual para fixar tarifas. Se a ICC fixasse uma tarifa para uma rota interestadual que fosse maior do que a tarifa fixada pela comissão ferroviária estadual para uma rota intra-estadual similar, *Shreveport* permitia à ICC julgar a existência de discriminação ilegal. Pior, a decisão permitia à empresa (sem o risco de sanção estadual) remediar a violação mediante o aumento de sua tarifa intra-estadual acima do teto fixado pela comissão estadual. Assim, a decisão era vista como uma permissão para a ICC indiretamente fixar as tarifas intra-estaduais, em

¹⁷⁷ Logo percebeu-se que essa divisão de competências dificultava o trabalho da comissão, pois a fragmentava excessivamente, o que fez com que o número de comissários fosse posteriormente reduzido para cinco.

¹⁷⁸ Cf. BRANDS e LEO, 1999, pp. 39-40.

completa afronta às prerrogativas estaduais de regular o comércio dentro de suas fronteiras.¹⁷⁹

Desse modo, o *Communications Act* de 1934 significou um retorno à divisão de competências entre os entes federados anterior aos *Shreveport Rate Cases*. O movimento do Congresso, não obstante, foi parcialmente precedido pelo próprio Judiciário no caso *Smith v. Illinois Bell Telephone Co.* (282 U.S. 133 (1930)). Esse caso cuida da revisão judicial de tarifas telefônicas intra-estaduais fixadas pela *Illinois Commerce Commission* - a PUC do Estado de Illinois. Na época, tanto a comissão estadual, quanto a ICC, usavam o sistema *cost plus* para o cálculo de tarifas, isto é, a tarifa englobava o custo contábil acrescido de uma taxa de retorno. A questão submetida a juízo foi a necessidade de se distinguir entre os bens usados no tráfego intra-estadual e interestadual para fins de alocação dos custos para a fixação de tarifas. A Illinois Bell Company questionou o fato de a comissão de Illinois ter abatido dos custos os relativos aos bens usados no tráfego interestadual. A Suprema Corte, porém, entendeu ser legítima a distinção feita pela comissão, e, o mais importante, declarou que a *devida regulação de tarifas somente pode ser alcançada mediante a manutenção dos limites entre as jurisdições federal e estadual*. Com isso, antes mesmo do *Communications Act*, o Judiciário já havia reconhecido um campo próprio de regulação estadual, de modo a limitar a tendência federalizante do Caso Shreveport. Todavia, como afirmam Huber, Kellogg e Thorne, a limitação feita por *Smith* não era incompatível com a progressiva federalização da regulação das telecomunicações, mas apenas reconhecia um âmbito estadual de regulação que limitava a atuação federal:

¹⁷⁹ “State regulators saw the Shreveport Rate Cases as an undue interference with state rate-making authority. If the ICC set a rate for an interstate route that was higher than the rate set by a state railroad commission for a comparable intrastate route, Shreveport permitted the ICC to find unlawful discrimination. Worse, the decision allowed the carrier (without risking state sanction) to remedy the violation by raising its intrastate rate above that fixed by the state commission. Thus, the decision was seen as permitting the ICC indirectly to set intrastate rates, riding roughshod over the states’ prerogatives to regulate commerce within their borders.” (BRANDS e LEO, 1999, p. 46 – tradução livre.)

Pode-se argumentar que *Smith* era compatível o *Shreveport Rate Case*: o caso anterior havia alargado os horizontes da regulação federal, enquanto o posterior restringiu a persecução regulatória estadual. Todavia, enquanto o primeiro julgado se fiava na impossibilidade de separação de atividades intra-estaduais de suas conseqüências interestaduais, o julgado posterior exigia exatamente que essa separação fosse feita. As duas decisões poderiam, não obstante, coexistir confortavelmente, com a autoridade federal alargando-se por meio de *Shreveport* e a autoridade estadual diminuindo em decorrência de *Smith*, conforme a telefonia evoluísse de essencialmente intra-estadual para uma indústria essencialmente interestadual.¹⁸⁰

A consolidação da competência dos estados no setor de telecomunicações esvaziou a pauta da recém-criada FCC. A expressão interestadual do serviço telefônico era ainda irrelevante frente à sua expressão intra-estadual: em 1934, 98% das ligações telefônicas não cruzava as fronteiras de um estado.¹⁸¹ As PUCs estaduais tinham sob seu comando a parte de maior relevância do serviço, e a jurisdição da FCC, assim como o próprio *Communications Act*, aplicavam-se apenas à parte que era residual no mercado de telefonia, o tráfego de longa distância interestadual.

Desse modo, até que o tráfego interestadual ganhasse relevância o suficiente, a telefonia americana foi regulada pelas legislações estaduais. E estas, como dito, foram sobremaneira influenciadas pelo Paradigma Vail. A maioria dos estados reconhecia o monopólio do Sistema Bell e não conferia *franchises* a possíveis concorrentes. Em troca, os estados fixavam obrigações de serviço universal, que seriam financiadas com a própria exploração monopolística, por meio de subsídios cruzados entre serviços mais e menos lucrativos.

¹⁸⁰ “It can be argued that *Smith* was consistent with *The Shreveport Rate Case*: the earlier case had broadened the horizons of federal regulation, while the later narrowed the state regulatory inquiry. However, while the earlier ruling rested on the impossibility of separating intrastate activities from their interstate consequences, the later ruling demanded that just such a separation be performed. The two decisions might nonetheless have coexisted comfortably, with federal authority broadening by way of *Shreveport* and state authority shrinking by way of *Smith*, as telephony evolved from primarily an intrastate to primarily an interstate industry.” (HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, p. 218 – tradução livre.)

¹⁸¹ HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, p. 219.

A idéia de que a telefonia era um monopólio natural pouco a pouco se tornou consensual. As legislações estaduais reafirmavam o monopólio do Sistema Bell. No âmbito federal, mesmo quando, anos depois, o serviço interestadual ganhou maior importância, por anos não se discutiu o monopólio da AT&T – ainda que as disposições herdadas do *Interstate Commerce Act* tivessem em sua origem um caráter até mesmo pró-competitivo. Esse viés pró-competitivo da legislação federal, porém, não impunha a competição. Ao contrário, foi acrescentado dispositivo que possibilitava a limitação em absoluto da competição: qualquer nova operação de telecomunicações interestaduais deveria ser previamente licenciada pela FCC, que apenas deveria conceder a licença em caso de entender presentes *interesse e conveniência públicos*.¹⁸² E, sem que houvesse a percepção por parte da própria FCC da necessidade de competição, não havia no *Communications Act* dispositivo que impedisse o monopólio da telefonia pelo Sistema Bell – ainda que este, por outro lado, não fosse expressamente afirmado.

As regras aplicáveis à telefonia foram organizadas no Título II do *Communications Act*, denominado *Common Carrier Provisions*. Trata-se da mesma linguagem usada no *Interstate Commerce Act* – tanto que o Mann-Elkings Act de 1910, para incluir a telefonia na competência da ICC, necessitou apenas definir as companhias telefônicas como *common carriers*. Nos termos da lei, competia à FCC aplicar as regras relativas às *common carriers*. E às *common carriers* cabia *prover serviços a quem solicitar, a tarifas justas e razoáveis, sem injusta discriminação ou indevida preferência*. Era a exata reprodução da disciplina fixada pelo *Interstate Commerce Act* para a regulação das ferrovias.

A construção do conceito de *common carrier*, porém, não foi obra legislativa, mas fruto de construção jurisprudencial sob a *common law*.¹⁸³ Nos EUA, sua principal

¹⁸² Cf. HUBER, KELLOGG, e THORNE, 2004, pp. 278-281.

¹⁸³ “The earliest common carriers were created when the Crown awarded an exclusive monopoly to a company operating such things as a ferryboat, a wharf, or, for a time, a printing press. The English common law gradually developed rules that both contained monopolists’ excesses and defended their monopolies. Crown

afirmação judicial remonta ao voto condutor do já citado caso *Munn v. Illinois*, em que o *Chief Justice* Waite cita o tratado *De Portibus Maris*, de autoria do lorde inglês Hale e datado do século XVII.¹⁸⁴ A construção jurisprudencial do conceito é sintetizada com maestria por Peter Huber:

Um *private carrier* transporta sua própria carga. Um *contract carrier* vende serviço a consumidores específicos de sua escolha. Um *common carrier*, em contraste, opta por servir a todos que lhe procurarem, a preços uniformes anunciados previamente.¹⁸⁵

Na verdade, não se cuida propriamente de uma opção. Na medida em que a natureza dos serviços prestados se voltam à comunidade em geral, de maneira uniforme e indistinta, trata-se de um serviço sob o regime de *common carrier*. A opção a que se refere Huber é mais a opção por prestar o serviço com essa natureza geral, do que a opção por escolher para quem se presta o serviço. O voto do *Chief Justice* Waite é esclarecedor nesse sentido:

A propriedade se veste com um interesse público quando usada de maneira a tornar-se de consequência pública e a afetar a comunidade em geral. Quando, por conseguinte, alguém devota sua propriedade a uso em que o público tenha interesse, ele, de fato, assegura ao público um interesse nesse uso e deve se sujeitar a ser controlado pelo público para o bem comum, na extensão do interesse que ele assim criou. Ele pode extinguir essa garantia mediante a descontinuidade do uso [da

monopolies were required to charge only 'reasonable and nondiscriminatory' rates, provide adequate service, and accept all customers on the same terms, without discrimination. In time, these principles came to extend to any firm 'affected with a public interest' that held itself open to the general public and purported to serve all comers. In return, common carriers enjoyed important legal privileges, most particularly limits on their liabilities – limits appropriate to a business that could not legally discriminate among those it chose to serve. America inherited these core principles from England.” (HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, pp. 13-14.)

¹⁸⁴ Vide nota 23.

¹⁸⁵ “A *private carrier* hauls its own freight. A *contract carrier* sells service to the specific customers it chooses. A *common carrier*, by contrast, opts to serve all comers, at uniform rates announced in advance.” (HUBER, 1997, p. 142 – tradução livre.)

propriedade]; mas, enquanto ele mantiver esse uso, ele deverá se sujeitar ao controle.¹⁸⁶

A condição de *common carrier*, que era declarada e regulada pelo Judiciário, passou a ser administrada pela ICC e, posteriormente, pela FCC. O Judiciário deixou de ser o ente competente para determinar quando um preço das *common carriers* era justo ou não, mas reteve a competência de revisão das decisões das agências. Na medida em que a jurisprudência foi limitando o escopo da revisão judicial, o Judiciário deixou de ser o protagonista na aplicação e administração do conceito.

Ao mesmo tempo, a lei não dizia que a obrigação de *common carrier* abrangia prover serviço a outras *carriers*. A própria jurisprudência prévia à legislação não havia reconhecido essa obrigação.¹⁸⁷ Isso fez com que o controle público sobre as *common carriers* de telecomunicações se centrasse na regulação de tarifas e na averiguação de condições isonômicas de prestação de serviços para os usuários – sem incluir na categoria de usuários outras *carriers*. A competição, assim, passou longe da preocupação da FCC. E o Judiciário, uma vez que não lhe competia mais aplicar o conceito de *common carrier*, foi alienado de sua evolução conceitual no setor de telecomunicações.

Somadas a divisão federativa de competências – que favoreceu a regulação estadual pró-monopólio –, a fixação pela lei de um conceito de *common carrier* cujos efeitos se voltavam sobretudo à regulação tarifária, e a exclusão do Judiciário da subsequente construção do conceito, o cenário se tornou extremamente favorável para a consolidação do monopólio do Sistema Bell. Essa consolidação, por força do exposto, não foi um efeito indesejado ou imprevisto, mas foi deliberado. Significou a adoção de uma política pública que

¹⁸⁶ “Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence, and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created. He may withdraw his grant by discontinuing the use; but, so long as he maintains the use, he must submit to the control.” (*Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876), p. 126 – tradução livre.)

¹⁸⁷ Cf. HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, pp. 14-16.

consagrou o Paradigma Vail: regulação pública de um monopólio privado. E a divisão estrutural do poder político, tanto do ponto de vista federativo, quanto entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, foi talhada de acordo com o objetivo político que se buscava. Em verdade, a regulação do Sistema Bell era um apêndice em uma agência cuja maior preocupação – tanto dos congressistas que a criaram, como de seus próprios integrantes – era ainda a regulação das radiocomunicações. A principal *common carrier* era a Bell, e do ponto de vista da política federal, regulá-la competia aos estados.

Todavia, quando o Paradigma Vail começou a ruir, e potenciais competidores começaram a questionar o monopólio do Sistema Bell, o Judiciário tornou-se o protagonista de uma nova mudança estrutural. Em decorrência da atuação inicial do Judiciário, surgiria uma nova configuração de política pública para as telecomunicações, que por sua vez demandaria um novo arranjo institucional em que o âmbito federal voltaria a ser privilegiado, em detrimento da competência estadual. Essa mudança, porém, começou na própria FCC, a partir do momento em que esta passou a voltar suas atenções ao serviço de *common carrier*.

2.5. A política setorial novamente se desloca para o âmbito federal, e a FCC perde seu protagonismo para o Judiciário com a separação da AT&T em 1984

Quando começou a funcionar, a FCC possuía ainda a forte memória institucional da FRC, cuja principal preocupação era o setor de radiocomunicação. Em seus primeiros anos de atuação, o próprio Congresso, ao interagir com a recém-criada FCC, pouco

interesse possuía em outros serviços que o de radiodifusão.¹⁸⁸ Além disso, as competências conferidas pelo Congresso davam o claro recado para que a agência deixasse os estados regularem os aspectos intra-estaduais dos serviços prestados sob o regime de *common carrier*. O principal serviço sob o regime de *common carrier* era justamente a telefonia, e apenas 2% do mercado desse serviço correspondia às ligações interestaduais. Finalmente, no regime jurídico fixado pelo *Communications Act* de 1934, não havia a preocupação de garantir às *common carriers* o regime concorrencial – ao contrário, havia o entendimento de que a telefonia era mesmo um monopólio natural, como advogava a AT&T, embora esse monopólio não tenha sido expressamente garantido pela lei. Não surpreende, portanto, que durante muito tempo a FCC tenha se dedicado apenas a regular as tarifas de longa distância praticadas pela AT&T, no que foi extremamente bem sucedida.

Durante esse período, contudo, a forma de atuação da FCC foi bastante peculiar. Ao invés de imposta, a limitação das tarifas foi mormente negociada com a AT&T. Esta, voluntariamente, acedia às pressões da FCC pela redução de preços.¹⁸⁹ E os motivos para tanto são vários e remontam ao próprio contexto político da época.

Em 1934, quando aprovado o *Communications Act*, os EUA ainda sentiam fortemente os efeitos da Crise de 1929. Havia um sentimento geral contrário às grandes corporações, e a grandeza da AT&T e do Sistema Bell não despertavam muita simpatia. Por ocasião do *New Deal*, diversas políticas públicas foram implementadas para restringir o que se via como abusos das grandes corporações. Henck e Strassburg descrevem esse processo:

¹⁸⁸ Cf. HENCK e STRASSBURG, 1988, pp.1-2.

¹⁸⁹ “Soon after the FCC went into business, AT&T signaled that it understood the rules of the road by agreeing to a \$3 million interstate rate reduction. At the end of July 1936, several months after the first hearings in the telephone investigation, a \$7.35 million rate reduction was negotiated. For example, the basic station-to-station rate, similar to today's direct dialed call, was cut to \$7.50 from \$9 for a three-minute New York-to-San Francisco call. Near the end of the same year, another \$12 million reduction, this time mostly on calls up to 234 miles, was announced. By March 1940, the New York-to-San Francisco rate was down to \$6, and it dropped at that time to \$4.50 as the result of another \$5.5 million rate cut. The first night and Sunday rates had gone into effect by then, and the same call became \$3, instead of \$4.25, during those time periods.” (HENCK e STRASSBURG, 1988, p. 6.)

Com reformistas do Congresso e da Administração fazendo estudos, sancionando legislações, estabelecendo novas agências e trazendo inúmeros e ávidos juristas, economistas e outros profissionais para Washington, o negócio de telefonia foi incluído entre as outras proeminentes indústrias nacionais a serem submetidas à vigilância [federal].

Não obstante, a preocupação pública acerca das depredações monopolísticas das companhias telefônicas era muito menos direcionada do que os holofotes voltados aos “barões ladrões” [“*robber barons*”] de outros serviços de infra-estrutura. O serviço telefônico era em geral bom e não havia colapsos financeiros na indústria de telefonia a depauperar milhares de acionistas, ou revelações de manipulações acionárias, fraude ou “*watering*”. O negócio telefônico era ainda um monopólio, todavia, e, conseqüentemente, o lançamento da nova FCC foi acompanhado de uma resolução parlamentar determinando à Comissão fazer o que se tornou conhecido como a Investigação Especial do Telefone [*Special Telephone Investigation*] (abreviadamente conhecida como “a investigação”) e relatar suas conclusões ao Congresso.¹⁹⁰

A relativa tolerância do público quanto ao Sistema Bell ajuda a explicar porque a FCC, comparada às demais agências reguladoras do *New Deal* é um ponto fora da reta. Em um período de grande desconfiança dos “*big businesses*”, em que havia uma demanda por uma regulação pública maior e mais eficaz, a FCC, como visto, apenas consolidou a estrutura regulatório que lhe preexistia. Mais do que isso, as práticas do *New Deal* eram em geral centralizadoras, enquanto o *Communications Act* fez justamente descentralizar a política de telecomunicações para os estados. Por essa razão, Glen Robinson, ex-comissário da FCC, afirma categoricamente que *a FCC apenas nominalmente é um produto do New Deal*.¹⁹¹ De

¹⁹⁰ “With congressional and administration reformers making studies, enacting legislation, setting up new agencies, and bringing large numbers of eager lawyers, economists, and other professionals to Washington, the telephone business was included with the other prominent national industries to come under surveillance.¶/ Nonetheless, public concern about any monopoly depredations of the telephone companies was much less focused than the spotlight turned on “robber barons” in other utility industries. Telephone service was generally good, and there were no financial collapses in the telephone industry wiping out thousands of stockholders, or disclosures of stock manipulation, fraud, or “watering.” The telephone business was still a monopoly, however, and therefore the launching of the new FCC was accompanied by a congressional resolution directing the Commission to make what became known as the *Special Telephone Investigation* (conveniently known as “the investigation”) and to report its recommendations to Congress.” (HENCK e STRASSBURG, 1988, p. 4 – tradução livre.)

¹⁹¹ ROBINSON, 1989, p. 3.

igual modo, Robert Cushman, em seu exaustivo trabalho sobre as comissões independentes nos EUA, não a inclui entre as agências oriundas do *New Deal*.¹⁹²

Não obstante, a desconfiança foi o suficiente para provocar a reação regulatória que culminou na adoção de uma agência especializada em telecomunicações. E, além disso, provocou a resolução parlamentar citada por Henck e Strassburg. Na curiosa data de 1º de abril de 1938, uma FCC fortemente dividida entregou ao Congresso o que chamou de um “relatório provisório”. Nesse relatório, a FCC clamava por dezenove medidas legislativas que lhe conferissem mais poderes, em que se destacava a competência de aprovar previamente decisões administrativas e de política de prestação de serviços tomadas pela AT&T. A imprensa, todavia, enxergou o relatório como um diagnóstico positivo do Sistema Bell. Apesar de ter sido uma das poucas empresas que passou incólume pela Crise de 1929, após as extensas investigações, não se havia constatado lucros excessivos ou práticas fraudulentas.¹⁹³

A AT&T, apesar de ter sido bem sucedida em garantir a proteção pública de seu monopólio, vivia sob a constante ameaça da nacionalização. A curta experiência durante a I Guerra Mundial já havia provado que a hipótese não era um mero devaneio, mas uma possibilidade real. O “relatório provisório” também falava na estatização como uma alternativa à regulação. A companhia, contudo, já havia aprendido com a experiência: desde Vail a AT&T sabia do risco da nacionalização.¹⁹⁴ Por isso, a AT&T cuidava de manter seus

¹⁹² As comissões decorrentes do *New Deal* são tratadas no capítulo V de sua obra (CUSHMAN, 1941, pp. 327-426), e a FCC é incluída no capítulo IV, que trata da evolução das comissões federais após a ICC (*Idem*, pp. 320-327).

¹⁹³ “*Certainly no one in the telephone business was getting obscenely rich. It was pointed out at the end of the investigation that AT&T's earnings, from all sources, had averaged 6.75 percent on its net investment--the total capital in the business less the depreciation and amortization reserves. In 1936 all the carriers under FCC jurisdiction - essentially the larger telephone companies and the domestic and international telegraph companies -filed reports on all officials making \$10,000 a year or more. The average salary for a board chairman was \$45,833, and for a company president it was \$33,000. The entire U.S. telecommunications industry had only three officials making \$62,500 a year or more.*” (HENCK e STRASSBURG, 1988, p. 6.)

¹⁹⁴ “*During the New Deal, and perhaps for a little while thereafter, number one in all Bell System considerations was never to do anything that might lead to outright government ownership, something that could be plainly seen on the rise in a number of nations. There was never any such serious move in the United States, but the worry was there for Bell. AT&T officials never forgot a statement in the investigation staff, or interim, report which went to Congress April 1, 1938. It observed that, in the absence of regulation, government ownership would be almost the only means available to insure telephone service at low cost. The "Walker report" (named*

lucros em níveis aceitáveis e o serviço com bom nível de qualidade. E, quando o “relatório provisório” havia sido entregue, a AT&T já havia consentido, por pressão da FCC, em abaixar consideravelmente suas tarifas.

A atuação da AT&T teve êxito. Somada ao arrefecimento dos ânimos gerados pela Crise de 1929, as medidas propostas pela FCC não encontraram ambiente propício. As medidas propostas em seu relatório sequer foram consideradas pelo Congresso. Ao contrário, quem estava na berlinda agora era a própria FCC.

No início de 1937, o Presidente Roosevelt enviou mensagem ao Congresso com um amplo plano de reorganização administrativa, em que propunha a extinção de todas as agências independentes e a transferência de suas funções para órgãos que compunham seu Gabinete. O plano ainda incluía um famoso e polêmico pacote que pretendia aumentar o número de juízes da Suprema Corte, de forma a possibilitar que Roosevelt alterasse sua composição com membros mais favoráveis ao *New Deal*. O plano foi arquivado, mas em 1939 Roosevelt voltou suas atenções especificamente à FCC. Descontente com sua postura no setor de radiodifusão, o Presidente americano propôs a extinção da comissão e sua substituição por uma nova agência, composta por três membros. Na apreciação da proposta pelo Congresso, debateu-se a separação funcional da FCC em uma divisão para radiodifusão e outra para as *common carriers* – uma idéia antiga, que não tinha sido posta expressamente no *Communications Act* de 1934, mas que o tinha influenciado inclusive na fixação do número de comissários da agência. A proposta foi também arquivada, mas fez com que a agência, em seu relatório final, fosse mais modesta em suas recomendações – a competência de apreciação prévia dos atos de administração da AT&T foi excluída, por exemplo. Mesmo assim, nenhuma das nove recomendações do relatório foi adotada pelo Congresso.

for Commissioner Walker, who presided over the investigation) added, "As a practical matter, government ownership would not be as difficult of attainment as the reestablishment of effective competition." Clearly, it was easier and better for AT&T to help make regulation work." (HENCK e STRASSBURG, 1988, p. 7.)

Contudo, os trabalhos de investigação forneceram o substrato para que a FCC negociasse melhores tarifas interestaduais com AT&T. No início da década de 40, o tráfego telefônico interestadual já havia alcançado números expressivos e a estrutura, inicialmente cara, já havia sido consideravelmente amortizada. O advento da II Guerra Mundial sobrecarregou os correios e o sistema de telegrafia, o que estimulou ainda mais o uso do telefone para comunicações de longa distância. Isso permitiu à FCC negociar cortes tarifários expressivos, sempre com a anuência da AT&T.¹⁹⁵

As sucessivas quedas de tarifas e o expressivo aumento do volume das ligações interestaduais chamaram a atenção dos reguladores estaduais e, uma vez mais, colocaram em voga o debate quanto à separação federativa de competências na telefonia. Os reguladores estaduais se organizaram em uma associação nacional, então nomeada *National Association of Railroad and Utilities Commissioners* – NARUC¹⁹⁶, e passaram a pressionar a FCC para que as tarifas interestaduais subsidiassem as tarifas intra-estaduais. O argumento para tanto foi o mesmo debatido em *Smith v. Illinois Bell Co.*: a separação entre os custos alocados às ligações interestaduais e intra-estaduais. Os reguladores estaduais pressionaram para que uma percentagem cada vez maior dos custos das plantas locais fosse atribuído às ligações interestaduais, o que resultou em inversões financeiras da AT&T para as BOCs, que passaram a subsidiar os planos de acesso local. Surgiu assim o subsídio cruzado, e com ele o forte interesse dos reguladores estaduais na manutenção do monopólio interestadual. As questões atinentes à separação de custos passaram a ser decididas por uma comissão formada por quatro representantes dos reguladores estaduais e dois da FCC, conforme previsão do

¹⁹⁵ O processo de negociação, em geral, se iniciava com o anúncio pela FCC de que iria abrir um processo de revisão de tarifas, ou um processo de investigação a esse respeito. A AT&T então procurava a FCC, que, de posse de suas informações contábeis, pressionava por preços menores. A AT&T, mantendo sua postura cooperativa, preferia deferir à pressão do que litigar. A adesão voluntária da AT&T resultava no arquivamento do processo aberto pela FCC. Esse processo é descrito em HENCK e STRASSBURG, 1988, pp. 1-20.

¹⁹⁶ “Years later, in an effort to modernize its name, as the once-preeminent job of overseeing railroads faded into near oblivion, NARUC appointed a special committee to come up with a new name. The committee, without ever really explaining except that it wanted to preserve the long-accepted acronym, successfully proposed “National Association of Regulatory Utility Commissioners.” It may be the only use of the term “regulatory utility.” whatever it means, in the English language.” (HENCK e STRASSBURG, 1988, p. 16.)

Communications Act. Todavia, conforme previsão da lei, os representantes estaduais não tinham poder de voto nas questões, o que conferia à FCC todo o poder, na prática, para decidi-las.¹⁹⁷ Uma vez que o subsídio cruzado passou a ganhar importância cada vez maior para as políticas de universalização, a FCC progressivamente passou a influenciar as políticas interestaduais de telecomunicações, em um movimento reverso ao que foi determinado com a edição do *Communications Act* em 1934.

Se os subsídios cruzados ganhavam importância e propiciavam um novo alinhamento das competências federativas, sua fonte, o monopólio da AT&T, passou a ser seguida e progressivamente atacado a partir da década de 40. O avanço tecnológico, fruto sobremaneira dos esforços do próprio *Bell Laboratories*¹⁹⁸, criou alternativas para o provimento de telefonia à longa distância. Com isso, já no início dos anos 40 a FCC começou a receber pedidos para o provimento de serviços de longa distância com base em interligações de microondas. Inicialmente, a FCC autorizou o provimento de serviço em linhas não cobertas pela AT&T, mas a agência requeria que essas novas prestadoras abandonassem o serviço quando a área de cobertura da Bell passasse a abranger aquelas linhas. Além disso, a FCC não obrigava a interconexão da Bell com suas competidoras. Com o respaldo da FCC, a AT&T se negava a vender seus serviços a qualquer competidora, e declarava abertamente que o motivo para tanto era a preservação do monopólio na longa distância como meio para o financiamento de ligações locais mais baratas.¹⁹⁹

A atuação da FCC, todavia, começou a mudar no início da década de 50. Em 1951, a agência, em um pronunciamento surpreendente para a época, afirmou a existência de uma política nacional favorecendo a competição quando ela fosse possível. E, com base nessa recém-descoberta política, autorizou que a *Mackay Radio and Telegraph Co.*, uma operadora de circuitos de radiotelegrafia construísse uma linha competitiva para ligações para Portugal e

¹⁹⁷ Cf. HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, pp. 223-226.

¹⁹⁸ Cf. HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, pp. 27-32.

¹⁹⁹ Cf. HUBER, KELLOGG e THORNE, 2004, pp. 280-281.

Holanda. A *RCA Communications*, que era a antiga monopolista na radiotelegrafia para Portugal e Holanda, acionou o judiciário contra a decisão da FCC. O caso chegou à Suprema Corte (*FCC v. RCA Communications, Inc.*, 346 U.S. 86 (1953)), que julgou que a FCC falhou ao demonstrar o interesse público na autorização para a Mackay. Por isso, a corte anulou a autorização concedida pela FCC. Todavia, esse caso merece ser examinado com extrema cautela. Nele, a Suprema Corte não afirmou a impossibilidade da concorrência sob o *Communications Act*. Tampouco afirmou que a FCC não poderia chegar à conclusão de que a concorrência deve sempre ser implementada, sempre que possível. O erro da FCC foi afirmar que se tratava de uma política nacional decorrente do *Communications Act*, quando essa lei não fixava política específica em prol da competição. O voto do relator, a respeito, é esclarecedor:

Dizer que a política nacional, sem maiores considerações, é o suficiente para autorizar uma prestadora competidora sempre que a competição for razoavelmente possível, iria permitir à Comissão abdicar o que nos pareceria uma das principais tarefas que lhe impôs o Congresso. E desde que nós lemos a opinião na Comissão como dizendo exatamente isso, concluímos que o caso deve ser devolvido para reconsideração [pela FCC]. Nós, portanto, não afirmamos que a autorização da Mackay, sob todas as circunstâncias específicas – incluindo a importância que a Comissão poderia legitimamente atribuir aos fatos com base em sua experiência –, não poderia ser de interesse público.²⁰⁰ Pensamos que não é inadmissível para a Comissão – quando ela tornar manifesto que em o fazendo está conscientemente exercendo a discricionariedade que lhe foi conferida pelo Congresso – chegar à conclusão de que autorizações devem ser outorgadas sempre que a competição for razoavelmente possível. Isto precisamente porque o exercício de suas funções lhe confere um *insight* cumulativo não agraciado às cortes, que lidam episodicamente com os problemas práticos envolvidos em tal determinação. Aqui, contudo, a conclusão não foi baseada no julgamento da própria Comissão, mas na injustificada presunção de que era o julgado do Congresso que tais autorizações fossem desejáveis. [...]

²⁰⁰ Como dito anteriormente (p. 123), a partir do *Communications Act* de 1934, o ingresso de novas empresas no mercado interestadual dependia de prévia autorização da FCC, que deveria apurar o interesse e a conveniência públicos da nova autorização.

Ao alcançar uma conclusão como a de que duplicar autorizações é de interesse público sempre que a competição for razoavelmente possível, a Comissão não é obrigada a fazer conclusões específicas de benefícios tangíveis [para o interesse público, decorrentes da competição]. Ela não é obrigada a outorgar autorizações somente se houver uma demonstração fática indicando o imediato benefício para o público. Restringir a atuação da Comissão a casos em que evidências tangíveis – próprias à ação judicial – fossem disponibilizadas, seria desconsiderar uma razão fundamental para a criação de agências administrativas, melhor equipadas como elas são para ponderar intangíveis “por conta de sua especialização, do *insight* adquirido pela experiência e de seus procedimento mais flexível.” [...] É da natureza das coisas que os possíveis benefícios da competição não se deixem demonstrar detalhadamente, [...] mas a Comissão deve ao menos garantir, em tese, que a competição serviria a algum propósito benéfico, tal como manter um bom serviço e melhorá-lo. Apesar de acharmos que a alegação da RCAC [RCA Communications] de que um requerente deve demonstrar benefícios tangíveis é pedir demais, não é exagerado pedir que haja fundamento para a expectativa racional de que a competição possa ter algum efeito benéfico. Somente pressupor que a competição esteja fadada a ser vantajosa, em uma indústria tão regulada e tão fortemente fechada como esta, não é o suficiente.²⁰¹

O efeito imediato da decisão foi o de reverter uma tentativa pró-competição da FCC. Porém, com base na fundamentação do caso, podemos chegar a uma conclusão paradoxal. A Suprema Corte não disse que a FCC não tinha poderes para agir da forma como

²⁰¹ “To say that national policy without more suffices for authorization of a competing carrier wherever competition is reasonably feasible would authorize the Commission to abdicate what would seem to us one of the primary duties imposed on it by Congress. And since we read the opinion of the Commission as saying precisely that, we think the case must be remanded for its reconsideration. We therefore do not say that authorization of Mackay under all the relevant circumstances, including the significance the Commission may rightly attribute to the facts on the basis of its experience, may not be in the public interest. We think it not inadmissible for the Commission, when it makes manifest that in so doing it is conscientiously exercising the discretion given it by Congress, to reach a conclusion whereby authorizations would be granted wherever competition is reasonably feasible. This is so precisely because the exercise of its functions gives it accumulating insight not vouchsafed to courts dealing episodically with the practical problems involved in such determination. Here, however, the conclusion was not based on the Commission's own judgment but rather on the unjustified assumption that it was Congress' judgment that such authorizations are desirable. [...] /§/ In the nature of things, the possible benefits of competition do not lend themselves to detailed forecast, [...], but the Commission must at least warrant, as it were, that competition would serve some beneficial purpose such as maintaining good service and improving it. Although we think RCAC's contention that an applicant must demonstrate tangible benefits is asking too much, it is not too much to ask that there be ground for reasonable expectation that competition may have some beneficial effect. Merely to assume that competition is bound to be of advantage, in an industry so regulated and so largely closed as is this one, is not enough.” (FCC v. RCA Communications, Inc., 346 U.S. 86 (1953), pp. 95-97 – tradução livre.)

agiu. Tampouco afirmou que se tratava de uma política pública, cuja competência privativa para sua fixação era do Congresso. Ao contrário, reconheceu que o “mandato” conferido à comissão era amplo, mas também reconheceu que era intenção do Congresso que esse mandato fosse amplo. Mais do que isso, não considerou essa ampla atribuição de competências inválida. Ao revés, exigiu que a FCC exercesse expressamente a competência que lhe foi atribuída. E, no exercício dessa competência, cabia ao Judiciário a função de verificar sua pertinência lógica intrínseca – o que significa dizer que cabia ao Judiciário assegurar que esse poder não seria exercido arbitrariamente. Em suma, a FCC tinha competência que, ainda que não fosse assim denominada, equivalia à fixar a política pública para o setor de telecomunicações.

A FCC, porém, exerceu suas competências de forma modesta, ao menos do ponto de vista daqueles que pretendiam ingressar no mercado das telecomunicações interestaduais. Os ansiosos potenciais concorrentes da AT&T, em decorrência, buscaram o DoJ e o próprio Judiciário para tentar implementar a competição por meio de ações antitruste. O que se seguiu foi uma série de decisões judiciais que passaram a se somar aos esforços da FCC e, assim, pouco a pouco restringir as áreas em que o monopólio do Sistema Bell era assegurado juridicamente. E na medida em que as decisões judiciais reforçavam a competência da FCC para implementar a competição, e que as medidas da FCC reforçaram o entendimento do próprio Judiciário de que a competição era mais e mais possível, o cenário das telecomunicações foi se modificando à revelia dos estados – que eram em geral amplamente favoráveis ao monopólio e aos subsídios que ele proporcionava.

Com a competição, a AT&T era obrigada a abaixar os preços para segurar a concorrência, o que restringia os lucros a serem deslocados para os serviços locais. E, se não abaixasse os preços, perdia mercado, o que também reduzia o bolo dos subsídios. As autoridades estaduais começaram a reclamar, e a tensão entre a repartição de competências

federativas voltou a ganhar espaço. Todavia, paulatinamente, a competência federal foi se afirmando, em detrimento da competência estadual.

O poder de a FCC suplantar regulações estaduais (chamado de *preemption power*) foi inicialmente afirmado na regulação dos terminais de acesso à rede telefônica (*customer premises equipment – CPE*). O Sistema Bell não admitia que terminais fabricados por terceiros fossem ligados à rede telefônica, alegando que haveria prejuízo à integridade da rede. Tratava-se de uma presunção absoluta, imposta pela Bell e por muito tempo chancelada pela FCC. A AT&T e suas afiliadas forneciam o serviço de ponta-a-ponta, e tudo envolvido no serviço deveria ser oriundo do Sistema Bell. Todavia, em 1968, ao julgar a possibilidade de um equipamento chamado *Carterfone* ser ligado à rede, a FCC entendeu que a Bell não conseguiu demonstrar prejuízo algum, e ordenou que qualquer CPE poderia ser ligado à rede telefônica, desde que essa ligação não afetasse a operação da companhia telefônica ou a utilidade do sistema telefônico em geral.²⁰² A partir de *Carterfone*, o Judiciário mudou também sua postura perante o Sistema Bell e o provimento de CPEs, e a Bell, que antes vencia com facilidade os casos antitruste sobre o tema, passou a sofrer seguidas condenações.

Ocorre que os equipamentos telefônicos também estão sujeitos à regulação pelas agências estaduais, que não compartilhavam da agenda pró-competição de sua colega federal. Alguns anos depois da decisão de *Carterfone*, diversos estados já haviam baixado regulamentos que proibiam a conexão de CPEs produzidos fora do Sistema Bell para uso em ligações locais – seu uso seria admitido apenas para ligações interestaduais. A FCC reagiu e declarou que esses regulamentos eram contrários à política federal de competição no fornecimento de equipamentos terminais, e por isso declarou suplantados (*preempted*) os regulamentos estaduais. A questão foi parar no Judiciário, e o Tribunal Federal de Apelações

²⁰² O Sistema Bell, posteriormente, reagiria mediante a aplicação de tarifas específicas para a conexão de CPEs não produzidos pela Bell. Essas tarifas, conhecidas como *protective connecting arrangements – PCAs*, foram inicialmente aceitas pela FCC, que, todavia, em 1975 determinaria sua substituição por medidas simples de certificação. Sobre a longa evolução na conexão dos CPE, vide HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, pp.651-730.

do Quarto Circuito, no caso *North Carolina Utility Commission v. FCC* (537 F.2d 787 (4th Cir. 1976)). E o tribunal validou a decisão da FCC, não obstante reconhecer que em 97% do tempo os CPEs eram utilizados em ligações intra-estaduais. Com isso, foi reconhecido à FCC o poder de se sobrepor aos regulamentos estaduais, quando houvesse aspectos interestaduais a serem regulados, ainda que presentes também aspectos intra-estaduais. Um ano depois, novamente em um caso envolvendo a *North Carolina Utility Commission*, o mesmo Tribunal Federal de Apelações do Quarto Circuito reiterou a competência da FCC para suplantar decisões estaduais, em um caso também envolvendo CPEs.²⁰³

O precedente fixado por esses dois casos foi reafirmado pelas demais cortes federais²⁰⁴, e suas disposições prevaleceriam na determinação das competências da FCC até 1986. Neste ano, a Suprema Corte, no caso *Louisiana Public Service Commission v. FCC* (476 U.S. 355 (1986)), reverteu decisão da FCC que obrigava os estados a adotarem os critérios de depreciação daquela agência, ao invés daqueles fixados por suas próprias PUCs, na fixação das tarifas intra-estaduais de telecomunicações. A FCC alegava que a aplicação de seus critérios de depreciação era fundamental para a implementação da competição, pois os índices de depreciação usados pelos estados não permitiam a adequada remuneração de capital para novos investimentos, essenciais à competição. A Suprema Corte, porém, entendeu que a FCC havia desrespeitado os limites fixados pelo *Communications Act* de 1934, segundo o qual as telecomunicações intra-estaduais eram de competência exclusiva dos estados. Não obstante, a corte reconheceu a dificuldade em separar a estrutura dedicada à telefonia de longa distância daquela dedicada à curta distância, e admitiu expressamente a aplicação dos precedentes do Quarto Circuito em casos em que fosse impossível dissociar a infra-estrutura dedicada a serviços intra e interestaduais.

²⁰³ *North Carolina Utility Commission v. FCC*, 552 F.2d 1036 (4th Cir. 1977).

²⁰⁴ Cf. HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, pp. 234-240.

Todavia, entre a primeira decisão do Tribunal Federal de Apelações do Quarto Circuito em 1976, e a decisão da Suprema Corte em 1986, uma seqüência de ações judiciais antitruste modificaram completamente o panorama das telecomunicações americanas. Como dito, a partir da decisão da FCC no caso *Carterfone*, as pressões antitruste contra a Bell continuaram com progressivas vitórias e, pouco a pouco, a liberalização avançava. Até que a *Microwave Communications, Inc.* – MCI provocou a quebra judicial do monopólio da AT&T na longa distância.

Em 1969, após uma espera de seis anos, a MCI conseguiu junto a uma extremamente dividida FCC – a decisão foi por 4 votos a 3 – autorização para operar um circuito de microondas para prestar serviço de telecomunicação de longa distância entre Chicago, no Estado de Illinois, e St. Louis, no Estado do Missouri. A autorização inicialmente contemplava a prestação de serviços ponto-a-ponto, e não provia o direito de interconexão com a rede de telefonia já estabelecida. Segundo a classificação da FCC, a MCI era uma *specialized carrier*, que poderia prestar serviços privados de telecomunicações (*private line services*). Outras localidades foram progressivamente atendidas pela MCI, no mesmo modelo. Em 1971, a FCC publicou um regulamento definindo as condições de acesso das *Specialized Carriers*, onde fixou a obrigatoriedade de o Sistema Bell fornecer interconexão às *specialized carriers* para o provimento dos seus *private line services*.

A situação progrediu até que, em 1974, a MCI, em um processo de revisão de suas tarifas, solicitou para a FCC a aprovação de um serviço chamado *Execunet*, que permitiria a seus assinantes falar com qualquer telefone das localidades em que a MCI estivesse presente. Para tanto, o assinante deveria ligar um número da MCI, discar seu código de acesso ao serviço e depois discar o número de telefone desejado. Os assinantes do *Execunet* seriam tarifados de forma bastante similar aos usuários dos serviços de longa distância da AT&T.

Sob forte pressão da AT&T, a FCC, por meio de um procedimento de circuito deliberativo, rejeitou o pedido da MCI, alegando que a condição de *specialized carrier* não permitia a prestação de *serviços públicos* de telefonia. A MCI desafiou a decisão judicialmente, alegando que o procedimento adotado foi ilegal. A FCC requereu e obteve uma medida judicial que lhe permitiu reavaliar sua decisão, antes que o caso fosse avaliado em juízo. Desta vez, a FCC conduziu um complexo procedimento de avaliação do pedido da MCI, com ampla manifestação das partes interessadas. Novamente, porém, a conclusão foi pela não admissão do pedido. Uma vez mais, a MCI procurou o Judiciário. E o Tribunal de Apelações do Circuito do Distrito de Columbia, no caso que ficou conhecido como *Execunet I*²⁰⁵, reverteu a decisão da FCC, ao que o serviço Execunet pôde ser prestado. Não obstante, a corte reconheceu que a FCC poderia ter limitado a prestação de serviços por uma *specialized carrier*, desde que essa limitação constasse de seu termo de autorização e que houvesse sido conferida uma justificativa adequada ao critério do *interesse público*. Mais do que isso, reconheceu que a FCC tinha competência para determinar a presença ou ausência de competição no setor. Contudo, no caso dos *Specialized Services*, a comissão não havia limitado os serviços que poderiam ser prestados. Em última análise, a FCC não havia dito em lugar algum que os *private line services* eram em essência distintos dos serviços de longa distância providos pela AT&T. Assim sendo, não poderia agora construir uma limitação a partir de regras que originalmente não a previam. Portanto, se tratava de uma questão de coerência com seus próprios atos e, em última análise, de se evitar o arbítrio. A conclusão do relator deixa transparecer esse raciocínio:

A Comissão não tem autoridade geral para insistir que prestadoras recebam sua aprovação antes de solicitar tarifas propondo novos serviços ou preços. Somente se a Comissão houver determinado [previamente] que a conveniência e a necessidade públicas podem requerer que esses novos serviços estejam sujeitos à aprovação

²⁰⁵ *MCI Telecommunications Corporation v. FCC*, 561 F.2d 365 (D.C. Cir. 1977).

prévia, poderá ela rejeitar uma tarifa como não-autorizada. Ao assim concluirmos, nós não tivemos de ponderar, e de fato não ponderamos, se a competição – como a imposta pelo Execunet – é de interesse público. Esta é uma questão para a Comissão decidir, caso ela deseje continuar com estes procedimentos [aqui analisados]. Nesse caso, a Comissão deve ter em mente que, tal como ela não é livre para criar competição pela competição em si²⁰⁶, ela não é livre para propagar o monopólio pelo monopólio em si. O teste final da estrutura industrial no campo das comunicações de *common carrier* deve ser o interesse público, não os interesses financeiros privados daqueles que até agora aproveitaram os frutos de um monopólio de fato.²⁰⁷

Somadas a decisão de *Execunet I* e a decisão da Suprema Corte em *FCC v. RCA Communications*, ainda que seus efeitos práticos tenham sido absolutamente opostos, é possível encontrar um núcleo essencial de coerência no que diz respeito às funções da FCC. O Judiciário entendeu que a autorização de concorrentes deve respeitar o interesse público, pois este foi o critério colocado pelo Congresso. Assim, não basta à FCC decidir, ela deve explicitar as razões que pautam a sua aplicação do critério *interesse público*. Novamente, o Judiciário, em sua função de revisor, exigiu que a FCC exercesse explicitamente sua função de formulação de políticas públicas. A FCC não poderia se furtar a explicitar que política era essa, e de que forma ela se amelhava com o critério geral e abstrato fixado pelo Congresso. A FCC tinha o poder de fazê-lo, porém não podia fazê-lo arbitrariamente.

A decisão de *Execunet I*, porém, não foi aceita pacificamente. A AT&T e a FCC tentaram revertê-la na Suprema Corte, que todavia não admitiu o recurso. A AT&T, então, anunciou que não proveria interconexão às *specialized carriers*, e peticionou à FCC

²⁰⁶ A decisão, no ponto, faz referência ao precedente fixado pela Suprema Corte no caso *FCC v. RCA Communications, Inc.*, 346 U.S. 86 (1953). Sobre este caso, vide comentários *supra*, às pp. 133 e ss. deste trabalho.

²⁰⁷ “*The Commission has no general authority to insist that carriers receive its approval before filing tariffs proposing new services or rates. Only if the Commission has determined that the public convenience and necessity may require that new services receive advance approval can it then reject a tariff as unauthorized. In so holding we have not had to consider, and have not considered, whether competition like that posed by Execunet is in the public interest. That will be the question for the Commission to decide should it elect to continue these proceedings. In that eventuality the Commission must be ever mindful that, just as it is not free to create competition for competition's sake, it is not free to propagate monopoly for monopoly's sake. The ultimate test of industry structure in the communications common carrier field must be the public interest, not the private financial interests of those who have until now enjoyed the fruits of de facto monopoly.*” (*MCI Telecommunications Corporation v. FCC*, 561 F.2d 365 (D.C. Cir. 1977) – tradução livre.)

solicitando uma ordem que declarasse a ausência de obrigação nesse sentido. A FCC conferiu essa ordem pouco depois, o que levou a MCI novamente à Justiça. O caso foi novamente analisado pelo Tribunal Federal de Apelações do Circuito de D.C., cujo julgado é conhecido como *Execunet II*.²⁰⁸ E o tribunal reafirmou suas conclusões, verificando que, também nesse caso, a FCC foi arbitrária exatamente no ponto verificado em *Execunet I*. Segundo o tribunal, as regras das *Specialized Carriers* adotadas anteriormente pela FCC obrigavam a AT&T a fornecer a interconexão. Como em *Execunet I* a conclusão foi de que as regras da FCC em vigor não impediam uma *specialized carrier* a prover serviço de telefonia de longa distância, não poderia a FCC alegar justamente essa distinção para limitar a obrigação de interconexão da AT&T apenas aos *private line services*. Portanto, novamente o fundamento judicial foi a própria coerência da FCC em seus regulamentos, não a ausência de seu poder.

Diante das decisões em *Execunet I* e *II*, a FCC poderia passar a impor limitações à concorrência com a AT&T nas autorizações subseqüentes, ou mesmo elaborar regulamentos nesse sentido. Não foi isso, porém, o que fez. A concorrência havia recebido a chancela do grande público, que não mais via as telecomunicações sob o prisma do Paradigma Vail.²⁰⁹ A própria FCC, antes dividida entre os que eram favoráveis e os que eram contrários à FCC, caminhava mais e mais para a competição. E em 1980, dois anos após *Execunet II*, a FCC baixou uma nova política para a telefonia de longa distância, em que a competição e a livre iniciativa seriam a regra.

Paralelamente, outro movimento pela liberalização ocorreu. As atitudes da AT&T contra suas novas competidoras, especialmente a MCI, chamaram a atenção das autoridades antitruste americanas, que resolveram agir. Sob a presidência de John DeButts, a AT&T abandonou a postura conciliadora inaugurada por Vail e partiu para o ataque, como forma de preservar seu domínio de mercado. Apesar de determinada pela FCC, a interconexão

²⁰⁸ *MCI Telecommunications Corporation v. FCC*, 580 F.2d 590 (D.C. Cir. 1978)

²⁰⁹ Cf. BYRNES, 1999, p. 37.

era seguidamente negada, e quando não negada eram cobrados preços muito altos. O antigo artifício, usado pelas ferrovias em seu relacionamento inicial com a FCC, de sobrecarregar o ente regulador com inúmeros e seguidos pedidos de revisão tarifária, foi adotado pelo Sistema Bell com relação às tarifas de interconexão.²¹⁰ Em consequência, as novas companhias telefônicas foram buscar o DoJ e o Judiciário para reclamar do abuso de poder de mercado praticado pelo Sistema Bell. O resultado, entretanto, seria ainda mais dramático do que a atuação da MCI sozinha nos casos *Execunet*. A atuação do DoJ culminaria com a quebra do monopólio da AT&T na longa distância, e deslocaria para o Judiciário o protagonismo da fixação da política do setor.

Em 1974, o DoJ ingressou com uma ação antitruste contra a AT&T, alegando essencialmente que ela se valia de seu monopólio nos serviços locais e no fornecimento de equipamentos para sustentar o monopólio da longa distância. O DoJ atacou as seguidas negativas de interconexão do Sistema Bell com as prestadoras de *private line services* e e, quando existente a interconexão, a discriminação de tarifas de acesso praticadas para com as competidoras e para com a AT&T e a cobrança por esta de preços abaixo do custo (*dumping*) nas linhas onde havia competição. Também denunciou a imposição de uso de CPEs produzidas pela Western Electric e alugadas junto às BOCs e a cobrança de tarifas adicionais para uso de outros equipamentos como indícios de abuso de poder de mercado.

Após anos de inação em decorrência do frágil estado de saúde do juiz federal para quem o caso foi distribuído, este veio a falecer em 1978. Em 15 de janeiro de 1981, a ação foi distribuída para o juiz Harold Greene.²¹¹ E Greene desde o início assumiu uma postura ativa no caso. Após a primeira parte da dilação probatória, em que o DoJ, na condição

²¹⁰ Sobre as práticas adotadas pelo Sistema Bell sob a presidência de DeButts, vide BYRNES, 1999, pp. 38-39; ARANHA, 2005, pp. 157-158.

²¹¹ O falecimento do juiz Joseph Waddy e a distribuição do caso para o juiz Greene é frequentemente citado como o acaso que provocou a separação da AT&T. Isso porque o juiz Waddy era também relator de uma ação antitruste proposta pela Southern Pacific Communications Co. (que viria a se tornar a atual Sprint, e que em 1999 fundiu-se à MCI), e o caso foi distribuído a outro juiz. No caso Southern Pacific, a Bell foi inocentada de qualquer prática anticompetitiva no mercado de longa distância.

de autor da ação, apresentou o caso e conduziu a oitiva de mais de cem testemunhas, a AT&T se valeu de uma medida judicial para provocar a extinção da ação em decorrência da ausência de fundamentos de fato e de direito que dessem suporte ao pedido do autor. O juiz Greene indeferiu o pedido da AT&T, e em sua decisão foi veemente ao afirmar que a telefonia local era um monopólio natural e, por isso, não podia ser replicada pelos competidores do Sistema Bell. Por um lado, o acesso à rede local seria essencial para a prestação de serviços de longa distância, e o domínio desse monopólio conferia os meios para possível abuso de poder por parte da AT&T.²¹² Por outro lado, nos termos da decisão, o autor havia conseguido provar a possível *intenção anticompetitiva* por parte da ré na manutenção de sua posição no mercado interestadual, na medida em que a AT&T praticava tarifas sem prestar referência aos custos do serviço.²¹³ A decisão de Greene projetava um cenário desfavorável à AT&T, que percebeu que poderia perder.

Entrementes, William Baxter, um acadêmico de Stanford com opiniões bastante moderadas sobre a interferência do governo no mercado, assumiu a chefia da divisão antitruste do DoJ por indicação do Governo Reagan. Isso gerou expectativa na AT&T de que poderia um bom acordo com o governo. Somada essa expectativa ao prognóstico negativo no julgamento do caso, a AT&T resolveu abrir negociações com o DoJ. Baxter, porém, não foi condescendente como esperava a AT&T.²¹⁴ Ele se convencera de a exploração concomitante de atividades sujeitas ao monopólio legal e de atividades sujeitas à livre concorrência tornava

²¹² Na decisão o juiz Greene afirmou que: “*It may be helpful at the outset to state the applicable legal standard. Any company which controls an “essential facility” or a “strategic bottleneck” in the market violates the antitrust laws if it fails to make access to that facility available to its competitors on fair and reasonable terms that do not disadvantage them [...]. In the view of the Court, it is clear that the local facilities controlled by Bell are “essential facilities”...*” (*United States v. AT&T*, 524 F. Supp. 1336 (D.D.C. 1981) *Apud* BRANDS e LEO, 1999, p. 277). Sobre a doutrina das *essential facilities* e sua aplicação nas telecomunicações, vide BRANDS e LEO, 1999, p. 274; HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, pp. 327-329; RAMIRES, 2005, pp. 213-215.

²¹³ “*To consider pricing-without-regard-to-cost evidence on this basis would not shift the burden of persuasion to defendants; it would merely be a recognition that, given the circumstances of this case, the evidence is adequate to meet the governments’ initial burden of proving that defendants possessed anticompetitive intent. Certainly, the various practices catalogued supra, if ultimately believed by the Court to have occurred, would establish such an intent (even if they were not regarded as establishing predatory conduct).*” (*United States v. AT&T*, 524 F. Supp. 1336 (D.D.C. 1981) *Apud* BRANDS e LEO, 1999, p. 283.)

²¹⁴ BRANDS e LEO, 1999, pp. 285-286, contém um excerto das opiniões de Baxter sobre o monopólio da AT&T.

impossível controlar eficazmente eventuais abusos por parte do Sistema Bell. Uma vez que os custos eram compartilhados por serviços sujeitos à regulação monopolística e por serviços sujeitos à competição, a Bell poderia atribuir os custos do serviço competitivo ao monopólio, recuperar esses custos pela tarifa regulada e, com isso, financiar indefinidamente preços baixos para afastar a concorrência nas atividades competitivas. Por outro lado, o subsídio cruzado entre serviços interestaduais e intra-estaduais serviria de estímulo para as PUCs chancelarem práticas anticompetitivas da AT&T, como sobretarifas de conexão e negativa de interconexão. Para Baxter, a única forma de impedir o abuso de poder por parte do Sistema Bell era separar as atividades competitivas das monopolísticas. Em decorrência, as condições impostas pelo DoJ foram rigorosas. Baxter foi inflexível, somente assinaria um acordo que contemplasse a separação da AT&T, que operava o serviço interestadual, das BOCs, que operavam os serviços intra-estaduais. A veemência da decisão de Greene fez com que, em 1982, a Bell aceitasse o acordo.

Para ser válido, o acordo teve ainda de ser homologado pelo juiz Greene, que lhe após algumas modificações. Essencialmente, o acordo previa a separação do Sistema Bell em dois. De um lado, ficariam os serviços de telefonia local (*local exchange*), que eram considerados um monopólio necessário. De outro, os serviços de longa distância e a venda de equipamentos, que deveriam ser prestados em regime de absoluta competição. A AT&T deveria apresentar um plano de reorganização que refletisse a separação estrutural desses serviços, e que deveria ser aceito pelo DoJ.

Ao final, o plano de reorganização previu a divisão dos serviços locais, prestados então por 22 BOCs, entre sete *holdings* regionais, denominadas *Regional Bell Operating Companies – RBOCs*.²¹⁵ Além disso, o território coberto pelo Sistema Bell foi

²¹⁵ As sete RBOCs são: Ameritech, Bell Atlantic, BellSouth, NYNEX, Pacific Telesis, Southwestern Bell e U.S. West.

dividido em diversas regiões, denominadas *Local Access and Transport Areas – LATAs*.²¹⁶ Assim, cada RBOC foi incumbida de prestar o serviço em diversas LATAs. Ligações dentro de uma LATA (*intraLATA*) eram consideradas serviço local (*exchange service*) e, por isso, poderiam ser prestadas por uma RBOC. Ligações entre LATAs (*interLATA*) não poderiam ser efetuadas por uma RBOC, e eram consideradas serviço de longa distância (*interexchange service*). Esperava-se que as prestadoras de longa distância estabelecessem pontos de presença em cada LATA, o que reforçaria a competição. Ao prover acesso local para as competidoras de longa distância, as RBOCs eram expressamente obrigadas a fornecer condições isonômicas, de modo a evitar qualquer favorecimento da AT&T – que ficou com os serviços de longa distância do extinto Sistema Bell.

O acordo resultou em uma profunda modificação institucional do setor de telecomunicações, não apenas do ponto de vista do Sistema Bell, mas também do ponto de vista da repartição de competências estatais para a sua regulação. O cumprimento dos termos do acordo passou a ser supervisionado diretamente pelo juiz Greene, o que catapultou seu gabinete para ser uma espécie de FCC paralela. Ao mesmo tempo, a existência de várias LATAs em um mesmo estado fez com que mesmo serviços intra-estaduais fossem considerados serviços de longa distância competitivos, o que atraiu a competência da FCC para regulá-los. Até mesmo dentro de uma LATA os estados perderam parte de sua competência, à medida que a FCC passou a fixar as condições para o fornecimento de serviços de acesso às redes locais.

Em decorrência, o Judiciário, nomeadamente o gabinete do juiz Greene, assumiu destacado protagonismo no período posterior ao acordo. Adicionalmente, o foco da regulação de telecomunicações novamente se deslocou para o âmbito federal, com a FCC cada vez mais suplantando as decisões estaduais. Em geral, consolidou-se uma política

²¹⁶ Eram 167 as LATAs. A maior parte dos estados compreendia diversas LATAs – Nova Iorque foi dividida em sete, a Califórnia em onze, etc. Entretanto, nove LATAs correspondiam a estados inteiros, como foi o caso em Delaware, Novo México, Wyoming, entre outros. Cf. BRANDS e LEO, 1999, p. 311.

federal, centrada no Judiciário e na FCC, em prol da competição. Esse cenário duraria de 1984, data de início da vigência do acordo entre DoJ e AT&T, a 1996, quando o Congresso americano voltaria a protagonizar a política setorial mediante uma grande revisão legislativa do *Communications Act* de 1934.

2.6. Desregulação regulada? O *Telecommunications Act* de 1996 e a revisão das competências da FCC

As pressões no Congresso americano para revisar o *Communications Act* de 1934 se iniciaram em meados da década de 1970, e foram protagonizadas por uma AT&T consternada com as incursões em seu monopólio da longa distância. A AT&T, contudo, não conseguiu arregimentar apoio o suficiente para que qualquer proposta avançasse. Ao revés, na medida em que o tempo passava, crescia o apoio à concorrência, e até mesmo alguns estados passaram a admitir a competição em serviços intra-LATA.

Com a quebra do monopólio interestadual e a cisão do Sistema Bell, o cenário ganhou complexidade ainda maior.²¹⁷ As prestadoras de longa distância (denominadas *Interexchange Carriers* – IXC), apesar de terem reconhecido o seu direito a competir e a obter interconexão, tinham que suportar longas e custosas batalhas para implementar suas redes. Não havia um quadro normativo que regulasse a interconexão, e isso dava espaço para que as BOCs e as demais prestadoras de telefonia local (denominadas *Local Exchange Carriers* – LECs) usassem cada detalhe para postergar ou encarecer a interconexão.

²¹⁷ Cf. BYRNES, 1999, pp. 50-53.

Por outro lado, na medida em que as BOCs passaram a ter interesses divergentes entre si e para com a AT&T, surgiram pautas distintas. A AT&T passou a buscar melhores condições de acesso. E as BOCs tentavam convencer as autoridades a liberarem seu ingresso no mercado de longa distância. E para tanto, passaram a advogar que o mercado de telefonia local não era um monopólio natural, mas um mercado competitivo. Com isso, não seriam mais donas de *essential facilities*, pois haveria outras alternativas de acesso. E, por conseguinte, não haveria porque manter a rígida separação estrutural que impedia seu ingresso no mercado de longa distância.

Do lado dos reguladores, as incursões federais sobre áreas antes reguladas pelos estados alimentaram a tensão federativa do modelo de separação de competências do *Communications Act* de 1934. Se, à época da promulgação dessa lei, a telefonia era um negócio sobretudo intra-estadual, na década de 90 as redes de telefonia constituíam um sistema nacional integrado, em que se agregavam diversas novas tecnologias e que se propunham a serviços antes impossíveis de se imaginar. A TV a cabo e o telefone celular já eram uma realidade. A Internet alimentava uma cada vez mais poderosa indústria, que consumia intensivamente os serviços de telecomunicações. A digitalização das redes já contava com duas décadas de consolidação, e a convergência se apresentava como um problema a ser resolvido. A repartição de competências com base em serviços locais e interestaduais traçava uma linha imaginária em serviços pensados nacionalmente. A presença cada vez mais ubíqua das redes de telecomunicações tornou o conflito entre FCC e PUCs mais e mais acirrado, cuja solução não podia mais ser encontrada na antiga lei de 1934.

Por outro lado, o implemento da competição e a cisão da AT&T levaram a uma releitura da regulação da telefonia nos EUA. Se antes o *Communications Act* de 1934 e, especialmente, as legislações estaduais foram vistas como uma resposta estatal inevitável frente a um inquestionável monopólio natural, agora havia quem culpasse a regulação pela

existência de um nefasto monopólio privado. Alimentados por novas teorias econômicas que apontavam a presença de *falhas de governo* e as consideravam mais nocivas do que as *falhas de mercado*, e que questionavam o *interesse público* subjacente à regulação²¹⁸, doutrinadores de renome surgiram para questionar a pertinência da regulação de telecomunicações, afirmando que assim como o *Communications Act* de 1934 havia originado um monopólio, mais regulação – ainda que com o fim de implementar a competição – traria menos concorrência e menos bem-estar social.²¹⁹ Em decorrência, a *desregulação* passou a ocupar posição de destaque no projeto político das telecomunicações.

A partir dos anos 90, portanto, os descendentes do Sistema Bell abandonaram de vez o discurso monopolístico, a regulação em si foi questionada e, com isso, o Paradigma Vail encontrou seu fim. Em 1996, quando o Congresso americano aprovou o *Telecommunications Act*, os três pilares sobre os quais o modelo anterior de regulação se apoiava foram derrubados: exclusividade de prestação de serviços de telecomunicações (*protected franchise*); restrição ao monopolista quanto à exploração de outros serviços (*quarantine*)²²⁰; controle integral de preços e condições de prestação dos serviços de telecomunicações (*cradle-to-grave regulation*).²²¹

O *Telecommunications Act* de 1996 foi implementado como uma grande emenda ao *Communications Act* de 1934. Todavia, o resultado foi a completa modificação da política de telecomunicações americana. A lei tinha por objetivo viabilizar a progressiva abertura do setor em direção a *um novo paradigma de competição irrestrita*, pautado por um

²¹⁸ Sobre o ponto de vista dessas teorias econômicas, vide: STIGLER, 2004; POSNER, 2004. Sobre uma contextualização dessas teorias e confronto com outras teorias da regulação, vide: MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 16-78.

²¹⁹ Por exemplo, afirmando que o desenvolvimento do conceito de *common carrier* pelo Judiciário traria efeitos muito melhores do que a regulação pela FCC, vide: HUBER, 1997.

²²⁰ Essa vedação, como visto, não foi produto do *Communications Act* de 1934, mas do acordo judicial que determinou a cisão do Sistema Bell. Todavia, o seu fundamento era sobretudo a presença e legitimidade de um monopólio protegido pelo Estado sobre os serviços locais. Isso permite identificar essa característica com o modelo regulatório inaugurado em 1934, ainda que a restrição em si lhe tenha sido posterior.

²²¹ Cf. HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, p. 2.

*ambiente verdadeiramente desregulado.*²²² Paradoxalmente, com a lei ainda buscou-se a garantia do *serviço universal*. Nas palavras do Presidente da FCC à época da promulgação da lei:

O *Telecommunications Act* reflete um consenso bipartidário de que desregular e introduzir a competição nos maiores mercados monopolísticos da América oferece numerosos benefícios potenciais para consumidores, usuários empresariais, companhias de comunicação e a economia como um todo. [...] Junto com desmonopolização dos mercados de telefonia local, um dos maiores desafios do *Telecommunications Act* é reconciliar nosso compromisso com a competição com o nosso compromisso com o serviço universal. De fato, uma das maiores dificuldades da FCC e dos estados será desvendar a relação entre serviço universal, reforma de preços de acesso e regras de interconexão.²²³

O *Telecommunications Act* de 1996, portanto, buscou conciliar a face que havia caracterizado a política federal anterior à lei – a competição – com a maior preocupação dos estados – o serviço universal.²²⁴ A competição, todavia, foi definitivamente trazida para o âmbito das comunicações locais. Para tanto, a lei expressamente derogou qualquer legislação

²²² Cf. ARANHA, 2005, pp. 151-152.

²²³ “*The Telecommunications Act reflects a bipartisan consensus that deregulating and introducing competition in America's largest monopolized markets offers numerous potential benefits for consumers, business users, communications companies, and the economy as a whole (...) Along with demonopolizing local telephone markets, one of the Telecommunications Act's great challenges is to reconcile our commitment to competition with our commitment to universal service. In fact, one of the FCC's and the states' toughest challenges is to figure out the relationship between universal service, access charge reform, and interconnection rules*”

²²⁴ O conceito de serviço universal, porém, foi renovado: “Foram duas as razões pelas quais o conceito de serviço universal não pôde ser resumido à crença em um *sistema universal* ou *rede universal* construída por intermédio de intensa propaganda do *Bell System*. A primeira delas refere-se a uma segunda concepção de serviço universal: à compreensão de que o enfoque de proteção do serviço universal decorre de política pública de acesso ao serviço do maior número possível de pessoas, ou seja, do interesse de acesso universal de todos ao serviço, ao invés da característica temporalmente anterior de plena funcionalidade integrada das redes de telefonia. Tal proposta teria sido explicitada a partir da participação, em 1975, de Eugene V. Rostow, no caso patrocinado pelo Departamento de Justiça norte-americano (DOJ) contra a AT&T. A segunda razão de afastamento entre os dois conceitos de *sistema universal* e *serviço universal* é a de que há um terceiro sentido de serviço universal, que vai além do acesso de todos ao serviço telefônico de voz e que foi consolidado, nos Estados Unidos, a partir do *Telecommunications Act* de 1996: a disponibilidade de *novos serviços* de telecomunicações para os cidadãos, gerando, assim, não somente no modelo norte-americano, mas também no da União Européia e no do Brasil, flexibilidade na extensão do conceito e a conseqüente periódica reconsideração do rol de atividades atendidas pelo serviço universal. Portanto, com base neste último sentido, o foco de análise do serviço universal está voltado à preservação da *utilidade* prestada ao indivíduo; à expansão do bem-estar do serviço para toda a população.” (ARANHA, 2005, pp. 163-164).

estadual que constitua uma barreira à entrada – surgiu e passou a ser protegida a figura da *Competitive Local Exchange Carrier* – CLEC, que se opõe às empresas de telefonia local já estabelecidas (ou *Incumbent Local Exchange Carriers* – ILECs).

A partir do *Telecommunications Act* de 1996, as ILECs são obrigadas por lei a negociar a interconexão *de boa-fé*, em qualquer ponto tecnicamente viável e em condições isonômicas de preço e qualidade, sendo que o preço segue a disciplina tradicional das *common carriers*: deve ser justo, razoável e não-discriminatório. Outras medidas pró-competitivas foram adotadas, como a *portabilidade numérica*, a oferta de uso de elementos isolados de rede (*unbundling*), permissão para revenda, entre outros.

Em contrapartida, as ILECs podem ingressar livremente no mercado de longa distância – exceto as RBOCs. Estas sofrem a incidência de disciplina específica. Permitiu-se às RBOCs imediatamente competir no mercado de longa distância fora de sua região de atuação local, porém o fornecimento de serviços interLATA na área em que prestam serviços locais depende de uma autorização específica por parte da FCC. Essa autorização, por sua vez, somente pode ser concedida após a adoção de um elenco de medidas pró-competitivas elencadas na lei, que prevê desde o *unbundling* de elementos específicos de rede, até a inclusão dos dados dos assinantes das CLECs nas listas telefônicas. A lei manteve expressamente os termos do acordo judicial que fixou as LATAs. Seu limite geográfico, porém, passou a poder ser alterado pela FCC, que também assumiu a competência para fiscalizar as RBOCs no que diz respeito aos requisitos de separação estrutural e funcional de serviços. Com isso, encerrou-se o período de regulação pelo gabinete do juiz Greene.

Se o propugnado objetivo de afirmar a competição recebeu extenso tratamento, as mais de *cem páginas de prosa impenetravelmente densa e complexa*²²⁵ que constituem o *Telecommunications Act* de 1996 permitem questionar seu caráter *desregulamentador*.

²²⁵ HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, p. 53.

Efetivamente, sob a *deregulation* nas telecomunicações se verifica uma mudança de política, não uma diminuição da intervenção estatal.

De fato, os pilares regulatórios do passado foram modificados: o monopólio sob proteção estatal (*protected franchise*) deu lugar à competição; as separações estrutural e funcional entre serviços locais e interestaduais (*quarantine*) se submeteram a um cronograma que culmina com sua inexistência; a regulação de preços também se prevê inexistente em um mercado sob livre concorrência. Contudo, ainda há intensa regulação sobre diversos aspectos dos negócios de telecomunicações. A lei não fixa unilateralmente os contratos de interconexão e os termos de acesso que devem ser firmados. A lei não dispõe sobre que serviços devem ser ofertados, e por quem. Tampouco a FCC, ou as autoridades estaduais, ficaram com a competência para fixar esses pontos. Não obstante, a lei cria detalhados procedimentos de negociação, em diversos casos fixa a competência da FCC para resolver conflitos, e, no caso das RBOCs, especifica obrigações de compartilhamento desta ou daquela infra-estrutura. A mera existência de obrigações de universalização exige um planejamento sistêmico que, à ausência de um monopolista, demanda soluções normativas legais ou ilegais. O que houve, portanto, foi o deslocamento da esfera de formulação política, e da forma de atuação dessa política. O Congresso tomou para si e redefiniu aspectos relevantes da política de telecomunicações que tinham sido fixados pela FCC e pelo Judiciário, ante o vácuo legislativo provocado pelo advento de uma realidade para a qual o *Communications Act* de 1934 não havia sido criado. E, tomadas as decisões fundamentais, elegeu a FCC como o foro para eventuais realinhamentos da política incidente sobre as telecomunicações. É, portanto, como uma nova opção política que deve ser encarado o *Telecommunications Act* de 1996, e não como a ausência de uma política, fruto de um movimento de desregulação, o que se revela no processo de implementação daquela lei:

As obrigações de interconexão de infra-estruturas de redes das operadoras locais tiveram como impulso imediato a implementação da competição das telecomunicações em nível local e como justificativa final, o objetivo de barateamento dos serviços de telecomunicações mediante uso da capacidade ociosa das redes das empresas *incumbents*. A busca de objetivos de eficiência e externos à discussão política em si é evidente. Tanto é assim, que a adequação da política pública efetivamente implementada pela FCC vem questionada com o argumento de que a competição somente se desenvolveria com políticas públicas que encorajassem a construção de infra-estruturas de redes ao invés de se obrigar o aluguel da capacidade instalada pelas *incumbents*. Ao contrário do que pode parecer, a discussão sobre a pertinência ou não da política pública definida para o setor de telecomunicações norte-americano pautada nas obrigações de interconexão e de desagregação de meios revela uma ausência fundamental. Acusa-se a FCC de ter incorrido em erro de estratégia ao buscar cumprir os objetivos de política pública firmados no *Telecommunications Act* de 1996. A comissão teria *implementado* o *Act* acreditando que mais competidores significariam mais competição. Ao projetar um entendimento sobre seu dever de promover a competição no setor de telecomunicações, a FCC não pôde *implementar* a dicção legal, mas teve que *interpretá-la*, agregando, assim, sentido ao enunciado normativo. **A FCC, em outras palavras, construiu uma política pública sobre o setor de telecomunicações; uma definição de política pública ainda mais relevante, porque eficaz, do que a definida pelo Congresso norte-americano.** O ponto principal destas considerações está em que a FCC poderia ter adotado uma postura de reserva de capacidade ociosa das redes instaladas das *incumbents* sob a alegação de que, assim, estaria pleiteando a dicção legal do *Telecommunications Act* de 1996 de proteção da competição. Enfim, o espaço de definição da política pública não estava esgotado quando da emanção do *Act* pelo Congresso norte-americano e cobra, de forma ainda mais acentuada, o engajamento e participação política exigidos no momento da aprovação do *Act* de 1996. Mesmo que se pudesse considerar o momento de discussão parlamentar como um momento de presença da virtude política pela mobilização social, isso não implica atribuição de significado decisivo à política pública real vigente no País, que se dá pela atuação diuturna da comissão reguladora.²²⁶

É sob essa luz que deve ser vista a competência da FCC de conferir *flexibilidade regulatória*, fixada pela Seção 10 (codificada como 47 U.S.C. 160) do

²²⁶ ARANHA, 2005, pp. 159-160 – grifo ausente no original.

Communications Act.²²⁷ Segundo esse dispositivo, a FCC possui competência para declarar que determinado dispositivo do *Communications Act*, ou determinado regulamento da própria FCC, não mais se aplicará a determinado serviço de telecomunicações, ou a determinada prestadora de telecomunicações (*telecommunications carrier*). A declaração da FCC vinculará também as autoridades estaduais. Todavia, para o exercício dessa competência, três critérios devem ser observados:

- 1) a implementação e fiscalização (*enforcement*) do regulamento ou dispositivo legal não são necessários para assegurar que tarifas, práticas, classificações ou regulamentos de, para, ou em conexão com serviços ou empresas de telecomunicações sejam justas e razoáveis, e não injustamente ou não-razoavelmente discriminatórias;
- 2) a implementação e fiscalização (*enforcement*) do regulamento ou dispositivo legal não são necessários para a proteção dos consumidores; e
- 3) a indulgência na aplicação do regulamento ou dispositivo legal é consistente com o interesse público.²²⁸

²²⁷ A lei usa o termo *regulatory flexibility*, aqui adotado, mas a nova competência da FCC é também chamada *forbearance* (indulgência) pela doutrina (cf. HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, pp. 318-320).

²²⁸ A íntegra do dispositivo é a seguinte: “(a) *Regulatory flexibility* /§/ *Notwithstanding section 332(c)(1)(A) of this title, the Commission shall forbear from applying any regulation or any provision of this chapter to a telecommunications carrier or telecommunications service, or class of telecommunications carriers or telecommunications services, in any or some of its or their geographic markets, if the Commission determines that - /§/ (1) enforcement of such regulation or provision is not necessary to ensure that the charges, practices, classifications, or regulations by, for, or in connection with that telecommunications carrier or telecommunications service are just and reasonable and are not unjustly or unreasonably discriminatory; /§/ (2) enforcement of such regulation or provision is not necessary for the protection of consumers; and /§/ (3) forbearance from applying such provision or regulation is consistent with the public interest. /§/ (b) Competitive effect to be weighed /§/ In making the determination under subsection (a)(3) of this section, the Commission shall consider whether forbearance from enforcing the provision or regulation will promote competitive market conditions, including the extent to which such forbearance will enhance competition among providers of telecommunications services. If the Commission determines that such forbearance will promote competition among providers of telecommunications services, that determination may be the basis for a Commission finding that forbearance is in the public interest. /§/ (c) Petition for forbearance /§/ Any telecommunications carrier, or class of telecommunications carriers, may submit a petition to the Commission requesting that the Commission exercise the authority granted under this section with respect to that carrier or those carriers, or any service offered by that carrier or carriers. Any such petition shall be deemed granted if the Commission does not deny the petition for failure to meet the requirements for forbearance under subsection (a) of this section within one year after the Commission receives it, unless the one-year period is extended by the Commission. The Commission may extend the initial one-year period by an additional 90 days if the Commission finds that an extension is necessary to meet the requirements of subsection (a) of this section. The Commission may grant or deny a petition in whole or in part and shall explain its decision in writing. (d) Limitation Except as provided in section 251(f) of this title, the Commission may not forbear from applying the requirements of section 251(c) or 271 of this title under subsection (a) of this section until it determines that those requirements have been fully implemented. /§/ (e) State enforcement after Commission forbearance /§/ A State commission may not continue to apply or enforce any provision of this chapter that the Commission has determined to forbear from applying*

As três exigências acima se constituem em parâmetros criados para servir de guia para uma eventual revisão judicial da competência desregulamentadora da FCC. Esses parâmetros refletem opções abertas, em que se destacam a referência a preços e condições justas e não-discriminatórias – que, conforme já exposto neste trabalho, são os exatos parâmetros em que sempre se trabalhou a disciplina das *common carriers*.

Nesse ponto, o que a lei fez foi atribuir à FCC a possibilidade de fazer o que foi a primeira competência da ICC: deixar o mercado praticar os preços e condições que lhe conviessem, e apenas rever casuisticamente aqueles efetivamente considerados abusivos. No caso da ICC, esse foi o primeiro passo rumo a mais poderes, que lhe conferiram um espectro mais amplo de controle. No caso da FCC, à primeira vista poderia parecer que se trata de movimento inverso, rumo a menos poderes e menos regulação. Isso, porém, não é verdade. A lei não impede que essa mesma FCC volte atrás, e ainda fixa parâmetros concretos que permitem ao Judiciário, em um caso concreto, reverter a sua decisão. Por exemplo, a lei exige comprovação de interesse público, mas assimila esse interesse público ao implemento de condições de mercado que favoreçam a competição. Portanto, se a indulgência da FCC, em determinado momento, criar condições de mercado que não mais favoreçam a competição, caberá à FCC rever sua decisão, ou ao Judiciário revertê-la. O que fez a lei, portanto, não foi diminuir as competências da FCC, mas aumentá-las.²²⁹

E, como ressaltado na citação do Prof. Márcio Iorio Aranha acima, essa decisão – acerca de que condições favorecem a competição – se traduz em um exercício político muito mais relevante do a mera intenção revelada pelo Congresso de busca da

under subsection (a) of this section.” (47 U.S.C. 160 – a parte transcrita no corpo do texto foi traduzida livremente).

²²⁹ Tanto é assim que, antes do *Telecommunications Act*, a FCC já havia tentado não regular determinadas prestadoras, que considerasse *non-dominant carriers*. Estas seriam as prestadoras sem poder de mercado, e que por isso não teriam como aumentar unilateralmente preços ou impor condições de negociação. Todavia, o Judiciário seguidamente derrubou as tentativas da comissão de não regular preço dessas prestadoras. Cf. HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, pp. 790-798.

competição. Isso porque a escolha do que favorece ou não a competição é tanto técnica como subjetiva, pois envolve diversos fatores que historicamente foram determinados ora pelo Legislativo, ora pelo Judiciário, ora pela própria FCC. A FCC pode decidir que um oligopólio favorece a competição, pois cria economias de escala e escopo que permitem a amortização de investimentos pesados e, assim, possuem maior capacidade de atração de capital e criam um mercado sadio financeiramente. Por outro lado, pode optar por um mercado pulverizado, cuja ação se aproxima mais da mão invisível smithsoniana. O Judiciário, ao rever essas ações, pode albergá-las, refutá-las ou reforçar a autoridade da FCC, qualquer que seja sua decisão. Em qualquer caso, o que haverá é o exercício de uma escolha subjetiva, pautada por uma compreensão de mundo e uma projeção teleológica particular, e que se traduz em última análise em uma opção política.

Portanto, o poder de desregular da FCC não significa uma abertura para eliminação da política, ou a efetiva abstenção estatal do setor de telecomunicações. Ao contrário, significa o reforço da posição institucional da FCC, como instância onde a política conjuntural de telecomunicações deve ser formulada. A extensão desse reforço dependerá da atuação do Judiciário, que, na condição de detentor da última palavra, poderá avocar determinadas opções políticas para si.

Essa interação se revela também na redefinição da distribuição de competências federativas. O *Telecommunications Act* também reforçou o poder da FCC frente às autoridades estaduais. Após sua edição, contudo, dúvida persistiu quanto à extensão desse poder. Os estados se fiaram em sua competência histórica de determinar as condições para a prestação de telecomunicações locais. A questão foi logo parar no Judiciário. A FCC, como uma das primeiras medidas de implementação do *Telecommunications Act* de 1996, editou um *calhamaço de 700 páginas e 3.200 notas de rodapé*²³⁰ em que detalhava regras uniformes

²³⁰ “...a 700 page, 3,200-footnote opus...” (HUBER, KELLOGG e THORNE, 1999, p. 229.)

para toda e qualquer interconexão que envolvessem redes locais, e declarava que as regras ali fixadas vinculavam também os estados, mesmo quando se cuidasse de interconexão voltada a tráfego exclusivamente intra-estadual. Diversas PUCs e algumas empresas desafiaram judicialmente a FCC, e todas as causas foram reunidas sob um único processo no Oitavo Circuito Federal. As PUCs tiveram ganho de causa em primeira e segunda instâncias, mas a Suprema Corte deferiu o recurso da FCC e chancelou sua regulamentação.²³¹ Segundo a Corte Constitucional americana, os poderes da FCC acompanham a extensão do *Communications Act*. Assim, ainda que o *Telecommunications Act* tenha preservado a competência estadual em diversos aspectos, e ainda que não haja previsão específica quanto à competência da FCC, esta poderá atuar sempre que se tratar de situação que envolva matéria regulado pela lei federal. Ou seja, onde o Congresso americano fixou uma política federal, prevalecerá a competência da FCC. Essa interpretação reforça o papel de instância de formulação política da FCC. Uma vez que a lei federal fixa uma política extensa e detalhada, pouco espaço sobrou para a atuação autônoma dos estados. O poder da FCC vai até onde a política federal de telecomunicações alcança e, com o *Telecommunications Act* de 1996, a política federal alcança praticamente todos os aspectos do setor de telecomunicações.

²³¹ *AT&T Corp. et. al. v. Iowa Utilities Board et. al.*, 525 U.S. 366 (1999).

Cap. 3. A Agência Nacional de Telecomunicações brasileira e sua posição institucional

Ao contrário da FCC, a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel não resultou de um longo processo de evolução institucional. Como mostraremos a seguir, se a FCC é o aprimoramento de um modelo centenário de regulação, a Anatel é produto de uma ruptura institucional. A sua inspiração foi especialmente a configuração final do modelo americano de agência reguladora, somado à experiência britânica na organização do setor. Por isso, para avaliar a agência reguladora brasileira, o conhecimento da experiência americana se mostra fundamental.

O presente capítulo busca descrever o processo que culminou com a criação da Anatel, bem como o desenvolvimento de suas características a partir da interação com os demais entes que compõem o Estado brasileiro. Com isso, almeja-se viabilizar o posterior cotejo das características da Anatel e da FCC, bem como avaliar de que modo a separação de poderes atuou na construção dessas características, em ambos os países.

3.1. Antecedentes: da criação de um sistema nacional federal à quebra do monopólio estatal de telecomunicações

O Brasil cedo avançou no ramo da telefonia. O primeiro telefone veio com D. Pedro II após a exibição de Bell na Exposição do Centenário da Filadélfia, presente do próprio inventor, e passou a operar em janeiro de 1877, ligando o Palácio da Quinta da Boa Vista às residências dos ministros do Império. Dois anos depois, o Decreto nº 7.539, de 15 novembro de 1879, concedeu ao norte-americano Charles Paul Mackie *permissão para construir e explorar por si ou por meio de uma empresa, linhas telefônicas na capital do Império e seus subúrbios e na cidade de Niterói.*²³² Charles Mackie associou-se a Theodore Vail e a outros acionistas da Bell e fundou, em 13 de outubro de 1880, a *Telephone Company of Brazil*. A companhia, nos termos do decreto, prestava contas à Repartição Geral dos Telégrafos – RGT e teve, por cinco anos, o monopólio do serviço em sua área de prestação.

A Telephone Company of Brazil, pouco depois, requereu nova concessão para prestar serviços telefônicos na Corte, ao que decidiu o Imperador solicitar o parecer do Conselho de Estado em que questionou: i) se as linhas telefônicas destinadas a serviço particular poderiam, sem a necessidade de instrumento normativo específico, ser objeto de concessão pelo Governo Geral; ii) em caso negativo, se as linhas telefônicas entrariam na *classe das obras públicas para as quais as assembleias provinciais têm faculdade de*

²³² A transcrição integral do decreto consta em BRITO, 1976, pp. 13-15. O decreto submetia a instalação de linhas à aprovação prévia da *Repartição Geral dos Telégrafos* – órgão criado em 1855 para fiscalizar o setor de telegrafia –; exigia que as novas linhas não prejudicassem a operação das linhas já existentes entre os ministros da corte e as destinadas aos serviços de segurança pública, polícia e bombeiros; determinava que a empresa mantivesse escritórios no Rio de Janeiro e em Niterói; estabelecia que os assinantes teriam direito a aparelhos telefônicos gratuitos, e que a empresa somente poderia cobrar a tarifa, mensal ou anual, previamente estabelecida pelo Governo Imperial; afirmava que *as instruções regulamentares* do serviço seriam submetidas pela empresa e aprovadas juntamente com a tarifa; fixava *multas de 200\$000 a 1:000\$000 pelas faltas que cometer na execução do seu serviço telefônico, e pelas inobservâncias das presentes cláusulas*; conferia a Charles Mackie o monopólio do serviço por cinco anos.

*conceder privilégios.*²³³ O Conselho entendeu pela competência do Governo Geral, e não das Províncias, pois seria *inconveniente* deixar o novo meio de comunicação à disposição do livre mercado ou dos governos locais, na medida em que a telefonia prejudicaria a operação telegráfica e *prejudicaria a uniformidade do sistema*. Como fundamento legal, por ter o telefone *a mesma natureza que o telégrafo elétrico*, o Conselho entendeu que se submetia ao então vigente Decreto nº 4.653, de 28 de dezembro de 1870, que estabelecia que as linhas telegráficas eram de domínio do Estado. Esse mesmo decreto determinava a organização de um plano nacional de rede telegráfica, cujo objetivo era integrar todo o Império. Na mesma linha, o Conselho entendeu que o telefone tinha aspectos de interesse público que deveriam ser preservados, o que recomendava o domínio estatal sobre as atividades de telefonia:

... há, ainda, a atenderem-se as razões de ordem e conveniência pública, que fizeram considerar o correio, e, depois, o telégrafo elétrico, como serviços da exclusiva competência do governo geral. No mesmo caso estão as linhas telefônicas. E assim foi ultimamente resolvido na Suíça, onde aliás no princípio, quando ainda não se havia calculado o alcance que poderiam ter as ditas linhas, era permitido estabelecerem-se independentemente da direção oficial. É o que se vê do jornal publicado em Berna pela repartição internacional das administrações telegráficas, do qual consta a resolução declaratória, de que nem mais uma linha telefônica ali se concederá, sem que seja estabelecida e regulada por ato da administração pública.

Consta, também, [...] em sustentação dessa medida, que ela fora tomada por ter-se atendido a que tal meio de comunicação tem diante de si grande desenvolvimento, talvez ainda maior do que o do próprio telégrafo, sendo de esperar que não tarde a estender-se até aos limites de todas as cidades importantes, vindo por fim a ligar umas às outras, sem o corretivo da ação fiscal da autoridade pública, e que chegadas as coisas a esse ponto, ou as linhas telefônicas assim construídas teriam de conservar-se e continuar por semelhante forma em poder dos particulares, com todos os seus inconvenientes e sem as necessárias garantias no tocante à regularidade e segurança de tão importante serviço, ou não haveria remédio senão resgatá-las por

²³³ A consulta e a resposta do Conselho de Estado constam de circular do Ministério dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, datada de 6 de maio de 1881 e publicada no Diário Oficial no dia 11 do mesmo mês, cuja transcrição integral consta em BRITO, 1976, pp. 33-36.

tão alto preço, lutando o Estado com as dificuldades que, relativamente às linhas telegráficas, encontrou a Inglaterra.²³⁴

Portanto, já no início, reconhecia-se a necessidade de uma disciplina geral e sistêmica do setor de telefonia, para a qual o domínio público foi a solução encontrada. Em decorrência, os serviços telefônicos passaram a ser prestados em regime de concessão pelo Império, cujas condições foram fixadas pelo Decreto nº 8.453, de 11 de março de 1882, mantendo-se a supervisão do serviço pelo RGT. O decreto estabelecia que as concessões seriam em regime de monopólio, e pelo prazo de 15 anos. Seguiu-se o Decreto nº 8.935, de 21 de abril de 1883, que ampliou o prazo de concessão para 30 anos. Até o fim do Império, concessões foram concedidas para São Luís (MA), Fortaleza (CE), Recife (PE), Maceió (AL), Salvador (BA), Campos (RJ), Ouro Preto (MG), Santos (SP), Campinas (SP), Curitiba (PR), Porto Alegre (RS), Pelotas (RS) e Rio Grande (RS).²³⁵ Todavia, a centralização pelo Governo Central não resultou em um projeto nacional de telefonia. Ao contrário, na prática houve grande descaso do governo para com o serviço de telefonia. Os poucos regulamentos que havia eram flagrantemente descumpridos. As diferentes concessionárias adotavam padrões técnicos diferenciados, o que inviabilizava a interconexão. Por outro lado, diversos municípios descumpriam a legislação imperial e conferiam eles próprios concessões a diversas empresas.²³⁶ Quanto à atuação do Governo Central, reclamava-se de sua morosidade na outorga de serviços e ineficácia na sua fiscalização. Em geral, o serviço telefônico era reputado excessivamente caro e de má qualidade.

Em 1889, proclamada a República, manteve-se o RGT como órgão responsável pela fiscalização da telefonia – efetivamente, o RGT somente deixaria de existir em 1931, em resultado da criação do Departamento de Correios e Telégrafos. Suas competências, contudo,

²³⁴ Parecer da Seção dos Negócios do Império do Conselho de Estado, datado de 2 de maio de 1881, *Apud* BRITO, 1976, p. 35.

²³⁵ Cf. ARANHA, 2005, pp. 68-69.

²³⁶ Cf. IACHAN, 2006, pp. 22-24, e os relatórios do RGT de 1884 a 1890, transcritos em BRITO, 1976, pp. 187-209.

foram progressivamente esvaziadas, como veremos a seguir, com a descentralização federativa promovida nos primeiros anos da República. Não obstante, o RGT, que desde os tempos do Império propugnava a assunção prestação dos serviços de telefonia e telegrafia pelo Estado, continuou a emitir relatórios anuais e a advogar a necessidade de planejamento sistêmico das telecomunicações.

O estertor da competência centralizada nacionalmente foi o Decreto nº. 199, de 6 de fevereiro de 1890, que transferiu para a administração do Rio de Janeiro os serviços relativos às linhas de bonde e telefônicas compreendidas na área do município. Pouco depois, a Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891 conferiu aos estados competência para *estabelecerem linhas telegráficas entre os diversos pontos de seus territórios, entre estes e os de outros Estados, que se não acharem servidos por linhas federais, podendo a União desapropriá-las quando for de interesse geral* (art. 9º, §4º). Cabe esclarecer que prevalecia à época o entendimento manifestado pelo Conselho de Estado em 1881, que afirmava a identidade entre telefonia e telegrafia.²³⁷ Esse é um dado relevante muitas vezes olvidado pelos estudiosos do setor: ao disciplinar a telegrafia, consoante o entendimento dominante à época, a Constituição de 1891 disciplinava também a telefonia. Portanto, os estados possuíam a competência privativa dos serviços intraestaduais, e ainda possuíam competência suplementar para implantar serviços interestaduais onde não houvesse linhas federais.

A Constituição republicana de 1891 rompeu o modelo vigente no Império de centralização do poder de concessão, repassando a atribuição dos serviços públicos para cada estado da federação. Vários destes estados em suas Constituições reproduziram esse preceito de descentralização. Muitas das antigas concessões de telefonia local, iniciadas ainda no período imperial, foram caducando; as novas concessões já foram sendo elaboradas tendo os estados e os municípios como poder concedente. A competência do governo central foi mantida na exploração, direta ou por concessões, das comunicações interurbanas e internacionais.²³⁸

²³⁷ Cf. BRITO, 1976, p. 8.

²³⁸ IACHAN, 2006, pp. 25-26.

Foi a partir de uma concessão municipal que surgiu a maior empresa de telefonia a operar no Brasil antes do Sistema Telebrás. Em 23 de novembro de 1897, por meio de concorrência, o município do Rio de Janeiro firmou contrato de concessão de serviços de telefonia com a *Siemens & Halske*.²³⁹ Em 1899, a concessão foi transferida para a empresa alemã *Brasilianische Elektrizitäts Gesellschaft*. A *Brasilianische* implantou primeira linha telefônica interurbana no país, entre Rio de Janeiro e São Paulo. A concessionária foi autorizada a instalar centrais telefônicas nestas duas cidades e a explorar o serviço por 30 anos. A *Brasilianische Elektrizitäts Gesellschaft* foi incorporada em 1907 pela *Rio de Janeiro Telephone Company*, americana, que em 1912 foi incorporada pela canadense *Brazilian Traction Light & Power*. Esta, em 1916, criou sua subsidiária no Brasil: a *Rio de Janeiro and São Paulo Telephone Company*, que então se tornou a primeira grande empresa de telefonia do Brasil, alastrando-se por vários municípios dos estados do Rio de Janeiro, de São Paulo e de Minas Gerais. Em janeiro de 1923, a empresa passou a se chamar *Brazilian Telephone Company*, em inglês, que futuramente se converteria ao vernáculo: *Companhia Telephonica Brasileira – CTB*.²⁴⁰

Todavia, a consolidação empresarial não se traduziu em avanço na prestação de serviços. Se no final do séc. XIX o país era pioneiro no setor, no início do séc. XX esse pioneirismo se converteria em decepção. O setor continuava desconexo e confuso, havia pouquíssimas linhas interurbanas, contração do serviço apenas no litoral e nas grandes capitais. A I Guerra Mundial, que nos EUA serviu de impulso ao setor, no Brasil foi responsável pelo agravamento de uma situação que beirava a estagnação. Como não havia indústria nacional, o setor dependia quase exclusivamente de importações, que a Primeira

²³⁹ IACHAN, 2006, p. 26.

²⁴⁰ Cf. PADILHA, 2001, p. 15; ARANHA, 2005, pp. 68-69.

Grande Guerra inviabilizou. E a Crise de 1929, obviamente, só veio piorar ainda mais a situação.

Se ora as importações eram difíceis, ora o investimento era escasso, as câmaras municipais, responsáveis por fixar a maior parte das tarifas, em geral sub-avaliavam o custo incorrido pelas concessionárias, que, em decorrência, não tinham incentivo a fazer investimentos de vulto. A telefonia brasileira organizou-se de forma pulverizada nos grandes centros urbanos, que formavam assim *ilhas de comunicação*, interligadas por linhas ou sistemas de rádio de baixa qualidade, operados manualmente, que levavam horas para completar uma ligação.²⁴¹

Do ponto de vista da organização institucional, surpreendentemente o setor de telefonia passou incólume pelo viés centralizador da Revolução de 1930 e do Estado Novo. Foi sob o Governo Vargas, não obstante, que se elaboraram os principais instrumentos normativos a regulamentar as telecomunicações de longa distância durante mais de 30 anos. O Decreto nº. 20.047, de 27 de maio de 1931, e o Decreto nº. 21.111, de 1º de março de 1932, foram os únicos instrumentos a dispor sobre comunicações até a criação do Código Brasileiro de Telecomunicações, em 1962. A Constituição de 1934 federalizou as radiocomunicações e a telegrafia, mas foi silente quanto à telefonia. Nessa época, porém, isso significou a manutenção da competência dos estados – já não se considerava a telefonia igual à telegrafia. A Constituição de 1937 manteve o tratamento da constituição anterior, porém inovou ao trazer a competência privativa da União para legislar sobre comunicações interestaduais e internacionais (art. 16, XI).

Todavia, sob a égide da Carta de 37 e no auge do Estado Novo, o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-lei 5.144, de 29/12/1942, que desconsiderava qualquer divisão federativa de competências legislativas e determinava um quadro mínimo de direitos e

²⁴¹ Cf. BRANDÃO, 1999, p. 1.

obrigações que os estados deveriam ter em suas legislações. Entre as disposições constava que nenhuma concessão poderia ser outorgada sem *que por via de tarifa se assegurasse a sua conservação e renovação, bem como a amortização do seu capital, para efeito de resgate ou reversão* (art. 2º, b). Além disso, havia expressa disposição permitindo aos governos estaduais intervir nas prestadoras em caso de paralisação, interrupção total ou parcial do serviço, ou de recusa de prestação de serviço ou de tráfego mútuo (art. 4º). Ao Governo Federal era resguardado o direito de intervenção em prol da segurança nacional.

O Brasil entrou na década de 1940 com um sistema telefônico ainda bastante atrasado frente ao mundo desenvolvido – embora ainda em melhores condições do que a maior parte dos países em desenvolvimento. Em 1939, havia menos telefones no Brasil inteiro (300.000) do que na cidade de Los Angeles (440.000). A título de comparação, a cidade que mais possuía telefones no mundo era Nova Iorque, com mais de um milhão e meio de telefones.²⁴² Apesar da vigência das regras mínimas fixadas pelo Decreto-lei 5.144/42, que garantiriam a fixação de tarifas que propiciassem melhor retorno aos investimentos, o advento da II Guerra Mundial mais uma vez trouxe estagnação ao setor.

O fim do Estado Novo também não alterou significativamente o cenário institucional das telecomunicações brasileiras. A Constituição Federal de 1946 manteve a competência da União para exploração, direta ou mediante autorização ou concessão, dos *serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão e de telefones interestaduais e internacionais* (art.5º, XII). Foi constitucionalizada a necessidade de que as tarifas sofressem revisões periódicas, *a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitissem atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços* (art. 151, parágrafo único).

²⁴² IACHAN, 2006, p. 29.

A telefonia, contudo, continuava fora dos holofotes do Governo Federal. O Governo Dutra (1946-1951) sequer contemplou o setor de telefonia em seu fracassado plano de desenvolvimento (Plano SALTE).²⁴³ O segundo Governo Vargas (1951-1954) foi pautado por um forte espírito nacionalista, que acabou afastando investimentos estrangeiros. Ao mesmo tempo, a idéia de nacionalização de setores estratégicos passou a ganhar força. Em resultado, as empresas começaram a se nacionalizar. Foi editada a Lei nº 2.354, de 29 de dezembro de 1954, que obrigou as empresas estrangeiras a converterem seus balanços para cruzeiros. Em busca de incentivos fiscais²⁴⁴, a CTB, a exemplo de outras companhias, se constituiu pelas leis brasileiras, o que foi aprovado pelo Decreto nº. 40.439, de 28 de novembro de 1956. A empresa, apesar de nacionalizada, continuou sob o controle acionário canadense.

No Governo Juscelino (1956-1961), os efeitos da industrialização do país e conseqüente urbanização se fizeram sentir nas telecomunicações, que passaram a ser vistas como um gargalo para o desenvolvimento. Euclides Quandt de Oliveira, ex-Ministro das Comunicações, relata que:

Quando começou a haver o desenvolvimento do país, da indústria, começou a haver uma procura maior de telecomunicações, de telefonia. Vamos chamar de telefonia, porque naquele tempo era só telefonia. Essa procura por telefonia fez com que o Juscelino procurasse saber: “Mas o que tem que se fazer?” Chamaram o pessoal das companhias telefônicas, a CTB, que tinha 80% do país, principalmente, e eles disseram: “Nós não temos nenhum interesse em investir no sistema de telefonia do Brasil.” Porque o sistema era municipal. [...] Então, o que houve? O Juscelino mandou fazer um exame dessa situação, e foram feitos vários estudos. Eu tenho vários desses estudos feitos no tempo do Juscelino e que consideravam o que precisava, o que era indispensável, e que o grande entrave que estava havendo eram as administrações municipais. Às vezes, o chefe do município; a maioria das vezes,

²⁴³ “O Plano Salte não entrou em telecomunicações. Por quê? Porque o governo, até então, considerava primeiro que telecomunicações era telefonia, que a telefonia era uma responsabilidade dos concessionários e que esses concessionários eram todos estrangeiros.” (Oliveira, 2005, p. 56.)

²⁴⁴ Cf. ARANHA, 2005, p. 72.

a Câmara Municipal. Por quê? Porque ela não se interessava pela telefonia. [...] O Juscelino, então, encaminhou esse problema para o Estado-Maior Geral, para que eles estudassem. E o pessoal disse: “Não dá para fazer.”²⁴⁵

Como relata o ex-ministro, em 1957, mediante o Decreto nº. 41.800, Juscelino Kubitschek criou uma comissão responsável pelo estudo da expansão dos serviços telefônicos em todo o país. Os estudos não se transformaram em projeto de lei, mas foram encaminhados ao Estado Maior das Forças Armadas, como subsídio para a implantação das comunicações na nova capital, e lá ficaram até o fim do Governo JK. O cenário institucional privilegiava as concessões municipais, e não se vislumbrava mudança.

Foi apenas com a crise deflagrada pela intervenção do Presidente Jânio Quadros na Rádio Jornal do Brasil, que o cenário político se fez favorável à mudança:

Chega 61, o Jânio *tum!*: dois dias de suspensão na Rádio. Na mesma hora, toda a radiodifusão brasileira se concentrou em ter alguma coisa que os salvasse. A radiodifusão brasileira, naquele tempo, era Assis Chateaubriand. O Assis Chateaubriand tinha um controle da radiodifusão que nem se compara ao que hoje tem a Globo. Resolveram: “Vamos tocar para frente o projeto.” Quando eles quiseram fazer isso, o pessoal do Estado-Maior Geral, do EMFA, fez contatos: “Vamos transformar esse negócio. Em vez de ser um código de radiodifusão, vamos fazer um código de telecomunicações.” Incluíram as telecomunicações dentro da radiodifusão, e ficou o Código Brasileiro de Telecomunicações.²⁴⁶

O processo descrito acima por Euclides Quandt de Oliveira se iniciou com a publicação do Decreto nº. 50.666, de 30 de maio de 1961. Esse decreto criou o Conselho Nacional de Telecomunicações, subordinado ao Presidente da República, com atribuições para estudar e definir o problema nacional de telecomunicações e apresentar dentro de três meses um anteprojeto do Código Nacional de Telecomunicações.

²⁴⁵ OLIVEIRA, 2005, pp. 56-57.

²⁴⁶ OLIVEIRA, 2005, p. 57.

A crise provocada pela suspensão da Rádio Jornal do Brasil e a criação por decreto do Conselho Nacional de Telecomunicações transferindo a subordinação técnica de Rádio do Ministério da Viação e Obras Públicas (um ministério técnico) passando para o controle do Ministério da Justiça (um ministério político) deixava claro que o presidente pretendia controlar toda a radiodifusão. Assim, fez com que fosse incluído no decreto, como atribuição do Conselho a elaboração, em seis meses, de um anteprojeto, de lei complementar sobre radiodifusão. O Conselho teria também funções técnicas, delineando os grandes troncos do Sistema Nacional de Telecomunicações, além de coordenar e fomentar a indústria brasileira de telecomunicações e o ensino técnico profissional. Com a criação do Conselho, o Governo federal passava a centralizar as decisões sobre telecomunicações, buscando analisar o problema sob todos os ângulos (telefonia local, interestadual, internacional, integração nacional, formação de indústria no Brasil e geração de mão-de-obra especializada).²⁴⁷

O Conselho Nacional de Telecomunicações, porém, mal chegou a funcionar.

Em 24 de agosto de 1961, Jânio Quadros renunciou à Presidência e assumiu o vice, João Goulart. A deficiência da telefonia, nesse período, alcançou patamar de insustentabilidade.²⁴⁸ No Rio de Janeiro, Carlos Lacerda, o primeiro governador do recém criado Estado da Guanabara, ameaçou encampar a CBT em função da deficiência de seus serviços. Goulart consultou seu Secretário do Conselho de Segurança Nacional, o general Amaury Kruehl, que lhe sugeriu a nacionalização de todo o sistema de telefonia. Todavia, o plano foi descartado depois que o Consultor-Geral da República, Antônio Balbino, descartou a encampação por não ser o governo federal o poder concedente. Conforme sugestão de Balbino, o então Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDE, em dezembro de 1961, procurou os sócios da CBT para negociar uma aquisição. Pouco tempo depois, Lacerda também procurou os donos da CBT, buscando negociar a compra das operações no Estado da Guanabara. Os controladores da CBT informaram a Lacerda que estavam negociando com o governo federal, e o

²⁴⁷ IACHAN, 2006, p. 38.

²⁴⁸ “Até o início da década de 1960, a CTB ainda conseguiu fazer instalações de novos terminais, sobretudo na cidade do Rio de Janeiro. No entanto, a pressão gerada não só pela demanda reprimida como pelo surto de crescimento industrial que ocorria no país causaram impacto na qualidade dos serviços, a ponto de serem observadas demoras para a obtenção do tom de discar de até 30 minutos no centro da cidade do Rio de Janeiro.” (IACHAN, 2006, p. 36.)

Governador da Guanabara ameaçou retaliar com a desapropriação dos ativos da empresa no estado.²⁴⁹

A questão, porém, não dizia respeito exclusivamente ao serviço de telefonia. Em razão do tamanho da CBT, o Estado-Maior já havia informado à Presidência da República que o controle da CBT significava o controle das telecomunicações nacionais, inclusive da recém-estabelecida Capital Federal. O que se seguiu foi uma acirrada disputa entre o Governo Federal e o Governo da Guanabara pelo controle da CBT.

Tancredo Neves, primeiro ministro do primeiro gabinete parlamentarista, publicou o Decreto nº. 790 em 27 de março de 1962, cujos trechos relevantes para este trabalho são abaixo transcritos:

Decreto nº 790, de 27 de março de 1962.

[...]

Considerando que o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal deferiu à união competência para explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, entre outros, os serviços de telefones interestaduais;

[...]

Considerando que, pela natureza interdependente do serviço telefônico as deficiências das redes interestaduais e intramunicipais tornam irregular e imperfeito o funcionamento das comunicações interestaduais;

Considerando que, pela importância cada vez maior que assumem as comunicações interestaduais, a União não pode continuar omissa na solução de um problema que afeta a segurança nacional:

Decreta:

Artigo 1º São considerados interestaduais, para os devidos efeitos legais e regulamentares, os serviços telefônicos que realizem, ou efetivem comunicações entre dois ou mais Estados ou que, operando em mais de um Estado, pertençam ou estejam sob controle uma mesma empresa concessionária.

Artigo 2º O desmembramento ou a separação de bens, serviços ou patrimônio, no todo ou em parte, de qualquer empresa concessionária de serviços de

²⁴⁹ Cf. IACHAN, 2006, p. 39.

telecomunicações que os explore em mais de um Estado não se efetivará, ainda que para fins de desapropriação ou encampação, sem prévia audiência do Ministério da Aviação [sic] e Obras Públicas²⁵⁰, que antes de autorizar a operação, ouvirá todos os poderes concedentes interessados, estaduais ou municipais.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, será, [sic] sempre solicitado o parecer do Conselho de Segurança Nacional.

[...] ²⁵¹

Portanto, o decreto buscou afirmar a competência federal sobre empresas que prestassem serviço telefônico em mais de um estado. Ao mesmo tempo, criou medidas para evitar que essa competência fosse aviltada pelo desmembramento dessas empresas. Além dos dispositivos acima, o decreto ainda fixou a competência do Ministério da Viação e Obras Públicas para fiscalizar as empresas interestaduais (art. 3º), e criou uma tarifa especial de serviço interestadual, cujo produto deveria ser depositado pelas concessionárias no BNDE (arts. 4º, 5º e 6º).

Lacerda reagiu e, três dias depois, publicou o Decreto estadual nº. 940, que declarava ser de utilidade pública, para fins de desapropriação, todos os bens da CTB. No dia seguinte, 31 de março de 1962, o Decreto nº. 814²⁵², sob a justificativa da *precariedade do funcionamento dos serviços interurbanos e interestaduais de que é concessionária a Companhia Telefônica Brasileira*, decretou intervenção federal na CTB. O Governador fluminense não se fez de rogado e, em 24 de dezembro de 1962, a Lei estadual nº. 263 criou a Companhia Estadual de Telefones – CETEL. A CETEL, porém, não concorria diretamente com a CBT: sua área de concessão era toda a região que não era atendida pelo serviço automático da CTB, como a Ilha do Governador, a Barra da Tijuca, Jacarepaguá, Bangu, Campo Grande e Santa Cruz.

²⁵⁰ Na verdade, Ministério da Viação e Obras Públicas.

²⁵¹ *Apud* BRITO, 1976, p. 150.

²⁵² Transcrito em BRITO, 1976, p. 151.

Esse cenário de briga política pelo controle da telefonia se somou à já mencionada reação do setor de radiodifusão frente à insegurança do quadro normativo em vigor. Foram essas as circunstâncias que deram origem à Lei 4.117, de 27 de março de 1962, o *Código Brasileiro de Telecomunicações* – CBT, responsável por um novo modelo institucional para as telecomunicações brasileiras. O CBT estruturou o setor em quatro eixos: a) criação do Conselho Nacional de Telecomunicações - Contel; b) constituição do Sistema Nacional de Telecomunicações - SNT; c) autorização para a criação da Empresa Brasileira de Telecomunicações - Embratel, empresa estatal responsável pelos serviços de telecomunicações interurbanos e internacionais; d) criação do Fundo Nacional de Telecomunicações - FNT, financiado por uma sobretaxa de 30% nas contas telefônicas, e disponibilizado diretamente à Embratel (art. 42, §5º, *b*, e art. 51 do CBT). Além disso, o redirecionamento verbas destinadas originalmente a outros setores²⁵³ revelou que a preocupação estatal com as telecomunicações havia definitivamente se instalado. E o Governo Federal passou a considerar o setor estratégico, e no contexto da briga política com Lacerda, foi ágil ao federalizar o controle das telecomunicações.

O CBT estava ainda sujeito à divisão federativa fixada pela Constituição de 1946. Todavia, na linha do Decreto nº 790/1962, consolidou a interpretação de que empresas que atuavam em mais de um estado estariam submetidas ao controle federal. Nesse sentido, os arts. 10 a 13 do CBT fixaram a competência da União sobre as telecomunicações:

Código Brasileiro de Telecomunicações

Art. 10. Compete privativamente à União:

I - manter e explorar diretamente:

²⁵³ Vide a Lei 4.452, de 5 de novembro de 1964, relativa ao Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos, que previu, no seu art.8º, a possibilidade dos Estados-membros e do Distrito Federal de direcionarem até 50% de suas quotas de investimentos fixos advindas do *Fundo Rodoviário Nacional* em instalações de telecomunicações, desde que aprovadas pelo Conselho Nacional de Telecomunicações “para assegurar a sua coordenação com os investimentos federais no setor”.

a) os serviços dos troncos que integram o Sistema Nacional de Telecomunicações, inclusive suas conexões internacionais;

b) os serviços públicos de telégrafos, de telefones interestaduais e de radiocomunicações, ressalvadas as exceções constantes desta lei, inclusive quanto aos de radiodifusão e ao serviço internacional;

II - fiscalizar os serviços de telecomunicações por ela concedidos, autorizados ou permitidos.

Art. 11. Compete, também, a União: fiscalizar os serviços de telecomunicações concedidos, permitidos ou autorizados pelos Estados ou Municípios, em tudo que disser respeito a observância das normas gerais estabelecidas nesta lei e a integração desses serviços no Sistema Nacional de Telecomunicações.

Art. 12. As concessões feitas na faixa de 150 (cento e cinquenta) quilômetros estabelecida na Lei nº 2.597, de 12 de setembro de 1955²⁵⁴ obedecerão às normas fixadas na referida lei, observando-se iguais restrições relativamente aos serviços explorados pela União.

Art. 13. Dentro dos seus limites respectivos, os Estados e Municípios poderão organizar, regular e executar serviços de telefones, diretamente ou mediante concessão, obedecidas as normas gerais fixadas pelo Conselho Nacional de Telecomunicações.

O art. 10, I, *a*, do novo código, permitiu integrar a CTB à competência reguladora federal, na medida em que se a considerasse integrante do SNT. Além disso, nos termos dos arts. 11 e 13, à União cabia fixar normas gerais aplicáveis ao setor de telecomunicações, que deveriam ser observadas por estados e municípios mesmo na outorga de concessões de serviços locais. O art. 11 do CBT ainda assegurava à União o poder de fiscalizar o cumprimento de suas normas gerais na prestação de serviços sob concessão estadual ou municipal, superpondo-se, desse modo, ao poder dos outros entes federativos.

Ao Contel se reservou algumas competências normativas, como a de *estabelecer normas para a padronização da escrita e contabilidade das empresas que*

²⁵⁴ Lei nº 2.597, de 12 de setembro de 1955: “Art. 1º É vedada, nos termos do art. 180 da Constituição, nas zonas indispensáveis à defesa do país, a prática de atos referentes à concessão de terras, à abertura de vias de comunicação à instalação de meios de transmissão, à construção de pontes e estradas internacionais e ao estabelecimento ou exploração de indústrias que interessem à segurança da Nação sem o prévio assentamento do Conselho de Segurança Nacional.”

explorem serviços de telecomunicação (art. 29, m); estabelecer normas técnicas dentro das leis e regulamentos em vigor, visando à eficiência e integração dos serviços no sistema nacional de telecomunicações (art. 29, o); estabelecer ou aprovar normas técnicas e especificações a serem observadas na planificação da produção industrial e na fabricação de peças, aparelhos e equipamentos utilizados nos serviços de telecomunicações (art. 29, s); estabelecer normas, fixar critérios e taxas para redistribuição de tarifa nos casos de tráfego mútuo entre as empresas de telecomunicações de todo o País (art. 29, z), entre outras. Todavia, a competência do Contel não excluía a competência do Presidente da República para regulamentar o CBT, ao contrário, eram competências complementares, como se percebe pelo artigo 29, o, acima transcrito. Outras competências de destaque incluem a de elaborar o Plano Nacional de Telecomunicações e revisá-lo a cada quinquênio (art. 29, c); a de planejar o SNT, discriminando seus troncos e centros principais (art. 9º); a de fiscalizar as telecomunicações sob jurisdição federal (art. 29, h).

Quanto à sua composição, o Contel era composto por treze membros votantes. Destes, três eram representantes dos três maiores partidos políticos, segundo as cadeiras ocupadas na Câmara dos Deputados no início de cada legislatura; o Presidente do Contel era de livre escolha do Presidente da República; os demais eram indicados por órgãos ligados à Presidência e nomeados pelo próprio Presidente da República. Havia ainda um décimo quarto membro do Conselho, escolhido pelo Departamento Nacional de Telecomunicações – Dentel, que não tinha direito a voto. Os membros do Contel tinham mandato de quatro anos (art. 16), durante o qual não poderiam ser substituídos salvo por justa causa apurada em inquérito administrativo (art. 17, parágrafo único). Portanto, se o Presidente contava com grande influência na nomeação, a lei limitava a sua influência após a nomeação.²⁵⁵

²⁵⁵ A estabilidade de membros nomeados a termo, contudo, já havia sido derrubada pela jurisprudência do STF firmada no MS 8.693-DF, julgado em 17/11/1961, e que deu origem à Súmula nº 25 daquela corte: “A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de

A estrutura institucional inaugurada pelo CBT possibilitou a consolidação de competências na esfera federal, que se cogitava com mais vigor desde o Governo JK. Com o CBT, a extensão da competência federal passou a ser equivalente à extensão do SNT, que era fixado por um órgão federal – o Contel, e à extensão das normas gerais de telecomunicação, que eram fixadas pelo Presidente da República. O novo código permitia à União estatizar a CBT, bem como assumir o controle das concessões de outras companhias regionais. A Embratel se tornou o centro operacional de uma política de aquisições empresariais e assunção das concessões cujos contratos foram vencendo. A aquisição de empresas – a mais importante, a aquisição da CTB em 1966 – e a expansão do sistema foram financiadas com os recursos do FNT. Seguindo a regulamentação fixada pelo Contel, a Embratel passou a usar as ligações interurbanas e internacionais para financiar as ligações locais, inaugurando no país o subsídio cruzado.

Da nova estrutura fixada pelo CBT, apenas o Contel teria vida curta. Decorridos cinco anos de sua criação, o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, criou o Ministério das Comunicações - Minicom (art. 35), com competência para tratar de telecomunicações e de serviços postais (art. 39). O Contel, nos termos do art. 165 do decreto-lei, passou a integrar o novo ministério como um *órgão normativo, de consulta, orientação e elaboração da política nacional de telecomunicações*, enquanto o Dentel, antes a secretaria-executiva do Contel²⁵⁶, passou a integrar a estrutura do Minicom na condição de órgão central de direção superior (arts. 22, II, e 24). Iniciou-se aí um processo de esvaziamento de competências que culminaria com a extinção do Contel em 1972.²⁵⁷

O processo de centralização federativa dos serviços de telecomunicações intra-estaduais e intramunicipais chegou ao seu ápice com a Constituição Federal de 1967. Na

autarquia.” Os debates que deram origem à súmula e sua aplicação nos dias de hoje serão posteriormente tratados neste trabalho.

²⁵⁶ Conforme o art. 25 do CBT: “Art. 25. O Departamento Nacional de Telecomunicações é a secretaria executiva do Conselho...”

²⁵⁷ Cf. MEDEIROS, 2005, pp. 57-60.

época que marcou o endurecimento do governo militar instalado pela Revolução de 64, a nova Carta Maior era extremamente centralizadora, e, ao contrário da Revolução de 30 e do Estado Novo, desta vez as telecomunicações não foram esquecidas. O art. 8º, XV, mantido pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não mais restringia a competência da União a telégrafos, radiocomunicação, radiodifusão em geral e à telefonia interestadual e internacional como fazia a Constituição Federal de 1946. Todos os serviços de telecomunicações passaram a ser de competência da União, cuja prestação poderia ser direta ou por intermédio de concessões e autorizações a entes privados.

A centralização preconizada pela Constituição foi regulamentada pelo Decreto-lei nº 162, de 13 de fevereiro de 1967, que ainda fixou as regras de transição dos poderes concedentes estaduais e municipais para o poder concedente federal:

Decreto-lei 162, de 13 de fevereiro de 1967

Art.1º Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telecomunicações.

§1º A União substituirá automaticamente os poderes concedentes estaduais e municipais em todos os serviços telefônicos, até então sob a jurisdição estadual ou municipal.

§2º Os direitos e obrigações das empresas de telecomunicações, coletivas ou individuais, que tenham obtido concessão, autorização ou permissão de autoridades estaduais e municipais para execução do serviço continuarão a ser regidos pelos atos e contratos, expedidos pelas autoridades competentes ou com estas celebrados, ressalvada a possibilidade de modificá-los, observadas as formalidades legais.

Art.2º Este decreto-lei entrará em vigor em 15 de março de 1967, revogadas as disposições em contrário.

O Minicom passou, então, a ser a estrutura central do planejamento das telecomunicações brasileiras. A Embratel havia tido grande êxito na implantação de um sistema nacional de telefonia interestadual, composto de um conjunto de troncos de

microondas de alta capacidade chamado de Sistema Básico. O serviço local, todavia, ainda era precário. O Plano Nacional de Telecomunicações de 1971 previu a implantação de um Sistema Complementar, composto de troncos e redes de média capacidade de tráfego, em que se previa a instalação de 10 milhões de telefones em 10 anos. A forte demanda, especialmente no Rio de Janeiro, exigiu ainda um Plano de Emergência, cujo objetivo era implantar um milhão de telefones em quatro anos.²⁵⁸ O então Ministro das Comunicações, Hygino Corsetti, por meio da Exposição de Motivos nº 118, de 25 de agosto de 1971, afirmou que

A concretização dessa idéia [o Plano Nacional de Telecomunicações e o Plano de Emergência] exigirá, na prática, a criação de uma entidade pública destinada a planejar e coordenar as telecomunicações de interesse nacional, a obter os recursos financeiros, necessários à implantação e expansão de sistemas e serviços de telecomunicações e a controlar a aplicação de tais recursos mediante participação acionária, mesmo majoritária, nas empresas encarregadas da operação desses sistemas e serviços, se necessário.

As empresas concessionárias de telefonia urbana e interurbana, hoje em número muito elevado, serão reduzidas a, no máximo, uma por Estado.²⁵⁹

Um ano depois, o Minicom elaborou um anteprojeto de lei que propunha a criação de uma nova empresa para coordenar as telecomunicações nacionais. Já no anteprojeto, previa-se que a empresa deveria ser constituída como uma sociedade de economia mista, de modo a que fosse possível a participação privada no seu capital social. A idéia era viabilizar o autofinanciamento do sistema, que fora regulamentado pelo Contel em 1966²⁶⁰, em que os usuários adquiriam ações da prestadora em troca de novas linhas telefônicas de sua disponibilidade. O autofinanciamento era praticado com sucesso pela CTB – que, apesar de adquirida pela Embratel, continuava a existir como uma concessionária de

²⁵⁸ Cf. Exposição de Motivos do Ministério das Comunicações nº 57, de 15 de julho de 1971, *apud* BRITO, 1976, pp. 156-157.

²⁵⁹ *Apud* BRITO, 1976, p. 159.

²⁶⁰ Cf. IACHAN, 2006, p. 42; ARANHA, 2005, p. 75.

serviços locais. A nova empresa ocuparia o papel de *holding* de todas as empresas federais, motivo pelo qual estas, inclusive a Embratel, haveriam também de ser convertidas em sociedades de economia mista. Com inspiração na denominação de outras sociedades empresárias federais como a Petrobrás e a Eletrobrás, à nova *holding* propôs-se a denominação *Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebrás*. O anteprojeto se converteu na Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972. A partir de então, a *holding* e suas afiliadas passaram a ser referidas conjuntamente como *Sistema Telebrás*.

A mesma lei, porém, tirou a gestão do FNT da Embratel e o colocou à disposição do Minicom. Nos termos do art. 10 da Lei 5.792/1972, o ministério passou a controlar a quantidade de recursos a ser disponibilizada ao Sistema Telebrás. Tratou-se de projeto deliberado, como mostra a já citada Exposição de Motivos nº 118/1971:

O Fundo Nacional de Telecomunicações, criado pela Lei nº 4.117/62, é constituído, principalmente, por uma sobretarifa incidente sobre todos os serviços de telecomunicações para aplicação em investimentos destinados à implantação do Sistema Nacional de Telecomunicações, e será arrecadada até o ano de 1977, segundo a legislação que a instituiu. Esse Sistema é subdividido em três outros: os Sistemas Básico, Complementar e Auxiliar. O primeiro, cuja estrutura essencial está em fase de conclusão, necessitará de recursos do Fundo apenas para saldar os compromissos já assumidos, devendo, em princípio, prover sua expansão com a própria renda. O segundo vem sendo lenta e desordenadamente implantado por companhias telefônicas em funcionamento nos estados, em número superior a oitocentas, e passará a ser desenvolvido sob coordenação da empresa referida no item 10 acima [a Telebrás], a ser criada, que atuará na expansão das redes telefônicas urbanas. O terceiro importa em pequena necessidade de recursos. Por tais razões, proponho a Vossa Excelência que esse Fundo venha a passar à gerência direta do Ministro, a fim de que o desenvolvimento do setor de telecomunicações se faça equilibrada e ordenadamente.

Contribuiu para a mudança da gestão do FNT a forte disputa entre a direção da Embratel e o Ministério das Comunicações. A Embratel, cujo presidente era o General

Francisco de Souza Galvão, se recusava a se submeter à direção política do Minicom, cujo titular era o Coronel Hygino Corsetti. Pesava a favor de Galvão a diferença entre as patentes, uma vez que a sua era superior, mas Corsetti tinha bom trânsito junto ao Presidente Médici. Ao final, Corsetti venceu a queda de braços, e o Sistema Telebrás nem ficou a cargo da Embratel, como se chegou a cogitar, nem permaneceu com a gestão do FNT. Há que se ressaltar, todavia, que a criação de uma nova *holding*, em lugar da atribuição desse papel à Embratel, era defendida por muitos como forma de nacionalizar o planejamento das telecomunicações. A cultura da Embratel era vista como excessivamente operacional e voltada para o principal mercado da época, o Rio de Janeiro.²⁶¹

Ironicamente, se a criação da Telebrás propiciou o ganho de um planejamento sistêmico ordenado nacionalmente, a disponibilização dos recursos do FNT ao Minicom significou o início de desastroso processo de estrangulamento dos recursos financeiros para a expansão do sistema nacional de telefonia. Os recursos do FNT foram pouco a pouco desviados para outras finalidades. O desvio de recursos do fundo acabou por provocar a sua substituição em 1984 pelo Imposto sobre Serviços de Comunicações - ISSC, precursor do atual Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Nessa época, cerca de 50% dos recursos do FNT não mais se destinavam a financiar as telecomunicações.²⁶² A criação do ISSC, não apenas desvinculou a totalidade dos recursos da aplicação em telecomunicações, como introduziu ônus adicional ao serviço – que passou a ser uma fonte de receita segura para o Estado, uma vez que a arrecadação e fiscalização do imposto é facilitada dado o pequeno número de contribuintes de direito: as operadoras de telefonia.

Outras fontes de receita não foram capazes de suprir a ausência dos recursos do FNT. A necessidade de controle de tarifas em decorrência do processo inflacionário, combinada com os ganhos políticos obtidos pela aplicação de baixas tarifas, impediu que o

²⁶¹ Cf. DIAS e CORNILS, 2004, pp. 67-69.

²⁶² Cf. ARANHA, 2005, pp. 79-82.

Sistema Telebrás continuasse sua expansão com seus próprios recursos. E a crescente aquisição de capital controlador destas empresas pelos usuários, após três décadas, inviabilizou esse tipo de financiamento, por não mais restarem margens de negociação que garantissem o controle estatal das empresas do setor.

Não obstante, enquanto persistiram as fontes de financiamento, o Sistema Telebrás foi extremamente exitoso. Em 20 anos, o Brasil saltou de 2 milhões de linhas fixas, em 1973, para 12,4 milhões de linhas, aumentando a densidade telefônica de 1,9 por 100 habitantes em 1973, para 8,1, em 1983. Segundo o Banco Mundial, em 1984 o Sistema Telebrás era o *maior entre países em desenvolvimento e o décimo maior do mundo*.²⁶³ O país ainda conseguiu desenvolver um parque industrial com tecnologia nacional de ponta, graças à destacada atuação do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações – CPqD, o braço de pesquisa do Sistema Telebrás.²⁶⁴

Em razão da diversidade tecnológica das centenas de redes locais e da necessidade de conectar a extensa e heterogênea malha de telecomunicações espalhada pelo país, acabou-se por desenvolver inédita expertise em compatibilização de equipamentos de inúmeras procedências. O esforço de padronização e modularidade, de busca de normas de operação e manutenção e de encontrar equipamentos similares compatíveis talvez seja sem par no mundo. O *learning-by-using* e a capacitação de recursos humanos implementada no setor levou à construção de algumas vantagens comparativas estratégicas.²⁶⁵

Durante esses anos, a gestão do Sistema Telebrás ficou a cargo de uma equipe técnica motivada e que gozava de grande autonomia gerencial. Segundo alguns, tratou-se de um “esquecimento governamental”²⁶⁶ do setor de telecomunicações, fato que é ressaltado também pelo General Alencastro, ex-presidente da Telebrás:

²⁶³ DIAS e CORNILS, 2004, p. 75.

²⁶⁴ Cf. PADILHA, 2001, pp. 21-22; ARANHA, 2005, pp. 76-77;

²⁶⁵ BRANDÃO, 1999, pp. 7-8.

²⁶⁶ GARBI, 1993, p. 106.

O caminho percorrido foi gradual. Mais do que isso, cada nova etapa só se iniciava quando a anterior estava concluída. E os bons resultados alcançados nos primeiros anos da administração estatal só foram obtidos graças a uma legislação adequada e à autonomia gerencial de que gozavam as operadoras, pois o governo ainda não tinha descoberto que o Sistema Telebrás poderia ser usado como excelente fonte de empregos para conquistar apoio político ou para compensar correligionários derrotados em eleições.²⁶⁷

A relativa autonomia do Sistema Telebrás, porém, foi pouco a pouco eliminada. Entre o final da década de 70 e o início da década de 90, a severa crise financeira por que atravessava o país serviu de fundamento para a criação diversos mecanismos institucionais de cunho centralizador.²⁶⁸ A gestão financeira, por exemplo, passou a ser executada por pessoas sem conhecimento técnico do setor de telecomunicações, e os recursos do Sistema Telebrás deixaram de lhe ser próprios e passaram a ocupar a *vala comum do universo estatal*. As empresas do Sistema Telebrás eram impedidas de executar obras sem a aprovação de instâncias burocráticas superiores, e foram progressivamente submetidas a amarras burocráticas sem que fosse prestado o devido cuidado com os objetivos específicos que se buscava alcançar em termos de políticas públicas. O objetivo era conter despesas e limitar o acesso a empréstimos internacionais, de modo a evitar o agravamento da dívida externa brasileira.²⁶⁹

Os cargos de direção passaram a ser ocupados por indicações de cunho estritamente político-partidário, especialmente a partir de 1985, com a gestão de Antônio Carlos Magalhães no Ministério das Comunicações, o que deu origem a um processo de *desprofissionalização* e aviltamento técnico da direção do sistema.²⁷⁰ Nessa época, não havia

²⁶⁷ SILVA, 1993, p. 87.

²⁶⁸ Cf. ARANHA, 2005, pp. 82-84.

²⁶⁹ Cf. IACHAN, 2006, pp. 52-53.

²⁷⁰ “Com este aviltamento das funções diretivas, aquilo que deveria ser um sistema *holding* passa a ser um amontoado de empresas, sem nenhuma coordenação ou planejamento. Cada empresa faz o seu planejamento

regras claras para a distribuição de recursos financeiros entre as empresas-pólo, e o resultado foi que o apadrinhamento político se tornou o principal fator de decisão.²⁷¹ A situação é assim avaliada por Márcio Iorio Aranha:

Com a crescente deformação da interferência política no Sistema Telebrás, revelou-se a pior face da gestão pública: a “*apropriação da área pública pelos interesses privados*”, acometendo os serviços públicos dos interesses particularistas de então, que deslocavam as políticas estatais do foco do interesse geral em nome de uma *ética privatista* de favores e recompensas políticas. O período áureo da primeira década de existência da Telebrás não se repetiu...²⁷²

Similarmente ao período que precedeu o CBT, a demanda reprimida passou a atingir níveis alarmantes. Os investimentos foram cortados drasticamente – apesar de uma leve retomada no final dos anos 80²⁷³, a politização dos cargos de direção deixou a Telebrás sem planejamento e quebrou a seqüência de crescimento ordenado que norteava o setor. Além de não crescer adequadamente, a ausência de recursos e planejamento impactou a manutenção do sistema, o que provocou sua deterioração em diversas empresas-pólo.²⁷⁴ Sem a substituição de equipamentos, o sistema também se viu sujeito à obsolescência, em prejuízo ao esforço anterior de atualização tecnológica frente aos principais pólos industriais do mundo. Somou-se a esse cenário o quadro de instabilidade econômica e de hiperinflação enfrentado pelo Brasil na década de 80 (“a década perdida”), o prestígio crescente de teóricos liberais como Friedrich A. Von Hayek, Milton Friedman e George Stigler, as pressões pela liberalização do setor de telefonia e pela privatização do Sistema Telebrás se intensificaram.

isoladamente. (...) Ataca a sua espinha dorsal, impedindo o sistema de realizar movimentos indispensáveis para uma administração eficiente e segura. Ela desestimula o gerente competente, o empregado dedicado e o profissional correto, pois personaliza a vitória do apadrinhamento.” VIANNA, 1993, p. 93-94.

²⁷¹ Cf. BRANDÃO, 1999, pp. 9-10.

²⁷² ARANHA, 2005, p. 84.

²⁷³ BRANDÃO, 1999, p. 10.

²⁷⁴ Como eram chamadas as subsidiárias estaduais do Sistema Telebrás.

Os esforços de privatização do governo federal remontam ao Decreto nº 86.215, de 15 de julho de 1981, editado durante o Governo Figueiredo (1979-1985), que previa regras para a desestatização das empresas federais. Contudo, as telecomunicações não chegaram a ser afetadas: o resultado concreto dos esforços de Figueiredo foi a terceirização de serviços como o de limpeza e conservação. O Governo Sarney (1986-1990), que lhe seguiu, logo fixou o Programa de Privatização, por meio do Decreto nº 91.991, de 28 de novembro de 1985. Embora não incluía a intenção de privatização do Sistema Telebrás, o Minicom divulga uma política de abertura do setor de telecomunicações ao investimento privado, como alternativa para *exploração de novos setores*.²⁷⁵ Em 1987, por meio de alterações regulamentares, a primeira tentativa de viabilizar a exploração privada se deu no serviço de transmissão de dados via satélite. A repercussão dessa tentativa teve um poderoso impacto na estrutura institucional do setor:

A inclusão do monopólio estatal no texto da Constituição tem neste movimento um ponto decisivo. A Victori Comunicações, empresa associada às Organizações Globo, ao Bradesco e a italiana Victori Internacional, enviara uma carta ao secretário-geral do Ministério das Comunicações, Rômulo Vilar Furtado, solicitando permissão para instalar “um serviço limitado de múltiplos destinos”, o que na realidade era um pedido para explorar o serviço de transmissão de dados, até então era [sic] exclusivo da EMBRATEL e o mais lucrativo do STB [sistema telefônico brasileiro]. No segundo semestre de 1987, a autorização foi concedida por Antônio Carlos Magalhães. A notícia da concessão gerou uma intensa movimentação contrária, iniciada pela Associação dos Empregados da EMBRATEL (AEBT) e que ganhou a adesão de sindicatos, associações, partidos políticos, e outros setores organizados da sociedade civil. A reação se externou através de greves, mandados judiciais e outros procedimentos, que amparados na legislação existente conseguiram frear o movimento em prol da exploração privada.²⁷⁶

²⁷⁵ 48

²⁷⁶ IACHAN, 2006, p. 62.

A organização social provocada pelo que ficou conhecido como *caso Vicom* (acrônimo de Victori Comunicações) foi determinante para que se travasse, na Assembléia Nacional Constituinte, uma verdadeira batalha em prol do monopólio do Sistema Telebrás. Conforme relata Gaspar Vianna:

Se não fosse o ‘caso Vicom’, talvez não se desse tão naturalmente a mobilização dos empregados do Sistema Telebrás para defendê-lo. A ação foi tão eficiente que as propostas dos parlamentares ligados à Antonio Carlos Magalhães, Rômulo Vilar Furtado e, de um modo geral, às multinacionais de telecomunicações, não tiveram qualquer chance de êxito. Praticamente por unanimidade, foi mantida a integridade do Sistema Telebrás.²⁷⁷

Efetivamente, os debates na Assembléia Nacional Constituinte foram acirrados. Estava em disputa na fixação do modelo as alternativas monopólio ou competição, propriedade privada ou estatal. Os defensores do monopólio estatal foram ferrenhos, mas não conseguiram fazer prevalecer seu ponto de vista na Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, responsável por elaborar o relatório a ser apreciado pela Comissão de Sistematização. De um lado estava o presidente da Subcomissão, Deputado Arolde de Oliveira (PFL), que defendia a privatização; de outro, a relatora do projeto, Deputada Cristina Tavares (PMDB), que defendia o monopólio público. A divergência foi tamanha que a subcomissão não conseguiu entregar um relatório final. A questão, todavia, foi resolvida pela apresentação ao plenário de uma emenda de iniciativa popular, com 111 mil assinaturas, que previa o monopólio público. A emenda ganhou o apoio de diversos deputados e, no dia 17 de agosto de 1987, o monopólio estatal foi confirmado no plenário por 392 votos contra

²⁷⁷ VIANNA, 1993, p. 254.

quatro.²⁷⁸ Desse modo, a Constituição Federal de 1988 se tornou a primeira de nossa história a incluir o monopólio estatal para a prestação dos serviços de telecomunicações²⁷⁹:

Constituição Federal de 1988, redação original (05/10/1988)

Art.21. Compete à União:

XI – explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;

Como se percebe, o inciso XI, que estabelece o monopólio estatal, fala em *serviços públicos de telecomunicações*, ao passo que o inciso XII referencia os *demais serviços de telecomunicações*, sem o adjetivo *público*. Essa distinção ensejaria, mais à frente, novas tentativas de inserção do capital privado nas telecomunicações. Não obstante, a Constituição de 1988 marca o ápice do processo de centralização operacional e normativa do setor de telecomunicações pelo poder estatal federal.

3.2. As pressões pela privatização nos anos 90: o processo que culminou com a Lei Geral de Telecomunicações

²⁷⁸ Cf. IACHAN, 2006, pp. 65-66.

²⁷⁹ O art. 66 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, porém, ressaltou a exploração dos serviços de telecomunicações pelas empresas privadas que já fossem concessionárias à época da promulgação da nova Constituição.

Os anos 90 começaram com a eleição de Fernando Collor à Presidência da República, e seu programa de governo era fortemente influenciado pelas experiências estrangeiras de diminuição do tamanho do Estado – especialmente a Inglaterra de Margaret Thatcher e o Chile de Augusto Pinochet. Permeava o discurso político do novo presidente a idéia de ineficiência da gestão pública e a necessidade de modernização e inserção internacional do aparelho burocrático do Estado. Collor buscava um *Estado mínimo*, e os primeiros atos de seu governo foram condizentes com seu discurso.²⁸⁰

Logo após sua posse, Collor reduziu o número de ministérios de 23 para 12, e o Ministério das Comunicações foi um dos que deixou de existir. Suas atribuições foram passadas para o novo Ministério da Infra-Estrutura – Minfra. A gestão do Minfra sobre as telecomunicações, semelhante à gestão de Antônio Carlos Magalhães no Minicom, manteve a política de busca de abertura para o capital privado.

O fato de o texto constitucional falar de um lado do monopólio estatal dos serviços públicos de telecomunicações (art. 21, XI), e de outro lado, na prestação direta ou indireta de serviços de telecomunicações (art. 21, XII, *a*), abria a possibilidade de que os últimos fossem prestados por particulares. Restava definir quais os serviços estariam sob o art. 21, XII, *a*. A extensão da definição alcançada determinaria a extensão do monopólio estatal.

Especialmente, o governo federal se esforçou para abrir o nascente serviço móvel celular para a iniciativa privada. Nessa linha, ainda no Governo Sarney havia sido editado o Decreto nº 96.618, de 31 de agosto de 1988, que aprovou o Regulamento dos Serviços Público-Restritos. O regulamento se apoiava na classificação de serviços promovida pelo art. 6º do CBT²⁸¹, que previa a categoria de *serviço público restrito*, distinta da categoria

²⁸⁰ Cf. IACHAN, 2006, pp. 69-74.

²⁸¹ Código Brasileiro de Telecomunicações, 1962: “Art.6º Quanto aos fins a que se destinam, as telecomunicações assim se classificam: a) serviço público, destinado ao uso do público em geral; b) serviço público restrito, facultado aos passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público

de *serviço público* propriamente dito. O fato de o Regulamento de Serviços Público-Restritos ter sido editado cerca de um mês antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, para regulamentar dispositivo do CBT já em vigor há vinte e seis anos, evidencia, para Márcio Iorio Aranha, *a tentativa de abrir espaço, no ordenamento jurídico, a uma nova categoria de serviços móveis que não estivesse submetida às limitações renunciadas no texto constitucional de 1988.*²⁸² A possibilidade aberta pelo Decreto nº 96.618/1988 é evidenciada pela sua mera leitura:

Decreto nº 96.618, de 31 de agosto de 1988

Art. 1º Constituem Serviços Público-Restritos, na forma definida pelo artigo Art. 6º letra "b", da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, as diversas categorias de serviços de telecomunicações, qualquer que sejam as formas ou meios utilizados, destinadas ao uso de passageiros de navios, aeronaves, veículos em movimento, **bem assim ao do público, em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicações fixo local.**

[...]

Art. 3º Para os efeitos deste Regulamento, e normas reguladores complementares, são adotadas as seguintes definições.

I - SERVIÇO DE RADIOCOMUNICAÇÃO MÓVEL RESTRITO é aquele de telecomunicações móvel terrestre, marítimo ou aeronáutico, **da modalidade público-restrito, com acesso aos sistemas públicos de telecomunicações;**

em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicação; c) serviço limitado, executado por estações não abertas à correspondência pública e destinado ao uso de pessoas físicas ou jurídicas nacionais. [...] d) serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão; e) serviço de rádio-amador, destinado a treinamento próprio, intercomunicação e investigações técnicas, levadas a efeito por amadores, devidamente autorizados, interessados na radiotécnica unicamente a título pessoal e que não visem a qualquer objetivo pecuniário ou comercial; f) serviço especial, relativo a determinados serviços de interesse geral, não abertos à correspondência pública e não incluídos nas definições das alíneas anteriores [...].”

²⁸² “O esforço foi tão direcionado pelo norte de abertura de uma brecha na legislação para tratamento diferenciado aos novos serviços celulares, que a epígrafe do Decreto 96.618, de 1988, pecou por se referir à alínea *f* do art.6.º do Código Brasileiro de Telecomunicações, que falava de serviços *especiais de interesses gerais* não constantes das classificações anteriores de serviços de telecomunicações, enquanto o Regulamento veiculado pelo Decreto refere-se expressamente ao art.6.º, alínea *b*, correspondente ao tradicional serviço público restrito. A cogitação da alínea *f* do art.6.º para embasar o tratamento diferenciado dos serviços celulares denota um esforço repentino de solução das dificuldades acenadas pela iminente promulgação da Constituição Federal de 1988.” (ARANHA, 2005, p. 87.)

Portanto, o regulamento expandiu a categoria *público-restrito* de modo a abranger qualquer serviço prestado em localidades não atingidas pelo *serviço público de telecomunicações fixo* – o que era uma referência indireta à área de prestação do Sistema Telebrás. Além disso, criou a categoria de serviço de radiocomunicação móvel restrito e, apesar de ser *restrito*, definiu que esse serviço se conectaria aos *serviços públicos de telecomunicações*. Trata-se do serviço que ficaria conhecido mais tarde como móvel celular, e a sua qualificação como serviço público restrito revela a intenção de abrir sua prestação a empresas privadas.

A partir desse cenário, e de forma coerente com discurso predominante no Governo Collor de diminuição das atribuições estatais, o Minfra deu continuidade à tentativa de abertura com a edição das portarias nº 882 e 883, ambas de 8 de novembro de 1990. A Portaria nº 882/1990 determinava ao Secretário Nacional de Comunicações, vinculado ao Minfra, *rever os regulamentos e as normas técnicas que disciplinam a prestação de serviços de telecomunicações, com o objetivo de eliminar as restrições ao acesso da iniciativa privada à prestação dos mesmos serviços* (art. 2º, I). Essa portaria ainda revogou portaria anterior do Minicom (Portaria nº 109, de 25 de janeiro de 1979) que regulamentava o monopólio da Embratel nos serviços de comunicação de dados.

A Portaria nº 883/1990, de forma similar, determinava ao Secretário Nacional de Comunicações que concluísse *os estudos necessários à fixação de critérios e procedimentos para a outorga, mediante licitação, do Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Restrito Celular/Serviço Móvel Celular*. Os preâmbulos de ambas as portarias afirmavam, em seus *consideranda*, que *a atividade econômica dever[ria] ser regida, basicamente, pelas regras de livre mercado*, e que constituía *diretriz do Ministério da Infra-Estrutura estimular a maior participação da iniciativa privada na prestação dos serviços de*

*telecomunicações previstos nas alíneas 'b' a 'f' do art. 6º da Lei 4.117, de 1962.*²⁸³ Portanto, as normas faziam referência à definição de serviços do CBT como meio de fazer valer o argumento de que apenas aquilo que fosse definido como serviço público de telecomunicações (art. 6º, *a*, do CBT) seria sujeito ao monopólio da União previsto no art. 21, XI, da Constituição.

Ambas portarias foram contestadas na ADIN nº 432, julgada em 15/05/1991. O Supremo não reconheceu caráter normativo às portarias e, por isso, não conheceu da ação – logo, não se pronunciou sobre o mérito. Contudo, ao ponderar sobre um dos argumentos do autor concernentes à revogação da Portaria 109/1979 do Minicom pela Portaria nº 882/1990 do Minfra, o relator deixou transparecer que eventual tentativa de privatização do setor não seria compatível com a Constituição:

Na realidade, mostra-se subjacente a toda a argumentação desenvolvida pelo Autor a suposição, baseada em dados conjunturais, de que a revogação da Portaria em questão operaria a conseqüente devolução, à esfera da iniciativa privada, da exploração de **serviço que, à toda evidência, deve manter-se sob o estrito monopólio da União Federal** (CF, art. 21, XI).

O que se verifica, efetivamente, é que, com essa revogação, em nada ficou afetado o monopólio constitucional atinente aos serviços de transmissão de dados, mesmo porque a exclusividade de sua exploração jamais decorreu desse simples ato administrativo...²⁸⁴

Não obstante a manifestação do STF, Nélson Marchezan, Secretário Nacional de Comunicações, baixou a Portaria nº 376, de 15 de setembro de 1992. Essa portaria fixou as condições para as empresas do Sistema Telebrás prestarem o serviço de telefonia móvel, ao mesmo tempo em que fixava as regras para a escolha de prestadoras privadas, por meio de

²⁸³ Vide nota 281 supra.

²⁸⁴ ADIN 432-DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 15 de maio de 1991.

concorrência pública. Contudo, a erosão do Governo Collor (que descreveremos adiante) impediu que mesmo essa tentativa de privatização parcial prosseguisse.

Com isso, o Sistema Telebrás permaneceu com o controle das telecomunicações nacionais e, apesar dos problemas financeiros, obteve relevantes êxitos na exploração de seus serviços. A comunicação de dados, embora ainda sob o monopólio federal, passou a ser operada em regime de competição entre a Embratel e as empresas-pólo do Sistema Telebrás. Quanto ao serviço de telefonia móvel celular, foi a empresa-pólo do Estado do Rio de Janeiro, a Telerj, quem implantou o primeiro sistema do Brasil. Na mesma época, a Telebrás também introduziu com sucesso a central de comutação Trópico em sua rede – a primeira central de comutação digital desenvolvida no Brasil, produto de um longo trabalho de pesquisa capitaneado pelo CPqD. E, durante a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992, foi inaugurado o primeiro telefone de uso público a cartão indutivo, também produto de tecnologia nacional desenvolvida pelo CPqD.

Enquanto a Telebrás contabilizava novos sucessos, as telecomunicações se esvaneciam da pauta política principal do governo, que ainda se viu prejudicado por um grave processo de erosão política. No início de seu governo, ainda com o peso do voto popular das últimas eleições, Collor aprovou a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização – PND. Neste, porém, não se incluíram as concessionárias federais que prestavam serviço público sob monopólio estatal. Não obstante, em uma *incursão espasmódica*²⁸⁵ no setor, o Governo Collor foi ainda capaz de produzir a Lei 8.029, de 12 de abril de 1990, que autorizou a Telebrás a reduzir para oito o número de suas operadoras, exceto a Embratel, por meio de fusões e incorporações dentro do Sistema

²⁸⁵ ARANHA, 2005, p.

Telebrás. As oito operadoras resultantes seriam o embrião do futuro processo de desestatização conduzido pelo Governo Fernando Henrique Cardoso.

Todavia, o desgaste das bases do Governo Collor, que culminou com seu *impeachment* em 29 de setembro de 1992, refreou a adoção de qualquer medida política mais efetiva. Collor ainda tentaria, sem sucesso, aprovar um pacote de medidas denominado Projeto de Reconstrução Nacional e encaminhado ao Congresso em março de 1992, em que se previa a quebra do monopólio estatal em diversos setores. Collor, porém, ainda teve tempo de cindir o Minfra e recriar o Ministério dos Transportes e Comunicações em maio de 1992. O novo ministério, porém, pouco teve o que fazer até a conclusão do *impeachment*.

O sucessor de Collor, Itamar Franco, promoveu uma revisão geral na política de governo. O processo de desestatização foi refreado: mantiveram-se apenas as privatizações que já haviam sido anunciadas. O Ministério das Comunicações foi recriado. A prioridade política foi alocada ao Plano Real, e, até final do Governo Itamar, em 1994, as telecomunicações ficaram em segundo plano. Não obstante, ainda se seguiram tentativas de licitação da prestação da telefonia móvel celular. Aproveitando as regras fixadas pela Portaria nº 376/1992, o recém restabelecido Minicom publicou, ainda em 1992, editais de licitação para exploração do serviço de telefonia móvel celular em diversos estados. Contudo, houve forte oposição popular e liminares em diversas ações judiciais, nos mais diversos cantos do país, frearam o intento do governo.²⁸⁶

Mesmo a revisão constitucional de 1993²⁸⁷, não produziu nenhum resultado para a política de telecomunicações. A culpa, dessa vez, foi a proximidade do período eleitoral e a abertura da chamada CPI do Orçamento²⁸⁸. Não obstante, a revisão constitucional

²⁸⁶ Cf. MARTINS, 1999, pp. 42-43.

²⁸⁷ Prevista pelo art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

²⁸⁸ A CPI do Orçamento ficou famosa por revelar os *anões do orçamento*: parlamentares acusados receber comissões vultosas para alterar o orçamento de modo a favorecer empreiteiras e desviar recursos para entidades de assistência social fantasmas. Um dos *anões* foi o pitoresco Deputado João Alves, conhecido como João de Deus, que alegava ter acumulado sua fortuna ao ganhar mais de 300 vezes na loteria. Deputados de renome

teve fôlego para servir de fórum para as principais correntes políticas do setor de telecomunicações:

Três vertentes, no caso das telecomunicações, dividiam as posições: a) a manutenção, a todo custo, do monopólio estatal, defendida pelos partidos de esquerda (PT, PDT e PC do B), pelos sindicatos dos trabalhadores do setor (Federação Interestadual dos Trabalhadores em Telecomunicações – FITTEL, e suas ramificações estaduais), pelas centrais sindicais (sobretudo a Central Única dos Trabalhadores – CUT) e pelas entidades da sociedade civil mais tradicionais (Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, e a Associação Brasileira de Imprensa – ABI); b) a flexibilização do monopólio, ou seja, a manutenção do Sistema Telebrás enquanto ente estatal e a abertura do mercado para a competição com empresas privadas, posição adotada por alguns partidos de centro (parte do PSDB, e setores do PMDB) e por parte do empresariado (personalizado pelo Instituto Brasileiro para o Desenvolvimento das Telecomunicações – IBDT, entidade responsável pelo *lobby* de empresas do setor, criada para atuar junto aos Poderes Executivo e Legislativo, interessada mais imediatamente, na abertura do mercado privado de telefonia celular) e; c) a privatização completa do Sistema Telebrás, sustentada, principalmente pelos partidos de posições liberais (PFL e PPB, na época PPR, partes do PSDB e do PMDB) e pela fatia mais radical dos empresários nacionais.²⁸⁹

Se no ambiente interno as pressões privatizantes arrefeceram, no cenário internacional elas caminhavam para seu ápice. A cartilha do Estado mínimo passou a integrar o programa de organismos internacionais de apoio e fomento como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional – FMI. Um dos exemplos mais significativos foi *Memorando de entendimentos relativo à reestruturação do setor de telecomunicações* assinado nos estertores do Governo Collor, em 25 de setembro de 1992, pelo Ministro dos Transportes e Comunicações e pelo representante do Banco Mundial para a América Latina e Caribe. O memorando incluía subcapítulo específico destinado a resumir o compromisso do governo

como Ibsen Pinheiro, relator do processo de *impeachment* de Collor na Câmara, e Ricardo Fiúza, relator do atual Código Civil, também foram incluídos nas acusações. Cf. a reportagem da revista Veja, divulgada na Internet na página: <http://veja.abril.uol.com.br/idade/corrupcao/orcamento/caso.html>, consultada em 25/01/2009.

²⁸⁹ MARTINS, 1999, pp. 43-44.

brasileiro na privatização do Sistema Telebrás.²⁹⁰ Entre as chamadas *boas práticas* difundidas sobretudo pelo Banco Mundial, estavam: a venda à iniciativa privada do controle sobre as empresas do setor²⁹¹; a liberalização do setor e sua abertura à competição; a instituição de uma *agência reguladora independente* para orientar o setor e preservar a competição.²⁹²

Paralelamente, o desenvolvimento das negociações de liberalização do comércio internacional alcançaram o setor de serviços e, especialmente o setor de telecomunicações. A chamada Rodada Uruguai (1986-1994) de negociação de comércio internacional, após um inicial período de estagnação, alcançou nos anos 90 massa crítica e, em 15 de abril de 1994, um dos acordos aprovados nas negociações multilaterais, junto com o tratado de criação da Organização Mundial do Comércio - OMC, foi o *General Agreement on Trade in Services* – GATS. Este tratado visava a alcançar a liberalização do comércio internacional de serviços, e dada a natureza específica desse comércio, a ênfase nas negociações se deu sobremaneira nas chamadas *barreiras não-tarifárias*. A intenção do acordo era eliminar progressivamente essas barreiras, o que incluía a fixação de monopólios estatais ou nacionais pelas legislações nacionais. Devido à importância do setor de telecomunicações, ele constou de um anexo específico ao GATS em que se reconhecia seu duplo caráter no comércio internacional: tanto é um serviço em si, como é suporte para a prestação de diversos outros serviços. Inicialmente, apenas se previa que o acesso às redes nacionais deveria ser provido de forma não discriminatória às prestadoras de outros países, excetuando-se o setor de telecomunicações das obrigações mais acentuadas presentes no GATS. Todavia, o acordo previa o mapeamento de leis e regulamentos nacionais de modo a

²⁹⁰ Cf. VIANNA, 1993, p. 271-274.

²⁹¹ “Esclarecedora a posição exarada pelo Banco Mundial na *Americas Telecom 2000*, realizada entre 10 e 15 de abril de 2000, no Rio de Janeiro, quando seu representante, Carlos Braga, foi questionado pelo Governo de Porto Rico sobre a ausência de linhas de crédito para empresas estatais prestadoras de serviços de telecomunicações. A resposta transmitiu decisão do Banco Mundial em somente fomentar o desenvolvimento de empresas privadas de telecomunicações em mercados livres, pois partiu do pressuposto de que a concentração do serviço de telecomunicações nas mãos do Estado não satisfaria as exigências de tecnologia e dinamização em um mundo globalizado.” (ARANHA, 2005, p. 96.)

²⁹² Cf. WALDEN e ANGEL, 2005, pp. 587-642.

continuar as negociações de liberalização do setor, antes mesmo do início de uma nova rodada formal de negociações, o que significou a continuidade da pressão liberalizadora do mercado de telecomunicações, especialmente por parte dos países desenvolvidos que já haviam efetuado reformas liberalizantes.²⁹³

Ainda no cenário internacional, a União Internacional de Telecomunicações – UIT, braço especializado da Organização das Nações Unidas para o setor, havia divulgado o primeiro *Blue Book: Telecommunications Policies for the Americas*, que continha diversas recomendações acerca das políticas públicas a serem adotadas para o setor de telecomunicações no Continente Americano. O texto teve origem nos trabalhos decorrentes da Conferência Regional para Desenvolvimento das Telecomunicações nas Américas (AM-WTDC-92), sediada em Acapulco no ano de 1992. Segundo a edição atual do *Blue Book*:

Os anos 1990 foram caracterizados pela visão de um mundo globalizado, a **promover a privatização e a desregulação dos serviços de telecomunicações**. Isso implicou uma expansão de infra-estrutura e serviços, o *Blue Book* continha as primeiras recomendações a esse respeito.²⁹⁴

Foi nesse ambiente que Fernando Henrique Cardoso (FHC) assumiu a Presidência da República, em 1995, para seu primeiro mandato. E em seu programa de governo, intitulado *Mãos à Obra*, já se lia:

Não se trata apenas de alcançar uma maior difusão de um serviço já existente, por uma questão de equidade e justiça. Trata-se de investir pesadamente em comunicações, para construir uma infra-estrutura forte, essencial para gerar as riquezas de que o país necessita para investir nas áreas sociais. [...] O setor das

²⁹³ Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 2001, pp. 4-24.

²⁹⁴ “The 1990s were characterized by a vision of a globalized world, promoting privatization and deregulation of telecommunication services. This implied an expansion of infrastructure and services, the Blue Book contained the first recommendations in that respect.” (UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (UIT) e COMISSÃO INTERAMERICANA DE TELECOMUNICAÇÕES (CITEL), 2005, p. 2 – tradução livre, grifo ausente do original.)

telecomunicações é hoje, sem dúvida, um dos mais atraentes e lucrativos para o investimento privado, em nível internacional. [...] Pode-se contar que não faltarão investidores interessados em expandir essa atividade no mundo, em geral, e num país com as dimensões e o potencial do Brasil [...]. O Governo Fernando Henrique proporá emenda constitucional visando à flexibilização do monopólio estatal nas telecomunicações.²⁹⁵

Com base nesse programa de governo, o coordenador político da campanha de FHC, Sérgio Motta, assumiu o Minicom. De maneira geral, a experiência acumulada com as tentativas anteriores de abertura do serviço móvel celular, frustradas por diversas decisões judiciais de primeira instância, fundamentaram o receio dos advogados no Brasil das multinacionais de telecomunicações, que em seus pareceres aconselhavam que investimentos somente deveriam ser efetuados no país se e quando fosse aprovada emenda constitucional que alterasse a redação do art. 21, XI, da Constituição, de modo a que esse dispositivo não mais estabelecesse o monopólio da União nos serviços públicos de telecomunicações.²⁹⁶ Portanto, a mudança constitucional prevista no programa de governo encontrava ressonância nas expectativas do mercado internacional.

A estratégia dos governos Sarney, Collor e Itamar, de diferenciar serviços públicos e serviços públicos restritos, foi definitivamente abandonada, e com menos de dois meses depois de empossado (16 de fevereiro de 1995), o Governo FHC encaminhou a Proposta de Emenda Constitucional - PEC nº 03, mediante a Mensagem nº 191/95, ao Congresso Nacional, propondo a quebra do monopólio do Sistema Telebrás. A PEC foi aprovada com facilidade e resultou na Emenda Constitucional - EC nº 8, de 15 de agosto de 1995.

Constituição Federal de 1988, após a Emenda Constitucional n.º 8, de 15/08/95

Art.21. Compete à União:

²⁹⁵ *Apud* IACHAN, 2006, pp. 82-83.

²⁹⁶ Cf. VIANNA, 1993, p. 261.

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

O resultado não chegou a ser surpreendente: segundo pesquisa do Departamento de Assessoria Parlamentar – DIAP, em 1995, 59% dos deputados e 71% dos senadores eram favoráveis à liberalização do setor. Porém, segundo a mesma pesquisa, a maioria dos parlamentares era favorável à preservação do domínio público sobre o Sistema Telebrás. Ou seja, o Legislativo como um todo manifestava preferência pela competição frente ao monopólio público, mas era contrário à privatização.²⁹⁷ Portanto, surpreendente foi a privatização do Sistema Telebrás e, mais ainda, a tranquilidade da tramitação legislativa do projeto de lei que, posteriormente, a viabilizou. Além disso, a tramitação legislativa fez incluir no texto da CF a previsão de um *órgão* regulador, ausente da redação original da PEC encaminhada pela Presidência da República.

Após a EC nº 8/1995, o Minicom começou imediatamente a trabalhar em uma *lei quadro*, que firmasse os princípios da organização dos serviços de telecomunicações e criasse o órgão regulador. Para tanto, contou com o apoio de consultores nacionais e estrangeiros, financiados com verbas obtidas junto à UIT oriundas de um acordo de cooperação firmado em 14 de junho de 1996 entre aquela entidade e o Governo Brasileiro.²⁹⁸ Além disso, técnicos do Banco Mundial acompanharam os trabalhos, também oferecendo consultoria técnica embasada na experiência acumulada em privatizações já ocorridas na Argentina, Bolívia, México, Chile e Venezuela.²⁹⁹ Os trabalhos conduzidos pelo Minicom foram posteriormente reunidos no documento *Diretrizes gerais para a abertura do setor de*

²⁹⁷ Cf. IACHAN, 2006, pp. 88-89.

²⁹⁸ Cf. PRATA, BEIRÃO e TOMIOKA, 1999, pp. 357-359.

²⁹⁹ Cf. IACHAN, 2006, p. 91.

telecomunicações no Brasil,³⁰⁰ e constituíram a base do anteprojeto de lei que se converteria na Lei Geral de Telecomunicações – LGT.

Todavia, o Minicom decidiu não aguardar a edição da LGT, ainda em gestação, para dar início ao ingresso de capitais privados no setor. Ainda em 1995, o Decreto nº 1.719, de 28/11/1995, aprovou o *Regulamento de Outorga de Concessão ou Permissão para Exploração de Serviços de Telecomunicações em Base Comercial*. O art. 1º desse regulamento esclarecia sua finalidade:

Regulamento de Outorga de Concessão ou Permissão para Exploração de Serviços de Telecomunicações em Base Comercial (aprovado pelo Decreto nº 1.719, de 28/11/1995)

Art. 1º Este Regulamento disciplina o processo de outorga de concessão ou permissão para exploração de serviços de telecomunicações em base comercial, exceto os serviços de radiodifusão.

Parágrafo único. Um serviço é explorado em base comercial quando o outorgado é remunerado mediante preços ou tarifas pagas por usuários ou por quaisquer outras formas de benefícios compensatórios vinculados, direta ou indiretamente, à exploração ou utilização do serviço por outrem.

O regulamento serviu de base para que o Minicom editasse duas portarias submetendo à consulta pública normas específicas para a exploração de serviço de telecomunicações por satélite e de serviço móvel celular por particulares.³⁰¹ Todavia, o Partido Democrático Trabalhista ingressou com a ADIN nº 1.435-8/DF no STF, requerendo a invalidação do regulamento, sob os seguintes argumentos: (i) o decreto teria substituído a lei exigida pela nova redação do art. 21, XI, da CF, e, em lugar dela, regulamentava diretamente a Constituição, o que atentaria contra o princípio da reserva legal; (ii) o Decreto nº 1.719/1995 seria ato administrativo que, a pretexto de *regulamentar*, assumiria função diversa, qual seja a

³⁰⁰ MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 1997.

³⁰¹ Cf. ARANHA, 2005, p. 97.

de *legislar sobre telecomunicações*; (iii) a competência para dispor normativamente sobre telecomunicações caberia exclusivamente ao Congresso Nacional (consoante previsão do art. 48, XII, da CF³⁰²). Os argumentos eram fortes e havia indícios de que seriam posterior e definitivamente aceitos pelo Supremo, como denota a ementa do julgamento da medida cautelar requerida naquela ADIN:

A ponderabilidade da tese do requerente é segura. Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (artigo 84-IV da CF/88). A Emenda Constitucional nº 8, de 1995 – que alterou o inciso XI e alínea a do inciso XII do artigo 21 da CF – é expressa ao dizer que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei. Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição a exige. A Lei 9.295/96 não sana a deficiência do ato impugnado, já que ela é posterior ao decreto.³⁰³

A lei mencionada na ementa é a chamada Lei Mínima das Telecomunicações (Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996). Apesar de o Decreto nº 1.719/1995 estar em vigor até a decisão do STF, em novembro de 1996, o Minicom não prosseguiu imediatamente com a intenção de outorga de serviços de telecomunicações, talvez por, antes mesmo de sua apreciação pelo Supremo, ter se convencido dos argumentos expostos pelo PDT na ADIN. Antes de concluídos os trabalhos de confecção da LGT, foi portanto editada a Lei Mínima, em lugar do decreto acima, com o intuito de dar imediato seguimento ao projeto de liberalização dos serviços reputados mais urgentes e de alta atratividade econômica: serviço móvel celular (na *Banda “B”*); serviços via satélite; serviços de *trunking*; serviços de *paging*. Além disso, a Lei Mínima promovia a regulação da utilização de rede pública de telecomunicações para

³⁰² Constituição Federal de 1988: “ Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, [...] dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...] XII – telecomunicações e radiodifusão;”

³⁰³ Medida Cautelar na ADIN nº 1.435-8/DF, Rel. Min. Francisco Rezek, julgada em 27/11/1996.

prestação de serviços de valor adicionado – SVA. Por força de uma interpretação nascida com o objetivo de evitar o monopólio da Embratel sobre o acesso à Internet, este já havia sido definido pelo Minicom como SVA³⁰⁴, e a disciplina da Lei Mínima buscava justamente assegurar o livre provimento do acesso à Internet.

O Decreto nº 1.719/1995, cuja eficácia havia sido cautelarmente suspensa pelo STF, foi revogado. Desta vez sob as normas da Lei nº 9.295/1996, foi editado o Decreto nº 2.056, de 4 de novembro de 1996, para regulamentar o Serviço Móvel Celular - SMC. A licitação da subfaixa ou *banda* “B” do espectro de radiofrequências, que permitiria o ingresso da iniciativa privada no SMC, ocorreu em 4 de junho de 1997. A licitação sofreu, novamente, forte contestação nos tribunais. Todavia, alterações promovidas na legislação processual permitiram ao Governo centralizar a discussão em foros determinados, em especial por meio do instituto da suspensão de liminar fixado pelo art. 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, que se somou à suspensão de segurança prevista no art. 4º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964. Tal fato, aliado à irrefragável vontade política do Ministro Sérgio Motta de conduzir o processo de liberalização, resultou no êxito da licitação e no ingresso de competidores privados no SMC.

No final de 1996, o anteprojeto da LGT foi encaminhado ao Congresso Nacional. A Exposição de Motivos nº 231, de 10 de dezembro de 1996, explicava que a nova lei tinha por objetivo atender a dois princípios básicos: *a introdução da **competição** na exploração dos serviços e a **universalização do acesso** aos serviços básicos.*³⁰⁵ Para tanto, a exposição de motivos afirmava o objetivo específico de *fortalecer o papel regulador do*

³⁰⁴ A Portaria do Minicom nº 148, de 31 de maio de 1995, aprovou a Norma 004/95, que expressamente enquadra o serviço de conexão à Internet como SVA. Esse enquadramento ocorreu em virtude da manifesta intenção do Governo FHC de conferir o provimento de acesso à Internet à iniciativa privada. A respeito, consultar a nota conjunta emitida em maio de 1995 pelo Ministério de Ciência e Tecnologia e pelo Minicom, disponível no site: <http://www.cg.org.br/regulamentacao/notas.htm> (consultado em 20/01/2009).

³⁰⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, p. 15.

*Estado e eliminar seu papel de empresário.*³⁰⁶ Com esse objetivo, inaugurava-se uma nova estrutura institucional, pautada pela descentralização operacional e pela centralização normativa em uma autarquia sob regime jurídico especial. Essa autarquia assumiria a função do órgão regulador mencionado na nova redação do art. 21, XI, da CF, e seria um dos três pilares básicos do novo modelo institucional para as telecomunicações brasileiras:

Com base nas premissas estabelecidas, nos objetivos citados e nas metas de crescimento definidas, procurou-se explicitar alguns aspectos específicos do arcabouço regulatório que devem ser implementados independentemente da estrutura de mercado que se pretenda ou da estratégia de transição para atingi-la. Esses aspectos são os que asseguram condições justas e estáveis de competição às empresas que atuam no mercado, permitindo o seu desenvolvimento e, em consequência, a consolidação de um mercado efetivamente competitivo, com proveito para os consumidores.

Na definição desses aspectos tomaram-se como base as lições apreendidas da experiência de outros países, o conhecimento dos requisitos tecnológicos associados à implantação da competição no setor de telecomunicações e a situação específica desse setor no Brasil atual. Dessa forma, foram explicitadas as três questões fundamentais que devem ser objeto do arcabouço regulatório em foco:

- a) a existência de um organismo regulador independente;
- b) as regras básicas para que a competição seja justa; e
- c) o mecanismo de financiamento das obrigações de serviço universal.

A passagem da atual condição de mercado monopolista para o novo cenário pretendido para as telecomunicações brasileiras pressupõe, para ser viabilizada, a existência de um órgão regulador, como determina o novo texto da Constituição Federal. Essa entidade terá como missões principais promover a competição justa, defender os interesses e os direitos dos consumidores dos serviços e estimular o investimento privado.³⁰⁷

³⁰⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, p. 15.

³⁰⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, p. 16.

3.3. A configuração institucional da Anatel preconizada pela LGT

Com a aprovação do projeto e sua conversão na Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), foi então criada a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (art. 8º)³⁰⁸. As características específicas da Anatel, a qualificar o seu *regime autárquico especial* (art. 8º), são: *independência* (ou melhor, *autonomia*³⁰⁹) *administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira* (art. 8º, § 2º)³¹⁰. Essas características pautam sua qualificação como *autoridade administrativa independente* (art. 9.º)³¹¹, uma referência expressa da lei à experiência européia, sobretudo francesa, de institucionalização de entes reguladores.³¹² A concepção é resquício dos trabalhos de elaboração do anteprojeto, conforme descritos abaixo por Prata, Beirão, e Tomioka:

³⁰⁸ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.”

³⁰⁹ A doutrina em geral prefere falar em autonomia: independência traz conotação extremada, uma vez que, por óbvio, a Anatel não é soberana e está vinculada aos preceitos constitucionais da República Federativa do Brasil. “As agências vêm sendo dotadas de alguma ‘independência’, que a legislação menciona ser característica importante de várias delas. ‘Independência’ é uma expressão certamente exagerada. No mundo jurídico, preferimos falar em *autonomia*. Mas garantir a independência é fazer uma afirmação retórica com o objetivo de acentuar o desejo de que a agência seja ente autônomo em relação ao Poder Executivo, que atue de maneira imparcial e não flutue sua orientação de acordo com as oscilações que, por força até do sistema democrático, são próprias desse Poder.” (SUNDFELD, 2000, pp. 23-24.) A autonomia da Anatel será posteriormente analisada neste trabalho.

³¹⁰ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 8º [...]§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.”

³¹¹ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 9º A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.”

³¹² “A doutrina galesa costuma conceituar as autoridades administrativas independentes a partir dos seus próprios termos, ou seja, seriam: (a) autoridades, no sentido de exercerem competências decisórias, excluindo-se, assim, aqueles órgãos que exercem funções meramente consultivas; (b) administrativas, ‘exercentes de uma função de regulação destinada a estabelecer as *regras do jogo* entre os atores sócio-econômicos – missão mais ampla que aquela de comando’; e (c) independentes, já que não integram a linha hierárquica do Poder Executivo central.” (ARAGÃO, 2006, p. 238.) Em acréscimo, a característica talvez mais marcante é o grau de autonomia de ditas

Durante as discussões iniciais, ainda em 1996, sobre o perfil do futuro órgão regulador do setor de telecomunicações, a equipe de consultores jurídicos da Sundfeld Advogados apresentou uma contribuição original. [...] Segundo a proposta, o órgão seria uma entidade de caráter fiducial³¹³, com um perfil completamente diverso de todos os demais organismos da administração federal. Dentre suas características principais estava o seu elevado grau de independência. Batizado como Ofício Brasil de Telecomunicações, teria atuação transparente e dotado de mecanismos que garantiriam o amplo controle da sociedade. O organismo seria um ente [d]o Estado mas não integrante de sua administração pública, direta ou indireta.

Dentre suas principais características destacavam-se:

- independência em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;
- seus dirigentes (comissários) seriam nomeados por consenso pelo Presidente da República e pelo Senado Federal, não podendo ser exonerados discricionariamente. Ao final de seus mandatos, ficariam proibidos por dois anos de representar empresas de telecomunicações. Seus integrantes não teriam direito à renovação de mandato;
- participação popular na formação dos estatutos do Ofício Brasil;
- garantia de receitas próprias, sem receber recursos federais;
- poder de concessão dos serviços públicos e de administração das atividades privadas;

autoridades. Ela se caracteriza “*pour la appartenance à la mouvance de la personne morale que constitue l’État puisqu’ils ne sont jamais dotés de la personnalité juridique, mais participent à une activité de commandement ou de contrôle que relève de la compétence et de la responsabilité de l’État.*” (GENTOT, 1994, p. 48).

³¹³ Sobre o caráter fiducial, a equipe da Sundfeld Advogados explicitou que: “Decidimos, portanto, pela concepção de um novo gênero de entidade a exercer competências de poder público, sem compromissos com a tradicional classificação dos entes governamentais em geral, agrupados como sendo de administração direta ou indireta. Trata-se de um ente do Estado, mas não integrante de sua administração pública, direta ou indireta, como atualmente concebida. /§/ Esse novo gênero, que o projeto denomina Agência Reguladora Independente, terá **natureza fiducial**. A ela, a título de dar cumprimento à determinação constitucional, e na forma da lei, atribuem-se as prerrogativas de **órgão regulador**, que deve atuar com um grau de independência incomum, inusitado, que só se pode assegurar a ente que reúna condições de ser depositário de plena confiança e que, por essa mesma razão, responderá exemplarmente se acaso deixar de cumprir seus graves deveres institucionais, dentre eles os decorrentes do exercício da outorga de concessões e permissões de serviço público e da administração ordenadora das atividades privadas pertinentes ao setor de telecomunicações. /§/ A **natureza fiducial**, no campo dos negócios jurídicos, fundada no princípio da autonomia da vontade, sinônimo de confiança, conhecida desde o direito romano, confere, a quem se atribui a gestão de bens e direitos destinados à realização de determinados fins, ampla liberdade de ação, plena titularidade de direitos e prerrogativas voltados à consecução do escopo assinalado. /§/ No caso, o que se atribuirá à entidade concebida como Agência Reguladora Independente, de natureza fiducial, é o dever de realizar o interesse público, dotada da independência que se deve assegurar a quem será depositária da confiança do povo, como instrumento de atuação do Estado, com a contrapartida da sua submissão, e de seus agentes, a mecanismos especiais de controle e eventual promoção de responsabilidade.” (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 1997, vol. IV, p. 56.)

- as reuniões e sessões do comissariado seriam públicas, com suas atas enviadas para a biblioteca do órgão, para conhecimento geral;
- comissariado teria, dentre as suas finalidade institucionais, a prerrogativa de propor o estabelecimento e a alteração das políticas governamentais sobre telecomunicações, editar normas disciplinando a aplicação das leis de outorga de concessões, aprovar editais de licitação, homologar adjudicações, autorizar renovação e transferência de concessões, decretar intervenção, encampação, caducidade e prorrogação, expedir atos necessários à criação de condições para adequada prestação de serviços públicos.

Apesar da originalidade de sua estrutura, o Ofício Brasil de Telecomunicações acabou não sendo adotado. Seu conteúdo foi exaustivamente debatido no âmbito do Ministério. Chegou, inclusive, a ser aprovado em um primeiro momento. Houve, no entanto, a avaliação interna segundo a qual o simples fato de o Artigo 21 da constituição se referir explicitamente à existência de um órgão regulador não significava que a entidade a ser criada poderia contar, legalmente, com o grau de autonomia imaginado para o Ofício Brasil.³¹⁴

Não obstante abandonada a proposta mais ousada, diversos elementos foram mantidos na concepção da Anatel. O órgão máximo da agência é seu Conselho Diretor (art. 8º, § 1º)³¹⁵, cujos membros, escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado (art. 23)³¹⁶, gozam de mandato fixo e não podem ser demissíveis *ad nutum*³¹⁷. Ao final de seus mandatos, devem respeitar uma *quarentena* de um ano, período durante o qual não

³¹⁴ PRATA, BEIRÃO, e TOMIOKA, 1999, pp. 376-377.

³¹⁵ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 8º [...] § 1º A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.”

³¹⁶ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 23. Os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.”

³¹⁷ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 26. Os membros do Conselho Diretor somente perderão o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.” O art. 26 foi revogado pela Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, mas a previsão de estabilidade foi mantida pelo art. 9º da lei revogadora, aplicável a todas as agências reguladoras federais: “Art. 9º Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.”

poderão representar qualquer pessoa ou interesse perante a agência.³¹⁸ A Anatel ainda dispõe de uma taxa para o custeio de suas atividades (art. 47)³¹⁹ e, além da vinculação própria dessa espécie de tributo, a LGT estabeleceu que os recursos orçamentários da agência não poderiam sofrer limitações para movimentação e empenho (art. 15)³²⁰. Todas essas características configuraram a autonomia da Anatel. Essa autonomia foi justificada, sobretudo, como um requisito para atração de investimentos para o setor de telecomunicações, como deixa claro a exposição de motivos da LGT:

A questão essencial passa a ser, então, definir as atribuições e poderes desse órgão regulador, com o objetivo de torná-los claros para o mercado e para a sociedade em geral. Dado o extremo dinamismo do setor de telecomunicações, é fundamental que o órgão regulador disponha de poderes para estabelecer regulamentos de forma a maximizar os benefícios, para a sociedade, das modificações propiciadas especialmente pela modernização da tecnologia. Isso significa que o órgão regulador deve ter atribuições e poderes bastante amplos, para possibilitar que a lei não tenha de ser exageradamente detalhista -- e conseqüentemente restritiva.

Adicionalmente, o órgão regulador é peça-chave para inspirar ou não a confiança dos investidores na estabilidade das regras estabelecidas para o mercado. Uma entidade dotada de competência técnica e de independência decisória inspira confiança; ao contrário, uma organização sem autonomia gerencial, com algum tipo de dependência restritiva ou sem capacidade técnica, gera desconfiança e, conseqüentemente, afasta os investidores.³²¹

³¹⁸ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 30. Até um ano após deixar o cargo, é vedado ao ex-conselheiro representar qualquer pessoa ou interesse perante a Agência.” A Lei nº 9.986, de 18/07/2000, adicionou limitação ainda mais rigorosa, porém por menor período: “Art. 8º O ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato.”

³¹⁹ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 47. O produto da arrecadação das taxas de fiscalização de instalação e de funcionamento a que se refere a Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, será destinado ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL, por ela criado.”

³²⁰ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 15. A fixação das dotações orçamentárias da Agência na Lei de Orçamento Anual e sua programação orçamentária e financeira de execução não sofrerão limites nos seus valores para movimentação e empenho.” Todavia, essa limitação foi e tem sido constantemente descumprida tanto pelo Governo Fernando Henrique, como pelo atual Governo Lula, e os recursos destinados à Anatel têm sido *contingenciados* por determinação do Poder Executivo central.

³²¹ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, p. 17.

Portanto, a autonomia era necessária para inspirar confiança dos investidores, ao passo que a ampla discricionariedade era necessária para possibilitar uma regulação mais detalhista de um setor dinâmico e flexível como o de telecomunicações. A configuração institucional da regulação de telecomunicações centrada em um ente autônomo, como forma de atração de investimentos, é ainda reflexo de uma certa padronização mundial acerca da estrutura das agências reguladoras:

A criação de uma autoridade reguladora independente, para a qual responsabilidade regulatória do dia-a-dia do setor de comunicação é conferida, tem sido central para quase todos os esforços de reforma setorial. Apesar de a maioria dos países ter agora instituído uma autoridade reguladora para o seu setor de comunicações, essas diferem largamente em forma, jurisdição, poderes, recursos e grau de autonomia.

[...]

[...]

A primeira questão a ser respondida quando da elaboração de uma autoridade reguladora é sua forma e posição dentro do Poder Executivo. Não há um único ‘padrão global’ para o *design* de autoridades reguladoras; mesmo no mundo desenvolvido, os modelos regulatórios variam imensamente.

[...]

Apesar dessa variedade nos mercados desenvolvidos, investidores em países em desenvolvimento preferirão que a autoridade reguladora seja tão independente quanto possível do governo, à medida que isso reduz o risco de interferência política ou de captura. Portanto, a melhor prática internacional em países em desenvolvimento é criar uma autoridade reguladora que é completamente separada do ministério responsável pelas comunicações, e que, ao revés, deva prestar contas ao parlamento ou ao ministério responsável pelo desenvolvimento econômico em geral.³²²

³²² “Central to almost all sector reform efforts has been the creation of an independent regulatory authority, to which day-to-day regulatory responsibility for the communications sector is conferred. Although the majority of countries have now established a regulatory authority for their communications sector, these differ widely in form, jurisdiction, powers, resources, and degree of autonomy. [...] /§/ [...] The first question to be addressed when designing a regulatory authority is its form and position within the the executive branch of government. There is no single ‘global standard’ for the design of regulatory authorities; even in the developed world regulatory models vary widely. [...] /§/ [...] Despite this variety in developed markets, investors into developing countries will prefer the regulatory authority to be as independent as possible from the government, as this reduces the risk of political interference or capture. Therefore, international regulatory best practise in developing countries is to create a regulatory authority which is separate from the ministry responsible for communications, and to create a regulatory authority which is accountable instead to parliament or a ministry responsible for economic development generally.” (WALDEN e ANGEL, 2005, p. 609 – tradução livre.)

Na mesma linha, Carlos Ari Sunfeld, que foi um dos consultores que auxiliou na criação do anteprojeto da LGT, também pondera a necessidade de transmitir confiança ao mercado como fator determinante para a autonomia das agências reguladoras em geral:

No caso das agências reguladoras brasileiras recentes a outorga de autonomia parece haver objetivado, ao menos inicialmente, oferecer segurança a investidores estrangeiros, atraindo-os para a compra de ativos estatais. O desafio, aqui, como em qualquer outro processo de autonomização, é o de construir um sistema de controles e influências que assegurem uma atuação democrática, atenta a interesses gerais e à ordem jurídica, etc.³²³

Os mecanismos para garantir a atuação democrática foram também previstos na lei. Nos termos da exposição de motivos da LGT, esses mecanismos essencialmente se agrupavam em dois eixos. O primeiro eixo consistia na necessidade de prestar contas - tanto financeira quanto qualitativamente -, ao que o ente regulador deveria estar vinculado a objetivos pré-determinados. O segundo, consistia na presença de *regras e controles internos para limitar o poder das pessoas individualmente, de maneira a dificultar o comportamento oportunista e inibir ações indesejáveis por parte de operadoras e grupos de interesse*.³²⁴ Tendo em vista o texto final da lei, pode-se enquadrar no primeiro grupo a observância da política de telecomunicações fixada por Legislativo e Executivo (art. 1º), a vinculação a princípios (arts. 5º e 6º) e a apreciação crítica do cumprimento desses objetivos nos relatórios do Ouvidor (art. 45, parágrafo único). No segundo grupo, conforme classifica a própria exposição de motivos, estão: decisão colegiada, expressamente exigida para os assuntos de maior complexidade; a presença de um conselho consultivo; exigência de consulta pública prévia para a edição de atos normativos; prazos mínimos de carência entre a tomada de uma

³²³ SUNDFELD, 2000, p. 24.

³²⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, p. 17.

decisão e sua entrada em vigor, dando oportunidade às várias partes afetadas de se manifestar. Todas essas características visaram a conferir maior *accountability* à Anatel. Contudo, a autonomia em si, no projeto original, surgiu para os investidores, não propriamente para a democracia.

Apesar de autônoma, a Anatel ainda repartia competências com o Presidente da República. Este tem competência para: i) instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado (art. 18, I); ii) aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público (art. 18, II); iii) aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público (art. 18, III); iv) autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações (art. 18, IV). O anteprojeto da LGT era mais generoso para com as competências do Presidente. Nos termos do art. 16 do anteprojeto, a agência deveria aplicar os decretos e demais normas relativas às telecomunicações, ao passo que o art. 17 previa expressamente a possibilidade de o Presidente fixar por decreto as políticas governamentais para o setor de telecomunicações. Na LGT, porém, permaneceu a Anatel com a incumbência de *implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações* (art. 19, I). Foi eliminada, contudo, a previsão expressa de que essa política nacional seria fixada por decreto do Presidente da República, permanecendo apenas a referência genérica de que *competete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações* (art. 1º). Desse modo, a redação da lei restringiu ainda mais o âmbito de discricionariedade do Chefe do Executivo, preservando a esfera de competências da Anatel sobre a quase totalidade da regulamentação do setor.

A Anatel assumiu a competência sobre a totalidade dos serviços de telecomunicações, excetuados os serviços de radiodifusão. Estes permaneceram com o Minicom. Contudo, como atesta a Exposição de Motivos Interministerial nº 268 MC/MARE, de 7 de outubro de 1997, a proposta de Sérgio Motta era prosseguir com a descentralização administrativa e conferir à agência também competência sobre a radiodifusão. Além disso, o ministro não havia desistido da configuração pensada para o Ofício Brasil de Telecomunicações, pois a proposta fala em promover uma reforma constitucional para que pudesse ser conferida *a efetiva independência da Agência*. O falecimento do ministro, porém, resultou na descontinuidade dessa proposta, e a Anatel permaneceu com a configuração fixada pela LGT.

Posteriormente, algumas características pontuais foram modificadas pela Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Esta lei, que *dispõe sobre os recursos humanos das Agências Reguladoras*, estabeleceu que as agências devem ser dirigidas por órgãos colegiados (art. 4º), o mandato de seus dirigentes deve ter prazo fixo (art. 6º) e esses somente perderão o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar (art. 9º). Essa lei também eliminou a vedação de recondução dos conselheiros, prevista originalmente pelo art. 24 da LGT, e fixou o regime celetista como o de regência para os integrantes da Anatel. Em decisão monocrática proferida em 09/12/2000, porém, o Min. Marco Aurélio suspendeu cautelarmente a aplicação do regime celetista aos funcionários das agências reguladoras federais (inclusive da Anatel), por entender que esses exerciam funções típicas de Estado, cujo regramento jurídico adequado seria o estatutário.³²⁵ A decisão monocrática dependeria ainda do referendo do plenário, mas este não chegou a ser proferido. Antes que o STF se manifestasse, foi editada, já no Governo Lula, a Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004, que revogou os dispositivos da Lei nº 9.986/2000 que fixavam o regime de

³²⁵ Decisão cautelar proferida na ADIN n.º 2.310/DF.

emprego público, e, em lugar, fixou, para todas as agências reguladoras federais, o regime estatutário. A indefinição no regime jurídico de seus funcionários provocou a inconveniente postergação na composição definitiva do quadro de funcionários da Anatel, pois tornou inviável, até sua solução, a realização de concurso público e a admissão de novos integrantes para a recém-criada autarquia.

A relativa autonomia da Anatel, especialmente durante os dois mandatos do Governo FHC, foi razoavelmente preservada. Todavia, ainda durante o Governo FHC, as verbas destinadas à Anatel passaram a ser constantemente *contingenciadas*, ou seja, não se autorizava a execução orçamentária de diversas despesas programadas pela agência. O objetivo, durante as diversas crises financeiras que pautaram o segundo mandato de FHC, era reter recursos o suficiente para sustentar o superávit primário das contas públicas e, assim, cumprir as metas fixadas por organismos internacionais, em especial pelo Fundo Monetário Internacional - FMI. Mesmo depois de cumpridas as metas, e até mesmo após o pagamento da dívida contraída com o FMI, o Governo Luis Inácio Lula da Silva (que assumiu o primeiro mandato em 2003 e se mantém na Presidência até os dias de hoje) conservou a prática de contingenciamento, o que, na prática, desconstruiu o pilar financeiro da pretendida autonomia da Anatel.

A disputa por autonomia, porém, não se ateve ao campo financeiro. Logo ao assumir, Lula mostrou o seu descontentamento em ter de aturar dirigentes de agências reguladoras empossados por seu antecessor. No Minicom, o Ministro Miro Teixeira se notabilizou por contrariar publicamente a posição da Anatel em diversos campos³²⁶, cujo exemplo mais notório foi a divergência quanto ao reajuste das tarifas de telefonia fixa pela aplicação do IGP-DI, previsto nos contratos de concessão firmados pela Anatel, em um ano em que aquele índice teve valor bastante superior à média dos últimos anos, provocada

³²⁶ Em entrevista ao periódico *Teletime*, Miro Teixeira afirmou: “Por mim, a lei (a LGT) que diz que a agência é independente e autônoma tem que ser mudada. Do jeito que está, está muito ruim.” (ZANATTA, POSSEBON e DAMASCENO, 2008, p. 227).

sobretudo pela forte valorização do dólar frente ao real verificada na transição entre os governos Lula e FHC.³²⁷ Miro Teixeira foi ainda o responsável pela edição do Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003, que *dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações e dá outras providências*. Permeava a visão de que o Minicom e a Presidência da República deveriam retomar o espaço de formulação de políticas públicas que havia sido cedido para a Anatel. O Governo passou a difundir com mais veemência que a elaboração de políticas públicas era atribuição do Minicom, ao passo que a Anatel seria um ente técnico a quem cumpriria apenas a execução das políticas fixadas pelo Governo. Paralelamente, a Casa Civil remeteu ao Congresso Nacional projeto de lei em que buscava maior flexibilidade na nomeação de dirigentes das agências reguladoras em geral, inclusive da Anatel. Além disso, o projeto previa a celebração de contratos de gestão com as agências, como meio para vinculá-las a metas pré-fixadas pelo Governo. Contudo, houve forte resistência das empresas de telecomunicações, e, no Congresso, o PSDB – partido de oposição ao Governo Lula – se mobilizou para impedir qualquer alteração no modelo de agências reguladoras, o que estancou a tramitação do referido projeto de lei.

Com o tempo, os ânimos se arrefeceram. O Governo Lula, em seu segundo mandato, já havia indicado a totalidade dos conselheiros da Anatel. A agência e o Minicom, por meio de convênio, tornaram mais rígida a separação das competências relativas ao setor de radiodifusão, de modo que a agência não mais passou a fiscalizar as empresas de radiodifusão que detivessem outorgas do ministério – os trabalhos da Anatel nesse campo ficaram cingidas às ditas *rádios piratas*. Por outro lado, o Minicom, sob a gestão do Ministro Hélio Costa, passou a ter uma relação mais dialogada com a Anatel, porém exercendo um maior protagonismo na fixação das políticas públicas do setor.

³²⁷ O embate acabou suscitando a criação pela Anatel de um índice setorial, o Índice de Serviços de Telecomunicações - IST, cujo objetivo é ponderar apenas a variação de custos relacionados ao setor de telecomunicações e, assim, evitar que variações cambiais bruscas repercutam nas tarifas.

3.4. O debate doutrinário e jurisprudencial sobre a posição institucional da Anatel

Apesar de abandonada a idéia original do Ofício Brasil de Telecomunicações, o surgimento e a implementação da Anatel foram vistos por grande parte da doutrina³²⁸ e dos agentes políticos como uma novidade no plano institucional brasileiro.³²⁹ Não obstante a adoção do modelo autárquico, já consolidado no direito administrativo brasileiro pelo menos desde a edição do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, a Anatel, assim como outras autarquias denominadas agências reguladoras, foi por muitos considerada uma nova experiência institucional brasileira. Seu caráter inovador, em geral, se atribui, primeiramente, à dita autonomia das agências reguladoras. Além disso, citam-se o já mencionado poder normativo (também referido como competência *quase-legislativa*) e, com menor frequência, o poder de dirimir conflitos administrativamente (chamado também de competência *quase-judicial*).³³⁰ No caso brasileiro, essas três características são tidas como distintivas do modelo

³²⁸ “O Direito Norte-Americano serviu de modelo para o fenômeno que já vem sendo chamado de ‘agencificação’, que corresponde à proliferação de agências, em substituição ao fenômeno anterior de proliferação de entes com personalidade jurídica própria, que compõem a Administração Indireta do Estado. Não é um fenômeno que ocorre apenas no Direito Brasileiro; ele vem-se difundindo pelo mundo como mais uma decorrência da globalização.” (DI PIETRO, 1999, p. 133.)

³²⁹ “A criação de agências reguladoras no Brasil como órgãos independentes e não como departamentos subordinados à administração direta inseriu-se em um contexto mais amplo de reforma do Estado implementada durante os dois mandatos do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002). **Apresentadas como uma inovação institucional** para regular os serviços públicos de energia e telecomunicações liberalizados ou privatizados de forma independente das influências político partidárias dos governos, as agências reguladoras passaram a ser criticadas por especialistas e agentes econômicos justamente por não atuarem sob um adequado marco regulatório, impossibilitando-as de se constituir em verdadeiros órgãos de Estado.” (NUNES, RIBEIRO e PEIXOTO, 2007, p. 184 – grifo ausente do original.)

³³⁰ A referência a poderes *quase-legislativos* e *quase-judiciais* das agências reguladoras é influenciada pela doutrina e jurisprudência norte-americanas, que por vezes usa as expressões *quasi-legislative* e *quasi-judicial* para se referir aos poderes das agências reguladoras independentes americanas. No direito estadunidense, porém, há uma concepção razoavelmente diversa da brasileira quanto às características das funções legislativa e judiciária. Por exemplo, a outorga de licenças para a exploração de atividade econômica pode ser considerada uma atividade legislativa, se não houver prévia lei fixando regras gerais, ou uma atividade judicial, se houver dita lei. De igual sorte, a fixação de preços públicos, nos EUA, é mais associada à função legislativa do que à

de agências reguladoras independentes. Não são poucos os autores, porém, que discordam dessa posição, defendendo que as *agências reguladoras* não são uma categoria em si, preferindo adotar a referência às antigas autarquias e analisar, caso a caso, os poderes de cada uma dessas autarquias sob regime especial.³³¹

Contribuiu para essa posição o fato de a Anatel, mesmo sendo considerada um dos modelos institucionais de agência reguladora no Brasil³³², não ser denominada *agência reguladora* pela LGT. Em verdade, na esfera federal, das autarquias chamadas de agências reguladoras, nenhuma recebe essa denominação em suas respectivas leis de criação. A denominação consta apenas da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que *dispõe sobre os recursos humanos das Agências Reguladoras*³³³. O fato de se cuidarem de estruturas institucionais cujo nome remete à forma de organização administrativa típica do Direito dos Estados Unidos da América³³⁴ gerou perplexidade na doutrina brasileira. Os administrativistas mais tradicionais criticaram a adoção, pelo Brasil, de estrutura que seria típica da *common law* e que, por isso, não se mostraria compatível com experiência brasileira. Destacaram-se nessa

executiva. Todavia, ao se referir às agências, o direito americano mais moderno se utiliza da distinção entre *rulemaking* e *adjudication*. Cf. MASHAW, MERRILL, e SHANE, 1998.

³³¹ “Uma questão em debate sobre regulação no Brasil diz respeito ao caráter inovador das agências, ou seja, até que ponto elas constituem um novo formato institucional e gerencial de atuação regulatória do Estado na economia.” (NUNES, RIBEIRO e PEIXOTO, 2007, p. 184.) Considerando as agências reguladoras diferentes configurações do antigo modelo autárquico, Conrado Hübner Mendes defende que: “Mais parece um sutil recurso de retórica que faz supor que uma instituição que ganhe o qualificativo de ‘agência reguladora’ possa realizar algo que outras autarquias não possam. [...] O que ocorre neste debate incipiente, pois ainda não há sólida doutrina, quando do tratamento deste fenômeno por vezes chamado de ‘agencificação’, é a busca permanente por um *conceito* de agência reguladora (que o ordenamento positivo não dá), para que proporcione um maior conforto intelectual e facilite o raciocínio, sirva como uma ferramenta para separar o joio do trigo, a *agência* da *não-agência*. Tal postura é totalmente improdutiva, como o gato que corre atrás do próprio rabo, e provavelmente atrapalha a compreensão do fenômeno, mais complexo e não-passível de redução a um conceito, que pode distorcer sua compreensão.” (MENDES, 2000, p. 138).

³³² “A partir do modelo jurídico-institucional das três primeiras agências criadas em meados dos anos 1990, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), outras sete agências federais e vinte e três agências estaduais foram implementadas.” (NUNES, RIBEIRO e PEIXOTO, 2007, p. 184.)

³³³ A influência dessa lei nas características da Anatel, e na compreensão da natureza de suas atividades, será debatida adiante neste trabalho.

³³⁴ Para o Direito americano, *agency* é toda e qualquer estrutura administrativa do Estado. É uma noção que congloba as noções de *órgão* e de *ente* presentes no Direito brasileiro. Isso porque o *Administrative Procedure Act* – APA estadunidense define agência (*agency*) como *cada autoridade (authority) do Governo dos Estados Unidos, quer se encontre ou não dentro de outra agência ou sujeita à revisão por outra agência* (5 U.S.C. § 551 (1)). Sobre a definição do conceito de *agency* nos EUA, ver MASHAL, MERRILL e SHANE, 2000, pp. 12 e ss.

posição Maria Sylvia Zanella Di Pietro³³⁵, Lúcia Valle Figueiredo³³⁶ e Celso Antônio Bandeira de Mello³³⁷. Por fundamentos semelhantes, entendendo inconstitucional o modelo de agências reguladoras, Paulo Roberto Ferreira Motta se soma aos autores anteriores, com a importante distinção de que, para esse autor, também nos EUA o modelo não é de todo eficaz ou mesmo benéfico para o interesse público.³³⁸

Em sentido oposto, é possível identificar, de um lado, uma corrente de doutrinadores paulistas – em que a doutrina de Carlos Ari Sunfeld³³⁹ fixou posição basilar, acompanhada e complementada pelas obras de Floriano Azevedo Marques Neto, Fernando Herren Aguillar, Conrado Hübner Mendes, entre outros³⁴⁰ – e, de outro lado, uma corrente de doutrinadores fluminenses – em que se destaca a influência de Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁴¹ e de Caio Tácito sobre autores como Alexandre Santos Aragão³⁴², Marcos Juruena Villela Souto e Sérgio Guerra.

A corrente paulista parte do pressuposto da globalização como fenômeno inexorável, que obriga a adoção pelos Estados-Nações de regramentos jurídicos e estruturas institucionais padronizados de sorte a refletir condições econômicas e sociais que encontram eco em diferentes países e que transcendem as fronteiras nacionais. Por esse motivo, essa corrente fala em um *Direito Global*³⁴³, que equivaleria às necessidades transnacionais da sociedade contemporânea, em reflexo nos ordenamentos jurídicos nacionais. Junto com a nova configuração de sociedade, surgiria uma nova configuração de Estado, posterior à

³³⁵ Cf. DI PIETRO, 2001, p. 391.

³³⁶ Cf. FIGUEIREDO, 2000, pp. 134 e 135.

³³⁷ MELLO, 2004, pp. 159 e 160.

³³⁸ MOTTA, 2003, pp. 195 e 196.

³³⁹ Carlos Ari Sunfeld, como visto, foi um dos responsáveis pela elaboração da LGT e pela concepção da Anatel (cf. PRATA, BEIRÃO e TOMIOKA, 1999, pp. 356 e ss.).

³⁴⁰ Outros autores de relevo incluem: NAVES, 2004; PORTO NETO, 2000; GROTTI, 2000; COELHO, 2000 e SALOMÃO FILHO, 2001.

³⁴¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto trouxe importante contribuição para a análise das agências reguladoras ao trazer e aperfeiçoar as discussões sobre *discricionariedade técnica e deslegalização*, especialmente desenvolvidas no Direito espanhol. Vide MOREIRA NETO, 2001.

³⁴² Alexandre dos Santos Aragão foi um dos primeiros autores brasileiros a dedicar todo um livro às agências reguladoras (ARAGÃO, 2006).

³⁴³ Cf. SUNDFELD, 1999.

falência do modelo de Bem-Estar Social³⁴⁴, mas ainda vinculada pela proteção do interesse público em setores estratégicos da economia, especialmente aqueles objeto de privatizações recentes. A substituição de modelos de intervenção direta por modelos de intervenção indireta na economia³⁴⁵ – em que ganha relevo o conceito de regulação³⁴⁶ – caracterizaria a migração para um novo tipo de Estado, posterior ao do Bem-Estar Social: o Estado Regulador³⁴⁷. Esse novo Estado Regulador seria intervencionista, uma vez que lhe cabe a proteção do interesse público em setores estratégicos da economia. Mas esse novo Estado teria de se adequar diuturnamente à realidade sobre a qual intervém³⁴⁸ – realidade esta que, como dito, é globalizada e, além disso, cambiante -, e a expressão institucional por excelência que lhe permitiria esse novo modo de atuação seria a agência reguladora.³⁴⁹

³⁴⁴ Excetua-se dessa visão Fábio Ulhoa Coelho, que, em interessante análise, atribui a derrocada do Estado de Bem-Estar Social ao fim da *ameaça comunista* ao regime capitalista. Segundo o autor, a ausência de oposição de um modelo que fazia perigar a existência do capitalismo fez ruir políticas criadas exclusivamente para retenção do avanço dos regimes socialistas. O fim da ameaça, em termos objetivos, resultou no fim das medidas de contenção (COELHO, 2000, pp. 190 a 194).

³⁴⁵ “O grau de concentração regulatória revela a confiança maior ou menor do Estado em que os interesses públicos serão alcançados mediante outorga de liberdade à iniciativa privada. (...) Dessa distinção básica decorre uma outra, a de que a regulação tem duas instâncias fundamentais, conforme se refira ao aspecto *operacional* ou *normativo* das atividades reguladas. /§/ A regulação operacional é manifestada pela preferência outorgada à iniciativa privada ou às empresas e órgãos estatais para o desempenho de certas atividades de interesse público. /§/ Já a regulação normativa diz respeito ao poder de regulamentar efetivamente o setor que interessa ao Estado” (AGUILLAR, 1999, p. 164.)

³⁴⁶ Para Calixto Salomão Filho, a regulação “engloba todas as formas de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia” (2001, p. 14).

³⁴⁷ “As transformações ocorridas nos últimos anos (de forma acentuada no Brasil, mas igualmente em vários países do continente europeu que guardam muita semelhança com nossa tradição de intervenção estatal e de estrutura jurídica) apontam para uma redução da intervenção direta e do incremento de uma nova forma de intervenção, substancialmente distinta daquela acima divisada. Tem lugar entre nós o fortalecimento do papel regulador do Estado em detrimento do papel do Estado produtor de bens e serviços.” (MARQUES NETO, 2005, p. 29.)

³⁴⁸ “O fato é que, para realizar os interesses gerais da atualidade no contexto de um Estado intervencionista, não basta editar uma lei abstrata, genérica e distante, dizendo, por exemplo, que nenhuma exploração da atividade industrial pode ultrapassar certo limite de poluição, causando dano à saúde do vizinho. É preciso que o Estado vá trabalhando com a realidade todo o tempo, para definir, nas situações que se põem, o que é ou não uma emissão de poluentes aceitável; assim se obterá a paulatina diminuição da emissão de poluentes.” (SUNDFELD, 2000, p. 28.)

³⁴⁹ “Não limitar-se à distante edição de normas abstratas capazes de cuidar da sociedade durante 80 anos sem transformação mais profunda (como o Código Civil), mas comprometer-se com normas que organizem a relação das indústrias com os moradores, que componham isto tudo com os interesses da cidade; quer dizer: normas que, embora sendo gerais, são muito mais específicas e instáveis do que foram no passado. Regular é, ao mesmo tempo, ser capaz de dirimir os conflitos coletivos ou individualizados. É por isso que surgem as agências reguladoras, porque o Estado tem de regular.” (SUNDFELD, 2000, p. 30.)

A corrente fluminense não chega a diferir na constatação de que a sociedade contemporânea exige uma nova postura do Estado. De forma geral, acordam os doutrinadores fluminenses com a idéia de que há uma função ou atividade regulatória³⁵⁰, que não encontra par em conceitos tradicionais como *poder de polícia*, *serviço público*, ou mesmo em conceitos mais modernos como *administração prestacional e administração ordenadora*.³⁵¹ A atividade reguladora não é característica da contemporaneidade, contudo a contemporaneidade exige da atividade regulatória uma releitura do papel do Estado, ao *impor a retomada de velhas polêmicas, uma nova visão de institutos clássicos e o conhecimento de fenômenos normativos ainda em consolidação*³⁵². Assim, para a corrente fluminense, ainda que não sejam propriamente uma novidade no Direito brasileiro, as agências reguladoras inovam ao responder à *demand a por subsidiariedade*³⁵³ da sociedade sobre o Estado contemporâneo. Nesse contexto, o conceito de *deslegalização*³⁵⁴ é largamente empregado pela corrente fluminense como argumento de legitimação do chamado *poder normativo* das agências reguladoras.

Desse modo, ambas as correntes – paulista e fluminense – não vêem as agências reguladoras como uma mera importação de um instituto tipicamente anglo-saxão. Todavia, seja por considerá-las a resposta a um processo de globalização que exige instituições em um padrão uniforme mundial, seja por considerá-las a resposta a uma demanda global por um Estado subsidiário, em ambas não se nega a influência do direito

³⁵⁰ Segundo Alexandre Santos Aragão, regulação é “adequação da atividade econômica aos interesses da coletividade, competência esta que, substancialmente, não é alterada pelo uso de estratégias distintas – verticais ou horizontais – em relação ao meio ambiente.”(ARAGÃO, 2006, pp. 25-26).

³⁵¹ Cf. ARAGÃO, 2006, pp. 33-36.

³⁵² ARAGÃO, 2006, p.3.

³⁵³ “A subsidiariedade desempenha um papel até certo ponto paradoxal, pois, de um lado, leva à criação de blocos de Estados, capazes de atuar com mais poder e maior competitividade na órbita externa, mas, de outro lado, provoca a redução de poderes de órgãos de maior envergadura política em benefício das reivindicações de autonomia das unidades intermédias e das comunas, na órbita interna” (MOREIRA NETO, 2005, p. 8)

³⁵⁴ Deslegalização é a “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*)” (MOREIRA NETO, 2001, p. 166).

alienígena em sua adoção. E, nesse sentido, ambas reconhecem o caráter inovador das agências reguladoras, em geral, e da Anatel, em particular.

O debate doutrinário acabou se reproduzindo no Judiciário, com a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por PT, PC do B, PSB e PDT contra diversos dispositivos LGT (ADIN nº 1.668-5/DF), entre os quais os que conferiam o dito *regime especial* à Anatel. Na petição inicial, lê-se:

... a nova “Agência Nacional de Telecomunicações”, tem sua natureza autárquica especial, caracterizada por:

- independência administrativa;
- ausência de subordinação hierárquica;
- mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes; e
- autonomia financeira.

Ocorre que a **independência administrativa** constitui aspecto estranho à conformação da administração pública brasileira e atenta contra a competência privativa do Presidente da República e do Ministro de Estado a que o órgão está vinculado.

[...]

Com efeito, se ao Presidente da República compete exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado a direção superior da administração pública³⁵⁵, atribuir a qualquer órgão da sua administração, como no caso da Agência Nacional de Telecomunicações, independência administrativa significa inevitável quebra da orientação constitucional, excluindo do Chefe da Administração Pública, a possibilidade de exercer sua atribuição constitucional de implementar a direção superior da administração pública.

Da mesma forma, esvazia-se a competência do Ministro de Estado para *exercer orientação, coordenação e supervisão dos órgãos da administração federal na sua área de competência*³⁵⁶, se a lei conforma a natureza autárquica de um dos órgãos,

³⁵⁵ Neste ponto, a argumentação toma como fundamento o art. 84, II, da Constituição de 1988, expressamente mencionado na petição inicial: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal”.

³⁵⁶ O argumento agora faz referência ao art. 87, parágrafo único, I, da CF/88, também expressamente citado na petição inicial: “Art. 87. [...]. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I – exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República”.

sem possibilitar ao Ministro de Estado proceder a articulação entre os órgãos da administração pública vinculados a sua área de atuação, já que a independência administrativa elimina qualquer possibilidade de orientação e coordenação de ações.³⁵⁷

Além de insurgir-se contra a independência da Anatel, a inicial também atacou o que considerou uma *delegação legislativa* para disciplinar normativamente o regime jurídico dos serviços de telecomunicações, consubstanciada no art. 19, IV e X, da LGT. Assim argumentaram os autores:

Não há, portanto, como sustentar validamente, diante do sistema constitucional em vigor, a delegação legislativa empreendida nos dispositivos legais impugnados, sejam porque aspectos institucionais relevantes exigem, de acordo com o enunciado do inciso XI do art. 21 [da CF/88], de disposição expressa de lei, sejam no que se refere a normatização, um dos principais objetivos do Poder Legislativo, transferido irregularmente para um órgão autárquico.

Ainda no que tange a delegação legislativa para a Agência Nacional de Telecomunicações, sobre matérias atinentes aos serviços de telecomunicações nos regimes privado e público, relacionadas no art. 19 da Lei 9472/97, observe-se que tais matérias não se situam no âmbito do poder regulamentar dos órgãos da administração pública, na medida em que na lei não consta qualquer parâmetro norteador para que esta regulamentação fosse implementada.³⁵⁸

A ADIN nº 1.668-5/DF ainda se encontra pendente de julgamento. Todavia, foi proferida medida cautelar, em que o Supremo analisou, ainda que superficialmente, alguns dos argumentos apresentados. No que concerne à dita independência da Anatel, o STF, conduzido pelo voto do relator, Min. Marco Aurélio Mello, entendeu que a configuração institucional fixada pela LGT não afastava nem a supervisão do Minicom, nem o controle

³⁵⁷ Petição inicial da ADIN nº 1.668-5/DF, pp. 8 e 12, disponível na Internet na URL: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1668&processo=1668> (consultado em 03/01/2009).

³⁵⁸ Petição inicial da ADI nº 1.668-5/DF, p. 19, disponível na Internet na URL: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1668&processo=1668> (consultado em 03/01/2009).

indireto pelo Presidente da República.³⁵⁹ Isso porque o art. 8º da LGT, ao determinar a criação da Anatel, afirma a vinculação desta autarquia ao Minicom.³⁶⁰ Em resultado, não se concedeu, no ponto, medida cautelar. Mas a interpretação para tanto não foi condizente com a proposta de configuração institucional prevista originalmente para a Anatel, como visto no item 3.3 desta exposição. O Supremo, não refutou a tese, exposta na inicial, de que uma agência *independente* seria incompatível com os poderes conferidos pela CF/88 ao Presidente da República e aos ministros de Estado. Ao contrário, se posicionou no sentido de que a Anatel seria uma autarquia como qualquer outra. Na prática, isso implicaria a aplicação do regime de supervisão ministerial previsto nos arts. 19 e ss. do Decreto-lei nº 200/1967³⁶¹, que até então regia as autarquias federais. Segundo este decreto-lei, art. 26, parágrafo único, a supervisão ministerial engloba diversas medidas opostas à idéia de independência funcional e financeira que norteou a criação da Anatel, entre as quais se destacam: i) a possibilidade de livre indicação ou nomeação dos dirigentes pelo ministro de Estado; ii) controle e aprovação de gastos, mediante aprovação prévia do orçamento e da programação financeira anual; iii) possibilidade de intervenção, por motivo de interesse público. Além da supervisão ministerial, o Decreto-lei nº 200/1967 ainda prevê, em seu art. 170, a possibilidade de avocação pelo Presidente da República de qualquer assunto na esfera federal, por motivo relevante de interesse público. A supervisão ministerial e o poder de avocação do Presidente são os

³⁵⁹ “No caso, tomo a referência à independência administrativa como vinculada à circunstância de tratar-se, como está no próprio caput do artigo 8º, de entidade integrante da Administração Pública Federal. Assim, a citada independência não afasta, em si, o controle por parte da própria Administração Pública Federal, exercido, de forma direta, pelo Ministro de Estado da área e, de maneira indireta, pelo Chefe do Poder Executivo, o Presidente da República. Na verdade, o que encerra a alusão à citada independência é a autonomia, em si, do serviço, valendo notar que, de acordo com o artigo 8º, a Agência Nacional de Telecomunicações está vinculada ao Ministério das Comunicações. Destarte, o enquadramento ocorrido, considerado o que se apontou como regime autárquico especial, longe está de revelar a existência de uma entidade soberana, afastada do controle pertinente.” (Medida Cautelar na ADIN nº 1.668-5/DF, julgada em 20/08/1998, voto do Min. Marco Aurélio Mello.)

³⁶⁰ Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.”

³⁶¹ Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967: “Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no artigo 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.”

fundamentos sob os quais o instituto do *recurso hierárquico impróprio* foi construído. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

Recurso hierárquico impróprio é o que a *parte* dirige a autoridade ou órgão estranho à repartição que expediu o ato recorrido, mas com competência julgadora expressa, como ocorre com os *tribunais administrativos* e com os *Chefes do Executivo* federal, estadual e municipal. [...]

Vão-se tornando comuns esses recursos na instância final das autarquias e entidades paraestatais, em que a autoridade julgadora é o titular do Ministério ou da Secretaria de Estado a que a entidade se acha vinculada (não subordinada). Tais recursos são perfeitamente admissíveis, desde que estabelecidos em lei ou no regulamento da instituição, uma vez que tramitam sempre no âmbito do Executivo que cria e controla essas entidades. O que não se permite é o recurso de um Poder a outro, porque isto confundiria as funções e comprometeria a independência que a Constituição da República quer preservar (art. 2º).³⁶²

Portanto, sem que fosse efetuada qualquer distinção quanto ao *regime especial* da Anatel, seria possível a previsão, pelo regulamento previsto no art. 10 da LGT, de recurso dirigido ao Minicom contra as decisões da agência, o que lhe retiraria em muito o grau de autonomia pretendido. Contudo, o art. 19, XXV, da LGT, que assevera que compete à Anatel *decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada* não foi impugnado pela petição inicial, ao que permaneceu intacto o dispositivo. Não foi fixada, na parte dispositiva do acórdão da medida cautelar, a vinculação da Anatel à supervisão do Minicom – ela apenas foi suposta, e serviu de parâmetro para que não fosse suspensa cautelarmente a parte da LGT que afirma ser a Anatel independente. Com isso, embora o Supremo, em suas razões de decidir, tenha afirmado o cabimento da supervisão ministerial, a extensão dessa supervisão permaneceu limitada pela legislação infraconstitucional. E, posteriormente, veremos que o

³⁶² MEIRELLES, 1989, pp. 577-578.

STF construiria uma nova jurisprudência que daria reforço a um maior grau de autonomia das agências reguladoras em geral e, conseqüentemente, da Anatel em particular.

Antes, porém, discutir o desenvolvimento da autonomia na jurisprudência do Supremo, cabe ainda avaliar a posição firmada quanto aos incisos IV e X do art. 19 da LGT, que fixam a competência da Anatel para emitir normas sobre os serviços de telecomunicações nos regimes público e privado. Nesse caso, o órgão plenário do STF resolveu fixar interpretação conforme, sem redução de texto, *com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações*. A intenção do Supremo, no caso, foi expressa, e consta do voto condutor do Min. Sepúlveda Pertence, ao qual aderiu o próprio relator, Min. Marco Aurélio Mello:

Peço vênua ao eminente Relator, com relação aos incisos IV e X, para propor interpretação conforme. Estou de acordo com S.Ex.^a, em que **nada impede que a Agência tenha funções normativas**, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar.

Assim, de acordo com o início do voto de S.Ex.^a, entendo que **nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da lei das telecomunicações**.

Dou interpretação conforme para enfatizar que os incisos IV e X referem-se a normas subordinadas à lei e, se for o caso, aos regulamentos do Poder Executivo.³⁶³

Portanto, o poder normativo da Anatel foi considerado legítimo à luz da CF/88. Mas, novamente, a configuração institucional admitida pelo Supremo diferiu daquela objetivada pela LGT. Como visto no item 3.3 deste trabalho, o anteprojeto de lei submetido

³⁶³ Medida Cautelar na ADIN nº 1.668-5/DF, julgada em 20/08/1998, voto do Min. Sepúlveda Pertence – grifos ausentes do original.

ao Congresso pelo Presidente da República previa a competência deste para editar regulamentos e fixar políticas gerais aplicáveis aos serviços de telecomunicações. Na redação final da LGT, contudo, após a tramitação pelo Congresso Nacional, o texto aprovado limitava a intervenção do Chefe do Executivo às hipóteses do art. 18, qual seja a instituição de um serviço sob regime público, a aprovação do PGO e do PGMU de serviço prestado em regime público, a autorização da participação de empresas brasileiras em organizações ou consórcios intergovernamentais para prestação de serviços de telecomunicações, a restrição à participação estrangeira no capital das prestadoras de serviços de telecomunicações. O Supremo, porém, foi claro ao ressaltar a competência do Presidente da República de regulamentar a lei naquilo que entendesse oportuno e, para tanto, foi fixada interpretação conforme na parte dispositiva do acórdão da medida cautelar, o que conferiu eficácia vinculante ao entendimento do STF.

Outro caso relevante julgado pelo STF foi a ADIN 1.949-0/RS, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 18 de novembro de 1999. Nessa oportunidade, o STF debateu a constitucionalidade de um dos pilares da autonomia das agências reguladoras: a vedação de demissão *ad nutum* de seus dirigentes, nomeados a termo. Apesar de não versar especificamente sobre a Anatel, o julgado trouxe elementos essenciais à compreensão da extensão de sua autonomia segundo a interpretação do Supremo. A questão específica sobre a qual versa a ADIN 1.949-0/RS é a constitucionalidade de dois artigos da lei estadual que criou a Agência Estadual de Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS (Lei do Estado do RS nº 10.931, de 9 de janeiro de 1997, alterada pela Lei do Estado do RS nº 11.292, de 23 de dezembro de 1998). O primeiro é o artigo 7º, que estabeleceu que os dirigentes da AGERGS (membros do Conselho Superior) possuíam mandato de quatro anos e que condicionou sua nomeação à aprovação pela Assembléia Legislativa estadual. Sua inconstitucionalidade foi argüida pelo então Governador do Rio Grande do Sul, Olívio Dutra,

por contrariedade à competência constitucionalmente atribuída ao Chefe do Executivo de prover e extinguir os cargos da Administração Pública, como dispõe o art. 84, XXV, da Constituição Federal.³⁶⁴ Argumentou o Governador que o condicionamento imposto pela lei ofendia aquela competência, em prejuízo ao princípio da separação dos poderes. O segundo é o artigo 8º, que estabeleceu que os membros do Conselho Superior da AGERGS somente podiam ser destituídos, no curso de seus mandatos, por decisão da Assembléia Legislativa. Nesse ponto, a inconstitucionalidade foi argüida por dois fundamentos, ambos calcados no princípio da separação dos poderes: i) a limitação à livre exoneração é contrária à natureza dos cargos em comissão; ii) a sujeição da permanência dos dirigentes à decisão da Assembléia Legislativa significa permitir a ingerência do Legislativo na supervisão das atividades de gestão praticadas pela agência, supervisão essa assegurada ao Chefe do Executivo – e não ao Legislativo -, na forma do art. 84, II, da Carta Federal. A este último argumento, acresceu a significativa fundamentação: o planejamento econômico é importante atribuição do Executivo e responsabilidade de cada Governo; por este motivo, não se pode admitir que o planejamento de um Governo seja imposto ao Governo seguinte. Segundo as razões da petição inicial, a estabilidade de dirigentes nomeados pela administração anterior equivaleria justamente a esse tipo de imposição. Portanto, os fundamentos constitucionais deduzidos foram bastante similares aos invocados pelos autores da ADIN nº 1.668-5/DF, porém o ataque agora não se dirigia ao *regime especial* ou à *independência* da agência reguladora, mas a um aspecto específico de sua autonomia: a estabilidade dos seus dirigentes.

No que diz respeito ao art. 7º da lei estadual, a decisão do STF se resolveu pela mera aplicação da letra do art. 52, III, f,³⁶⁵ da Constituição Federal, que confere ao Senado competência para aprovar previamente a escolha de titulares de quaisquer cargos quando a lei

³⁶⁴ Constituição Federal: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XXV – prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei.”

³⁶⁵ Constituição Federal: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] III – aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de: [...] f) titulares de outros cargos que a lei determinar...”

assim determinar. Diante dessa previsão, referendada pela jurisprudência consolidada do tribunal, o Pleno do STF não conheceu da ADIN, nesse ponto específico, e, por conseguinte, reconheceu a possibilidade de condicionar a nomeação de dirigentes de uma agência reguladora à aprovação pelo Legislativo. Quanto à exoneração somente por decisão da Assembléia Legislativa, prevista no art. 8º da Lei da AGERGS, o debate realizado no Supremo foi além. Em primeiro lugar, teve de confrontar a permanência ou não em vigor da súmula nº 25, que afirma que *a nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente em autarquia*. A partir daí, o debate caminhou para a discussão dos limites próprios à separação de poderes e, especificamente, à possibilidade de ingerência do Legislativo no Executivo e à amplitude dessa ingerência. Seguiram-se duas vertentes argumentativas, uma capitaneada pelo Min. Sepúlveda Pertence – relator; outra, pelo Min. Nelson Jobim. O relator, Min. Sepúlveda Pertence, se fiou nos seguintes argumentos:

É razoável – ainda segundo os parâmetros contemporâneos do presidencialismo – submeter escolhas relevantes do Executivo ao assentimento do Legislativo ao nome proposto; mas inverte claramente a lógica do regime que, pela permanência dos eleitos do governo anterior, se erijam empecilhos à afirmação dos projetos do novo governo eleito.

Salta aos olhos, sob outro prisma, que na prática da separação dos poderes sob o presidencialismo é freqüente e salutar, e já não causa espécie, a associação do Legislativo à investidura de altos funcionários da administração, limitando o poder de escolha do Chefe do Executivo; **não admissível, contudo, é que a ele se imponha entregar setores do governo, sob sua direta responsabilidade, a auxiliares que não gozem ou hajam perdido a sua confiança.**³⁶⁶

O relator, portanto, manteve-se fiel à premissa esposada na ADIN nº 1.668-5/DF, quando suscitou a interpretação conforme dos dispositivos da LGT que conferiam

³⁶⁶ ADIN nº 1.949-0/RS, julgada em 18/11/1999, voto do Min. Sepúlveda Pertence – grifos ausentes no original.

poder normativo à Anatel. Em síntese, o relator reconhece no Chefe do Executivo a legitimidade democrática para conduzir os assuntos daquele poder, e não admite restrições infraconstitucionais à competência daquele *agente político*. Quanto aos dirigentes das autarquias, o relator se fiou na noção de que seria necessário garantir a *confiança* depositada pelo Governante em seus colaboradores, de forma a se manter a legitimidade do exercício do governo pelo representante eleito pelo voto popular. Subjacente a esta visão está a compreensão da democracia essencialmente sob viés representativo, em que o sufrágio popular é meio de escolha de um **bom governante**. Deriva deste ponto de vista a idéia de que o voto é a garantia institucional de que o Chefe do Executivo é virtuoso³⁶⁷, pois escolhido pelo povo. Por outro lado, sendo ele virtuoso, há que se lhe garantir o exercício da virtude, por meio de sua influência em seus subordinados, de modo a realizar o governo cuja responsabilidade lhe foi conferida pelo voto popular. Há, não obstante a fundamentação na democracia representativa, um evidente viés platônico na relação que se reconhece entre o governante e os demais integrantes da estrutura estatal:

Pois Dario não pôs sua **confiança** em seus irmãos ou em homens com quem crescera junto, mas somente em seus colaboradores na tomada de *Mede e Eunuch*; e a estes ele assinalou porções de seu Império, em número de sete, cada um deles maior do que toda a Sicília; e **eles foram fiéis a ele** e não digladiaram com ele ou entre si. Assim, ele mostrou **o padrão pelo qual se deve pautar o bom legislador e rei**; pois ele fez leis pelas quais ele manteve o Império Persa em segurança até os dias de hoje.

Ademais, para dar outro exemplo, os atenienses tomaram sob seu governo muitas cidades não fundadas por eles, que, embora atingidas gravemente pelos bárbaros,

³⁶⁷ Sob o ponto de vista de uma democracia essencialmente representativa, a ação política – liberdade positiva – se concentra fundamentalmente no voto. O representante pode-se constituir sob duas acepções: a) um agente cuja ação está sob controle do povo; b) um agente que reproduz as características do eleitor e, por isso, é capaz de substituí-lo ao agir. Nas duas hipóteses, pressupõe-se que a ação do representante se identifica com a ação do povo, o que significa igualá-la à ação política dos próprios cidadãos e, por conseguinte, a confere legitimidade (Cf. COTTA, 1995, p. 1102). Sendo assim, quando falamos em virtude do Governante, não usamos aqui a expressão *virtude* com o mesmo significado usado pela teoria política anterior às Revoluções Burguesas, mas sim com o objetivo de acentuar as características pessoais do representante do povo e, especialmente, de sua ação.

ainda existiam, e mantiveram seu governo sobre essas cidades por setenta anos, **porque tinham em cada uma delas homens em quem confiar**. Mas Dionísio, que reuniu toda a Sicília em uma única cidade, e era esperto demais para confiar em alguém, apenas manteve sua própria segurança com muita dificuldade. Pois ele carecia de **amigos confiáveis**; e não há critério mais seguro de virtude ou vício que esse: se um homem é ou não destituído de tais amigos.³⁶⁸

Nesse sentido, alinhou-se o Min. Sepúlveda Pertence a uma visão platônica de governo, em que a ênfase em seu desempenho satisfatório se coloca sobre a figura do governante (porém trocando-se o Rei-Filósofo pelo representante do povo) e sua influência positiva sobre pessoas de sua confiança. Por conseqüência, negar-lhe os meios de exercer sua influência resultaria em violação da própria democracia, nos termos do voto do relator:

Finalmente, tanto no memorial da Assembléia Legislativa, quanto no da AGERGS, há, como pano de fundo, explícito ou não, um argumento, de igual **viés anti-democrático**: é aquele que – para sustentar a total independência postulada à direção das agências reguladoras nega **devam elas ajustar sua à política geral do Governo**, no setor de que se cuide.³⁶⁹

A possibilidade de influência pessoal do Governante sobre aqueles que compõem a base do governo é tida, logo, como pressuposto à realização da democracia, uma vez que a ação do representante do povo é reputada equivalente à ação do próprio povo. Este pressuposto é refletido no argumento do relator que rebate a necessidade de autonomia das agências reguladoras frente a influências políticas do Chefe do Executivo:

³⁶⁸ “*For Darius did not put his trust in brothers or in men whom he had brought up, but only in his confederates in the overthrow of the Mede and Eunuch; and to these he assigned portions of his empire, seven in number, each of them greater than all Sicily; and they were faithful to him and did not attack either him or one another. Thus he showed a pattern of what the good lawgiver and king ought to be; for he drew up laws by which he has secured the Persian empire in safety down to the present time. [§] Again, to give another instance, the Athenians took under their rule very many cities not founded by themselves, which had been hard hit by the barbarians but were still in existence, and maintained their rule over these for seventy years, because they had in each them men whom they could trust. But Dionysios, who had gathered the whole of Sicily into a single city, and was so clever that he trusted no one, only secured his own safety with great difficulty. For he was badly off for trustworthy friends; and there is no surer criterion of virtue and vice than this, whether a man is or is not destitute of such friends.*” (PLATÃO, 2007 - tradução livre, grifos ausentes do original.)

³⁶⁹ ADIN nº 1.949-0/RS, julgada em 18/11/1999, voto do Min. Sepúlveda Pertence – grifos ausentes no original.

O raciocínio [segundo o qual as agências devem ser imunes a interferências políticas] trai o **preconceito da tecnoburocracia** contra os mandatários políticos do regime democrático: o que não é novidade, no catecismo do pensamento neoliberal hegemônico...³⁷⁰

A essa visão se opôs o Min. Nelson Jobim, escudado no voto de Victor Nunes Leal proferido no Mandado de Segurança nº 8.693, julgado em 17/11/1962, relator o Min. Ribeiro da Costa. Este processo foi o que deu origem à súmula 25, e nele foi vencido o Min. Victor Nunes Leal. O voto vencido defendia, em primeiro lugar, o argumento técnico de que a previsão expressa na Constituição não era requisito para a fixação de limites ao poder do Presidente da República de prover cargos de livre nomeação.³⁷¹ O então ministro esclareceu que a competência constitucional do Presidente era de **prover** os cargos, o que compreende todas as modalidades de provimento além da nomeação, como a transferência, a promoção, o aproveitamento, entre outros. E, quanto às outras formas de provimento, nunca se exigiu a expressa previsão de limites na Constituição como requisito de legitimidade de sua disciplina pelo legislador infra-constitucional. Dizia o Min. Victor Nunes Leal:

A melhor doutrina sempre entendeu, porém, de modo contrário, isto é, que o Congresso não invade as atribuições do Executivo quando disciplina as nomeações, as demissões, as promoções, as transferências de servidores públicos. Esta sua competência resulta, em primeiro lugar, do regime adotado pela Constituição, que é o da divisão de poderes, **cujo pressuposto é a harmonia e não a guerra de poderes** (art. 36). Em segundo lugar, deriva essa competência de outra mais ampla, que a Constituição confere ao Poder Legislativo, para organizar os serviços públicos.³⁷²

³⁷⁰ ADIN nº 1.949-0/RS, julgada em 18/11/1999, voto do Min. Sepúlveda Pertence – grifos ausentes no original.

³⁷¹ O julgamento do MS 8.693 se deu sob a vigência da Constituição de 1946, em que não havia a previsão expressa de competência do Senado para aprovar a nomeação de cargos quando assim determinar a lei.

³⁷² MS nº 8.693, julgado em 17/11/1962, voto do Min. Victor Nunes Leal – grifo ausente do original.

O voto, portanto, relacionou a possibilidade de limitação da competência do Chefe do Executivo com a *divisão de poderes*. E a visão de Victor Nunes Leal era de *harmonia e não guerra de poderes*. Ou seja, a separação de poderes aparece aqui não como um dique de contenção das prerrogativas de um Poder frente ao outro. Não se trata de resguardar um Poder ante a ameaça de outro Poder. Ao revés, os Poderes se interpenetram, dialogam entre si, harmonicamente. Em decorrência dessa visão, a figura do bom governante é abandonada e dá lugar ao estabelecimento de **instituições** que assegurem o exercício da ação política pelos cidadãos. De modo geral, portanto, abandona-se a visão platônica alicerçada na influência do governante virtuoso, substituindo-a pela noção aristotélica de comunidade organizada para o bem comum. Sobre esta plataforma se constrói o restante da argumentação de Victor Nunes Leal e, em decorrência, do Min. Nelson Jobim, que admitem que a lei atribua *regime de autonomia administrativa* a determinados órgãos. No voto de Victor Nunes, a esse respeito, se lê:

Visa a investidura de prazo certo a garantir a continuidade de orientação e a independência de ação de tais entidades autônomas, de modo que os titulares, assim protegidos contra as injunções do momento, possam dar plena execução à política adotada pelo Poder Legislativo, ao instituir o órgão autônomo, e definir-lhe as atribuições. No sistema político vigente em nosso país é, realmente, **ao Legislativo que cabe traçar a orientação geral da política econômica e administrativa do país...**³⁷³

Assim, Victor Nunes Leal, esposado por Jobim, retirou do Executivo a ênfase na elaboração da política econômica – presente na análise de Sepúlveda Pertence – e a colocou no Legislativo. E, no curso desse debate constitucional, o Congresso é situado como local para elaboração das linhas gerais da política econômica. Por outro lado, cria-se uma estrutura executiva que busca preservar aquelas linhas gerais. A autonomia das agências

³⁷³ MS nº 8.693, julgado em 17/11/1962, voto do Min. Victor Nunes Leal – grifo ausente do original.

reguladoras, desse modo, é justificada para proteger o próprio Poder Legislativo frente à usurpação pelo Executivo das políticas públicas fixadas pela lei. Sobre este arcabouço, a análise empreendida por Victor Nunes Leal mantém-se coerente no debate sobre eventual imposição das políticas fixadas por governo anterior para o posterior, em decorrência da permanência de funcionários de confiança daquele. Concluiu o Min. Leal, cujas razões foram tomadas pelo Min. Jobim:

Sem dúvida, o bom entendimento entre o Chefe do Governo e os dirigentes e executores da política do Estado é, em tese, um bem para a administração pública. Mas isso é falar, não a linguagem da lei, mas a da conveniência administrativa. O legislador há de ter ponderado a desvantagem do eventual desencontro de pontos de vista, com o benefício, por ele considerado mais relevante, de garantir continuidade e independência na execução das tarefas confiadas ao órgão autônomo. Quem há de pesar as vantagens e inconvenientes de cada uma das duas soluções não é o judiciário, que não faz lei, mas o Legislativo. E esse manifestou a sua opção nitidamente, quando instituiu a investidura de prazo certo.

O argumento, que ora examinamos, por mais valioso que seja no plano da ciência da administração, constitui, do ponto de vista jurídico, uma razão exatamente contrária à que terá inspirado o legislador. Para bem interpretar a lei, são as razões do legislador, e não as que a elas se opuserem, que o aplicador deve levar em conta. São muito adequadas as palavras de Brandeis, votando vencido no Caso Myers: “A doutrina da separação de poderes – disse ele – foi adotada pela convenção de 1787, não para promover a eficiência, mas para prevenir o exercício do poder arbitrário.”³⁷⁴

A partir das conclusões de Victor Nunes Leal, o Min. Jobim, então, passou a tratar das competências das agências reguladoras. E, a esse respeito, adotou textualmente a doutrina de Gaspar Ariño Ortiz.³⁷⁵ Junto com esse autor, identificou a passagem do Estado produtor e financiador de atividades públicas, para a figura do Estado Regulador. Após

³⁷⁴ MS nº 8.693, julgado em 17/11/1962, voto do Min. Victor Nunes Leal – grifo ausente do original.

³⁷⁵ Gaspar Ariño Ortiz tem grande influência sobre a corrente paulista de regulação. Nesse sentido, na medida em que Jobim usa a doutrina de Ortiz para fundamentar sua análise, é possível notar grande correspondência entre os argumentos do ministro em seu voto e os fundamentos adotados pelos doutrinadores da corrente paulista.

ponderar que a entrega de atividades ao setor privado impõe a regulação, concluiu pela necessidade de harmonizar dois interesses contrapostos: o das empresas, que querem o maior lucro; e o dos usuários, que querem serviços seguros, baratos e de qualidade. A respeito da regulação, o ministro afirmou que *a característica desse novo sistema não é o controle absoluto dos operadores privados*. E, novamente com Ariño Ortiz, o ministro afirmou que dois aspectos devem orientar a atividade regulatória: i) garantir a prestação do serviço presente e futuro; ii) estabelecer níveis adequados na relação qualidade-preço, consoante o nível de desenvolvimento e as prioridades que cada sociedade queira estabelecer. Sendo assim, afirmou o ministro que a regulação não pode admitir tratamentos singulares, nem alteração arbitrária das *regras do jogo*. E para tanto, concluiu, também com Ariño Ortiz, que são condições *sine qua non*: i) separar a autoridade reguladora dos entes que prestam o serviço; ii) tornar a agência reguladora independente de toda possível manipulação do poder político. Para Ortiz – e, por conseguinte, para o Min. Jobim – a manipulação do poder político se verifica quando o Estado usa a estrutura de preços ou a prestação do serviço para fins outros que não o serviço em si.³⁷⁶ Esses outros fins não seriam necessariamente ilegítimos – embora possam ser, como no caso da repartição de cargos entre a militância partidária –, mas, segundo o autor, sua busca deveria ocorrer por processos públicos, que se valham de mecanismos disciplinados pela lei.³⁷⁷

Neste ponto, o Min. Jobim, junto com Ariño Ortiz, se vinculou à legitimação política por meio de uso de instituições públicas. Não bastaria que se fizesse a vontade de um governante eleito pelo povo, e, por pressuposto, virtuoso. Essa vontade, ao contrário, deve ser limitada, contida, controlada. Ao revés, a busca passa a ser pelo estabelecimento de uma

³⁷⁶ Cf. ARIÑO ORTIZ, 1993, pp. 272-273

³⁷⁷ Confira-se o seguinte trecho de Ariño Ortiz, citado por Jobim: “Este puede fácilmente incurrir em la tentación de utilizar las tarifas como elemento deflacion de la economía em um momento dado; o instrumentar uma via de canalización de subvenciones ocultas a otros sectores (...) o a determinados territorios; también se puede intentar canalizar ayudas financieras hacia el sector empresarial público; y así otros fines, muy legítimos si se quiere, pero que deben obtenerse a traves de médios más transparentes y legalmente aprobados.” (ARIÑO ORTIZ, 1993, p. 273).

instituição que sirva de sede ao estabelecimento de políticas públicas, e não propriamente pelas pessoas que formularão a política. A autonomia da agência reguladora, desse modo, funcionaria como mecanismo do sistema de freios e contrapesos, especialmente como forma de preservação pelo Executivo da vontade política manifestada pelo Legislativo. Limita-se, de um lado, **a vontade do bom governante** para dar maior efetividade à **vontade do Parlamento**. Mais do que isso, previne-se a arbitrariedade do governante por meio de freios institucionais à sua atuação. Jobim, por fim, concluiu seu voto afirmando que concessões e permissões de serviço público não se regem por *políticas de governo*, mas por *políticas da lei*. E, para seguir a lei, é lícito ao legislador confiar autonomia à autarquia a que for incumbida a função de executá-la.

O Pleno, após debate, consagrou a tese defendida no voto do Min. Jobim – o próprio relator, Min. Sepúlveda Pertence, alterou sua posição original para se vincular à tese de Victor Nunes Leal e de Nelson Jobim. Porém, outra questão levantada pelo relator levou à declaração de inconstitucionalidade do art. 8º da Lei da AGERGS: não havia limites para a destituição de dirigentes pela própria Assembléia. Ou seja, no caso, não se tratava de uma afronta pura e simples à possibilidade de limitação do Executivo, mas da pura destituição do poder de demitir, que era inteiramente conferido ao Legislativo. Por essa particularidade, o Tribunal declarou, cautelarmente, a inconstitucionalidade do artigo. Não obstante, tendo em vista a possibilidade de que a declaração de inconstitucionalidade do artigo poderia levar à interpretação de que seria possível demitir *ad nutum* os dirigentes da AGERGS, o STF inovou sua jurisprudência constitucional de forma a dar à decisão conteúdo integrativo. Nos debates, entendeu a Corte Constitucional – de forma unânime – que a própria natureza da nomeação a termo indicava a necessidade de demissão somente motivada. O pleno reconheceu ainda que súmula nº 25, com a nova decisão, havia sido implicitamente revogada. E, de sorte a evitar a completa frustração da intenção do Legislativo, vencido apenas o Min. Marco Aurélio,

decidiu o STF incluir no acórdão dispositivo que vedava a demissão imotivada, e que esclarecia que a declaração de inconstitucionalidade não impediria a elaboração de nova legislação com critérios limitadores do poder de demitir do Chefe do Executivo.

Desse modo, a ADIN nº 1.949-0/RS não apenas reconheceu a legitimidade de um dos pilares da autonomia das agências reguladoras, qual seja a estabilidade dos dirigentes, como suplantou o entendimento que havia norteado o julgamento da Medida Cautelar na ADIN nº 1.668-5/DF. Nesta, o STF havia partido do pressuposto de que a função política fixada constitucionalmente para o Presidente da República não poderia ser limitada pela lei, de sorte que o seu caráter de agente político lhe garantiria o comando, ainda que indireto, da Anatel, e que o seu poder regulamentar não se limitava à matéria do art. 18 da LGT. A Anatel, assim, poderia emitir normas, mas suas normas, quaisquer que fossem, poderiam ser suplantadas por decretos presidenciais. A possibilidade de limitação infraconstitucional da competência do Presidente da República, porém, foi expressamente reconhecida na ADIN nº 1.949-0/RS, que entendeu ser possível ao Congresso dotar uma autarquia de autonomia frente ao Chefe do Executivo, como meio para evitar a arbitrariedade deste na condução das políticas públicas fixadas na lei. Embora este último julgamento tenha versado sobre a estabilidade dos dirigentes, os fundamentos permitiriam argumentar também pela possibilidade de limitação do poder regulamentar do Presidente, de sorte a se respeitar um certo grau de autonomia com relação ao poder normativo da agência.

A possibilidade de limitação da competência do Presidente da República de direção superior da Administração Pública também norteou o Parecer AC - 051, de 12 de junho de 2006, proferido pela Advocacia-Geral da União (AGU) e aprovado pelo Presidente Lula no dia 13 do mesmo mês. Não há como deixar de ressaltar que a sanção revela uma expressiva guinada na posição do Governo Lula com relação às agências reguladoras. Novamente, o caso concreto não diz respeito propriamente à Anatel, porém a configuração

institucional dessa é expressamente analisada no parecer, e dada a força vinculativa que o instrumento possui na seara federal³⁷⁸, as conclusões alcançadas são importantes para a compreensão da posição da Anatel frente ao Poder Executivo central. O caso diz respeito a um recurso hierárquico impróprio interposto perante o Ministério dos Transportes contra decisão da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq. A AGU, no parecer, afirmou a invalidade do recurso, mantendo a decisão da Antaq. Para tanto, o parecer, primeiramente, reconhece a competência de supervisão ministerial das agências reguladoras, com fundamento no poder de direção superior da administração federal conferido pelo já citado art. 87, parágrafo único, I, da CF/88. Todavia, o parecer reconheceu na limitação ao poder de exonerar os dirigentes das agências reguladoras o fundamento da limitação ao próprio poder de supervisão ministerial.

41. Como explicitado anteriormente, um dos principais instrumentos de supervisão dos Ministros de Estado sobre as autarquias em geral é a possibilidade de exonerar seus dirigentes ou indicar essa medida ao Presidente da República, se este não lhes houver delegado essa competência, como forma de viabilizar a revisão de suas decisões pelos novos dirigentes a serem indicados/nomeados. Porém, essa medida não é aplicável às agências reguladoras, salvo nos estritos casos previstos em lei, o que, por si só, induz à conclusão de que, em alguma medida, a supervisão ministerial sobre as agências admite temperamentos. De que ordem?

42. Se, por um lado, como visto, a supervisão ministerial decorre diretamente da Constituição (art. 87, par. ún., I), o que implica na afirmação da impossibilidade de que venha a ser excepcionada pela legislação infraconstitucional, não se pode dizer o mesmo acerca de todos os meios de seu exercício, pois alguns destes não possuem sede constitucional. Nesse sentido, a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras representa a principal restrição de meios de que dispõem os Ministérios na sua relação de supervisão com essas entidades.

43. Tendo em conta a vedação de substituição política dos dirigentes das agências

³⁷⁸ A Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, estabelece que: “Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.”

reguladoras, não é difícil avançar-se para a definição de impossibilidade de revisão ministerial de algumas de suas decisões, o que, por consequência, limitaria na mesma medida o âmbito de provimento de recursos hierárquicos impróprios que visassem impugnar essas decisões, pois, por via transversa, o cabimento indistinto do recurso hierárquico impróprio garantiria aos Ministérios o mesmo efeito revisor que não podem obter através da substituição política do comando dessas entidades, representando por isso uma possível burla à disciplina legal das agências reguladoras, que aponta para a existência de exceções aos meios que podem ser utilizados para o exercício da supervisão ministerial, como forma de lhes garantir a autonomia decisória a elas conferida pelos mandatos fixos de seus dirigentes.³⁷⁹

Desse modo, a AGU fixou o entendimento de que o recurso hierárquico impróprio não pode servir de supedâneo à mera modificação das decisões de uma agência reguladora. Em outras palavras, embora cabível, o recurso hierárquico impróprio não pode ser instrumento para a reforma das decisões das agências segundo o juízo discricionário do ministro correspondente. Com base nesse entendimento, a AGU limitou o cabimento do recurso hierárquico impróprio às hipóteses em que houvesse manifesta exorbitação da competência finalística das agências, ou de manifesto descumprimento das políticas públicas fixadas para o seu respectivo setor de atuação. Essas políticas públicas, porém, remanescem sob a alçada dos ministérios. Em conclusão, o parecer reconhece nos ministérios a possibilidade de edição de normas gerais, as *políticas públicas*, que devem pautar a atuação das agências. Dentro, porém, desse espectro geral, é reconhecida a autonomia das agências para decidir. Obviamente, o grau de generalidade das políticas públicas pode significar maior ou menor ingerência na agência reguladora. Contudo, a definição desse limite – de fixação de políticas públicas – ainda permanece em aberto.

³⁷⁹ Parecer AGU/MS-04/06, de 23/05/2006, do Consultor da União Marcelo de Siqueira Freitas, aprovado pelo Parecer AC – 051, de 12/06/2006, do Advogado-Geral da União Álvaro Augusto Ribeiro Costa.

Cap. 4. As características de institucionalização das agências reguladoras e o princípio da separação de poderes

Apresentado o histórico das agências reguladoras de telecomunicações nos EUA e no Brasil, cumpre agora avaliar suas características de institucionalização à luz do princípio da separação de poderes. Para tanto, primeiro será oferecido um marco teórico para a análise, em que serão explorados os conceitos de *espaço regulatório* e de *regulação de resposta compreensiva*. Em seguida, se afirmará a separação de poderes como uma garantia institucional cujo valor central é a liberdade pública. Por fim, o processo de institucionalização das agências será contraposto à atuação em concreto da separação de poderes, de modo a identificar de que modo esta influenciou aquelas. Serão então avaliados os resultados dessa interação nas características das agências reguladoras e à luz desse processo, qual o posicionamento institucional das agências reguladoras de telecomunicações

4.1. A institucionalização das agências dentro do espaço regulatório

O esforço de explicar o papel regulador do Estado e o surgimento de estruturas institucionais dedicadas para tanto produziu diversas *teorias da regulação*, que, obviamente,

vão muito além das correntes paulista e fluminense mencionadas anteriormente.³⁸⁰ Bronwen Morgan e Karen Yeung propõem uma classificação que é bastante útil para se ter uma visão geral sobre as diversas teorias da regulação. As autoras identificam três diferentes categorias fundamentais: i) *teorias do interesse público*; ii) *teorias do interesse privado*; iii) *teorias institucionalistas*.³⁸¹

Segundo as autoras, as teorias do interesse público atribuem aos legisladores, e aos demais agentes governamentais responsáveis pela criação e implementação da regulação, *o desejo de buscar objetivos coletivos no intuito de promover o bem-estar geral da comunidade*.³⁸² Nesta categoria, as autoras incluem as teorias que partem de uma concepção econômica de bem-estar (*welfare economics approaches*), em que, em linhas gerais, justifica-se a regulação como uma forma de intervenção estatal no mercado como meio de solucionar as chamadas *falhas de mercado*.³⁸³ Essas falhas incluiriam, por exemplo, monopólios naturais³⁸⁴, externalidades³⁸⁵, assimetrias de informação entre firmas e consumidores³⁸⁶, etc. Em última análise, a intervenção estatal seria justificada para emular as condições de funcionamento de um mercado perfeito. Autores que partem dessa visão incluem Anthony Ogus, na Inglaterra³⁸⁷, e Gaspar Ariño Ortiz³⁸⁸, na Espanha – este último com grande influência no Brasil. Outra corrente teórica que é incluída por Morgan e Yeung entre as teorias do interesse público é a que parte de uma abordagem política substantiva (*substantive*

³⁸⁰ Vide pp. 211 e ss. supra.

³⁸¹ MORGAN e YEUNG, 2007, p. 16.

³⁸² “Public interest theories of regulation attribute to legislators (and others responsible for the design and implementation of regulation) a desire to pursue collective goals with the aim of promoting the general welfare of the community.” (MORGAN e YEUNG, 2007, p. 17.)

³⁸³ MORGAN e YEUNG, 2007, p. 18.

³⁸⁴ Vide nota 134 supra.

³⁸⁵ Sobre a *externalidade de rede*, característica de setores de infra-estrutura como o de telecomunicações, vide a p. 86 supra.

³⁸⁶ O funcionamento do mercado como instrumento de eficiência alocativa, do ponto de vista da Microeconomia, pressupõe que os consumidores tenham adequada informação sobre as alternativas disponíveis, de forma a que suas escolhas reflitam uma opção racional que seja a expressão da máxima utilidade individual. A idéia de assimetria de informações leva em consideração que as informações por vezes são complexas e de difícil assimilação, e pondera que o *custo marginal* de processar e assimilar a informação é menor para a firma do que para o consumidor.

³⁸⁷ Cf. MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 18-26.

³⁸⁸ Cf. ARIÑO ORTIZ, 1993 e 2005.

political approach), em que a busca pela eficiência alocativa do mercado perfeito é substituída pela implementação de valores como justiça social, igualdade, entre outros. Nesse caso, a regulação é uma expressão política de um dado objetivo social, em que a máquina estatal é vista sob o viés republicano de promoção do bem comum, e Cass Sunstein³⁸⁹ é um dos autores que a representa. Por fim, outra linha teórica incluída por Morgan e Yeung entre as teorias do interesse público parte de uma abordagem político-procedimental (*procedural political approaches*), em que o enfoque deixa de ser a implementação de determinados valores, mas a garantia de um processo político deliberativo que privilegie o diálogo entre os atores de um dado regime regulatório. Exemplo desse tipo de abordagem é o dos trabalhos de Tony Prosser na década de 1980³⁹⁰, que busca o estabelecimento de um espaço público composto por instituições desenhadas para permitir as condições ideais de comunicação descritas na filosofia política de Jürgen Habermas.

A categoria seguinte, das *teorias do interesse privado*, se caracteriza por um certo ceticismo quanto à existência de um dito *interesse público*, e vê a regulação como uma disputa que beneficia os interesses de um dado grupo da sociedade, e que o grupo beneficiado não necessariamente é aquele ostensivamente declarado como tal. Entre as correntes que integram essa categoria, Morgan e Yeung identificam a chamada *economia política positiva*, as análises econômicas centradas na relação *agent-principal* e a teoria da escolha pública (*public choice theory*). No todo, essas correntes variam entre abordagens políticas (*political private interest approaches*) e abordagens estritamente econômicas (*economic private interest approaches*). As abordagens políticas reputam as regras regulatórias – e as opções políticas que elas revelam – como o resultado da perseguição por vários grupos de suas versões particulares de interesse público, sendo que a disponibilidade de recursos – financeiros e

³⁸⁹ Cf. MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 27-36; SUNSTEIN, 2004.

³⁹⁰ Cf. MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 37-41. O autor britânico, porém, posteriormente passou a questionar a abordagem procedimental, por identificar a necessidade de resposta a questões sobre a determinação de interesses legítimos e o papel destes no processo de participação (PROSSER, 1999, pp. 213 e ss.).

políticos – desempenha um papel determinante na produção daquele resultado.³⁹¹ De outro lado, as abordagens estritamente econômicas consideram a regulação como o produto da relação entre oferta de regulação (em que os agentes políticos são fornecedores) e demanda por regras favoráveis (em que grupos de interesse, grandes empresas e indivíduos são consumidores). Essa relação de oferta e demanda não seria mediada por um *preço* expresso monetariamente, mas pela capacidade de mobilização de recursos políticos e financeiros.³⁹² O grande exemplo dessa corrente é a teoria econômica da regulação de George Stigler, que conclui que a regulação no mais das vezes beneficiará a própria indústria regulada, uma vez que ela tem melhores condições de pagar o *preço da regulação*³⁹³ do que grupos de consumidores dispersos e com pouca disponibilidade financeira.

A terceira categoria é, segundo Morgan e Yeung, uma categoria menos uniforme do que as categorias anteriores. Não obstante, as autoras pretenderam agrupar nessa categoria teorias que enfatizem a interdependência entre atores estatais e não-estatais na produção da regulação, em busca tanto do benefício público, quanto do ganho privado, dentro dos regimes regulatórios.³⁹⁴ Nas palavras de Morgan e Yeung:

O termo ‘institucionalista’ busca capturar qualquer teoria em que esferas baseadas em regras (*rule-based spheres*), ou a relação entre diversas esferas baseadas em regras, desempenhem um importante papel na explicação do porquê ou do como emerge a regulação. Por ‘esferas baseadas em regras’ nós queremos nos referir a organizações formais (por exemplo, agências reguladoras, corporações, estados), normas e rotinas nelas incrustadas (normas de análise de risco, contabilidade de custo-benefício, precedente, representação, entre outros) ou ‘sistemas’ tais como compreendidos pela teoria de sistemas (por exemplo, sistemas legais, sistemas econômicos, sistemas políticos). [...] Essas abordagens, que diferem entre si em

³⁹¹ MORGAN e YEUNG, 2007, p. 44.

³⁹² MORGAN e YEUNG, 2007, p. 47.

³⁹³ “A indústria que procura poder político deve dirigir-se ao revendedor apropriado, o partido político. Este partido tem custos de operação, custos para manter uma organização e custos para competir em eleições. [...] A indústria que procura regulação deve estar preparada para arcar com as duas coisas que um partido precisa: votos e recursos financeiros.” (STIGLER, 2004, p. 36.)

³⁹⁴ MORGAN e YEUNG, 2007, p. 17.

muitos aspectos, têm em comum o fato de considerar que a dinâmica institucional possui, em certo sentido, uma ‘vida própria’ nos regimes regulatórios, de tal forma que elas [as instituições] no mais das vezes conformarão os resultados da regulação de maneiras surpreendentes, dadas as preferências e os interesses dos partícipes regulatórios. Um segundo fator comum a unir as abordagens agrupadas sob esse rótulo é que elas progressivamente borram as diferenças entre os atores públicos e privados, e entre interesses públicos e privados, diferenças que haviam sido centrais até agora.³⁹⁵

No presente trabalho, combinaremos duas abordagens que são classificadas como institucionalistas por Morgan e Yeung. Primeiramente, partiremos da noção de *espaço regulatório* (*regulatory space*) desenvolvida por Leigh Hancher e Michael Moran.³⁹⁶ Em seguida, ponderaremos a noção de espaço regulatório com algumas idéias expressadas por Ian Ayres e John Braithwaite para propor o que esses autores chamam de *regulação de resposta compreensiva* (*responsive regulation*).³⁹⁷ Com base nesse marco teórico, avaliaremos, posteriormente, o processo de institucionalização da ICC, da FCC e da Anatel, e faremos a contraposição com o papel institucional desempenhado pelo princípio da separação de poderes.

Segundo Hancher e Moran, os entes governamentais não agem sobre as firmas como meros agentes externos. As sociedades empresárias modernas são centros de expertise, e o conhecimento nelas produzido afeta o próprio resultado da regulação que sobre elas incide. A adesão das empresas reguladas é, no mais das vezes, condição para o sucesso da

³⁹⁵ “The label ‘institutionalist’ is intended to capture any theory where rule-based spheres, or the relationship between different rule-based spheres, play an important role in explaining why or how regulation emerges. By ‘rule-based spheres’ we mean formal organizations (e.g. regulatory agencies, corporations, states), embedded norms and routines (e.g. risk analysis, cost-benefit accounting, precedent, advocacy norms) or ‘systems’ as understood by system theory (e.g. legal systems, economic systems, political systems). [...] Common to these approaches, which differ from each other in many respects, is that they consider institutional dynamics to have, in a sense, a ‘life of their own’ in regulatory regimes, such that they will often shape the outcomes of regulation in surprising ways, given the preferences and interests of regulatory participants. A second common factor uniting the approaches grouped under this label is that they increasingly blur the differences between public and private actors, and between public and private interests, differences that have been central to our survey so far.” (MORGAN e YEUNG, 2007, p. 53 – tradução livre.)

³⁹⁶ HANCHER e MORAN, 1989.

³⁹⁷ AYRES e BRAITHWAITE, 1992.

regulação.³⁹⁸ Outro aspecto a ser considerado é o de que as modernas empresas são em si hierarquias sociais e administrativas, que contemplam processos complexos de interação entre grupos e indivíduos com posições e opiniões diversas entre si. Essa multiplicidade de interesses que se articula dentro da empresa, segundo os autores, impede que se identifique um interesse privado que pautar sua motivação, ou tampouco que se identifique um antagonismo entre firma e regulador. Ao contrário, há integração entre regulador e regulado, e essa integração é necessária para que a própria regulação funcione. Desse modo, a regulação econômica de mercados, no que os autores chamam de capitalismo avançado, pode ser retratada como uma atividade conformada pela interdependência de organizações poderosas que dividem características públicas relevantes.³⁹⁹

Hancher e Moran, por conseguinte, afirmam que na esfera econômica não há uma linha divisória clara entre público e privado. Em decorrência, os autores negam a própria pertinência do debate sobre a chamada *captura*⁴⁰⁰ regulatória. A ideia de captura, argumentam, pressupõe uma esfera pública inviolável da influência privada, e vasta literatura foi produzida para *denunciar* a influência privada na regulação, configurada pela subordinação do interesse público a interesses particulares. Hancher e Moran afirmam que o

³⁹⁸ “When regulatory space is dominated by large, hierarchical bodies regulation inevitably becomes a cooperative matter, because only by such a means can it be accomplished. Almost nothing of significance is done in regulation as the result of the actions of any single individual or simple organizational entity. The regulatory task is subjected to an elaborate and elongated division of labour. [...] This observation merely serves to reinforce one of our earlier points: that the big firms who are major occupiers of regulatory space can in no sense be pictured as mere ‘takers’ of regulation. Even if they are not explicitly involved in the formal process of rule-making, nothing would happen to promulgated rules without their extensive co-operation.” (HANCHER e MORAN, 1989, p. 287.)

³⁹⁹ HANCHER e MORAN, 1989, p. 275.

⁴⁰⁰ O pressuposto de independência técnica, que norteia o discurso majoritário sobre a natureza da atividade regulatória, exige que o regulador pautar suas ações somente pelo melhor critério técnico, e não para o atendimento dos interesses das empresas do setor regulado, dos usuários ou consumidores da atividade regulada, ou mesmo dos atores políticos que ocupam o Executivo ou o Legislativo. Quando o regulador se deixa *seduzir* por um desses três atores (empresas, consumidores ou Governo), ao invés de aplicar o critério técnico adequado, fala-se que o regulador foi *capturado*. Em setores especializados como o de telecomunicações, a interação entre o regulador e as firmas reguladas é tida como particularmente problemática, por fatores como a assimetria de informações a favor do regulado, em que o regulador muitas vezes depende de estudos técnicos produzidos pelos próprios regulados, ou a chamada *porta giratória* (*revolving door*), que considera que as pessoas, dada a especialização do setor, ou são empregadas dos regulados, ou dos reguladores, o que faria com que os reguladores ficassem receosos de contrariar seus prováveis futuros empregadores no caso, por exemplo, de término de seus mandatos.

debate sobre captura geralmente foca na presença ou não de elementos que permitam refutar essa influência privada, o que, segundo os autores, significa desviar da questão mais fundamental: a existência ou não dessa esfera pública inviolável. Mais do que isso, esse debate, atestam os autores, obscurece a característica mais importante da regulação no capitalismo avançado: os atores principais no processo regulatório são organizações que, a despeito de seu status formal, adquiriram importantes atributos de natureza pública. Entre essas organizações, a principal organização privada com status público seria a firma.⁴⁰¹ Uma vez que a regulação é produto da interação institucional diuturna entre reguladores e regulados, a existência de regulação favorável às firmas reguladas não depõe contra a atuação do regulador. Mas, em decorrência da própria natureza das instituições envolvidas, essa regulação eventualmente *favorável* não reflete o exato interesse do regulado, pois esse interesse não pode ser claramente identificado. Se grande parte da regulação econômica envolve a elaboração de regras e a fiscalização do seu cumprimento, esse processo ocorre em uma moldura de intervenção muito mais difusa, em que um amplo espectro de objetivos – por vezes implícitos, por vezes contraditórios entre si – tem de ser acomodado. *A regulação econômica por meio de normas não é uma atividade isolada; é uma atividade inserida em um contexto mais amplo de intervenção.*⁴⁰² Nesse sentido, Hancher e Moran explicam que:

A alocação de papéis entre legisladores (*rule makers*), fiscais (*enforcers*) e portadores de interesses setoriais muda constantemente, novamente sem obediência a uma dicotomia óbvia entre público e privado. Em um mundo como esse, as firmas não são as portadoras de um interesse privado distinto que está sujeito ao controle público; elas são atores em uma esfera comum a outras instituições a que convencionalmente se atribuiu o rótulo de ‘públicas’. [...] Questões sobre quem participa na e quem se beneficia da regulação são certamente importantes: explicar as complexas e cambiantes relações entre e intra organizações no coração da regulação econômica é a chave para se compreender a natureza da atividade. Mas

⁴⁰¹ HANCHER e MORAN, 1989, pp. 274-275.

⁴⁰² “*Economic rule-based regulation is not a distinct activity; it is woven into a larger fabric of intervention.*” (HANCHER e MORAN, 1989, p. 275.)

pouco se tem a ganhar ao se descrever a relação na linguagem dicotômica de autoridade pública versus interesses privados.⁴⁰³

A compreensão da natureza desse espaço compartilhado é, portanto, central para a análise regulatória. E, com essa finalidade, os autores propõem o que chamam de um *construto analítico*: a noção de *espaço regulatório*.⁴⁰⁴ Este seria definido pelo *espectro de assuntos regulatórios submetidos à decisão pública*. Os autores extraem algumas conclusões a partir dessa proposta:

Em primeiro lugar, precisamente porque se trata de um espaço, ele está disponível para ser ocupado. Em segundo lugar, porque se trata de um espaço, ele pode ser dividido desigualmente entre os atores: haverá, em outras palavras, participantes principais e secundários no processo regulatório. Em terceiro lugar, tal como podemos identificar um conceito geral de espaço regulatório em uma comunidade particular, podemos igualmente falar de conceitos específicos de espaço regulatório em ação em setores individuais: no setor de medicamentos, por exemplo, assuntos de controle de segurança e controle de preços são objetos, ou objetos potenciais, da atividade regulatória, ao passo que no setor automobilístico somente o primeiro grupo de assuntos [controle de segurança] é incluído. Em quarto lugar, uma vez que ‘espaço regulatório’ é uma imagem usada para representar um conceito, ele pode ser aumentado por imagens similares: assim, dado que uma arena é um espaço delimitado, algumas vezes falamos de uma ‘arena regulatória’. [...] Nesses termos, o espaço regulatório pode ser furiosamente disputado. Seus ocupantes estão envolvidos por vezes em lutas ferozes por vantagem. Qualquer investigação sobre o conceito envolve examinar o resultado de disputas competitivas, os recursos utilizados nessas disputas e a distribuição desses recursos entre as diferentes instituições envolvidas. Em outras palavras, o jogo de poder está no centro desse processo.⁴⁰⁵

⁴⁰³ “The allocation of roles between rule makers, enforcers, and bearers of sectional interests constantly shifts, again obeying no obvious public-private dichotomy. In such a world firms are not bearers of some distinct private interest which is subject to public control; they are actors in a common sphere with other institutions conventionally given the ‘public’ label. [...] Questions about who participates in and benefits from regulation are certainly important: explaining the complex and shifting relationships between and within organizations at the heart of economic regulation is the key to understanding the nature of the activity. But little can be gained by depicting the relationship in the dichotomous language of public authority versus private interests.” (HANCHER e MORAN, 1989, p. 276 – tradução livre.)

⁴⁰⁴ HANCHER e MORAN, 1989, p. 277.

⁴⁰⁵ “First, precisely because it is a space it is available for occupation. Secondly, because it is a space, it can be unevenly divided between actors: there will, in other words, be major and minor participants in the regulatory

A conexão entre assuntos e o caráter da regulação econômica é conformada por fatores estruturais e ideológicos. Segundo os autores, os assuntos regulatórios, que pautam o surgimento de espaços regulatórios, surgem a partir de uma visão de mundo particular dos atores sociais envolvidos – são, desse modo, uma construção ideológica. Mas o reconhecimento desses assuntos depende da ação das forças estruturais que atuam na economia. A mais importante dessas forças resulta do caráter dinâmico do capitalismo avançado, que constantemente cria novos problemas regulatórios, novas arenas regulatórias e novas organizações prontas e disponíveis para competir nessas arenas.⁴⁰⁶

Todavia, embora admitam que a *cultura jurídica* constitua uma variável importante para determinar a capacidade dos *excluídos* de desafiar a distribuição de poder no espaço regulatório⁴⁰⁷, Hancher e Moran afirmam que o *status organizacional* é a condição mais importante de acesso a esse espaço. Por esse motivo, os autores consideram que indivíduos que não desempenhem funções organizacionais, ou que não representem interesses de organizações, apenas ocasionalmente podem ser bem sucedidos em participar do processo regulatório – e, ainda assim, essa participação seria apenas pontual. Os autores, no ponto, são enfáticos: os cidadãos são *tomadores* da regulação feita e moldada pelas organizações.⁴⁰⁸

process. Thirdly, just as we can identify a general concept of regulatory space in operation in a particular community we can also speak of specific concepts of regulatory space at work in individual sectors: in pharmaceuticals, for instance, issues of safety and price control are subjects, or potential subjects, of regulatory activity, whereas in the automobile sector only the former set of issues are included. Fourthly, because 'regulatory space' is an image being used to convey a concept, it can be augmented by similar images: thus because an arena is delineated space we sometimes speak of a 'regulatory arena'. [...] In these terms regulatory space may be furiously contested. Its occupants are involved in an often ferocious struggle for advantage. Any investigation of the concept involves examining the outcomes of competitive struggles, the resources used in those struggles, and the distribution of those resources between the different institutions involved. In other words, the play of power is at the centre of this process.” (HANCHER e MORAN, 1989, p. 277 – tradução livre.)

⁴⁰⁶ HANCHER e MORAN, 1989, p. 297.

⁴⁰⁷ “Variables attributable to distinctive legal cultures may also determine the ability of ‘excluded’ interests to challenge the existing distribution of power within the common regulatory space. Legal culture may further operate as an important variable in determining the way in which the different rules interact to create a regulatory framework.” (HANCHER e MORAN, 1989, p. 282.)

⁴⁰⁸ “Organizational status is thus the most important condition governing access to regulatory space. Private individuals who do not perform organizational roles, or who are not bearers of organizational interests, enjoy

Logo, o jogo de poder que determina o domínio do espaço regulatório, segundo Hancher e Moran, é jogado pelas organizações, especialmente pelo ente regulador e pelas firmas envolvidas.⁴⁰⁹ E a regulação é resultado desse jogo.⁴¹⁰

Outro ponto de vista sobre a regulação é fornecido por Ayres e Braithwaite. Enquanto Hancher e Moran se propõem a superar a dicotomia público-privado, Ayres e Braithwaite buscam superar a dicotomia estado-mercado, ou, mais especificamente, regulação-desregulação. Segundo esses autores, a análise de políticas públicas não se pode cingir a escolher entre mercado ou regulação estatal. Os autores partem do reconhecimento da interdependência entre a regulação privada – por associações industriais, firmas, consciências individuais – e a regulação estatal. E, a partir dessa interdependência, identificam *possibilidades interessantes abertas à mistura entre regulação pública e privada*. É uma questão de gradação: a consecução de políticas públicas será tanto mais eficaz quanto for a habilidade de uma dada sociedade de aquilatar a participação pública e a participação privada na implementação daquelas políticas.⁴¹¹ A partir dessa afirmação, Ayres e Braithwaite propõem a noção de *regulação de resposta compreensiva (responsive regulation)*⁴¹², não

limited and usually temporary success in any attempt to intervene. Citizens are ‘takers’ of regulation; organizations are makers and shapers. Very occasionally private citizens may succeed in mounting a successful legal challenge to a regulatory programme, but sustained or permanent participation is precluded.” (HANCHER e MORAN, 1989, p. 286 – grifo ausente do original.)

⁴⁰⁹ É importante esclarecer que essa afirmação não exclui a influência contínua de indivíduos no espaço regulatório. Mas essa influência depende de uma posição institucional – sem o suporte de uma organização, o indivíduo apenas eventual e pontualmente interfere no processo regulatório. Como veremos a seguir, o princípio da separação de poderes é um elemento que visa instrumentalizar o Estado como suporte institucional para a ação dos cidadãos.

⁴¹⁰ “*In economic regulation, therefore, the most important parties are bound together in relations of exchange and interdependence. But the co-operation enforced by the division of administrative labour should not conceal the way the organizations who inhabit regulatory space are riven by competition and conflict. Indeed the essence of regulatory politics is the pursuit of institutional advantage: the pursuit of advantage in the market-place, measured by indices like market share and profit; and the pursuit of command over the regulatory process itself, as measured by the right to make rules and to command their means of implementation. Regulation – and the rules and distribution of power through which it operates – is always a ‘stake’ of industrial or political struggle.*” (HANCHER e MORAN, 1989, p. 287.)

⁴¹¹ AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 3.

⁴¹² Preferiu-se a tradução *regulação de resposta compreensiva*, ao invés de *regulação responsiva*, pois o termo em português (*responsivo*) significa apenas *que contém resposta* (cf. verbete *responsivo* no Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa e no Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa). O termo em inglês (*responsive*) tem tanto a conotação de reação, como a conotação de simpatia, boa vontade. Significa, logo, uma resposta simpática (no Oxford Advanced Learner’s Dictionary, o verbete *responsive* contém duas

como um teoria da regulação, mas como uma *estratégia regulatória*, elaborada com base em princípios da teoria dos jogos (*game theory*).

A regulação de resposta compreensiva se distingue de outras estratégias de regulação de mercados tanto na qualificação do que deve provocar uma resposta regulatória, como em que consistirá essa resposta. A regulação deve reconhecer que diferentes estruturas industriais exigem respostas específicas, com formas e graus diversos de regulação. O regulador deve ainda ter em mente as diferentes motivações dos atores regulados – a regulação eficaz, afirmam os autores, deve falar aos diversos objetivos das firmas reguladas, associações industriais e indivíduos que as integram. A resposta regulatória pode incidir tanto sobre a própria estrutura do mercado (como o número de firmas, a divisão de atividades ou serviços prestados, etc.), como sobre elementos de motivação dos regulados. Nesse ponto, a regulação é compreensiva na medida em que atribui diferentes graus de *confiança* aos regulados, de acordo com o comportamento da indústria regulada verificado conjuntamente. Desse modo, o comportamento da indústria, afirmam os autores, deve canalizar a estratégia regulatória para a adoção de graus menores ou maiores de intervenção estatal. Mais do que isso, a regulação de resposta compreensiva implica inovar na qualidade da resposta estatal. Ayres e Braithwaite citam como exemplo de inovação regulatória o que chamam de delegação esclarecida (*enlightened delegation*) de funções regulatórias a agentes privados, como organizações do terceiro setor, competidores das firmas reguladas e as próprias firmas reguladas. E é por esse motivo que a abordagem de resposta compreensiva transcende a divisão entre solução de regulação ou de desregulação. A desregulação pode-se afigurar uma forma de regulação vigiada, ou, mais propriamente, um grau menor de regulação que resulta da adesão das firmas às políticas públicas preconizadas. Se a adesão for menor do que o necessário, o grau de regulação será agravado, obtendo-se uma resposta regulatória que

definições: 1. *responding with interest or enthusiasm; sympathetic* [...] 2. *reacting quickly and favourably*). Como na regulação a resposta nem sempre será favorável ou simpática, preferiu-se o adjetivo compreensiva.

implica uma maior intervenção estatal. Nesse sentido, não há, *a priori*, uma solução regulatória ótima, mas uma pluralidade de soluções que igualmente podem levar a resultados eficazes de implementação de políticas públicas.⁴¹³ Contudo, Ayres e Braithwaite alertam que essa eficácia será proporcional ao poder que o regulador possuir de agravar sua atuação:

O requisito de design regulatório que nós descrevemos consiste na exposição pelos entes reguladores de duas pirâmides de coação [*enforcement*] compostas por um espectro de intervenções crescentemente intrusivas (e cuja frequência de uso seja decrescente). Os reguladores se sairão melhor se indicarem a vontade escalar a pirâmide para intervir mais, ou para descer a pirâmide e desregular mais, em resposta à performance da indústria em assegurar os objetivos regulatórios. Finalmente, argumenta-se que quanto maior a altura de coação que o ente regulador possa escalar (no ápice dessa pirâmide coercitiva), mais eficaz será o regulador em assegurar o cumprimento da regulação e menos provável será o recurso à forma mais intensa de coação. Agências reguladoras serão capazes de falar mais mansamente quando forem vistas de posse de grandes porretes.⁴¹⁴

Em seguida, Ayres e Braithwaite, de forma semelhante a Hancher e Moran, se opõem à concepção pura e simples de *captura*, e criticam o que chamam *teóricos sombrios de esquerda* (*gloomy left scholars*) que afirmam ser esta uma era de desregulação, em que o *mercado* estaria *ganhando*. Segundo os autores, esses teóricos ignoram a complexidade social dos processos de regulação para assumir o pressuposto de que os recursos disponíveis determinam o resultado das lutas entre interesses conflitantes e, uma vez que as empresas possuem o poderio econômico, o mundo estaria fadado a ser dominado pelos interesses empresariais. Ayres e Braithwaite se opõem a essa visão, identificando, de um lado, que a

⁴¹³ AYRES e BRAITHWAITE, 1992, pp. 4-5.

⁴¹⁴ “The regulatory design requirement we describe is for agencies to display two enforcement pyramids with a range of interventions of ever-increasing intrusiveness (matched by ever-decreasing frequency of use). Regulators will do best by indicating a willingness to escalate intervention up those pyramids or to deregulate down the pyramids in response to the industry's performance in securing regulatory objectives. Finally, it is argued that the greater the heights of tough enforcement to which the agency can escalate (at the apex of its enforcement pyramid), the more effective the agency will be at securing compliance and the less likely that it will have to resort to tough enforcement. Regulatory agencies will be able to speak more softly when they are perceived as carrying big sticks.” (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 6 – tradução livre.)

desregulação não é ubíqua e, de outro lado, que a privatização, onde ocorreu, veio em geral acompanhada de mais regulação – e disso extraem a impossibilidade de se concluir pela prevalência automática dos interesses empresariais no mundo moderno.⁴¹⁵ Sendo assim, os autores concluem que:

Tudo isso nos leva a ver assertivas de que o empresariado é todo poderoso em face das demandas regulatórias da comunidade, do estado e das ordem associativa como uma base pouco sofisticada para um pessimismo desenfreado. Nossa visão é de que comunidade, mercado, estado e ordem associativa, cada uma é importante tanto para disputar, como para constituir o poder da outra. Em uma era de regulação em fluxo, todos os domínios de poder institucional são excepcionalmente vulneráveis. Sim, o poder regulatório do Estado é vulnerável à reafirmação desregulatória do mercado pelo empresariado. Mas o empresariado é também vulnerável à ordem associativa de sindicatos, grupos ambientalistas, e outros. E o Estado é vulnerável quando acusado de falha regulatória pela comunidade [...]. As contracorrentes significam isto sim que nós estamos em uma era de regulação em fluxo, ao invés de uma era de desregulação [...].

Isto significa que o tempo é propício para que opções criativas superem o abismo entre as retóricas desregulatória e pró-regulatória, e arrastem essas vetustas retóricas em direção da realidade da regulação em fluxo. Não existe a inevitabilidade de que opções criativas, que transcendam a dicotomia entre desregulação e controle estatal intensificado, serão esmagadas pelo empresariado. Não existe a inevitabilidade de que o empresariado considerará de seu interesse esmagá-las. Não se deve nem ser otimista, nem pessimista quanto à mudança; deve-se ser simplesmente aberto às oportunidades eventuais de reforma que surgem em um mundo de instituições em fluxo.⁴¹⁶

⁴¹⁵ “How do we reply to scholars of the gloomy left school who see capital structurally impregnable? Our answer returns us to why we think it is not very accurate to describe the present as an era of deregulation. Even when the business community fills key state posts with its ideological sympathizers, it turns out that deregulation is not ubiquitous. The sources of power are diffuse in modern societies. It is this diffuseness we must understand if we are to develop a more sophisticated and predictive theory of regulation than the crude “capture” theories of the left and right, which conceive of regulation as solely benefiting the regulated.” (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 12 – tradução livre.)

⁴¹⁶ “All of this leads us to view assertions that business is all-powerful against the regulatory demands of the community, the state, and the associational order as an unsophisticated basis for unbridled pessimism. Our view is that the community, market, state, and associational order each are important in both challenging and constituting the power of the other. In an era of regulatory flux, all domains of institutional power are unusually vulnerable. Yes, the regulatory power of the state is vulnerable to the deregulatory reassertion of the market by business. But business is also vulnerable to the associational order of trade unions, environmental groups, and the like. And the state is vulnerable when accused of regulatory failure by the community [...]. The

Portanto, Ayres e Braithwaite, assim como Hancher e Moran, identificam uma pluralidade de atores e processos que determinam a regulação. Nesse sentido, é possível compatibilizar a noção de *espaço regulatório* com a estratégia de *regulação de resposta compreensiva*, desde que algumas adaptações sejam efetuadas. Em primeiro lugar, Ayres e Braithwaite não identificam a complexidade estrutural das firmas modernas, a abrigo, nelas próprias, interesses difusos e contrastantes. A noção de espaço regulatório, nesse ponto, é mais precisa e é a que será adotada neste trabalho. Contudo, a análise de Hancher e Moran não fornece instrumental adequado para a compreensão do objetivo prospectivo da regulação. O espaço regulatório, como visto, é identificado a partir de assuntos surgidos da interação entre os atores sociais que atuam no mercado. Contudo, seria possível conformar esse espaço regulatório, adaptá-lo de modo a incluir assuntos levantados pelo debate político, ou, mais ainda, de modo a alterar o *jogo de poder* para incluir ou beneficiar *instituições* ou *organizações* específicas? Em suma, seria possível direcionar o espaço regulatório para a consecução de políticas públicas? As idéias que permeiam a *regulação de resposta compreensiva* permitem identificar um caminho estratégico possível. Se identificamos o Estado não como o produtor isolado da regulação, mas como um dos agentes que integram o espaço regulatório, a consecução de políticas públicas pressupõe uma estratégia para que o ente regulador domine o jogo de poder e assuma o protagonismo do espaço regulatório.

Nesse ponto, a questão não deixa de assumir um viés ideológico: por que a regulação gerada no seio do Estado deve prevalecer? Uma vez que se reconhecem as sociedades empresárias como dotadas de um certo aspecto público, qual a razão para não

countercurrents do mean that we are in an era of regulatory flux rather than an era of deregulation[...]. ¡§/ This means that the time is ripe for creative options to bridge the abyss between deregulatory and proregulatory rhetoric, to drag this lagging rhetoric toward the new reality of regulatory flux. There is no inevitability that creative options, which transcend the dichotomy of deregulation versus intensified state control, will be crushed by business. There is no inevitability that business will see it as in its interest to crush them. One should be neither optimistic nor pessimistic about change, simply open to the contingent opportunities for reform that arise in a world of institutional flux.” (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, pp. 14-15 – tradução livre.)

simplesmente deixar o espaço regulatório ser regido pela conjuntura de poder que melhor se adequar à realidade em um dado momento? A resposta passa pela identificação do caráter republicano do Estado. O Estado republicano é uma instituição voltada à superação da arbitrariedade na fixação de políticas públicas. Se o espaço regulatório é dominado por organizações, e se os indivíduos nele conseguem falar apenas se ocuparem uma posição institucional, é na atuação estatal que se viabiliza a possibilidade de ação individual sobre a regulação. E a garantia institucional que preserva essa participação individual é a separação de poderes, à medida que o valor central por ela abrigado é a liberdade pública.

4.2. A separação de poderes como garantia institucional da liberdade⁴¹⁷

Falar que a separação de poderes é uma garantia institucional⁴¹⁸ da liberdade pode, à primeira vista, causar perplexidade. Afinal, uma garantia institucional é dirigida à proteção de uma instituição, não somente do seu componente de direito subjetivo.⁴¹⁹ Todavia, a afirmação revela uma intenção específica, qual seja a de considerar a liberdade em seu

⁴¹⁷ As idéias apresentadas neste item são tributárias dos debates ocorridos nas disciplinas ministradas pelo Prof. Marcus Faro de Castro. Recomenda-se o confronto com CASTRO, 2005.

⁴¹⁸ “A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.” (BONAVIDES, 1999, p. 492.)

⁴¹⁹ “Embora muitas vezes estejam consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, elas [as garantias institucionais] não seriam verdadeiros direitos atribuídos diretamente a uma pessoa; as instituições, como tais, têm um sujeito e um objeto diferente dos direitos dos cidadãos. Assim, a maternidade, a família, a administração autônoma, a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia acadêmica, são instituições protegidas diretamente como realidades sociais objetivas e só, indiretamente, se expandem para a proteção dos direitos individuais.” (CANOTILHO, 2003, p. 397.)

caráter institucional. Isso significa que não se está a falar aqui da liberdade de um indivíduo, ou seu direito de ir e vir, ou seu direito a escolher esta ou aquela posição política, ou ainda seu direito a não ser constrangido a fazer algo sem que antes opere regularmente o processo de atuação do Direito (*due process of law*). A liberdade institucionalizada que aqui se quer tratar é a liberdade pública, pois não referente a um sujeito A ou B. A ciência, porém, da cautela que o adjetivo *público* merece, exige que se esclareça que liberdade pública é essa, sob pena de se passar a se tratar de uma liberdade unicamente abstrata, sem qualquer possibilidade de concretude, o que não condiz com o pensamento constitucional contemporâneo acerca da eficácia das garantias constitucionais.

A partir da teoria de John Locke, um dos precursores do princípio da separação de poderes, é possível começar a definir essa liberdade objetivada. Como os demais contratualistas, Locke explica o surgimento da sociedade civil, e do Estado, a partir de um contrato social. Ao contrário de Hobbes, a propriedade em Locke antecede a sociedade civil. Em Hobbes, o soberano distribui a propriedade. Em Locke, a propriedade é o fundamento da sociedade. A propriedade, porém, não se origina a partir da apropriação violenta, pelo domínio da força, tampouco pela linha de sucessão real.⁴²⁰ Locke afirma que a terra e as *criaturas inferiores* foram dadas por Deus em comum para a totalidade dos homens, e que o homem só possui a propriedade de si mesmo. A partir dessa premissa, Locke define que o fundamento da propriedade humana é o uso que o homem faz de si mesmo, ou seja, o fruto de seu trabalho. É pelo trabalho que o homem aporciona parte da Natureza e a transforma em

⁴²⁰ O argumento de Locke inicialmente se volta contra a justificação medieval do domínio político em decorrência da sucessão, pela proximidade hereditária, ou por direito reconhecido, aos herdeiros de Adão: “*All these promises having, as I think, been clearly made out, it is impossible that the rulers now on earth should make any benefit, or derive any the least shadow of authority from that which is held to be the fountain of all power, “Adam’s private dominion and paternal jurisdiction”;* so that he that will not give just occasion to think that all government in the world is the product only of force and violence, and that men live together by no other rules but that of beasts, where the strongest carries it, and so lay a foundation for perpetual disorder and mischief, tumult, sedition, and rebellion (things that the followers of that hypothesis so loudly cry out against), must of necessity find out another rise of government, another original of political power, and another way of designing and knowing the persons that have it than what Sir Robert Filmer hath taught us.” (LOCKE, 1823, pp. 105-106).

propriedade. É essa a propriedade protegida pelo direito natural, à medida que ela decorre da outorga divina da propriedade sobre si mesmo.⁴²¹ Além disso, sendo a propriedade do homem sobre si mesmo, a propriedade em Locke não abrange apenas suas posses (*estate*), mas também a vida e a liberdade. Por sua vez, a ofensa à propriedade – isto é, à vida, à liberdade e às posses – por um terceiro, dá ao proprietário o direito de julgar e punir o ofensor. À medida que todo homem é um proprietário, ao menos de si mesmo, todo homem possui esse direito de julgar e punir. O *estado de natureza* em Locke é caracterizado pelo exercício individualizado desse poder. A vida em comunidade pressupõe que a proteção à propriedade, e os poderes a ela inerentes, seja outorgada a um corpo político (*body politic*). Desse modo, a *sociedade civil* surge quando um grupo de homens abre mão de seu poder sobre a propriedade e o investem nesse corpo político – é este o *contrato social* em Locke.⁴²²

Locke, portanto, enfatiza o consentimento como elemento do contrato social. E, no corpo político a quem é outorgado o poder sobre a propriedade, Locke afirma que o Poder Legislativo é supremo. Ao erigir o parlamento como centro da formulação política,

⁴²¹ “Though the earth and all inferior creatures be common to all men, yet every man has a “property” in his own “person.” This nobody has any right to but himself. The “labour” of his body and the “work” of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever, then, he removes out of the state that Nature hath provided and left it in, he hath mixed his labour with it, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property. It being by him removed from the common state Nature placed it in, it hath by this labour something annexed to it that excludes the common right of other men. For this “labour” being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good left in common for others.” (LOCKE, 1823, p. 116.)

⁴²² “Man being born, as has been proved, with a title to perfect freedom and an uncontrolled enjoyment of all the rights and privileges of the law of Nature, equally with any other man, or number of men in the world, hath by nature a power not only to preserve his property — that is, his life, liberty, and estate, against the injuries and attempts of other men, but to judge of and punish the breaches of that law in others, as he is persuaded the offence deserves, even with death itself, in crimes where the heinousness of the fact, in his opinion, requires it. But because no political society can be, nor subsist, without having in itself the power to preserve the property, and in order thereunto punish the offences of all those of that society, there, and there only, is political society where every one of the members hath quitted this natural power, resigned it up into the hands of the community in all cases that exclude him not from appealing for protection to the law established by it. And thus all private judgment of every particular member being excluded, the community comes to be umpire, and by understanding indifferent rules and men authorised by the community for their execution, decides all the differences that may happen between any members of that society concerning any matter of right, and punishes those offences which any member hath committed against the society with such penalties as the law has established; whereby it is easy to discern who are, and are not, in political society together. Those who are united into one body, and have a common established law and judicature to appeal to, with authority to decide controversies between them and punish offenders, are in civil society one with another; but those who have no such common appeal, I mean on earth, are still in the state of Nature, each being where there is no other, judge for himself and executioner; which is, as I have before showed it, the perfect state of Nature.” (LOCKE, 1823, pp. 141-142.)

Locke insere um espaço de exercício do poder diferenciado do uso da violência. A entrega do poder de punir é ainda o cerne da repartição de poderes. Locke fala em um poder de legislar (parlamento); de outro lado, um poder de punir (juízes) e um poder federativo (rei). Na acepção clássica, a divisão de poderes está entre legislar e punir. Quem é responsável pela violência, por punir, não é quem legisla. Quem legisla, não detém o poder de punir, logo, a atividade legislativa se exerce em um espaço de não-violência. E esse espaço de não-violência é soberano. Ou seja, o fundamento da coerção é a deliberação parlamentar. E o parlamento é um espaço de adesão, é onde os homens expressam suas opiniões pessoalmente, ou por seus representantes.⁴²³ Sem desconsiderar toda a crítica acerca da democracia representativa, o mecanismo representativo é o que menos importa na presente análise. O importante é que Locke criou o parlamento para apartar a violência. Com isso, a concepção de governo de Locke é emancipadora: busca resguardar a liberdade, um dos elementos da propriedade lockiana, frente ao domínio da violência. E o mecanismo para tanto é a contenção do poder, de modo a evitar o despotismo que resulta da concentração de todo o poder político nas mãos de um só:

Então é evidente que a monarquia absolutista, que para alguns é considerada o único governo do mundo, é de fato inconsistente com a sociedade civil, e portanto não pode de forma alguma integrar o governo civil. Pois sendo o fim da sociedade civil evitar e remediar os inconvenientes do estado de Natureza, que necessariamente advém da circunstância de ser cada homem juiz em seu próprio caso, mediante uma autoridade conhecida para a qual qualquer um dessa sociedade possa recorrer acerca de ofensa que lhe tenha ocorrido, ou de controvérsia que possa surgir, e a qual cada um da sociedade deva obedecer. Onde houver pessoas que não tenham uma tal autoridade para recorrer e decidir qualquer diferença entre eles, essas pessoas ainda

⁴²³ O legislativo diz como o poder (coercitivo) é usado, mas não o usa: “*The legislative power is that which has a right to direct how the force of the commonwealth shall be employed for preserving the community and the members of it.*” (LOCKE, 1823, p.

estarão no estado de Natureza. E assim está todo príncipe absoluto a respeito daqueles que estão sob seu domínio.⁴²⁴

Portanto, se dotado de poder absoluto, o monarca estará em estado de natureza, o que é incompatível com a sociedade civil proposta por Locke. O arranjo institucional proposto por Locke, em última análise, visa a limitar o poder, e a limitação busca assegurar a integridade do direito natural à propriedade – isto é, à vida, à liberdade e às posses. Tanto é assim que o povo, diante de uma ofensa a esse direito, pode desconstituir o próprio governo – a soberania do parlamento encontra limite no povo que o instituiu:

Apesar de em uma sociedade (*commonwealth*) constituída sobre suas próprias bases e atuando segundo sua própria natureza – isto é, atuando para a preservação da comunidade, não possa haver senão um poder supremo, qual seja o legislativo, a que todo o resto esteja e deva estar subordinado, ainda assim, sendo o legislativo apenas um poder fiduciário para agir para determinados fins, remanesce ainda no povo um poder supremo para remover ou alterar o legislativo, quando ele achar o ato legislativo contrário à confiança neste depositada. Pois em todo poder dado em confiança para o alcance de determinado fim, estando limitado por esse fim, sempre que esse fim for manifestamente negligenciado ou contrariado, a confiança deverá necessariamente ser confiscada, e o poder devolvido para as mãos daqueles que o concederam, os quais poderão depositá-lo novamente onde acharem melhor para seu resguardo e segurança. E assim a comunidade retém perpetuamente o poder supremo de salvar a si mesma das tentativas e desígnios de qualquer um, mesmo de seus legisladores, sempre que estes forem tão tolos ou tão perniciosos a ponto de fixar e implementar desígnios contrários às liberdades e propriedades dos súditos.⁴²⁵

⁴²⁴ “And hence it is evident that absolute monarchy, which by some men is counted for the only government in the world, is indeed inconsistent with civil society, and so can be not form of civil government at all. For the end of civil society being to avoid and remedy those inconveniences of the state of Nature which necessarily follow from every man’s being judge in his own case, by setting up a known authority to which every one of that society may appeal upon any injury received, or controversy that may arise, and which every one of the society ought to obey. Wherever any persons are who have not such an authority to appeal to, and decide any difference between them there, those persons are still in the state of Nature. And so is every absolute prince in respect of those who are under his dominion.” (LOCKE, 1823, p. 143 – tradução livre.)

⁴²⁵ “Though in a constituted commonwealth standing upon its own basis and acting according to its own nature—that is, acting for the preservation of the community, there can be but one supreme power, which is the legislative, to which all the rest are and must be subordinate, yet the legislative being only a fiduciary power to act for certain ends, there remains still in the people a supreme power to remove or alter the legislative, when they find the legislative act contrary to the trust reposed in them. For all power given with trust for the attaining an end being limited by that end, whenever that end is manifestly neglected or opposed, the trust must

O parlamento em Locke, desse modo, é produto de uma adesão, e só existe enquanto mantido o liame de confiança entre o povo e o parlamento. Esta é a essência da repartição de poderes: a violência que pode ser exercida pelo Executivo é limitada por espaço institucional imune à violência. E o direito assim criado pelo parlamento vincula inclusive os parlamentares, que também estão sujeitos às leis que criam. Logo, é incorreto afirmar que a separação de poderes se trata apenas de uma garantia negativa, de uma mera limitação ao poder estatal de interferência em liberdades privadas. Na medida em que se exige que o parlamento mantenha a **confiança** depositada pelo povo, exige-se que os atos do parlamento estejam conformes à racional deliberação da comunidade. Logo, a formulação busca assegurar à comunidade o poder sobre si mesma. Em outras palavras, assegura à comunidade a liberdade de fixar seus desígnios – qualquer tentativa de atomização, de apropriação individual do parlamento dá direito à comunidade de tomar o poder para si, e confiá-lo a outrem. Embora o legislativo seja o poder supremo, a relação entre o legislador e o legislado não é subordinação, é de confiança. Entre os contratualistas, esse traço é distintivo da doutrina de Locke. A noção de soberania em Rousseau não cria um espaço imune à violência, como ocorre com o parlamento em Locke. Ao contrário, o Governo de Rousseau aplica a violência, legitimada porém pela Soberania, expressão da vontade geral. Assim, se em Rousseau a violência não é fundamento para o direito, isso não significa que o direito está dissociado da violência. A Política se exerce legitimada pela vontade geral, mas se exerce pelo uso da violência. Em Hobbes, pouco há o que dizer sobre seu Leviatã. Em Locke, o poder é limitado, e o traço distintivo dessa limitação é exatamente a separação de poderes.

necessarily be forfeited, and the power devolve into the hands of those that gave it, who may place it anew where they shall think best for their safety and security. And thus the community perpetually retains a supreme power of saving themselves from the attempts and designs of anybody, even of their legislators, whenever they shall be so foolish or so wicked as to lay and carry on designs against the liberties and properties of the subject.” (LOCKE, 1823, pp. 169-170 – tradução livre.)

O grande teórico da separação de poderes, todavia, não é Locke, mas Montesquieu. Ao contrário de Locke, Montesquieu não fala em confiança (*trust*), mas fala em **virtude**. Só que a virtude não é apenas a fundamento do Legislativo, mas é elevada à característica própria do Estado Democrático, ou melhor, nas palavras de Montesquieu, ao princípio⁴²⁶ da Democracia:

Não é necessário muita probidade para que um governo monárquico ou despótico se mantenha ou se sustente. A força das leis no primeiro, o braço do príncipe sempre levantado, no segundo, tudo regulamentam ou contêm. Mas num Estado popular, é preciso uma força a mais, que é a virtude.

O que eu digo é confirmado por toda a História, e está muito de acordo com a natureza das coisas. Pois é claro que, numa monarquia, onde quem manda executar as leis se julga acima das leis, tem-se necessidade de menos virtude do que num governo popular, onde quem manda executar as leis sente que ele próprio a elas está submetido e que delas sofrerá o peso.⁴²⁷

Enquanto a virtude é o princípio da democracia, a moderação é o princípio da aristocracia, a honra é o princípio da monarquia e o medo é o princípio do despotismo. Enquanto em um governo democrático a virtude faz com os cidadãos obedeçam às leis que eles próprios formularam, em um governo despótico a obediência decorre do medo que inspira o soberano sobre seus súditos. Montesquieu parte dessa classificação para advertir que as leis de um estado devem estar conforme sua natureza e seu princípio. Essa consideração deve pautar a leitura da separação de poderes em Montesquieu e sua defesa da república. Quando o ilustre filósofo francês fala que, *como num Estado livre, todo homem que supõe ter uma alma livre deve governar a si próprio, é necessário que o povo, no seu conjunto, possua*

⁴²⁶ Montesquieu divide as formas de governo de acordo com sua natureza, e cada forma de governo possui um princípio. “Entre a natureza do governo e seu princípio, existe esta diferença: sua natureza é o que o faz ser como é, e seu princípio é o que o faz agir. Uma é sua estrutura particular e a outra as paixões humanas que o movimentam.” (MONTESQUIEU, 2007, p. 29.)

⁴²⁷ MONTESQUIEU, 2007, pp. 29-30.

*o poder legislativo*⁴²⁸, isso não significa unicamente que o governo que privilegia a liberdade se esgota em sua natureza representativa. A idéia de virtude permeia a liberdade, é o princípio que segura o governo. Por isso, ao preservar a liberdade, Montesquieu afirma também a virtude. Se a liberdade é definida por Montesquieu essencialmente em seu aspecto negativo⁴²⁹, o governo que melhor assegura essa liberdade – a democracia - necessita da virtude para ser completo. E a virtude implica a adesão pelos cidadãos das leis que emanam do legislativo.

Sob esse prisma, a separação de poderes aparece não como um dique de contenção das prerrogativas de um Poder frente ao outro. Não se trata de resguardar um Poder ante a ameaça de outro Poder. Ao revés, os Poderes se interpenetram, dialogam entre si, harmonicamente. Esse modelo corresponde ao sistema de freios e contrapesos, que se funda na necessidade de limitar o poder como pressuposto para um regime de liberdade (ou virtude) política. Nesse ponto, Montesquieu é claro:

A liberdade política somente se encontra em governos moderados; e mesmo nestes nem sempre é encontrada. Ela apenas existe quando não há abuso de poder. Mas a experiência nos mostra que cada homem investido com poder é capaz de abusar dele, e exercer sua autoridade tão longe quanto possível. Não é estranho, apesar de verdadeiro, dizer que mesmo a virtude necessita de limites?

Para prevenir esse abuso, é necessário pela própria natureza das coisas que o poder seja um freio a outro poder.^{430 431}

⁴²⁸ MONTESQUIEU, 2007, p. 88.

⁴²⁹ “... a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve querer. [...] A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam o mesmo poder. [...] A liberdade política, num cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão.” (MONTESQUIEU, 2007, pp. 85-86.)

⁴³⁰ A famosa frase de Montesquieu, no original em francês, é: “*Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.*” (Apud ARENDT, 2001, p. 364.)

⁴³¹ “Political liberty is to be found only in moderate governments; and even in these it is not always found. It is there only when there is no abuse of power. But constant experience shows us that every man invested with power is apt to abuse it, and to carry his authority as far as it will go. Is it not strange, though true, to say that virtue itself has need of limits? /§/ To prevent this abuse, it is necessary from the very nature of things that power should be a check to power.” (MONTESQUIEU, 2001, p. 172 – tradução livre.)

Ao falar em freio de um poder a outro poder, Montesquieu cria um sistema em que os poderes não se anulam, mas se harmonizam. Em verdade, a ingerência de um poder sobre o outro viabiliza a existência de ambos, pois os poderes, ao se controlarem mutuamente, deixam de disputar entre si e, por conseguinte, deixam de se neutralizar. Hannah Arendt, a respeito, esclarece que:

A descoberta [de Montesquieu], contida numa frase, traduz o esquecido princípio que sublinha toda a estrutura dos poderes particulares: o de que apenas “o poder impede o poder”, ou seja, devemos nós acrescentar, sem o destruir, sem se colocar a impotência no lugar do poder. Na verdade, o poder pode, decerto, ser destruído pela violência; isto é o que acontece nas tiranias, onde o poder de um destrói o poder dos muitos, e que, por isso mesmo, destroem a si próprias: perecem por gerarem impotência em vez de poder. [...] O poder pode ser travado, e, contudo, ser mantido intacto apenas através do poder, de modo que o princípio da separação dos poderes não apenas estabelece uma garantia contra a monopolização do poder por parte do governo, mas estabelece, na realidade, uma espécie de mecanismo, originado, precisamente, no interior do próprio governo, através do qual um novo poder é constantemente gerado, sem contudo ser capaz de aumentar e de se expandir em detrimento de outros centros ou fontes de poder.⁴³²

Portanto, se a separação de poderes for tomada como um pacto de não-ingerência de um poder sobre o outro, a consequência pode ser a inação dos poderes ou, ainda, a subversão tirânica que permite a um poder anular os demais. Se Executivo, centrado na figura do Presidente, passa a deter incontinentemente o poder de execução das políticas públicas fixadas pelo Legislativo, as políticas deste podem ser solenemente ignoradas na execução, o que leva à sua anulação. Em decorrência dessa visão, a figura do bom governante, do Rei Filósofo platônico, é abandonada e dá lugar ao estabelecimento de **instituições** que assegurem o exercício da ação política pelos cidadãos. Nesse ponto, incide a inspiração do

⁴³² ARENDT, op. cit., pp. 185-186.

constitucionalismo americano, de que se extrai as seguintes palavras do *Founding Father* James Madison:

... a grande segurança contra a gradual concentração de diversos poderes no mesmo órgão consiste em dar àqueles que administram cada órgão os necessários meios constitucionais e motivos pessoais para resistir a tomada de outros poderes. Os meios de defesa devem neste caso, como em todos os outros, serem feitos comensuráveis aos riscos de ataque. Ambição deve ser posta a se contrapor à ambição. O interesse do homem deve ser ligado aos direitos constitucionais da posição. Pode ser um reflexo da natureza humana que cada um desses dispositivos seja necessário para controlar os abusos do governo. Mas o que é o governo em si que não o maior de todos os reflexos da natureza humana? Se os homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se anjos governassem os homens, nem controles internos, nem externos, seriam necessários. Ao se pensar a constituição de um governo que será administrado por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisto: você deve primeiro habilitar o governo a controlar os governados; e em seguida obrigá-lo a controlar a si mesmo.⁴³³

Por todo o exposto, fica claro que a separação de poderes não resguarda uma liberdade subjetiva, mas busca assegurar uma instituição, a república democrática, e para tanto abriga uma concepção objetivada da própria liberdade. Tomada a liberdade como instituição que abriga esse aspecto objetivo, sua proteção é alicerce para a manutenção de uma democracia republicana, e modo de se assegurar que o estado não se perverta a uma máquina de dominação tirânica. Assim cristalizada a liberdade como valor dentro do Estado de Direito, a proteção demandada não é de um direito subjetivo, mas de uma instituição. Instituição essa em que a liberdade subjetiva é um valor nela cristalizado, mas que com ela não se confunde:

⁴³³ “... the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others. The provision for defense must in this, as in all other cases, be made commensurate to the danger of attack. Ambition must be made to counteract ambition. The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place. It may be a reflection on human nature that such devices should be necessary to control the abuses of government. But what is government itself but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself.” (MADISON, 1987, pp. 319-320 – tradução livre.)

As características da instituição, por outro lado, pertencem a sua essência e permitem a antecipação de seus contornos. [...] A instituição forma, pois, uma estrutura, que não é física, pois o cultural é inorgânico, e, portanto, “pertencente a uma categoria que precisa ser definida e estudada em si mesma”. Não se despreza, entretanto, a diversidade de formas mediante as quais a instituição pode ser apresentada. Salienta-se, todavia, que a introdução de valores em uma estrutura é uma caracterização perene de seu conceito. Efêmera somente pode ser a forma de organização determinante daquela estrutura.

[...]

O ambiente institucional é, contudo, muito mais que *mores* elaborados. A instituição não representa seu antecessor com características agravadas e sim um aperfeiçoamento de gênero e grau na medida em que transporta para outro plano a discussão a respeito do nível de preservação de seus valores e da possibilidade de germinar em si a superação deles.⁴³⁴

Em outras palavras, a liberdade institucionalizada a transporta ao plano de orientação valorativa da própria república. E a separação de poderes atua na preservação dessa orientação, na medida em que exige que o poder político seja distribuído de modo a ser necessária a harmonização de diversas instâncias para a tomada de decisão política. É esse o sentido adotado no presente trabalho para a separação de poderes, na condição de uma garantia institucional. E, nesse sentido, pouco releva perscrutar se em determinado ente estatal há ou não a fusão dos poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário – importa, isto sim, assegurar que o poder político permaneça distribuído, de modo a evitar sua concentração e os potenciais efeitos tirânicos decorrentes. A divisão orgânica dos três poderes, desse modo, é apenas um dentre vários mecanismos à disposição da separação de poderes em sua função de garantia institucional da liberdade.

É sob este ponto de vista que, a seguir, passaremos à análise da atuação da separação de poderes no processo de institucionalização das agências reguladoras de

⁴³⁴ ARANHA, 2000, pp. 146-147.

telecomunicações, a partir dos elementos históricos trazidos nos capítulos anteriores deste trabalho.

4.3. A separação de poderes e a institucionalização das agências reguladoras de telecomunicações nos EUA e no Brasil

Como visto no capítulo 1, o surgimento de um espaço regulatório para o setor ferroviário motivou, nos EUA, o surgimento de uma instituição estatal específica para ocupar esse novo espaço: as comissões estaduais. Antes das comissões, o espaço regulatório do setor ferroviário foi dominado pelas ferrovias, que, embora sujeitas a normas fixadas pelas legislaturas estaduais – e ao instituto da regulação de *common carrier* fixado pela *common law* – eram hábeis ao se evadir de cumpri-las.⁴³⁵ O fracasso das primeiras tentativas estatais de assumir o protagonismo do espaço regulatório fez com que se buscassem alternativas, o que por fim se verificou com a inserção de uma nova organização no espaço regulatório. Com o surgimento das comissões estaduais, a Administração Pública americana presenciou o surgimento de uma de suas primeiras estruturas organizacionais tecnicamente especializadas. Como visto, até a primeira metade do século XIX predominava o chamado *spoils system*, caracterizado pela ausência de uma burocracia especializada no funcionalismo americano, e o surgimento das comissões estaduais significou um dos passos iniciais da quebra desse paradigma organizacional.⁴³⁶ Concorreram para o surgimento das comissões estaduais tanto os parlamentos estaduais, que as criaram inicialmente como um órgão de assessoramento do

⁴³⁵ Vide pp. 16-20 supra.

⁴³⁶ Vide supra, pp. 58 e ss.

Legislativo, como o Judiciário, em especial a Suprema Corte – que no caso *Munn v. Illinois*⁴³⁷ legitimou a intervenção estatal no mercado. Dois modelos institucionais básicos permearam essas novas comissões: um apoiado em instrumentos mais coercitivos, sintetizado pela comissão de Illinois, outro apoiado em uma atuação mais dialogada, representado pela comissão de Massachusetts.

A existência desses dois modelos institucionais de comissão exemplifica a posição de Ayres e Braithworth acerca da possibilidade de diversas soluções, progressivamente coercitivas, para um determinado problema regulatório. E a existência das comissões foi elemento necessário para a ocupação do espaço regulatório pelo Estado, que se via sem uma organização que fizesse par aos entes privados na determinação dos objetivos para o setor. O dado mais relevante para a presente análise, porém, foi que a partir da criação das comissões, tanto os interesses do Movimento Granger, quanto o dos comerciantes de cidades como Nova Iorque, passaram a ser referência na pauta regulatória do setor. Nesse sentido, a criação das comissões significou a inclusão de novos interesses, mediados pelos novos entes estatais.

Todavia, a questão ferroviária em pouco tempo não se cingia mais aos estados. A malha ferroviária era interestadual, as empresas do setor se organizavam regionalmente ou nacionalmente. Surgiu um espaço regulatório nacional. E esse espaço era ocupado por firmas supra-estatais, de um lado, e por comissões estaduais, de outro. As comissões disputavam a supremacia dessa arena regulatória e, por vezes, fixavam normas que exorbitavam de sua competência territorial. Mas se antes a atuação do Judiciário serviu de legitimação à ocupação de um novo espaço regulatório, agora serviria de limitação à ocupação desse espaço.⁴³⁸ Foi por força de uma ação individual, traduzida no caso *Wabash*, que se expurgou do espaço regulatório ferroviário nacional as comissões estaduais. Essa decisão, por sua vez, forçou o

⁴³⁷ Vide supra, pp. 27 e ss.

⁴³⁸ Cf. os debates nos casos *Peik* e *Wabash*, da Suprema Corte, descritos supra nas pp. 27 e ss.

consenso político que deu origem à primeira configuração da ICC.⁴³⁹ Esta, porém, não estava imune a preocupações quanto à concentração de poderes. Ainda que destituída de poderes normativos mais amplos, a ICC assumiu uma função anteriormente reservada ao Judiciário: a fixação de tarifas justas e razoáveis. Além disso, imputou-se à ICC a tarefa de auxiliar o Congresso na formulação de políticas públicas para o setor.⁴⁴⁰ Tal como ocorrera na esfera estadual, a estrutura organizacional federal se ressentia de uma organização com especialização técnica para ocupar o espaço regulatório. E o Congresso, preocupado que a ocupação desse espaço significasse o investimento de poderes excessivos nas mãos de um único ente, cuidou de conferir a esse ente características que evitassem a arbitrariedade no uso desses poderes. Nesse intuito, fixaram parâmetros gerais de conduta na legislação que criou a ICC, e buscou dotar a comissão de independência para o exercício de suas funções. O importante detalhe, que por vezes passa despercebido nos debates sobre agências reguladoras, é que essa independência não era técnica, mas política. A intenção do Legislativo foi fixar condições de escolha dos dirigentes da ICC que garantissem que não haveria o domínio de um partido sobre outro. E o requisito para tanto não foi a ausência de vinculação política, ao contrário, metade dos comissários da ICC deveria ter sido escolhida por um partido, e metade por outro – o presidente da comissão seria escolhido pelo Presidente dos EUA. Além disso, buscava-se, com o pagamento de altos salários, garantir a probidade e a capacidade técnica dos reguladores. Dotada de independência política, o que não significa independência da política⁴⁴¹, essa ICC pretendia-se defensora do público e dos usuários afretadores. Mas sua atuação ainda seria casuística, pois lhe cabia dizer, caso a caso, quando os critérios fixados pela lei seriam aplicáveis – como no caso de discriminação entre fretes de curta e longa distância, ou na verificação de quando um dado preço não era justo ou razoável.

⁴³⁹ Vide supra, pp. 35 e ss.

⁴⁴⁰ Quanto às preocupações acerca da separação de poderes, vide os debates no Congresso americano descritos supra nas pp. 44-64.

⁴⁴¹ A preocupação do Congresso americano era claramente voltada à imparcialidade, e não à expertise, dos futuros comissionários. Vide supra, pp. 63 e ss.

Os poderes conferidos à ICC, desse modo, não foram tantos e tão amplos como se pensara inicialmente. A nova agência reguladora não conseguiu atrair a cooperação das empresas ferroviárias, e o Judiciário foi o constante alçó de diversas de suas competências.⁴⁴² A atuação do Judiciário em parte encontrou fundamento na ausência de uma política pública para o setor ferroviário. Essa política deveria ter sido fixada na lei, mas as divergências no Congresso americano impediram o consenso. A solução foi deixar uma carta aberta à ICC em diversos aspectos. O problema é que a ICC não havia sido concebida como instância de fixação de políticas públicas – sua competência era de auxiliar o Congresso nesse fim. Em resultado, o espaço regulatório ferroviário nacional permaneceu sob o domínio das empresas ferroviárias, agora reforçadas com o caixa de novos investidores financeiros. A situação assim permaneceu até a revitalização da ICC pelo Governo de Theodore Roosevelt, quando uma política pública clara, pró-usuário, foi definitivamente fixada pela lei.⁴⁴³ Diante de uma política pública clara, o Judiciário passou a cancelar a atuação da ICC. Esta, reforçada em seus poderes de fixação de preços e combate à discriminação entre rotas, conseguiu força o suficiente para mudar o jogo de forças do espaço regulatório e garantir o protagonismo do Estado americano. Sua atuação, contudo, era ainda casuística e dependente da existência de uma política pública específica fixada em lei.

Foi essa ICC que assumiu a competência para regular o setor de telecomunicações com o *Mann-Elkings Act* de 1910. Entretanto, nessa época a AT&T de Theodore Vail já havia firmado sua supremacia sobre o espaço regulatório das telecomunicações. A ausência de especialização técnica da ICC limitou sobremaneira sua interação com o setor, o que ajudou a reforçar a posição da AT&T. Além disso, a telefonia era ainda um negócio majoritariamente local, e que por isso atraiu pouca atenção federal. A arena regulatória mais relevante era a estadual, e a AT&T foi extremamente bem sucedida em

⁴⁴² Vide pp. 68 e ss.

⁴⁴³ Sobre a revitalização da ICC pelo *Hepburn Act* de 1906, vide supra, pp. 75 e ss.

articular um regime de cooperação com as PUCs estaduais.⁴⁴⁴ Organizou-se assim uma política regulatória calcado no monopólio natural como meio de provimento do acesso universal, e que, do ponto de vista nacional, era coordenado e planejado pelo Sistema Bell. O sucesso do diálogo institucional entre Bell e os governos estaduais se espalhou também para a seara federal. Quando a FCC passou a ocupar a posição estatal no espaço regulatório federal, a cooperação continuou a pautar as relações entre AT&T e agência reguladora.

A FCC, porém, tinha característica diversa da ICC que assumira o setor de telecomunicações em 1910. Sua atuação não havia de ser casuística, pois ela havia herdado as características normativas de sua antecessora, a FRC, sem que houvesse a vinculação a uma política pública específica pré-estabelecida. Enquanto a FRC ganhou suas competências normativas por uma opção consciente do Legislativo, que não sabia muito bem como normatizar o cada vez mais povoado espectro de radiofrequências, a FCC adquiriu essa competência por herança. Assim, a FCC possuía as características institucionais para normatizar o setor de telecomunicações, porém não se deu conta de imediato dessa sua capacidade. E, sem uma pauta clara de políticas públicas para as telecomunicações, o caminho estava aberto para que a FCC se constituísse no espaço de formulação dessas políticas públicas. Inicialmente, porém, a FCC estava mais preocupada com o setor de radiodifusão do que com o de telefonia. As telecomunicações interestaduais eram ainda muito insipientes, e a AT&T havia assumido o protagonismo de uma bem sucedida regulação calcada na idéia de monopólio natural.⁴⁴⁵ E se a FCC não exercia influência sobre a holding do Sistema Bell, a possibilidade de o Congresso estatizar as telecomunicações era o suficiente para garantir a cooperação da AT&T na consecução das políticas regulatórias. Foi assim que, durante os primeiros anos de atuação da FCC, esta conseguiu obter grandes descontos nos preços

⁴⁴⁴ Vide supra, pp. 79-95.

⁴⁴⁵ A dominação pela AT&T se deu com a consagração do Paradigma Vail, como descrito supra nas pp. 100-112.

praticados na longa distância.⁴⁴⁶ O espaço regulatório estava ocupado, e não havia pressões para a alteração da composição de forças.

A situação mudou de figura quando as telecomunicações interestaduais ganharam maior importância econômica. O que antes era uma receita periférica, se tornou um negócio extremamente lucrativo. Com o aumento do tráfego interestadual de telefonia e a amortização dos investimentos realizados nas linhas de longa distância, a AT&T lucrava cada vez mais com o serviço. Ao mesmo tempo em que possibilitou a obtenção de grandes descontos pela FCC, as progressivas margens de lucro do serviço interestadual chamou a atenção dos reguladores estaduais, que passaram a exigir que parte dos lucros fosse revertida em subsídios para a telefonia local. O espaço regulatório, que antes era dividido entre local e nacional, passou a cada vez mais se tornar um só: as PUCs passaram a interagir com a FCC, que por sua vez passou a normatizar a distribuição de subsídios e, assim, intervir na esfera estadual. O surgimento de novas tecnologias fez surgir novos atores, dispostos a competir com a AT&T nos serviços de longa distância.⁴⁴⁷ Nesse cenário, o protagonismo do espaço regulatório acabou sendo assumido não pela FCC – que foi relutante em assumir a postura de fixação de políticas públicas⁴⁴⁸ - mas pelo Judiciário, provocado pelos novos agentes econômicos do setor.⁴⁴⁹ A situação se alteraria apenas com o *Telecommunications Act* de 1996, que consolidaria as telecomunicações em um espaço regulatório nacional, agora liderado pela FCC.⁴⁵⁰

Como se percebe das linhas acima, a separação de poderes atuou nos EUA não como um constrangimento na configuração teórica de um projeto de FCC, mas como uma limitação prática de sua atuação e da conformação de suas características. Foi em decorrência

⁴⁴⁶ Vide supra, pp. 131 e ss.

⁴⁴⁷ Inicialmente, isso provocou uma pequena mudança de postura na própria FCC, que reconheceu uma política nacional pró-competitiva, quando possível a concorrência – vide pp. 132 e ss.

⁴⁴⁸ Vide supra, pp. 134 e ss.

⁴⁴⁹ O protagonismo do Judiciário se iniciou com a fixação da competição em longa distância no caso *Execunet*, e atingiu seu ápice com a regulação da telefonia pelo gabinete do Juiz Greene, posterior à quebra da AT&T em 1984 – vide pp. 138 e ss.

⁴⁵⁰ Vide supra, pp. 142-143.

da divisão do poder político em diversos entes que foi viabilizada a alternância do jogo de poder do espaço regulatório federal de telecomunicações. A possibilidade de intervenção via Judiciário foi essencial para que novos agentes, antes excluídos do espaço regulatório, pudessem nele ingressar. A alternância entre Legislativo, Judiciário e agência reguladora do papel de fixação de políticas regulatórias revela, ainda, a natureza política das atribuições da FCC. É precisamente porque se cuida de uma atividade política que ela pode ser exercida pelos três poderes, em momentos alternados. E é precisamente o reconhecimento dessa natureza que permite admitir a FCC como uma instância na produção de uma decisão política. Contudo, a história da evolução institucional da FCC revela efetivamente uma participação pouco relevante de cidadãos no desenvolvimento do processo regulatório. Todavia, a história da FCC revela a separação de poderes como o fator determinante para a organização do espaço regulatório – este, nos diversos momentos retratados acima, foi definido ou alterado decisivamente pela atuação quer do Legislativo, quer do Judiciário, quer da própria FCC. Ou seja, se não foi suficiente para garantir o acesso dos cidadãos às instituições para que fosse efetivada sua participação, a separação de poderes atuou como um fator de instabilidade que evitou o completo domínio do espaço regulatório por uma única organização.

No Brasil, por sua vez, houve a ausência de políticas públicas para o setor, e não uma busca. Apesar do reconhecimento temporário de que a telefonia se tratava de um serviço público, o que houve foi a mera divisão do território de exploração em monopólios geográficos. As normas do serviço, que significariam a efetiva presença estatal no setor, não foram formuladas ou, quando existiam, não foram fiscalizadas. A divisão federativa de competências atuou como um impedimento à qualquer política, exceto a pressão populista por tarifas mais baixas.⁴⁵¹ A garantia do monopólio acomodou os agentes privados, e as baixas tarifas tornavam mais interessante simplesmente explorar as redes já existentes. Se era

⁴⁵¹ Vide supra, pp. 153-179.

possível caracterizar a presença de um espaço regulatório, este era apenas esparsamente povoado, e não ocupado.

Quando surgiu no âmbito federal o desejo político de desenvolver o setor, a divisão federativa deixou a União de mãos amarradas – o pouco desenvolvimento das telecomunicações federais não permitia sequer avançar sobre a competência estadual. Foi necessária a implementação de uma nova ordem institucional, que empurrou uma nova competência federal goela abaixo dos estados (especialmente do estado da Guanabara). A Embratel rapidamente se tornou o centro de formulação de políticas públicas⁴⁵², ombreada pela breve existência do Contel. Pouco depois, veio a federalização absoluta, e toda a política passou a ser formulada pela Telebrás e pela Embratel. Esse movimento foi promovido pelo governo militar, em um período de recrudescimento do regime de exceção instalado em 1964. O espaço regulatório, então, foi dominado pelo Executivo federal.

Houve, em decorrência, centralização do poder político regulatório no corpo técnico (não-eleito) do Executivo federal. A ausência de limitações ao exercício do poder explica o porquê de a política setorial ter entrado em decadência quando foi modificado o comando. Sem mecanismos de contenção do poder, este ficou dependente da qualidade de quem o exercia – não havia mecanismos institucionais que garantissem uma política pública para o setor. Quando o comando das estatais passou a ser moeda no jogo de poder político-partidário, deixou de existir uma política pública para as telecomunicações. Essa ausência provocou a derrocada prematura do Sistema Telebrás. Não foi a Telebrás, por ser pública, que entrou em fase falimentar. No final da década de 70 e início da década de 80, o Estado brasileiro, falido em decorrência da má-gestão macroeconômica em seguidas crises internacionais, loteou a Telebrás – suas tarifas se converteram em mecanismos de controle inflacionário, os tributos criados para financiá-la (sobretarifa do FNT) se converteram no seu

⁴⁵² Sobre o papel das empresas como centro de formulação de políticas públicas, vide supra, pp.237 e ss.

maior ônus financeiro (ISSC e ICMS). Essa Telebrás combalida financeiramente foi, a partir da gestão de Antônio Carlos Magalhães no Minicom, loteada politicamente. Não havia nenhum mecanismo institucional que exigisse uma política pública de telecomunicações, não havia parâmetros para limitar a ação do Poder Executivo. Assim, quando mudaram os ocupantes do poder, e os novos governantes não mais se preocupavam com alguma coerência técnica para o desenvolvimento do setor, nenhum mecanismo institucional havia para bloquear esse movimento. O poder sobre as telecomunicações não tinha freio – era herdeiro de um período de centralização extrema. E, por isso, estava à mercê do bom caráter de quem o ocupasse.⁴⁵³

A criação da Anatel, todavia, significou uma nova divisão do poder. Sua formulação original não se destinava à preservação de uma política pública de telecomunicações, mas à preservação de um ambiente estável o suficiente para atrair investimento estrangeiro direto. Não que estivesse ausente qualquer forma de preocupação democrática, mas sua conformação como agência *independente* observou a imperativos pragmáticos de captação de investimentos e inserção no mercado internacional liberalizado de bens e serviços. Não obstante, a atuação do STF introjetou, a partir de uma formulação racional da separação de poderes, o valor de proteção à liberdade pública na agência.⁴⁵⁴ Ao lado do componente de formulação racional, a atuação prática da Anatel, segundo a formulação teórica desenvolvida no Supremo, é permeada e constrangida pela separação de poderes, forçando-a a um diálogo institucional e evitando seu isolamento.

⁴⁵³ Sobre a progressiva descapitalização do Sistema Telebrás, bem como o processo de loteamento político dos seus cargos de direção, vide *supra*, pp.179 e ss.

⁴⁵⁴ Vide especialmente o julgamento da ADIN nº 1.949-0/RS, discutido *supra*, pp.219 e ss.

Conclusão: o reconhecimento do poder político das agências reguladoras

A criação de uma agência se mostra vinculada a uma política pública, porém seu desenvolvimento institucional faz com que suas características se adaptem a novas políticas. Esse processo de desenvolvimento institucional é pautado pela interação entre os poderes, em que a agência aparece como ponto de confluência dessa interação: o surgimento de políticas públicas no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário (cisão da AT&T, por exemplo) repercute na atribuição de novas características ou na modificação das características já existentes da agência.

A possibilidade de normatizar o setor regulado foi essencial para que se pudesse efetuar uma política de ordenação sistêmica. A ordenação sistêmica, por sua vez, foi necessária para a implementação de políticas de qualidade do serviço (no início) e para a criação de condições para a competição (a partir dos anos 90). Nos EUA, ordenação sistêmica foi protagonizada pela AT&T e no Brasil, pela Telebrás. A quebra da AT&T significou, de certo modo, a *publicização* das telecomunicações nos EUA. No Brasil, a privatização significou uma mudança de mecanismos estatais de exercício do poder político nas telecomunicações, substituindo-se o controle com ênfase nas pessoas (nomeação política dos dirigentes da empresa pública) pelo controle com ênfase na interação institucional.

A experiência de criação de um núcleo com especialização técnica no seio da Administração Pública se deu como uma opção para a gestão e execução de políticas públicas em setores especializados como o de transportes ou o de telecomunicações.⁴⁵⁵ A questão é

⁴⁵⁵ Há aqui convergência com a noção weberiana de que o capitalismo gera especialização funcional, e esta, no Estado, conduz ao surgimento de uma burocracia especializada (cf. GIDDENS, 1998, pp. 30-51).

pragmática: sem uma expressão organizacional adequada, que sirva de *filtro* das opiniões individuais e permita a adoção de opções técnicas eficazes, torna-se impraticável a promoção de políticas públicas efetivas. Isso porque, sendo o espaço regulatório um espaço de interação entre instituições organizadas funcionalmente, a ausência de uma organização estatal técnica inviabiliza o necessário diálogo, e abre espaço à dominação privada. Essa organização institucional estatal, representada pela agência reguladora, permite ao Estado ocupar o espaço regulatório.

Se a ocupação do espaço regulatório pelo Estado pressupõe a criação de uma estrutura institucional técnica, a configuração desse espaço regulatório, e as regras do jogo de poder de seus atores, poderão ser mediados pela separação de poderes. A agência autônoma, na medida em que é instrumento de realização de políticas públicas, terá seu processo de inserção institucional marcado pela atuação concreta da separação de poderes, ao mesmo tempo em que a própria agência configura, por si, um *check* contra a dominação de um dos poderes sobre os demais. A agência reguladora não é exceção ao princípio da separação de poderes e ao modelo de freios e contrapesos, mas uma instituição cujo desenvolvimento foi pautado justamente pela interação entre os poderes. Constituiu-se, assim, como um espaço sujeito aos *checks* do Judiciário, Legislativo e Executivo.

Ademais, a experiência americana não permite identificar as agências com um modelo específico de atuação estatal. Ao contrário, a agência se mostrou uma instituição flexível, com grande grau de permeabilidade frente às opções políticas de atuação estatal. Essa permeabilidade em grande parte se explica pela interação da agências com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O mecanismo de freios e contrapesos torna a agência uma instituição fluida, cujas características podem se adaptar às opções políticas manifestadas nos demais foros institucionais.

A separação de poderes, assim, atua como garantia institucional de proteção à liberdade pública institucionalizada, mas apenas **potencialmente** como proteção ao direito subjetivo de liberdade política. A divisão de poderes entre instâncias diversas do aparelho estatal impede que a agência se torne um espaço tecnocrático insular e, desse modo, a torna permeável a novas posições políticas. Além disso, sua inserção no modelo de freios e contrapesos permite que se torne um espaço de deliberação de políticas públicas mediado pelo conhecimento técnico.

Todavia, se a experiência americana mostra que essa permeabilidade a novas opções políticas não é decorrência direta da separação de poderes – esta funciona apenas potencialmente como tal -, a experiência brasileira com o Sistema Telebrás mostra que, sem mecanismos de contenção do poder político, este pode fazer dominar o espaço regulatório por apenas uma instituição, com o risco de que o aviltamento dessa única instituição resulte na inabilidade para a produção de uma opção política setorial.

Bibliografia

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Documento de encaminhamento da Lei Geral das Telecomunicações, comentando-a. [Online] [Citado em: 20 de janeiro de 2009.] <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=331&assuntoPublicacao=Exposi%20de%20Motivos%20n.%20BA%20231%20/MC,%20de%202010/12/96,%20que%20encaminha%20a%20%20Lei%20Geral%20das%20Telecomunicac%20es.&caminhoRel=Cida>.

ALEXIS, Marcus. *The Applied Theory of Regulation: Political Economy at the Interstate Commerce Commission*. Public Choice. 1982, Vol. 39, pp. 5-27.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo : Max Limonad, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo : Atlas, 2000.

_____. *Políticas Públicas Comparadas de Telecomunicações (Brasil-EUA)*. Tese de Doutorado. Brasília : CEPAC/UnB, setembro de 2005.

ARENDDT, Hannah. *Sobre a revolução*. [trad.] I. Morais. Lisboa : Relógio D'Água Editores, 2001.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia*. [A. do livro] CASSAGNE, Juan Carlos e ARIÑO ORTIZ, Gaspar (orgs.). *Servicios públicos, regulación y renegociación*. Buenos Aires : Abeleto Perrot, 2005, pp. 9-50.

_____. *Princípios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 2004.

_____. *Economia y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993.

AYRES, Ian e BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York : Oxford University Press, 1992.

BARNETT, Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*. 4th. London : Cavendish Publishing, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; & PASSERON, Jean-Claude. *Ofício de Sociólogo: Metodologia da pesquisa na sociologia*. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

BOWMAN, Scott R. *The Modern Corporation and American Political Thought: Law, Power, and Ideology*. University Park : Pennsylvania State University Press, 1996.

BRANDÃO, Carlos Antônio. *A política de telecomunicações no Brasil: do monopólio público ao recente processo de privatização e regulamentação*. 1999. Anais do III Congresso Brasileiro de História Econômica e 4ª Conferência Internacional de História de Empresas.

BRANDS, Henk e LEO, Evan T. *The Law and Regulation of Telecommunications Carriers*. Norwood : Artech House, 1999.

BRITO, Maurílio. *Subsídios para a história da telefonia no Brasil*. s.l. : NEC, 1976.

BYRNES, William J. *Telecommunications Regulation: Something Old and Something New*. [A. do livro] Max D. PAGLIN. [ed.] Max D. PAGLIN. *The Communications Act: a Legislative History of the Major Amendments, 1934-1996*. Silver Spring : Pike & Fischer, 1999, pp. 31-104.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Coimbra : Almedina, 2003.

CARR, Cecil Thomas. *Concerning English Administrative Law*. New York: Columbia University Press, 1941.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de serviços públicos na perspectiva da constituição econômica brasileira*. Belo Horizonte : Del Rey, 2007.

CASSON, Herbert N. *The History of the Telephone*. Chicago : A. C. McClurg, 1922.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. 5ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

CASTRO, Marcus Faro. *Violência, Medo e Confiança: do Governo Misto à Separação de Poderes*. *Revista Forense*. Vol. 382. Rio de Janeiro, 2005, pp. 157-180.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Reforma do Estado e Direito Concorrencial*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 190-199.

COTTA, Maurizio. *Verbete Representação Política*. p. 1102. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. (orgs.) *Dicionário de Política*. Vol. 2, 8ª ed., Brasília: Ed. UnB, 1995, pp. 1101-1107.

COX, Kenneth A. e BYRNES, William J. *The Common Carrier Provisions—A Product of Evolutionary Development*. [A. do livro] Max D. PAGLIN. *A Legislative History of the Communications Act of 1934*. New York : Oxford University Press, 1989.

CUSHMAN, Robert E. *The Independent Regulatory Commissions*. New York : Oxford University Press, 1941.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. [trad.] Hermínio A. Carvalho. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

DIAS, Lia Ribeiro e CORNILS, Patrícia (coords.). *Alencastro: o general das telecomunicações*. São Paulo : Plano Editorial, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3.ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Dolbear v. American Bell Tel. Co. (The Telephone Cases)*. 126 U.S. 1, s.l. : The Supreme Court, 1888.

_____. *Houston, East & West Texas Railway v. United States (The Shreveport Rate Cases)*. 234 U.S. 342, s.l. : The Supreme Court, 1914.

_____. *Smith v. Illinois Bell Co.* 282 U.S. 133, s.l. : Supreme Court, 1930.

_____. *Munn v. Illinois.* 94 U.S. 113, s.l. : Supreme Court, 1876.

_____. *Peik v. Chicago N.W.R.Co.* 94 U.S. 164, s.l. : Supreme Court, 1876.

_____. *Wabash, St. L. & P. Ry. Co. v. State of Illinois.* 118 U.S. 557, s.l. : Supreme Court, 1886.

_____. *AT&T Corp. et. al. v. Iowa Utilities Board et. al.* 525 U.S. 366, s.l. : Supreme Court, 1999.

_____. *FCC v. RCA Communications, Inc.* 346 U.S. 86, s.l. : Supreme Court, 1953.

_____. *National Broadcasting Co. v. U.S.* 319 U.S. 190, s.l. : Supreme Court, 1943.

_____. *North Carolina Utility Commission v. FCC.* 552 F.2d 1036, s.l. : U.S. Court of Appeals for the 4th Circuit, 1977.

_____. *North Carolina Utility Commission v. FCC.* 537 F.2d 787, s.l. : U. S. Court of Appeals for the 4th Circuit, 1976.

_____. *Louisiana Public Commission v. FCC.* 476 U.S. 355, s.l. : Supreme Court, 1986.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Radio Commission v. General Electric Co.* 281 U.S. 464, s.l. : Supreme Court, 1930.

_____. *MCI Telecommunications Corp. v. FCC (Execunet II)*. 580 F.2d 590, s.l. : U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, 1978.

_____. *MCI Telecommunications Corporation v. FCC (Execunet I)*. 561 F.2d 365, s.l. : U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, 1977.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Communications Commission. *Implementation of the Telecommunications Act of 1996*. [on-line]. 18 de Julho de 1996.

FARNSWORTH, Allan E. *An Introduction to the Legal System of the United States*. New York : Oceana Publications, 1996.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRY, Annette R. Man of Decision. March-April de 1975. Bell Telephone Magazine. Disponível em: http://www.porticus.org/bell/bellsystem_history.html#Year%20of%20Decision. Acesso em 23 out. 2008.

GARBI, Gilberto Geraldo. O futuro é a privatização. [A. do livro] SIQUEIRA, Ethevaldo (coord.). Telecomunicações: privatização ou caos. São Paulo : Telepress Editora, 1993, pp. 104-108.

GELLHORN, Ernest. E LEVIN, Ronald M. Administrative Law and Process in a Nutshell. 3rd ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1990.

GENTOT, Michel. Les autorités administratives indépendantes. 2e. édition. Paris : Montchrestien, 1994.

GIDDENS, Anthony. Política, Sociologia e Teoria Social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. [trad.] Cibele Saliba Rizek. São Paulo : Fundação Editora da UNESP, 1998.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 39-71.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Coleção Biblioteca Tempo Universitário. 2 volumes. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HANCHER, Leigh e MORAN, Michael. Organizing Regulatory Space. [A. do livro] HANCHER, Leigh e MORAN, Michael (orgs.). Capitalism, Culture and Economic Regulation. Oxford : Oxford University Press, 1989, pp. 271-300.

HENCK, Fred W. e STRASSBURG, Bernard. A Slippery Slope: The Long Road to the Breakup of AT&T. Westport : Greenwood Press, 1988.

HUBER, Peter. Law and Disorder in Cyberspace: Abolish the FCC and Let Common Law Rule the Telecomsm. Oxford : Oxford University Press, 1997.

HUBER, Peter W., KELLOGG, Michael K. e THORNE, John. Federal Telecommunications Law. 2nd. ed. New York : Aspen Publishers, 1999.

_____. Federal Telecommunications Law - 2004 Cumulative Supplement: Competition Policy and Antitrust. New York : Aspen Publishers, 2004.

HURST, James Willard. The Growth of American Law – the Law Makers. Boston: Little, Brown and Company, 1950.

IACHAN, Ana Christina Saraiva. Fios e Fibras: vivendo a privatização das telecomunicações do Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro : CPDOC, julho de 2006.

JONES, Eliot e BIGHAM, Truman C. Principles of Public Utilities. New York : The Macmillan Company, 1931.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

- LOCKE, John. Two Treatises of Government. Dublin : McMaster University, 1823.
- MADISON, James [Publius]. The Federalist Papers. London : Penguin Books, 1987. Vol. LI.
- MAGALHÃES, Antônio Carlos. Política de telecomunicações: debate na camara dos deputados . Brasília : Ministério das Comunicações, 1985.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte : Fórum, 2005.
- _____. Direito das telecomunicações e a ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000a, pp. 300-314.
- _____. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000b, pp. 72-98.
- MARTIN, Albro. The Troubled Subject of Railroad Regulation in the Gilded Age - A Reappraisal. Sept. de 1974, Vol. 61, n. 2, pp. 339-371.
- MARTIN, Jaqueline. The English Legal System. 3rd ed. London: Hodder & Stoughton, 2002.
- MARTINS, Marcus Augustus. O Brasil e a globalização das comunicações na década de 90. Dissertação de mestrado. Brasília : Instituto de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília, 15 de março de 1999.
- MASHAW, Jerry Louis. Administration and The Democracy: Administrative Law from Jackson to Lincoln - 1829-1861. Research Paper no. 147. Yale Law Journal. 2008, Vol. 117, n. 5. [on-line]. Disponível em <<http://papers.ssrn.com/abstract=1021022>>. Acesso em: 18 abr. 2008.
- MASHAW, Jerry L., MERRILL, Richard A. e SHANE, Peter M. Administrative Law: the American Public Law System - Cases and Materials. 4th. ed. St. Paul : West Group, 1998.
- MCMASTER, Susan E. The Telecommunications Industry. Westport : Greenwood Press, 2002.
- MEDEIROS, Gierck Guimarães. Origem das agências reguladoras no Brasil. [A. do livro] ARANHA, Márcio Iorio (org.). Direito das Telecomunicações: estrutura institucional e infraestrutura das telecomunicações no Brasil. Brasília : JR Gráfica, 2005, pp. 29-80.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 14ª. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e as agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 99 a 139.
- MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Diretrizes gerais para a abertura do mercado de telecomunicações. Brasília : Ministério das Comunicações, 1997.

MONTESQUIEU. *The Spirit of Laws*. [trad.] Thomas Nugent. Kitchener : Batoche Books, 2001.

_____. *O espírito das leis: textos selecionados*. Curitiba : Juruá, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, junho/julho/agosto 2005 [on-line]. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-2-JUNHO-2005-DIOGO%20FIGUEIREDO.pdf>. (Consultado em 17/11/2006)

MORGAN, Bronwen e YEUNG, Karen. *An Introduction to Law and Regulation - Text and Materials*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003.

NAVES, Rubens. *Agências reguladoras: origens e perspectivas*. In: FIGUEIREDO, Marcelo. *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 123-134.

NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 4th ed. St. Paul: West Publishing Co., 1991.

NUNES, Edson, RIBEIRO, Leandro Molhano e PEIXOTO, Vitor. *Agências reguladoras no Brasil*. [A. do livro] AVELAR, Lúcia e CINTRA, Antônio Octávio (orgs.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 2ª. Rio de Janeiro : Unesp, 2007, pp. 183-206.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Telecommunications Regulations: Institutional Structures and Responsibilities*. DSTI/ICCP/TISP(99)15/FINAL, 25 May 2000. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.oecd.org/dataoecd/39/32/21330624.pdf> (Consultado em 20/01/2008).

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Trading into the Future: WTO - The World Trade Organization*. 2nd. ed. Geneva : WTO, 2001.

PADILHA, Marcos Lopes. *Análise setorial: telefonia fixa em perspectiva*. São Paulo : Gazeta Mercantil, 2001. Vol. I.

PELTZMAN, S. *A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de desregulação*. In: MATTOS, Paulo (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira (org.). *O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

PLATÃO. *The 7th Letter*. The Internet Classics Archive. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://classics.mit.edu/Plato/seventh_letter.html. (Consultado em 29/08/2007).

POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. [A. do livro] Paulo MATTOS. Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo : 34, 2004.

POUND, Roscoe. The Formative Era of American Law. Gloucester : Little, Brown and Company, 1938.

PRATA, José, BEIRÃO, Nirlando e TOMIOKA, Teiji. Sérgio Motta: o trator em ação. São Paulo : Geração Editorial, 1999.

PROSSER, Tony. Theorizing Utility Regulation. Oxford : Clarendon Press, March 1999, Modern Law Review., Vol. 62, pp. 196-217.

RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. Direito das Telecomunicações: a regulação para a competição. Belo Horizonte : Fórum, 2005.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. ADIN Nº 1.435-8/DF. Supremo Tribunal Federal, 27 de novembro de 1996. Min. Francisco Rezek.

_____. ADIN 432-DF. Supremo Tribunal Federal, 15 de maio de 1991. Min. Celso de Mello.

_____. MS 19.227-DF. Supremo Tribunal Federal, 20 de agosto de 1969. Min. Themístocles Cavalcanti.

_____. MS 8.693-DF. Supremo Tribunal Federal, 17 de novembro de 1961. Min. Ribeiro da Costa.

_____. Medida Cautelar na ADIN 1.668-5/DF. Supremo Tribunal Federal, 20 de agosto de 1998.

_____. ADIN 1.949-0/RS. Supremo Tribunal Federal, 18 de novembro de 1999. Min. Sepúlveda Pertence.

_____. MS nº 8.693. Supremo Tribunal Federal, 17 de 11 de 1962. Min. Ribeiro da Costa.

ROBINSON, Glen. The Federal Communications Act: An Essay on Origins and Regulatory Purpose. [A. do livro] Max (ed.) PAGLIN. A Legislative History of the Communications Act of 1934. New York : Oxford University Press, 1989, pp. 3-24.

ROCHA, Jaqueline Mainel. Discricionariedade técnica e poder normativo das agências reguladoras brasileiras. [A. do livro] FONSECA, Antônio. Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 2003, pp. 137-218.

SALOMÃO Filho, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Comparado e processo de reforma do Estado. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. (coord.). Constituição e Democracia – estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 336-362.

SILVA, José Antônio de Alencastro e. O Estado é incompetente. [A. do livro] SIQUEIRA, Ethevaldo (coord.). Telecomunicações: privatização ou caos. São Paulo : Telepress Editora, 1993, pp. 85-90.

SOUTO, Marcos Juruena Vilella. Desestatização, privatização, concessões e terceirizações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. [A. do livro] Paulo MATTOS. Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo : 34, 2004.

STIRTON, Lindsay e LODGE, Martin. Embedding Regulatory Autonomy: The reform of Jamaican Telecommunications Regulation 1988-2001. LSE Discussion Paper 5 (2002), Londres: ESRC Centre for Analysis of Risk and Regulation, 2002. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.lse.ac.uk/collections/CARR/documents/discussionPapers.htm> (Consultado em 23/05/2007).

STONE, Richard D. The Interstate Commerce Commission and the Railroad Industry: A History of Regulatory Policy. New York : Praeger Publishers, 1991.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. [A. do livro] SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo : Malheiros, 2000, pp. 17-38.

_____.(org.). Direito Global. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. Regulação – papel atual e tendências futuras. In: PLAZA, Crisanto e WOHLERS, Márcio (orgs.). Informe anual 2000: telecomunicações e tecnologias da informação. São Paulo: CELAET/UNIEMP, 2000b.

SUNSTEIN, Cass. O Constitucionalismo após o New Deal. [A. do livro] MATTOS, Paulo (coord.). [trad.] Jean Paul Cabral Veiga da ROCHA. Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo : Ed. 34, 2004, pp. 131-242.

TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TRIBE, Lawrence H. American Constitutional Law. 3rd. ed. New York : Foundation Press, 2000.

UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (UIT); COMISSÃO INTERAMERICANA DE TELECOMUNICAÇÕES (CITEL). The Blue Book: Telecommunications Policies for the Americas. Genebra : UIT/CITEL, 2005.

VIANNA, Gaspar. Privatização das telecomunicações. Rio de Janeiro : Notrya, 1993.

WALDEN, Ian e ANGEL, John. (eds.). Telecommunications Law and Regulation. 2nd. ed. New York : Oxford University Press, 2005.

WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. [trad.] Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999.

ZANATTA, Carlos Eduardo; POSSEBON, Samuel e DAMASCENO, Sérgio. Mercado vive a primeira grande revisão de regras. [A. do livro] POSSEBON, Samuel (org.). Tudo isso e mais aquilo: as comunicações na perspectiva do jornalista Carlos Eduardo Zanatta. São Paulo : Converge Comunicações, 2008, pp. 223-228.